

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

ISSN 1808-897 X

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

v. 10, n. 10, 2º sem. 2010



Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

PROCURADOR-GERAL DO ESTADO
Rodrigo Rabello Vieira

COMISSÃO EDITORIAL

DIRETOR RESPONSÁVEL
Rodrigo Marques de Abreu Júdice

MEMBROS
Adriano Frisso Rabelo
Anderson Sant'Ana Pedra
Bruno Colodetti
Cláudio Penedo Madureira
Horácio Augusto Mendes de Sousa
Rafael Induzzi Drews

EQUIPE TÉCNICA
Claudia de Oliveira Barros Feitosa
Thalita Dias

EQUIPE DE PRODUÇÃO:
Revisão: Márcia Selvátice Tourinho
Projeto gráfico: Contemporânea
Ilustração da capa: Dapaz Romano
Editoração: BIOS
Impressão: GSA

Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo.
Vitória: PGE/ES, 2010. Semestral.

ISSN: 1808-897 X

1. Direito – Periódicos. I. Procuradoria Geral do Estado
do Espírito Santo.

CDD: 340

Tiragem: 1.800 exemplares

Exemplares desta publicação podem ser solicitados à:

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo
Centro de Estudos/Biblioteca

Av. Governador Bley, 236, 7º andar – Centro
29.010-150 - Vitória - ES
Fone: (27) 3636-5115
Home page: www.pge.es.gov.br

Os trabalhos publicados são de exclusiva responsabilidade de seus autores. As opiniões neles manifestadas não correspondem, necessariamente, às orientações oficiais da Procuradoria Geral do Estado.

GOVERNO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Paulo César Hartung Gomes

GOVERNADOR DO ESTADO

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Rodrigo Rabello Vieira

PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

Rodrigo Marques de Abreu Júdice

PROCURADOR DO ESTADO

CHEFE DO CENTRO DE ESTUDOS E INFORMAÇÕES JURÍDICAS

SUMÁRIO

Apresentação	9
Editorial.....	11
1 DOCTRINA	
1.1 Competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública Estadual e Municipal	17
<i>Rodrigo Rabello Vieira</i>	
1.2 Os direitos sociais e a necessidade de sua concretização.....	23
<i>Adriano Sant'ana Pedra</i>	
1.3 Licitação internacional: normas nacionais x normas estrangeiras (uma visão constitucional).....	39
<i>Anderson Sant'ana Pedra</i>	
1.4 Paradigmas argumentativos da justiça constitucional	63
<i>Camilla Martins Frizzera Borges</i>	
1.5 Legitimação cumulativa e autônoma do impetrado e do ente público no mandado de segurança (Lei 12.106/2009) e consequências para a defesa da Fazenda Pública em juízo.....	87
<i>Claudio Penedo Madureira</i> <i>Lívio Oliveira Ramalho</i>	
1.6 A subordinação processual constitucional do juiz contemporâneo no processo civil brasileiro.....	159
<i>Dalton Santos Moraes</i>	
1.7 A coisa julgada no anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos	211
<i>Debora Fernandes de Souza Melo</i>	
1.8 Noções fundamentais sobre o dano existencial	249
<i>Hidemberg Alves da Frota</i>	
1.9 Teto remuneratório: aspectos controvertidos.....	265
<i>Henrique Rocha Fraga</i>	
1.10 A função de fomento estadual ao desporto: novos rumos para o direito administrativo desportivo.....	287
<i>Horácio Augusto Mendes de Sousa</i>	
1.11 Considerações acerca do dever de fundamentação das decisões e a legitimidade democrática argumentativa do Poder Judiciário no estado democrático de direito brasileiro.....	317
<i>Jasson Hibner Amaral</i>	

1.12 O regime especial de pagamento de precatórios à luz da Emenda Constitucional n.º 62/2009.....	339
<i>Marcelo Amaral Chequer</i>	
1.13 A racionalidade dos princípios segundo Robert Alexy.....	379
<i>Mônica Pimenta Júdice</i>	
1.14 Comentários às súmulas do STJ sobre execução fiscal	389
<i>Rodrigo Klippel</i>	

2 PARECERES

2.1 Regime jurídico das licitações no âmbito do estado-membro	413
<i>Horácio Augusto Mendes de Sousa</i>	
2.2 Acumulação de cargos públicos, art 37, inciso XVI, letra 'b' da Constituição Federal.....	459
<i>José Fernando Vescovi</i>	

ANEXO

Normas para Publicação	495
------------------------------	-----

APRESENTAÇÃO

É com muita satisfação que apresento à comunidade jurídica o Volume 10 da Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo.

Início este texto enaltecendo o trabalho que vem sendo desenvolvido pelo Centro de Estudos e Informações Jurídicas (CEI) e pela Escola da Procuradoria Geral do Estado (ESPEGE), na pessoa do seu gestor, Dr. Rodrigo Marques de Abreu Júdice, pelo trabalho em prol do aprimoramento jurídico.

Este novo Volume de nossa Revista é composto por artigos e pareceres de Procuradores do Estado e por prestimosas contribuições de advogados, entre os quais destaco a importância dos trabalhos apresentados por integrantes da Advocacia Pública Federal, que revelam a profícua interação que temos, no Estado do Espírito Santo, entre as Advocacias Públicas das três esferas da federação, retratada, de forma mais incisiva, na realização conjunta do Encontro Capixaba de Direito do Estado, evento idealizado pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo, ao qual se integrou, num primeiro momento, o Centro de Estudos da Procuradoria da Prefeitura do Município de Vitória, e que, a partir da sua quarta edição, em novembro de 2010, passou a contar também com a participação da Escola da Advocacia-Geral da União.

Sempre procurei fomentar o desenvolvimento acadêmico, por entender que a dimensão do universo jurídico que nos rodeia é infinitamente desbravadora, e que a visão correta do gestor público moderno deve nortear-se pela compreensão de que as orientações jurídicas não são entraves burocráticos, mas armas para resguardar o patrimônio público e solução viabilizada para desenvolver projetos nas mais diversas áreas sociais.

Mas neste número resolvi tentar algo diferente.

Como meio de participar das discussões acadêmicas travadas na Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo, e, sobretudo, de incentivar os Procuradores do Estado a também integrar este nosso veículo de difusão de ideias e opiniões, encaminhei artigo de minha autoria para a publicação

neste Volume 10. E tive a grata surpresa de vê-lo selecionado pela Comissão Editorial do periódico.

Mas essa minha participação pessoal neste projeto não me impede de atestar a qualidade técnica dos trabalhos apresentados, que, tenho a certeza, engrandecem os esforços da comunidade jurídica para o aperfeiçoamento do Direito e das instituições públicas.

Assim, estamos todos de parabéns pelo lançamento desta Revista.

Rodrigo Rabello Vieira

PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

EDITORIAL

É com muita satisfação que assumo a responsabilidade de editar a Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo - PGE-ES, atribuição que compete à chefia do Centro de Estudos e Informações Jurídicas - CEI.

Fazer parte da Comissão Editorial, composta de laboriosos colegas Procuradores do Estado do Espírito Santo, vem me proporcionando à consciência inequívoca da importância do culto à leitura e aperfeiçoamento profissional. Pois, como nos ensina Leandro Konder, “(...) a teoria é um momento da práxis; e essa necessidade não é um luxo: é uma característica que distingue a práxis das atividades meramente repetitivas, cegas, mecânicas, ‘abstratas’. (...) A práxis é atividade que, para ser tornar mais humana, precisa ser realizada por um sujeito mais livre e mais consciente. **Quer dizer: é atividade que precisa da teoria**” (KONDER, Leandro. *O Futuro da filosofia da práxis – pensamento de Marx no século XXI*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992).

Toda essa avalanche de conhecimento jurídico ganha ares ainda mais festivos, quando interagimos Direito e Arte. Por isso, apresento a capa deste Volume 10 da Revista da Procuradoria Geral do Estado Espírito Santo, que seguindo a tradição de enaltecer obras de artistas capixabas, retrata a tela “*Ponte seca – Cinco pontes*”, de autoria de Dapaz Romano.

A academia capixaba ao longo dos últimos anos vem prestigiando sobremaneira a Revista da Procuradoria Geral do Estado Espírito Santo, tanto que sua publicação vem atraindo cada vez mais interessados em disponibilizar seus artigos e pareceres.

Neste Volume 10 tivemos a felicidade de contar com artigo exemplar apresentado pelo nosso Procurador Geral do Estado, Dr. Rodrigo Rabello Vieira, que trata da “*Competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública Estadual e Municipal*”, tema da maior atualidade, e de grande interesse para os advogados públicos e para a comunidade jurídica. Com essa iniciativa, nosso Procurador Geral, dá o “*bom exemplo*” aos Procuradores do

Estado, pois incentiva a todos a também participarem da composição de nossa Revista.

A Revista também contempla trabalhos de mais nove Procuradores do Estado do Espírito Santo, o que muito nos honra. O Procurador do Estado Anderson Sant'Ana Pedra apresentou artigo sobre a "*Licitação internacional: normas nacionais x normas estrangeiras (uma visão constitucional)*"; os Procuradores do Estado Claudio Penedo Madureira e Lívio Oliveira Ramalho apresentaram artigo sobre a "*Legitimação cumulativa e autônoma do impetrado e do ente público no mandado de segurança (Lei 12.106/2009) e consequências para a defesa da Fazenda Pública em Juízo*"; a Procuradora do Estado Debora Fernandes de Souza Melo apresentou artigo sobre "*A coisa julgada no anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*"; o Procurador do Estado Henrique Rocha Fraga apresentou artigo sobre "*Teto remuneratório: aspectos controvertidos*"; o Procurador do Estado Horácio Augusto Mendes de Sousa apresentou artigo sobre "*A função de fomento estadual ao desporto: novos rumos para o Direito Administrativo Desportivo*", e parecer que enfrenta questões relativas ao "*Regime Jurídico das Licitações no Estado-Membro*"; o Procurador do Estado Jasson Hibner Amaral apresentou artigo contendo "*Considerações acerca do dever de fundamentação das decisões e a legitimidade democrática argumentativa do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito Brasileiro*"; o Procurador do Estado Marcelo Amaral Chequer apresentou artigo sobre "*O regime especial de pagamento de precatórios à luz da Emenda Constitucional n.º 62/2009*" e, por fim, o Procurador do Estado José Fernando Vescovi apresentou parecer sobre a "*Acumulação de cargos públicos, art. 37, inciso xvi, letra 'b' da Constituição Federal*".

Essa participação maciça de Procuradores do Estado neste Volume 10 da Revista é a melhor recompensa por nosso trabalho e pelas dificuldades que enfrentamos para a edição de cada um dos Volumes do periódico.

Temos, ainda, contribuições dos Procuradores Federais Adriano Sant'Ana Pedra (autor do artigo "*Os direitos sociais e a necessidade de sua concretização*") e Dalton Santos Moraes (autor do artigo "*A subordinação processual constitucional do*

Juiz contemporâneo no Processo Civil Brasileiro”), que revelam a auspiciosa interação existente, no Estado do Espírito Santo, entre as Advocacias Públicas das **três esferas da federação**, propiciada, em certa medida, pela parceria estabelecida pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado - ESPGE, gerida pelo Centro de Estudos de Informações Jurídicas - CEI, com a Escola da Advocacia Geral da União - EAGU e com o Centro de Estudo da Procuradoria da Prefeitura do Município de Vitória - CEJUR.

Além disso, recebemos prestimosas contribuições da comunidade jurídica, retratadas nos artigos dos advogados Camilla Martins Frizzera Borges (*“Paradigmas argumentativos da justiça constitucional”*), Hidemberg Alves da Frota (*“Noções fundamentais sobre o dano existencial”*), Mônica Pimenta Júdice (*“A racionalidade dos princípios segundo Robert Alexy”*) e Rodrigo Klippel (*“Comentários às súmulas do STJ sobre Execução Fiscal”*).

Agradeço a todos pelos brilhantes trabalhos publicados, que enaltecem sobremaneira a qualidade da Revista da PGE-ES.

Por último, agradeço ao Procurador Geral do Estado, à Subprocuradora-geral para Assuntos Administrativos, Dra. Ana Maria Carvalho Lauff, aos membros da Comissão Editorial, à agência Contemporânea, à Bios Editoração Eletrônica, à revisora Márcia Selvátice Tourinho, à assessora de imprensa, Thalita Dias, à bibliotecária Claudia Feitosa e aos servidores do CEI, incentivadores e colaboradores da realização deste trabalho.

A todos uma excelente leitura.

Rodrigo Marques de Abreu Júdice

CHEFE DO CENTRO DE ESTUDOS E INFORMAÇÕES JURÍDICAS



1

DOCTRINA

1.1

COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL E MUNICIPAL

RODRIGO RABELLO VIEIRA*

SUMÁRIO: 1 Considerações introdutórias. 2 Competência objetiva. 3 Competência territorial.

1 Considerações introdutórias

Este pequeno texto, que agora reduzo a termo a pedido dos Procuradores do Estado que compõem o Conselho Editorial da Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo, para publicação no Volume 10 deste relevante periódico jurídico, retrata a minha “*exposição*” em evento realizado no Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, quando me ocupei do tema afeto à competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública Estadual e Municipal.

A argumentação segue dividida em duas partes, nas quais abordarei, de forma bastante sucinta, a competência objetiva desses novos Juizados da Fazenda Pública, que é caracterizada pelos critérios “*valor*” e “*matéria*”, e sua competência territorial. A primeira é competência absoluta, por taxativa disposição legal; a outra é competência relativa, como se verá a seguir.

2 Competência objetiva

Os Juizados Especiais da Fazenda Pública Estadual e Municipal têm competência para processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos (Lei 12.153, art. 2^o).

* Procurador Geral do Estado do Espírito Santo.

1 Lei 12.153. “Art. 2^o É de competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos”.

Ainda quanto à competência objetiva, devo frisar que a Lei nº 12.153/09, paralelamente às limitações dantes expostas, relativas ao valor da causa, exclui da competência dos Juizados da Fazenda Pública Estadual e Municipal o processo e julgamento de causas relacionadas a determinadas matérias; a saber:

- (a) das ações de mandado de segurança, das ações de desapropriação, das ações de divisão e demarcação, das ações populares, das ações de improbidade administrativa, das execuções fiscais e das demandas sobre direitos ou interesses difusos e coletivos (Lei 12.153, art. 2º, p. 1º, I²);
- (b) das causas que versam sobre bens imóveis dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, autarquias e fundações públicas a eles vinculadas (Lei 12.153, art. 2º, p. 1º, II³);
- (c) das causas que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis, ou sanções disciplinares aplicadas a militares (Lei 12.153, art. 2º, p. 1º, III⁴); e
- (d) das demandas ajuizadas até a data de sua instalação (Lei 12.153, art. 23⁵), assim como aquelas ajuizadas fora dos Juizados Especiais como decorrência da limitação temporária da sua competência (Lei 12.153, art. 24⁶).

Tendo em vista a delimitação quantitativa da competência dos novos Juizados da Fazenda Pública (causas de valor inferior a 60

2 Lei 12.153. "Art. 2º [...] § 1º Não se incluem na competência do Juizado Especial da Fazenda Pública: I – as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, por improbidade administrativa, execuções fiscais e as demandas sobre direitos ou interesses difusos e coletivos".

3 Lei 12.153. "Art. 2º [...] § 1º Não se incluem na competência do Juizado Especial da Fazenda Pública: [...] II – as causas sobre bens imóveis dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, autarquias e fundações públicas a eles vinculadas".

4 Lei 12.153. "Art. 2º [...] § 1º Não se incluem na competência do Juizado Especial da Fazenda Pública: [...] III – as causas que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou sanções disciplinares aplicadas a militares".

5 Lei 12.153. "Art. 23. Os Tribunais de Justiça poderão limitar, por até 5 (cinco) anos, a partir da entrada em vigor desta Lei, a competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, atendendo à necessidade da organização dos serviços judiciários e administrativos".

6 Lei 12.153. "Art. 24. Não serão remetidas aos Juizados Especiais da Fazenda Pública as demandas ajuizadas até a data de sua instalação, assim como as ajuizadas fora do Juizado Especial por força do disposto no art. 23".

salários mínimos), esta Procuradoria fez uma pesquisa por assuntos no sistema informatizado da PGE/ES (PGE-Net), e foi identificado que poderiam ser objeto de demandas propostas sob o regime da Lei nº 12.153/09, entre outras matérias, multas de trânsito (no ano de 2009 só o Estado aplicou pouco menos de 420 mil multas); cobrança de honorários de advogado dativo: concursos públicos; contratação temporária de servidor público (reclamação, verbas, relação de emprego); direitos e vantagens de servidores públicos; promoção de membros da corporação da Polícia Militar; benefícios previdenciários (aposentadorias, pensões, afastamentos por motivo de saúde etc.); fornecimento de medicamentos pelo Sistema Único de Saúde - SUS; realização de exames pelo SUS; internação hospitalar pelo SUS; realização de cirurgias pelo SUS; transferência para UTI hospitalar a cargo do SUS; atendimento médico especializado em tratamento de dependentes químicos pelo SUS; reparação de danos por erro médico, ou por má prestação de serviços médicos e hospitalares; reparação de danos como decorrência de doença ocupacional; reparação de danos por abuso de autoridade policial; reparação de danos por erro da administração pública; reparação de danos por lesão ou morte sofrida em estabelecimento prisional; reparação de danos por assalto, furto, roubo, acidente, estupro em via pública; matrícula no sistema público de educação; submissão a curso supletivo; inscrição de créditos em dívida ativa (matéria fiscal; suspensão da inscrição estadual (matéria tributária); obtenção de certidão negativa de débitos ou certidão positiva com efeito de negativa (matéria tributária); concessão e suspensão da inscrição estadual (matéria tributária); Autorização para Impressão de Documentos Fiscais - AIDF (matéria tributária); exclusão de nome do CADIN (matéria tributária); adesão de contribuinte ao SIMPLES (matéria tributária); cobrança de taxas e emolumentos (matéria tributária); apreensão de documentos pelo Fisco (matéria tributária); apreensão de mercadorias pelo Fisco (matéria tributária); questionamento de cobrança indevida de IPVA (matéria tributária); questionamento à instituição de nota fiscal eletrônica (matéria tributária); licitações e contratação pública; anulação de ato administrativo e anulação de multas do PROCON.

Além dessas matérias, os Juizados também receberão questões específicas dos Municípios (multas de trânsito, questionamen-

tos por acidentes em vias pública, IPTU, ISS etc), e matérias novas, que nem sequer temos condições de prever.

Em face da situação exposta, mantivemos contatos com o Tribunal de Justiça nos últimos meses e manifestamos a nossa apreensão ao seu Presidente, Desembargador Manoel Alves Rabelo, ao Desembargador Anníbal de Rezende Lima - Supervisor dos Juizados Especiais, ao Dr. Sérgio Ricardo de Souza - Juiz Assessor da Presidência, ao Dr. Victor Queiroz Schneider - Coordenador dos Juizados Especiais no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, e à Dra. Janete Vargas Simões, que integra o Comitê de Aprimoramento dos Juizados Federais, Estaduais Comuns e Estaduais da Fazenda Pública no âmbito do Conselho Nacional de Justiça.

Graças a esse esforço conjunto do Tribunal e da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo chegamos a um bom termo para o início das atividades dos Juizados Especiais da Fazenda Pública Estadual e Municipal, tendo como base a Resolução nº 022/2010 da h. Presidência do Egrégio Tribunal de Justiça do Espírito Santo, posteriormente alterada pela Resolução nº 035/2010, que, valendo-se do disposto no artigo 23 da Lei nº 12.153/09, estabeleceu limitações para a competência desses novos Juizados da Fazenda Pública. Eis a redação final do referido ato normativo:

Resolução TJES nº 22/2010

Art. 1º Alterar o art. 1º das Resoluções nºs 19/2010 e 22/2010, transformando o então parágrafo único da Resolução nº 22/2010 em § 3º e incluindo em ambas os §§ 1º e 2º, com o seguinte teor:

§ 1º Nos termos do art. 23 da Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009, ficam excluídas da competência dos Juizados Especiais Criminais e da Fazenda Pública as seguintes matérias:

I - de natureza tributária, onde figure pessoa jurídica no pólo ativo;

II - relacionadas a concurso público ou processo seletivo para contratação de servidores;

III - relacionadas a direitos e vantagens de servidores públicos civis e militares;

IV - relacionadas a licitações e contratos administrativos;

V - relacionadas a multas de trânsito.

[...]

§ 2º Ficam excluídos, temporariamente, da competência dos Juizados Especiais Criminais e da Fazenda Pública as causas que ultrapassem o valor de 40 (quarenta) salários mínimos.

Essa delimitação de matéria é absolutamente necessária ao bom funcionamento dos Juizados Especiais da Fazenda Pública Estadual e Municipal em sua fase de implantação, precisamente porque, em primeira análise, a eles não se aplica o dissídio doutrinário atinente ao caráter “*relativo*” ou “*absoluto*” da competência objetiva dos Juizados Especiais, já que a Lei nº 12.153/09 prescreve, e de forma taxativa, trata-se de competência absoluta (art. 2º, p. 4^{o7}).

Disposições semelhantes são encontradas na Lei nº 10.259/01 (art. 3º, § 3º). Carreira Alvim, ao comentá-las, assegura que “*no foro onde estiver instalada Vara do Juizado Especial, a sua competência é absoluta, o que significa que não tem o autor, como nos Juizados especiais estaduais, o direito de optar pela vara federal comum*”⁸. Humberto Theodoro Júnior acrescenta que “*o mesmo ocorre em relação aos Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito da Justiça Estadual*”, uma vez que “*a Lei nº 12.153/2009, em seu art. 2º, § 4º, adota o mesmo critério de competência absoluta preconizado pela Lei nº 10.259/2001 para a Justiça Federal*”⁹.

3 Competência territorial

As regras relativas à competência territorial dos Juizados Especiais encontram-se consignadas na Lei nº 9.099/95, pois não há regra específica na Lei nº 12.153/09.

7 Lei 12.153. “Art. 2º [...] § 4º - No foro onde estiver instalado Juizado Especial da Fazenda Pública, a sua competência é absoluta”.

8 ALVIM, J. E. Carreira. *Juizados Especiais Federais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 21.

9 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Os Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei nº 12.153, de 22.12.2009)*. Disponível em: <<http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/palestras/pal022010.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2010.

O que a lei prescreve é que será competente para o processamento das demandas propostas perante aos Juizados Especiais o foro:

- (a) do domicílio do réu ou, a critério do autor, do local onde o réu exerça atividades profissionais ou econômicas, ou onde ele mantenha estabelecimento, filial, agência, sucursal ou escritório (art. 4º, I¹⁰), devendo estar claro que esse foro prevalece sobre qualquer outro (art. 4º, p. único¹¹);
- (b) do lugar onde a obrigação deva ser satisfeita (art. 4º, II¹²); e
- (c) do domicílio do autor, ou do local do ato, ou fato, nas ações para reparação de dano de qualquer natureza (art. 4º, III¹³).

Essa competência é relativa. No entanto, o Fórum Nacional de Juizados Especiais - FONAJE considera pertinente o seu conhecimento de ofício no microssistema dos Juizados Especiais (Enunciado 89¹⁴).

10 Lei 9.099. "Art. 4º É competente, para as causas previstas nesta Lei, o Juizado do foro: I - do domicílio do réu ou, a critério do autor, do local onde aquele exerça atividades profissionais ou econômicas ou mantenha estabelecimento, filial, agência, sucursal ou escritório".

11 Lei 9.099. "Art. 4º [...] Parágrafo único. Em qualquer hipótese, poderá a ação ser proposta no foro previsto no inciso I deste artigo".

12 Lei 9.099. "Art. 4º É competente, para as causas previstas nesta Lei, o Juizado do foro: [...] II - do lugar onde a obrigação deva ser satisfeita".

13 Lei 9.099. "Art. 4º É competente, para as causas previstas nesta Lei, o Juizado do foro: [...] III - do domicílio do autor ou do local do ato ou fato, nas ações para reparação de dano de qualquer natureza".

14 FONAJE. "Enunciado nº 89 - A incompetência territorial pode ser reconhecida de ofício no sistema de Juizados Especiais Cíveis".

1.2

OS DIREITOS SOCIAIS E A NECESSIDADE DE SUA CONCRETIZAÇÃO

ADRIANO SANT'ANA PEDRA*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A construção da norma jurídica. 3 Abertura constitucional e concretização normativa. 4 Concretização dos direitos fundamentais sociais. 5 Considerações finais. 6 Referências.

1 Introdução

Existe uma certa dificuldade para definir com alguma precisão o objeto da prestação de grande parte dos direitos fundamentais sociais. Adianta dizer que o texto normativo é composto por palavras, cujos significados não são únicos, e ainda são cambiantes com o passar do tempo. Basta que seja feita menção ao direito à saúde ou ao direito à moradia para verificar que a compreensão destes direitos exige concretização¹.

Neste estudo percorrem-se as bases da teoria da concretização constitucional. Consta-se que o processo interpretativo não é apenas cognitivo, mas fundamentalmente volitivo. No paradigma atual, há a superação de uma concepção tradicional, onde a interpretação era compreendida apenas como a descoberta do sentido do texto normativo, para uma outra concepção, na qual se verifica um processo criativo de produção de norma, ou seja, o que se tem é uma *atribuição* e não uma *descoberta* de um significado preexistente do enunciado linguístico. Isto ocorre porque, como em qualquer processo de conhecimento, a relação sujeito-objeto vem condicionada pela atuação recíproca de um sobre o outro.

* Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Professor do Curso de Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Professor da Escola da Magistratura do Espírito Santo - EMES. Diretor do Centro de Estudos da União dos Advogados Públicos Federais do Brasil - UNAFE. Procurador Federal.

1 Deve ser destacada aqui a distinção entre *concretização* e *eficácia social* ou *eficácia jurídica*.

Neste contexto, é imprescindível fazer a distinção entre texto normativo e norma. A estrutura da norma constitucional apresenta-se determinada pelo programa normativo e pelo âmbito normativo, e a conexão entre ambos irá resultar na norma de decisão. Todo este estudo será necessário para analisar a imprescindibilidade da concretização para descortinar os direitos fundamentais sociais.

2 A construção da norma jurídica

É importante estabelecer a distinção existente entre texto normativo e norma. O texto constitui o ponto de partida para a formação das significações e, ao mesmo tempo, para a referência aos entes significados. O texto não existe em si mesmo nem tem controle absoluto sobre a interpretação que lhe será dada. “O fato é que a norma é construída, pelo intérprete, no decorrer do processo de concretização do direito” (GRAU, 2006, p. 29).

Dessa forma, não há como isolar a norma de sua concretização. “Concretização da norma é *construção* da norma” (MÜLLER, 2008, p. 231). A norma jurídica só se movimenta ante um fato concreto, pela ação do aplicador do direito, que é o intermediário entre a norma e os fatos da vida. Por outro lado, o intérprete constitucional não pode dar sentidos de forma arbitrária aos textos, pois texto e norma não estão separados. Texto normativo e norma são coisas distintas, mas não separadas – no sentido de que um possa existir sem o outro. E, “também por isto, um não contém o outro” (STRECK, 2004, p. 130).

Não é dado ao intérprete “extrair” o sentido que estaria “contido” no texto. Isto porque os sentidos não estão acoplados ao texto, prontos para serem desacoplados, “como queria a hermenêutica clássica e como quer, ainda hoje, boa parte dos juristas que busca inserção nesse complexo terreno que é hermenêutica” (STRECK, 2004, p. 153).

Dessa forma, afirmar que um texto é portador de *vários sentidos* significa que este pode conter *várias normas* entre as quais “o órgão de aplicação deverá ‘escolher’ aquele que aplica. É nessa ‘escolha’, ou ‘opção’, que tem lugar a interpreta-

ção. [...] Antes de essa interpretação ter lugar, não existe norma nem questão de fato alguma, unicamente um texto” (QUEIROZ, 2000, p. 108).

E, como “a interpretação é uma escolha entre várias opções” (BASTOS; MEYER-PFLUG, 2007, p. 155), a interpretação só pode ser considerada como sendo a melhor dentro de um dado contexto. Nesse sentido, o caso concreto ganha relevo, pois reflete uma nova situação em que o intérprete jurídico tem que renovar a efetividade da norma. Segundo Hans-Georg Gadamer, o intérprete jurídico não pode sujeitar-se à intenção dos que elaboraram a lei. “Pelo contrário, está obrigado a admitir que as circunstâncias foram sendo mudadas e que, por conseguinte, tem que determinar de novo a função normativa da lei” (1999, p. 485).

Isto acontece porque a interpretação não persegue o sentido, mas *um dos* sentidos, que deverá ser contextualmente possível e adequado. Essa possibilidade de múltiplas interpretações viabiliza a evolução da norma ainda que o texto permaneça.

3 Abertura constitucional e concretização normativa

Como salienta Konrad Hesse (1992, p. 34), a interpretação é fundamental para o direito constitucional, pois, em razão do caráter aberto e amplo da Constituição, os problemas de interpretação surgem com maior frequência neste do que em outros setores do ordenamento jurídico cujas normas são mais detalhadas. Esta característica das normas constitucionais exigem que a atividade do intérprete ocorra no campo da “nova hermenêutica” constitucional. Assim, a concretização normativa é uma exigência da abertura constitucional.

A criação de normas constitucionais abertas, ou seja, normas com pouca densidade normativa, é uma das características das sociedades complexas, porque, diante da multiplicidade dos problemas que podem surgir, a Constituição necessita de soluções para acompanhar este casuísmo problemático, e,

por isso, o conteúdo dessas normas necessita ser objeto de concretização².

Enquanto, na hermenêutica tradicional, “a interpretação era compreendida apenas como a *descoberta* do sentido do texto normativo”, na concretização “o processo interpretativo não é apenas cognitivo, mas fundamentalmente volitivo, criativo” (TAVARES, 2006, p. 60). Neste sentido, “o direito é essencialmente voluntarista, vale dizer, necessita da vontade do intérprete” (BASTOS, 2002, p. 47).

No método hermenêutico concretizador, o papel do intérprete não é o de desvelar o “sentido oculto” do texto normativo, mas sim o de criar a norma a ser aplicada em uma situação concreta. A concretização é a própria elaboração de uma norma jurídica geral que não existe (ainda) antes do caso concreto, e não “a simples assimilação (*Nachvollzug*) da intenção do legislador ou de operações intelectuais objetivamente preexistentes” (SILVA, 2000, p. 422). Em virtude disso, é possível dizer que “toda concretização constitucional é aperfeiçoadora e criativa” (BONAVIDES, 2003, p. 504) e que “a norma é *construída*, pelo intérprete, no decorrer do processo de *concretização* do direito” (GRAU, 2006, p. 77-78).

Isso faz Friedrich Müller dizer que a *teoria estruturante do direito* não é apenas uma nova concepção, mas também uma concepção inovadora da teoria do direito. Ela “resulta, pela primeira vez, de um *conceito pós-positivista de norma jurídica*” (2007, p. 161). Isso ocorre porque a norma jurídica não mais se encontra pronta nos textos normativos, mas somente será produzida em cada processo particular de solução jurídica de um caso.

Apesar da pretensão de sucessão do termo “interpretação” pelo termo “concretização”, como deseja Friedrich Müller, esclarece André Ramos Tavares que é “possível continuar a empregar o termo interpretação, desde que compreendido no seu sentido ‘moderno’, de concretização, em oposição ao tradicional” (2009, p. 9).

2 João Maurício Adeodato destaca que a norma vai muito além daquilo que está no texto da Constituição e das leis em geral. “No âmbito da teoria do direito, esse problema da concretização pode ser bem percebido na complexa distinção entre o direito adquirido e a expectativa de direito. As definições genéricas fornecidas pela ciência dogmática do direito a respeito parecem retoricamente claras, do ponto de vista semântico; o problema aparece quando, diante de um caso concreto, faz-se necessário determinar se se trata de um ou de outro” (ADEODATO, 2006, p. 219).

Para Friedrich Müller, a interpretação da norma “é um dos elementos mais importantes no processo de concretização, mas somente um elemento” (2000, p. 61). Uma norma precisa de interpretação não porque ela é destituída de clareza, “mas, sobretudo, porque ela deve ser aplicada a um caso (real ou fictício)” (MÜLLER, 2000, p. 61-62). Como é impossível isolar a *norma* da *realidade*, na concretização da norma deve-se considerar tanto a norma propriamente dita quanto a realidade social que o texto intenta conformar. Dessa forma, Karl Engisch destaca que a concretização do direito significa orientação do direito ao real e não a imposição do direito à realidade e tendência a uma realidade a ser ordenada (2004, p. 177).

A *metódica estruturante* de Friedrich Müller é formada por três elementos, quais sejam, (i) o *programa normativo*, (ii) o *âmbito normativo* e (iii) a *norma de decisão*. Segundo o *método concretista*³ de Friedrich Müller⁴, não há identidade entre a norma e o texto da norma.

Quando juristas falam e escrevem sobre “a” constituição, referem-se ao texto da constituição; quando falam “da” lei, referem-se ao seu teor literal. Mas um novo enfoque da hermenêutica jurídica desentranhou o fundamental conjunto de fatos (*Grundsachverhalt*) de uma não-identidade de texto da norma e norma. Entre dois aspectos principais o teor literal de uma prescrição juspositiva é apenas a “ponta do *iceberg*” (MÜLLER, 2000, p. 53-55).

A teoria estruturante do direito considera normativos aqueles elementos que conferem uma direção rumo ao processo decisório, ou seja, elementos sem os quais o caso seria decidido de maneira diferente. Nesse sentido, Friedrich Müller escreve que, “para a elaboração da norma jurídica, para sua construção com base no caso jurídico e nos textos normativos, o jurista necessita tanto de dados lingüísticos como também de dados reais” (2007,

3 Nas palavras do próprio autor, “pode-se dizer, caso queiram, ‘concretista’. Isso exprime, creio eu, o mesmo que quando chamei minha *Teoria e metódica do direito* de ‘realista’” (MÜLLER, 2007, p. 271).

4 Paulo Bonavides escreve que o método concretista de Friedrich Müller “tem sua base medular ou inspiração maior na tópica” (2003, p. 498). Porém, o próprio Friedrich Müller contesta esta visão: “não estou de acordo com Paulo Bonavides quando ele afirma possuir minha posição uma ‘inspiração tópica’” (MÜLLER, 2007, p. 272).

p. 162). Esses elementos constituem o *programa normativo* (dados da linguagem) e o *âmbito normativo* (dados reais).

O *programa normativo* representa a análise do texto normativo (elemento linguístico). O programa da norma é o resultado da interpretação do texto normativo, ou seja, o que é expresso pelo teor literal, bem como todos os recursos interpretativos auxiliares, sendo formado a partir dos dados da linguagem. Como se trata de um dos elementos que se destinam a alcançar a norma de decisão, o programa normativo constitui um resultado intermediário e provisório da interpretação de todos os dados linguísticos (MÜLLER, 2007, p. 162).

O *âmbito normativo* (ou *domínio normativo*) abrange as interferências provocadas na norma pela realidade (elemento empírico). Trata-se de um conceito a ser determinado estruturalmente e se refere às partes integrantes da normatividade que são co-constitutivas da norma. Segundo a lição de Friedrich Müller (2000, p. 57), o âmbito da norma é “o recorte da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma ‘escolheu’ para si ou em parte criou para si como seu âmbito de regulamentação”. Assim, esclarece ainda Friedrich Müller (2007, p. 30) que o âmbito normativo não é um conglomerado de fatos materiais, mas uma conexão de elementos estruturais extraídos da realidade social a partir da perspectiva seletiva e valorativa do programa normativo.

Nestes termos, a realidade “é necessariamente entendida, sob o ponto de vista teórico, como um componente da norma” (MÜLLER, 2008, p. 250), e “toda norma jurídica incorpora em seu conteúdo, de modo mais ou menos claro, a realidade do âmbito normativo” (MÜLLER, 2008, p. 170).

Saber até que ponto a interpretação e a aplicação do direito podem apoiar-se na facticidade social e em resultados da pesquisa sociológica – sem errar o alvo da normatividade do direito – deve visto como um problema de metodologia jurídica. Friedrich Müller adverte que “aspectos da realidade social só podem entrar na dogmática e metódica jurídicas no interesse da normatividade jurídica, a serviço da racionalidade especificamente jurídica em vinculação à norma” (2008, p. 35; 2007, p. 58). Convém acrescentar ainda que “justamente na legislação as estruturas do âmbito normativo co-determinam a formulação linguística do programa normativo, que a partir daí passa a marcá-las” (2008, p. 246).

Esta visão supera aquela kelseniana, para a qual “direito e realidade, norma e segmento normatizado da realidade aparecem justapostos ‘em si’ sem se relacionarem”, como ressalta Friedrich Müller (2008, p. 18; 2007, p. 42). Na perspectiva kelseniana, um não precisa do outro e ambos só se encontram no caminho da subsunção do suporte fático, de uma aplicação da prescrição.

O método normativo-estruturante pressupõe a existência de uma implicação necessária entre o programa da norma e o âmbito da norma, ou seja, um nexos entre os preceitos jurídicos e a realidade que eles intentam regular; uma vinculação tão estreita que “a própria normatividade, tradicionalmente vista como atributo essencial dos comandos jurídicos, parece ter-se evadido dos textos para buscar apoio fora do ordenamento” (MENDES *et al*, 2008, p. 106). A estrutura da norma assinala a conexão entre o programa da norma e o âmbito da norma e, por isso, “a norma só pode compreender-se como uma articulação destas duas dimensões” (CANOTILHO, 2002, p. 1200).

Na decisão sempre se tem a possibilidade de optar entre alternativas semânticas distintas, mas essa possibilidade necessita satisfazer as particularidades e as exigências normativas de cada caso concreto.

A *norma de decisão* constitui a solução do problema concreto apresentado, dentro dos parâmetros jurídicos. Nas palavras de Friedrich Müller, “a norma de decisão é o estado de agregação mais individualizado da norma jurídica, e não uma entidade autônoma situada ao lado dela” (2008, p. 148).

Para Eros Roberto Grau, a concretização implica um caminhar do *texto da norma* para a *norma concreta*. A concretização realiza-se no passo seguinte, quando é descoberta a *norma de decisão*, apta a dar solução ao caso concreto. “Por isso dizem alguns autores que interpretação e concretização são distintas entre si – o que contesto, para sustentar que inexistente, hoje, interpretação do direito sem concretização. Esta é, pois, a derradeira etapa daquela” (GRAU, 2006, p. 79 e 29).

4 Concretização dos direitos fundamentais sociais

A insuficiência do texto normativo exige a necessidade de sua concretização. Isso acontece porque o sentido da norma não está fixado de modo objetivo no texto e depende do resultado da concretização normativa.

Isto pode ser facilmente verificado na análise do princípio da igualdade. Embora as constituições democráticas o reconheçam expressamente, é imprescindível o processo de concretização para saber o que deve ser considerado como igual ou como desigual.

Esta discussão tem sido constante em nosso país, mormente no que concerne à reserva de quotas nas universidades públicas como política de ação afirmativa. A este respeito, a Suprema Corte norte-americana proferiu importante decisão no caso *Regents of the University of California versus Allan Bakke*, em 28 de junho de 1978, que repercutiu determinantemente na sociedade americana.

A Escola de Medicina da Universidade da Califórnia, em Davis, utilizava um sistema dicotômico para avaliar seus candidatos. Uma quota era separada para os candidatos pertencentes a uma minoria, os quais competiam entre si por um determinado número de vagas. Em consequência, eram aceitos alguns negros cuja pontuação, nos exames, ficava muito aquém daquelas de brancos que eram rejeitados. Allan Bakke, por duas vezes, tentou sua admissão no referido curso de Medicina, sendo rejeitado nas duas ocasiões. Devido a isso, Allan Bakke sustentou que teria sido aceito se concorresse na quota reservada aos outros candidatos. No litígio que provocou, Allan Bakke afirmou que tal sistema de quotas contrariava a Constituição, não dispensando tratamento igual na disputa por vagas, violando a “cláusula da igual proteção” da Emenda XIV. O caso foi à Suprema Corte da Califórnia, que lhe reconheceu o direito. Posteriormente, a Universidade apelou da decisão para a Suprema Corte dos Estados Unidos, que, justificando sua decisão em um conjunto de opiniões divididas e um tanto confusas, considerou inaceitáveis os preconceitos de raça ou étnicos, e determinou que Allan Bakke fosse admitido na Escola de Medicina de Davis (PEDRA, 2005, p. 329).

Merece ser salientada a importância da atuação da Corte, que acentuou a necessidade de expandirem-se as oportunidades não só para os negros, mas também para outras minorias nos Estados Unidos. Tal pronunciamento teve grande repercussão no que se refere aos programas sociais, principalmente na eliminação da discriminação e à proteção dos direitos a todos os indivíduos, qualquer que fosse a sua origem (BARACHO, 1984, p. 182; DWORKIN, 1999, p. 469).

Deve-se salientar, todavia, que a norma obtida a partir do contexto existente nos Estados Unidos da América - EUA não será necessariamente igual àquela obtida em outro país, com uma realidade social completamente distinta, ainda que ambos os textos constitucionais sejam idênticos na abordagem deste tema.

Muitas normas constitucionais apresentam um elenco de possibilidades semânticas e, como diz Laurence H. Tribe (1986, p. 7), os juízes devem então fazer escolhas dentre as diferentes interpretações da Constituição. Isso acontece porque o texto prevê várias opções a serem utilizadas no momento da aplicação da Constituição. E as circunstâncias de cada caso concreto vão determinar qual dentre essas opções semânticas deve ser utilizada pelo intérprete (ALMEIDA FILHO, 2008, p. 189).

A este respeito, Ingo Wolfgang Sarlet anota que os padrões internacionais desenvolvidos e difundidos pela Comissão da ONU para Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, naquilo que enunciam uma série de elementos básicos a serem atendidos em termos de um direito à moradia, desafiam uma exegese adequada e contextualizada. Segundo o autor, a efetivação dos padrões estabelecidos pela ordem jurídica internacional reclama “uma exegese afinada com as peculiaridades de cada país e de cada região (já que é na realidade concreta de quem mora e onde se mora que é possível aferir a compatibilidade da moradia com uma existência digna)” (SARLET, 2008, p. 222).

Uma análise contextualizada do texto constitucional também deve ser feita em relação ao direito à saúde. Para Walber de Moura Agra (2009), o principal problema relacionado ao direito à saúde é o de encontrar uma definição precisa do que seja direito à saúde, estabelecendo-se um conteúdo para que os entes públicos sejam compelidos à efetivação desses direitos. Sem a

determinação de parâmetros materiais prefixados, a implementação de uma política de grande alcance mostra-se pouco exequível, podendo até mesmo apresentar um paradoxo tormentoso: ou se deixam os mandamentos constitucionais referentes à saúde sem efetividade, relegando-se sua força normativa, reduzindo-se o papel da Lei Maior como vetor de estabilidade social; ou continua-se permitindo que o Poder Judiciário, sem nenhum critério definido e de forma descritiva, estabeleça a extensão da prestação jurisdicional, o que não ajuda na obtenção de uma tutela jurídica de igualdade ante a lei.

O intérprete tem presentes os diferentes significados possíveis de um texto e busca encontrar aquele que seria mais adequado ao caso apresentado. Karl Larenz escreve que o intérprete faz uma opção “entre diferentes possibilidades de interpretação. ‘Interpretar’ um texto quer dizer, portanto, decidir-se por uma entre muitas possíveis interpretações” (1997, p. 283). A este respeito, anota Jerzy Wróblewski (1985, p. 91):

Não há mais razões teóricas para sustentar a tese da única interpretação correta no domínio das normas constitucionais que as existentes para outras normas legais, e em favor dessa tese funcionam as mesmas razões ideológicas. O conhecimento das razões teóricas para rechaçar a tese em questão permite uma clara visão da relevância geral das decisões interpretativas no que concerne às regras constitucionais.

A multiplicidade semântica não traz consigo os critérios necessários para fazer uma escolha metódica normativamente adequada. E, como a normatividade surge apenas no processo de concretização, é possível que a norma constitucional sofra mudanças. Neste contexto, convém trazer um importante exemplo de mutação constitucional que ocorreu nos Estados Unidos da América em razão de alterações históricas havidas no *âmbito da norma*.

A Constituição norte-americana (Emenda XIV) estabelece que nenhum Estado pode negar a qualquer pessoa sob a sua jurisdição a igual proteção das leis⁵. Em 1896, ao julgar o caso

5 *In verbis*: “[...] nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws” (“[...] nem negar a qualquer pessoa em sua jurisdição a igual proteção das leis”).

*Plessy versus Ferguson*⁶, a Suprema Corte fez uma concretização da “cláusula da igual proteção” da Emenda XIV, ao entender que seria possível uma separação igualitária. Com isso, estabeleceu-se, nos EUA, a doutrina “*separate but equal*” (“separados, mas iguais”), que veio a endossar a segregação racial praticada em diversos Estados norte-americanos.

É necessário compreender o contexto em que a decisão do caso *Plessy versus Ferguson* foi tomada. Deve-se destacar que a versão original da Constituição norte-americana, de 1787 permitia o regime da escravidão (seção 2 do artigo 1º), e a Suprema Corte chegou a negar a condição de cidadão a um escravo no julgamento do caso *Dred Scott versus Sandford*⁷, em 1857. Esta decisão contribuiu para acirrar os ânimos entre os Estados do sul – escravocratas e agrários – e os do norte – antiescravagistas e industriais –, o que culminou na Guerra Civil, também conhecida como Guerra de Secessão. A decisão da Suprema Corte também apressou a abolição da escravatura nos EUA, o que ocorreu no ano de 1865, com a Emenda XIII. Àquela época, os negros eram largamente discriminados na sociedade e a decisão da Suprema Corte no caso *Plessy versus Ferguson* procurava apartar brancos e negros com o fim de evitar a ocorrência de maiores conflitos. Em razão disso – e sem valorar aqui os fundamentos desta decisão –, a segregação racial ocorreu com a chancela dos poderes estatais.

6 A Suprema Corte norte-americana entendeu que a lei do Estado da Louisiana que determinava vagões específicos para negros não contrariava a Emenda XIII (abolição da escravatura), nem a Emenda XIV (igual proteção das leis), porque esta lei estadual baseava-se na condição de igualdade entre brancos e negros, mas que deveriam permanecer separados. Segundo este entendimento segregacionista, ao disponibilizar aos negros vagões de trens iguais aos utilizados pelos brancos, não havia tratamento desigual, razão pela qual seria possível apartá-los sem que houvesse violação à Constituição norte-americana.

7 O Congresso Nacional norte-americano aprovou, em 1850, o *Missouri Compromise Act*, que baniu a escravidão nos novos territórios. Cumpre lembrar que, em meados do século XIX, os Estados Unidos da América estavam em plena expansão territorial, seja por compra, guerra, anexação ou conquista. As novas terras eram incorporadas na condição de território federal e passavam à condição de Estado com o preenchimento de certos requisitos. E, como territórios federais, eram regidos pela legislação federal. Neste cenário, o escravo Dred Scott foi levado por seu senhor do Estado de Missouri – onde a escravidão era admitida – para território federal, onde a escravidão havia sido banida. Neste território federal, Dred Scott pleiteou sua liberdade com base no citado *Missouri Compromise Act*. Todavia, o *Chief Justice* Roger Taney decidiu pela inconstitucionalidade deste ato legislativo federal que assegurava a liberdade dos negros nos novos territórios federais. A Suprema Corte entendeu que o Congresso não tinha poderes para banir a escravidão e ainda que um escravo não poderia ser considerado cidadão, carecendo-lhe legitimidade ativa para pleitear em juízo a própria liberdade. Abstraindo-se o contexto e a época em que foi proferida, esta decisão configura uma página negativa na história da Suprema Corte norte-americana.

Todavia, como o significado da Constituição é um fenômeno cambiante (WRÓBLEWSKI, 1985, p. 76), com a evolução da sociedade norte-americana e com a atuação de grupos de pressão⁸, este cenário modificou-se e, com ele, o âmbito normativo, o que fez com que também se modificasse os resultados da concretização. Neste contexto, em 1954, ao julgar o caso *Brown versus Board of Education of Topeka*⁹, a Suprema Corte considerou inconstitucional a segregação racial nas escolas dos EUA, em decisão que pôs fim à doutrina “*separate but equal*” e se tornou um marco na política de integração racial. Sobre este caso, José Joaquim Gomes Canotilho (2002, p. 1121) escreve que

o problema que se debateu largamente nos tribunais americanos foi o de saber se o princípio da igual proteção era compatível com a segregação racial nas escolas públicas. A resposta foi sim: é compatível com o princípio da igualdade a doutrina de “*separate but equal*”. Até que... Até que no caso em epígrafe, o juiz Warren registrou em termos paradigmáticos um novo candidato positivo do *corpus* constitucional – a integração racial nas escolas públicas como princípio constitucional: “Nós concluímos que, no campo do ensino público, não tem lugar a doutrina de ‘*separate but equal*. Políticas educacionais segregacionistas são inerentemente desiguais”.

A Corte Warren¹⁰ firmou o entendimento de que a doutrina “*separate but equal*” não se sustentava, considerando que a segregação praticada nas escolas não propiciava às crianças do “grupo minoritário” as mesmas oportunidades educacionais e, ainda, causava a este grupo uma sensação de inferioridade, que lhe afetava a motivação de aprender.

8 Convém considerar o movimento dos direitos civis, liderado por Martin Luther King Jr. Neste mesmo contexto histórico, em dezembro de 1955, e sob uma legislação segregacionista, Rosa Parks foi presa em Montgomery, Alabama, Estados Unidos da América, porque se recusou a ceder seu assento no ônibus a um homem branco, o que desencadeou um boicote ao transporte público daquela cidade.

9 Embora houvesse escolas públicas mais perto de sua casa, Linda Brown, menina negra de 8 anos de idade, tinha que cruzar a cidade de Topeka (Kansas) para assistir às aulas em uma escola pública. As escolas próximas à sua casa não aceitavam Linda Brown como aluna, porque eram destinadas exclusivamente a crianças de cor branca.

10 A Suprema Corte era assim chamada, porque era presidida pelo *Chief Justice* Earl Warren (1953-1969). É da tradição do direito constitucional norte-americano identificar nominalmente a Suprema Corte pelo seu respectivo presidente.

Ronald Dworkin anota que a Suprema Corte seguiu a política do ativismo em detrimento da política da moderação, em casos como os que envolvem segregação, “porque os termos da cláusula de igual proteção deixam em aberto a questão de saber se as diferentes práticas educacionais dos Estados violam ou não a Constituição” (2002, p. 216). Veja-se que, na vigência de um mesmo texto constitucional, o tratamento dado aos negros evoluiu de uma segregação para uma não-segregação, em razão de mudanças históricas havidas no contexto social norte-americano que levaram a crer que a segregação racial acarreta, necessariamente, uma desigualdade, o que é vedado pela própria Emenda XIV.

5 Considerações finais

As considerações tecidas neste trabalho mostraram que o estudo dos direitos sociais a partir da teoria da concretização permite compreender a existência de diferentes possibilidades interpretativas para estes.

De acordo com a obra de Friedrich Müller acerca da estrutura das normas constitucionais, é possível tomar a incorporação da *realidade* na *norma*. Isto significa que a realidade constitucional é uma realidade complexa e englobante, na qual confluem e aparecem inter-relacionadas à facticidade e à normatividade.

Apesar de as circunstâncias fáticas do âmbito normativo integrarem a concepção de norma, isto não significa afirmar que a Constituição deva sucumbir às forças das circunstâncias da realidade. Nesse sentido, a simples alegação da *reserva do possível* não possui o condão de restringir o alcance dos direitos sociais de cunho prestacional em seu processo de concretização.

A ideia de Constituição normativa exige que as normas constitucionais sejam responsáveis por conformar a realidade. Nesse sentido, é indispensável aproximar o mundo fático e o mundo normativo a fim de que não haja qualquer mitigação à supremacia da Constituição, tendo em vista que o fático não pode sobrepujar o normativo.

6 Referências

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

AGRA, Walber de Moura. Protección al derecho a la salud. In: *MEMORIA DEL X CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL*, 10., 2009, Lima. Disponível em: <http://www.pucp.edu.pe/congreso/derecho_constitucional/docs/pdf/PONENCIAS-MESAS/MESA%206/AGRA,%20Walber%20de%20Moura%20_Brasil_%20-%20Proteccion%20al%20derecho....pdf>. Acesso em: 08 dez. 2009.

ALMEIDA FILHO, Agassiz. *Introdução ao direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 3. ed. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999. t. 1.

ENGISCH, Karl. *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*. Tradução Juan José Gil Cremades. Granada: Comares, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

_____. *Escritos de derecho constitucional*. 2. ed. Tradução Pedro Cruz Villalon. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Tradução Peter Naumann. 2. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e método estruturantes*. Tradução Dimitri Dimoulis, Gilberto Berco-
vici, Peter Naumann, Rodrigo Mioto dos Santos, Rossana Ingrid Jansen dos Santos, Tito Lívio Cruz Romão e Vivianne Galdes Ferreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Teoria estruturante do direito*. Tradução Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. *A Constituição viva*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas sobre a eficácia e a efetividade do direito à moradia como direito de defesa aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. In: SIQUEIRA, Julio Pinedo Faro Homem; TEIXEIRA, Bruno Costa; MIGUEL, Paula Castello. *Uma homenagem aos 20 anos da Constituição brasileira*. Florianópolis: Boiteux, 2008.

SILVA, Kelly Susane Alfien da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. A diferença ontológica (entre texto e norma) como blindagem contra o relativismo no processo interpretativo: uma análise a partir do "ontological turn". *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 89, p. 121-160, jan./jun. 2004.

TAVARES, André Ramos. A Constituição aberta: elementos de uma hermenêutica constitucional. In: AGRA, Walber de Moura (Coord.). *Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Fronteiras da hermenêutica constitucional*. São Paulo: Método, 2006.

TRIBE, Laurence H. *Constitutional choices*. Massachusetts: Harvard, 1986.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Tradução Arantxa Azurza. Madri: Civitas, 1985.

1.3

LICITAÇÃO INTERNACIONAL: NORMAS NACIONAIS X NORMAS ESTRANGEIRAS (UMA VISÃO CONSTITUCIONAL)

ANDERSON SANT'ANA PEDRA*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Tratamento constitucional. 3 Ordenamento jurídico. 4 Licitação internacional no ordenamento pátrio. 4.1 Previsão legal. 4.2 Princípios constitucionais. 4.3 Onipotência da Constituição. 4.4 Hierarquia entre normas nacionais e normas internacionais. 5. Prevalência dos princípios nacionais sobre as regras internacionais. 6. Conclusão. 7 Referências.

1 Introdução

A matéria a ser tratada é de relevância indiscutível, cuja solução interessa a todos os órgãos e entidades da Administração Pública, especialmente àqueles que se beneficiam de recursos oriundos de contratos celebrados com organismos financeiros internacionais dos quais o Brasil participa.

A abordagem ainda tem sido insuficiente pela doutrina nacional, razão pela qual, após ser instado a manifestar juridicamente quanto a Edital de Concorrência Internacional com utilização de recursos do BIRD^{1 2}, continuamos nossa pesquisa dentro de uma formatação acadêmica, com o intuito de trazer à balha discussão de tema que se apresenta tão importante para os dias atuais, afinal, parece que a ninguém é possibilitado desconsiderar que vivemos em tempo de globalização, marcado por crescente integração entre as nações, e que em vários países,

* Doutorando em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Campos-RJ. Especialista em Direito Público pela Consultime/Cândido Mendes/ES. Professor em pós-graduação de Direito Constitucional e Administrativo. Procurador do Estado do Espírito Santo. Advogado.

1 Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento - Banco Mundial.

2 Atuação esta ainda quando exercíamos o cargo de Chefe da Consultoria Jurídica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo. Agradeço aqui ao amigo e jovem jurista FRANCISCO BOWEN, cuja inteligência contribuiu de forma fecunda para o desenvolvimento desse estudo.

inclusive o Brasil, grande parcela dos investimentos são oriundos de organismos financeiros internacionais.

Destaca-se a grande quantidade de organizações internacionais que congregam elevado número de países, sendo necessária a adoção de medidas a fim de conciliar as normas dessas organizações com os interesses dos Estados que a compõem. Surge então a figura dos Tratados Multilaterais, que têm como objetivo a harmonização entre as leis internas dos Estados membros subscritores com as normas dessas organizações.

Buscar-se-á uma visão tendo como premissa o Texto Constitucional, sem deixar à margem a Lei nº 8.666/93, afinal, o aparente conflito não se apresenta de fácil deslinde em virtude das indagações que envolvem a natureza dos contratos de empréstimos externos pelos quais são impostas tais regulamentações, os tratados internacionais, as leis nacionais e a Carta Magna.

Está sendo aplicada a Lei 8.666/93, ou as regras do Banco Mundial, que, em muitas situações, exigem procedimentos não previstos pela Lei 8.666/93 ou até mesmo proibidos?

2 Tratamento constitucional

Do manancial vocabular do Texto Constitucional de 1988 jorra o substantivo *licitação*. A palavra marca presença em alguns dispositivos. Para o que se pretende, dois emblemáticos merecem ser destacados:

“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XXVII – *normas gerais de licitação* e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União dos Estados, Distrito Federal e Municípios, *obedecido o disposto no art. 37, XXI*, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;”³

3 Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98.

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios *obedecerá aos princípios* da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que *assegure igualdade de condições a todos os concorrentes*, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, *o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.*”⁴

O destaque das normas constitucionais referentes à *licitação* se faz necessário para frisar que, ao estudá-la, deve-se ultrapassar as fronteiras do simples vocábulo para vê-la como instituto de Direito Constitucional, o que habilita à demarcação de um conteúdo signficante para ela – *licitação, que se impõe ao próprio legislador ordinário*.

O legislador infraconstitucional tem a competência de produzir norma genérica, impessoal e abstrata, no mesmo instante em que aplica a Constituição, mas sem poder escapar das delimitações que já se encontram gizadas na obra legislativa do Poder Constituinte, sob pena de resvalar para a zona juridicamente espúria da “*descontinuidade ou ruptura constitucional*”, segundo entendimento canotilhano.⁵

Dos dispositivos trasladados, pode-se observar que o art. 22, XXVII da CRFB reza que compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, desde que obedecido o disposto no art. 37, XXI, obviamente, que *caput* (princípios: *legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*) e inciso (princípios: *igualdade e competitividade*).

4 Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19/98.

5 BRITTO, Carlos Ayres. *O perfil constitucional da licitação*. Curitiba: Znt, 1997. p. 12.

Tem-se assim que as normas gerais de licitação que vierem a ser estatuídas pelo legislador infraconstitucional não poderão ultrapassar os limites normativos, incluindo aqui os principiológicos trazidos pelo Texto Constitucional, não somente nos dispositivos citados, mas nela como um todo.

3 Ordenamento jurídico

“A noção de ordenamento é complexa. Em princípio, um ordenamento é um conjunto de normas. O ordenamento jurídico brasileiro é o conjunto de todas as suas normas, [...]”.⁶

O ordenamento jurídico contém duas espécies de normas: *regras e princípios*.⁷

As normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si, destacando também que a palavra direito, entre seus vários sentidos, encerra também o de *ordenamento jurídico*, ou seja, *o direito não é norma*, mas um conjunto coordenado de normas, *sendo evidente que uma norma jurídica nunca se encontra só, mas está ligada a outras normas com as quais formam um sistema normativo*.⁸

Urge assim a necessidade de estudo pelo operador do direito a fim de *eleger qual norma a ser aplicada*, ou seja, submeter um caso particular ao império de uma determinada norma jurídica.

Por vezes o aplicador do direito se depara com uma situação na qual o(s) dispositivo(s) infraconstitucional(is) não se encontra(m) consonante(s) com os valores constitucionais, sendo necessário lançar mão da *interpretação sistemática*.

A interpretação sistemática deve ser definida como uma operação que consiste em atribuir a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance

6 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 171.

7 SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 145.

8 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UnB, 1999. p. 19-21.

e superando antinomias, a partir da conformação teleológica, tendo em vista solucionar os casos concretos. Dito de outra forma, a interpretação sistemática, quando compreendida em profundidade, é aquela que se realiza em consonância com a rede hierarquizada, *máxime na Constituição*, tecida por princípios, normas e valores considerados dinamicamente e em conjunto. Assim, ao se aplicar uma norma, está-se aplicando o sistema inteiro.⁹

Interpretar sistematicamente implica, então, excluir qualquer solução interpretativa que resulte logicamente contraditória com alguma norma do sistema.

Fica evidente o papel destacado conferido à Constituição como norma fundante de todo o sistema normativo, e, conseqüentemente, seu principal elemento de unificação. Daí porque de um simples instrumento técnico do método sistemático derivou-se um princípio básico de toda a interpretação jurídica: *a interpretação conforme a Constituição*. A norma fundamental converte-se sempre por esta via em questão prévia de toda a interpretação, de sorte que nenhuma lei pode ser interpretada isolando-se dela.¹⁰

Pode-se definir sistema jurídico (cada sistema jurídico) como uma *ordem teleológica de princípios gerais de direito*. Cada norma é parte de um todo, de modo que não podemos conhecer a norma sem conhecer o sistema, o todo no qual estão ligadas.¹¹

Em obediência aos princípios mencionados, *“a primeira e mais importante recomendação, nesse caso, é de que, em tese, qualquer preceito isolado deve ser interpretado em harmonia com os princípios gerais do sistema.”*¹²

Não há espaço no nosso ordenamento jurídico para as lacunas e antinomias, pois o jurista, ao aplicar os preceitos jurídicos a fim de criar uma norma individual, deverá interpretá-los, integrá-los e corrigi-los, *mantendo-se nas balizas estipuladas pelo*

9 FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 60-61.

10 SILVA, Celso de Albuquerque. *Interpretação constitucional operativa: princípios e métodos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 124.

11 GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 19.

12 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 285.

ordenamento jurídico, principalmente naquelas estipuladas pela norma primeira – a Constituição.

4 Licitação internacional no ordenamento pátrio

4.1 Previsão legal

Pode-se conceituar *licitação* como um procedimento administrativo que tem por objetivo a seleção da proposta mais vantajosa para a celebração de contrato com a entidade integrante da Administração Pública ou por ela controlada, *mediante um processo efetivamente competitivo*. Trata-se, com tal prática, de dar cumprimento ao dever de eficiência financeira *inerente* ao administrador público, positivado, inclusive, no art. 70 da Carta Federal, sob o nome de *princípio da economicidade*.¹³

Analisando os dispositivos constitucionais aqui já copiados (art. 22, XXVII e art. 37, XXI), e utilizando de uma *interpretação sistemática*, chega-se noutro objetivo, que é o de assegurar a igualdade entre todos os interessados em contratar com a Administração, que, aliás, está sujeita ao *princípio da isonomia*, contido no art. 5º da CRFB, segundo o qual todos são iguais perante a lei, do qual decorre, para a Administração, o *princípio da impessoalidade* (art. 37, *caput*, CRFB).¹⁴

Deve-se então, ao visualizar o instituto jurídico da *licitação*, utilizar de uma *lente constitucional* para que “*pincemos diretamente do Magno Texto as regras que dão à licitação uma perfeita identidade jurídica, assim como os princípios que com ela mantêm uma relação de maior pertinência lógica.*”¹⁵

Nessa mesma linha de raciocínio, o professor CARLOS AYRES BRITTO assevera que o que *enxerga como realmente axial nas normas gerais de licitação é o desdobramento de princípios e regras da própria Constituição* que de alguma se encontra contracto.¹⁶

13 BARROSO, Luis Roberto; SOUTO, Marcos Jurueña Villela. Aquisição de bens financiadas pelo BIRD. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo: NDJ, v.10, n. 8, p.386, ago.1997.

14 *Ibid.*, p. 386.

15 BRITTO, Carlos Ayres. *O perfil constitucional da licitação*. Curitiba: Znt, 1997. p. 13.

16 *Ibid.*, p. 27.

Observe o que diz o dispositivo que particularmente cuida das licitações realizadas com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte:

“Art. 42. Nas concorrências de âmbito internacional o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes.

[...]

§ 5º. Para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, *poderão* ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, *bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração*, o qual poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação, *desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento* ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho este ratificado pela autoridade imediatamente superior.”¹⁷

Não se pode perder de vista que o que se persegue nesse estudo é saber qual norma é aplicável: as normas nacionais ou as *guidelines*¹⁸? Seria possível olvidar todas as normas nacionais em face do que dispõe o art. 42, § 5º do Estatuto das Licitações?

17 Nova redação dada pela Lei nº 8.883, de 08 de junho de 1994, que alterou o texto original da Lei n.º 8.666, de 08 de junho de 1994.

18 Normas e procedimentos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte que cuida do critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.

4.2 Princípios constitucionais

Então agora, insta destacar a importância dos princípios vez que é irrealizável fazer ciência desconsiderando-os.

*“O cientista, para conhecer o sistema jurídico, precisa identificar quais os princípios que o ordenam. Sem isso, jamais poderá trabalhar com o direito.”*¹⁹

Os *princípios* são, por vezes, os cânones que não foram ditados, explicitamente, pelo elaborador da norma, mas que estão contidos de forma imanente no ordenamento jurídico. Os *princípios* não são resgatados fora do ordenamento jurídico, porém *descobertos* no seu interior, estando aí em estado de latência.

GONZÁLEZ PÉREZ, no mesmo sentido, firmou: *“os princípios jurídicos [...] têm em si valor normativo; constituem a própria realidade jurídica. [...] Existem independentemente de sua formulação; são aplicáveis ainda que a ciência os desconheça.”*²⁰

*Não se pode olvidar que os princípios implícitos são tão importantes quanto os explícitos; constituem, como estes, verdadeiras normas jurídicas. Por isso, desconhecê-los é tão grave quanto desconsiderar quaisquer outros princípios.*²¹

De acordo com os ensinamentos de ATALIBA, tem-se que:

“Os princípios são as linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico. Apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos do governo (poderes constituídos).

*Eles expressam a substância última do querer popular, seus objetivos e designios, as linhas mestras da legislação, da administração e da jurisdição. Por estas não podem ser contrariados; têm que ser prestigiados até as últimas consequências.”*²²

BANDEIRA DE MELLO, de forma invulgar, sintetiza a “origem” dos princípios constitucionais:

19 SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 143.

20 Apud SUNDFELD, op. cit., p. 145-146.

21 Ibid., p. 150.

22 ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 34.

“O art. 37, *caput*, reportou de modo expresso à Administração Pública (direta e indireta) apenas cinco princípios: da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência [...]. *Fácil é ver-se, entretanto, que inúmeros outros mereceram igualmente consagração constitucional*, uns por constarem expressamente da Lei Maior, conquanto não mencionados no art. 37, *caput*; outros, por nele estarem abrigados logicamente, isto é, como conseqüências irrefragáveis dos aludidos princípios; outros, finalmente, por serem implicações evidentes do próprio Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo.”²³

E continua o professor elencando alguns princípios: *supremacia do interesse público, da finalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação, da segurança jurídica*, dentre outros.²⁴

Por fim, deve-se dizer que o *princípio jurídico é norma* de hierarquia superior à das *regras*, pois determina o sentido e o alcance destas, que não podem contrariá-lo sob pena de pôr em risco a globalidade do ordenamento jurídico, devendo haver coerência entre os *princípios* e as *regras*, no sentido que vai daqueles para esta.²⁵

Conclui-se então que, se uma *norma-regra* (v.g. *Guidelines*) ir de encontro a qualquer *norma-princípio* (v.g.: *competitividade, impessoalidade, julgamento objetivo, legalidade*) que deva observar a Administração Pública, inclusive nos procedimentos licitatórios, esta prevalecerá sobre aquela. *Lembrando-se que ninguém pode aplicar uma regra – tem sempre de aplicar todo o Direito*²⁶, não se podendo trazer à tona o § 5º do art. 42 da Lei nº 8.666/93 de forma isolada.

Cumpra aqui registrar que, por vezes, as *guidelines*, por si só, não afrontam o ordenamento jurídico nacional, mas sim a “interpretação” que costumeiramente alguns agentes públicos

23 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 68.

24 *Ibid.*, p. 68-104, passim.

25 SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 146.

26 *Ibid.*, p. 149.

conferem a essas normas, maculando a competitividade do certame, e por consectário lógico, atingindo de morte os princípios constitucionais norteadores da Administração Pública.

4.3 Onipotência da Constituição

Esse tópico não poderia ser inaugurado sem mencionar a argumentação do professor CARLOS AYRES que, com a sensibilidade e inteligência peculiar, ao cotejar *Deus* com a *Constituição* alinhavou:

“Deus é o poder que tudo pode, menos deixar de ser o poder que tudo pode. Deus nem pode deixar de ser o poder que tudo pode, como não pode permitir que outro poder tudo possa. Lógico, porque a onipotência está condenada à solidão. Onipotência é concomitantemente unipotência ou potência única.”²⁷

Como sobejamente conhecido, as normas constitucionais fundam o ordenamento jurídico, inauguram a ordem jurídica de um dado povo soberano e se põem como suporte de validade de todas as demais regras de direito. São normas originárias, fundamentantes e referentes, enquanto que as demais se posicionam, perante elas, como derivadas, fundamentadas e referidas. Aquelas de hierarquia superior, e estas, logicamente, de menor força vinculatória.

Tem-se que a Constituição, como norma, designa o conjunto de comandos jurídicos positivos, apresentando ainda relativamente às outras normas do ordenamento jurídico caráter *fundacional e primazia normativa*.²⁸

A Constituição é uma lei dotada de características especiais, pois tem um brilho autônomo expresso por intermédio da forma, do procedimento de criação e da posição hierárquica das suas normas. Estes elementos permitem distingui-la de outros instrumentos com valor legislativo presentes na ordem jurídica, destacando: *autoprimazia normativa, fonte primária de produção*

27 BRITO, Carlos Ayres. Poder constituinte versus poder reformador. In: MAUES, Antônio G. Moreira (Org.). *Constituição e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 40.

28 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1105, 1111-1112.

*jurídica, força heterodeterminante, natureza supra-ordenamental e força normativa.*²⁹

Serão destacados aqui apenas alguns desses elementos e seus principais traços caracterizadores.

Pode-se asseverar, em síntese, que *autoprímazia normativa* significa que as normas constitucionais *não derivam a sua validade de outras normas com dignidade hierárquica superior*, sendo assim um valor normativo formal e material superior, ou seja, *nenhuma norma, inclusive internacional (v.g. guidelines), pode influenciar ou afastar uma norma constitucional sob pena de se ferir a soberania nacional*.

Força normativa da constituição ou *normatividade da constituição* são expressões que significam que a constituição é uma lei vinculativa dotada de *efetividade* e *aplicabilidade*. A *força normativa da constituição* visa exprimir, muito simplesmente, que a Constituição, sendo uma lei, como lei deve ser aplicada.³⁰

Convém, alfim, transladar as lições de HESSE:

“A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social.”³¹ (os destaques não constam no original)

Pode-se então concluir, preliminarmente, que as *normas constitucionais devem ser obedecidas ilimitadamente*, pois a Constituição é a *norma primeira* da qual origina todo o ordenamento jurídico, não podendo nenhum outro diploma legal contrariar seus comandos normativos, sob pena de se ver ruir o Estado Constitucional. Dessa forma, também as *guidelines*, ou suas “interpretações”, não podem ir de encontro aos valores constitucionais.

29 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1112-1115.

30 *Ibid.*, p. 1115.

31 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 15.

Para aplicar os valores constitucionais é necessário lançar mão da *interpretação constitucional* que tem seus princípios próprios, sendo que serão tratados aqui aqueles que influenciam na conclusão que almeja esse trabalho.

Pelo *princípio da máxima efetividade* ou *princípio da eficiência* ou *princípio da interpretação efetiva*, pode-se considerar que a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. Trata-se de um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais.³²

Pelo *princípio da interpretação das leis conforme a constituição*, entenda-se que, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente conformidade com as normas constitucionais, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e conseqüente retirada do ordenamento jurídico.³³ Sendo assim, *se das guidelines podem ser extraídas várias interpretações deve-se optar por aquela que guarde sintonia com os princípios constitucionais*, e não aquela que vai restringir, amesquinhar ou frustrar a competição – finalidade primeira de um procedimento licitatório.

Acresce-se ainda a esses princípios algumas regras propostas por JORGE MIRANDA, principalmente a que “*deve ser fixada a premissa de que todas as normas constitucionais desempenham uma função útil no ordenamento, sendo vedada a interpretação que lhe suprima ou diminua a finalidade*”.³⁴

Pode-se afirmar, por derradeiro, que a Constituição é a lei suprema do país e que contra a sua letra, ou espírito, não prevalecem resoluções, leis, constituições estaduais, decretos ou sentenças federais, nem tratados, ou quaisquer outros atos diplomáticos.³⁵

32 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1187.

33 Cf.: FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 161: “*Em outras palavras e sob essa ótica, a interpretação conforme a Constituição passa a ser, ante de mais, uma exegese que prestigia os princípios fundamentais enraizados ao longo da Carta, cumprindo ao intérprete, criteriosamente, desvelá-los e protegê-los a eficácia ou efetividade, no sentido largo do termo.*”

34 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 43.

35 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 256.

4.4 Hierarquia entre normas nacionais e normas internacionais

Muito embora no direito internacional se defenda a tese de que as normas internacionais possuem hierarquia superior às leis ordinárias constituindo-se *leis ordinárias especiais*, aqui não se pode querer esposar esse entendimento em virtude de pacificado posicionamento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Na doutrina e jurisprudência tupiniquim vigora a teoria *monista-constitucionalista* em virtude do famoso julgamento RE 80.004³⁶ (considerado, até hoje, como o *leading case*) que entendeu que *normas internacionais* ratificadas pelo Congresso Nacional têm a mesma hierarquia que as *normas internas*, resolvendo os casos de antinomias³⁷ pelo critério *cronológico*³⁸ ou da *especialidade*³⁹.

A *quaestio* fica melhor visualizada na seguinte decisão, também do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

“EMENTA: - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONVENÇÃO Nº 158/OIT - PROTEÇÃO DO TRABALHADOR CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA - ARGÜIÇÃO DE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DOS ATOS QUE INCORPORARAM ESSA CONVENÇÃO INTERNACIONAL AO DIREITO POSITIVO INTERNO DO BRASIL (DECRETO LEGISLATIVO Nº 68/92 E DECRETO Nº 1.855/96) - POSSIBILIDADE DE

36 Ementa: “CONVENÇÃO DE GENEVRA, LEI UNIFORME SOBRE LETRAS DE CÂMBIO E NOTAS PROMISSÓRIAS, AVAL APOSTO A NOTA PROMISSÓRIA NÃO REGISTRADA NO PRAZO LEGAL, IMPOSSIBILIDADE DE SER O AVALISTA ACIONADO, MESMO PELAS VIAS ORDINÁRIAS. VALIDADE DO DECRETO-LEI N. 427, DE 22.01.1969. EMBORA A CONVENÇÃO DE GENEVRA QUE PREVIU UMA LEI UNIFORME SOBRE LETRAS DE CÂMBIO E NOTAS PROMISSÓRIAS TENHA APLICABILIDADE NO DIREITO INTERNO BRASILEIRO, NÃO SE SOBREPÕE ELA AS LEIS DO PAÍS, DISSO DECORRENDO A CONSTITUCIONALIDADE E CONSEQÜENTE VALIDADE DO DEC. LEI Nº 427/69, QUE INSTITUI O REGISTRO OBRIGATORIO DA NOTA PROMISSÓRIA EM REPARTIÇÃO FAZENDÁRIA, SOB PENA DE NULIDADE DO TÍTULO. SENDO O AVAL UM INSTITUTO DO DIREITO CAMBIÁRIO, INEXISTENTE SERÁ ELE SE RECONHECIDA A NULIDADE DO TITULO CAMBIAL A QUE FOI APOSTO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.” (STF,Tribunal Pleno, RE 80.004/SE, Rel.: Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE. DJ 29-12-77, p. 9433.

37 Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UnB, 1999. p. 19-21.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 91: “Como antinomia significa o encontro de duas proposições incompatíveis, que não podem ser ambas verdadeiras, e, com referência a um sistema normativo, o encontro de duas normas que não podem ser ambas aplicadas, a eliminação do inconveniente não poderá consistir em outra coisa senão na eliminação de uma das duas normas (no caso de normas contrárias, também na eliminação das duas).

38 *Lex posterior derogat priori*, ou seja, a vontade posterior revoga a precedente.

39 *Lex specialis derogat generali*, ou seja, a lei especial anula a lei mais geral.

CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – [...] – CONTEÚDO PROGRAMÁTICO DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, CUJA APLICABILIDADE DEPENDE DA AÇÃO NORMATIVA DO LEGISLADOR INTERNO DE CADA PAÍS – [...] – PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR DEFERIDO, EM PARTE, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS.

É na Constituição da República - e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas - que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe - enquanto Chefe de Estado que é - da competência para promulgá-los mediante decreto. O *iter* procedimental de incorporação dos tratados internacionais - superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado - conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes. SUBORDINAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - *No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da*

Constituição da República. Em conseqüência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. [...]. PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO. - Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em conseqüência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico ('lex posterior derogat priori') ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes. [...]"⁴⁰(os destaques não constam no original)

5 Prevalência dos princípios nacionais sobre as regras internacionais

A fim de que somando com as breves considerações dos tópicos antecedentes seja inumado de uma vez por todas o entendimento de que as *guidelines* e suas interpretações podem se sobrepôr às normas do ordenamento jurídico nacional, sem quaisquer limites, serão acostadas algumas balizadas manifestações doutrinárias e jurisprudenciais que corroboram com a tese aqui sustentada.

JUSTEN FILHO, autor da obra sobre licitação que hodiernamente é a mais festejada salienta:

⁴⁰ Tribunal Pleno, STF, Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1480/DF, Rel. Min. Celso de Mello. Decisão: 04.09.1997. DJ 18.05.01. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 07 mar. 2003.

“Poderá surgir necessidade de compatibilizar a licitação com princípios ou regras de organismos internacionais que fornecerem recursos para pagamento do contrato. [...]”

*Em qualquer caso, o princípio norteador será a prevalência da soberania nacional e a indisponibilidade do interesse público. [...]”*⁴¹ (os destaques não constam no original)

Comparando as alterações promovidas pelo legislador federal no art. 42, § 5º do Estatuto Licitatório, o mesmo autor leciona:

“Suprimiu-se a exigência de observância dos princípios basilares da Lei nº 8.666. Isso não significa, obviamente, autorização para superarem-se os princípios norteadores da atividade da Administração Pública. Quanto a isso, nem a própria Constituição Federal poderia promover uma renúncia incompatível como princípio da República. O art. 42, § 5º, significa que as regras acerca de procedimento licitatório, prazos, formas de publicação, tipos de licitação, critérios de julgamento etc. podem ser alteradas. Não é possível suprimir os princípios inerentes à atividade administrativa (inclusive aqueles relacionados a direitos dos licitantes), mas podem ser adotadas outras opções procedimentais e praxísticas.”⁴² (os destaques não constam no original)

O professor MUKAI leciona:

“Fica, então, a questão: de acordo com o § 5º do art. 42 da Lei n. 8.666/93, nas licitações internacionais *há que se observar tão-só as normas dos mencionados organismos financeiros internacionais e o princípio do julgamento objetivo?*”

Pensamos que não.

[...]

Quanto ao princípio – embora a lei obrigue agora apenas a observância do princípio do julgamento objetivo –, é óbvio que os demais princípios inscritos no art. 3º da Lei n. 8.666/93

41 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2000. p. 425.

42 *Ibid.*, p. 426.

são indiretamente, de observância obrigatória, uma vez que, para que seja atendido o princípio do julgamento objetivo, haverá que se observar as regras do edital (vinculação ao instrumento convocatório), a competitividade e o princípio da igualdade (porque este é de ordem constitucional – art. 37, XXI, da CF).

Portanto, conclui-se que, nas licitações internacionais, não se pode simplesmente dar prevalência total às normas dos organismos internacionais, em função apenas da redação literal do § 5º do art. 42 da Lei nº 8.666/93. Há que se observar todas as demais normas atinentes às licitações internacionais, contempladas pela mesma lei, bem como os demais princípios da licitação, que decorrem do princípio do julgamento objetivo ou decorrem do próprio Texto Constitucional, como é o caso do princípio da igualdade dos concorrentes (art. 37, XXI, da CF).⁴³ (os destaques não constam no original)

Os professores LUIS ROBERTO BARROSO e MARCOS JURUENA, em dueto uníssono, também trataram com maestria as licitações financiadas por organismos estrangeiros asseverando que os *princípios da vinculação ao instrumento convocatório, da publicidade, da competitividade, da economicidade e da impessoalidade*, dentre outros, *também aplicam-se às licitações internacionais*, financiadas ou não por organismos internacionais de fomento, *já que envolvem o atendimento de matéria constitucional* e não apenas da legislação ordinária que disciplina as licitações.⁴⁴

Como já foi dito aqui, no Brasil vigora a orientação de que o tratado internacional celebrado pelo Presidente da República e ratificado pelo Congresso Nacional tem hierarquia de lei ordinária, *não podendo, pois, ser aplicado em desacordo com a Constituição.*

43 MUKAI, Toshio. *Licitações e contratos públicos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 68-69.

44 BARROSO, Luis Roberto; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Aquisição de bens financiadas pelo BIRD*. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo: NDJ, v.10, n. 8, p.388, ago.1997.

Portanto, ao aderir⁴⁵ à Convenção de *Bretton Woods*, de 22.7.44, o Brasil, introduziu, no seu direito interno, uma norma específica sobre contratações financiadas pelo BIRD, afastando, pois, a aplicação de uma norma geral de licitação – o que foi expressamente reconhecido pela Lei nº 8.666/93 em seu art. 42, § 5º, mas, frisa-se, *não podem afastar os princípios da Administração Pública insertos no Diploma Fundamental*.

O administrativista ANTÔNIO ROQUE CITADINI também já se deteve ao exame do art. 42, § 5º da Lei nº 8.666/93 fazendo as seguintes ponderações na seara administrativa-constitucional:

“A licitação deverá obedecer às normas de contratação do órgão financiador, *desde que não conflitem com as disposições constitucionais brasileiras de contratação*, e, especialmente, o princípio da contratação mais vantajosa. Tais órgãos comumente dispõem sobre a forma de contratação com algumas divergências da Lei nº 8.666/93, *mas é possível administrar-se suas normas, se forem obedecidas as disposições gerais da licitação previstas na Constituição*, e desde que não importem violação que comprometa o julgamento objetivo.”⁴⁶ (os destaques não constam no original)

O professor OLAVO BAPTISTA também acentua nesse mesmo diapasão:

“O art. 42, § 5º, refere-se a ‘obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de que o Brasil seja parte’, em que as condições decorrentes de acordos internacionais prevalecerão. *É verdade que, dentro de certos limites – em especial os princípios de maior vantagem para o Estado, da igualdade entre os licitantes e do julgamento objetivo [...]*”⁴⁷

45 Promulgada pelo Decreto nº 21.177, de 27 de maio de 1946.

46 *Comentários e jurisprudência sobre a lei de licitações públicas*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 333, apud, Min. Garcia Vieira, STJ, RMS nº 11.015-MG.

47 BAPTISTA, Luiz Olavo. Contratos internacionais da administração pública: novos rumos? In: MELLO, Celso Antonio Bandeira de (Org.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*: direito administrativo e constitucional. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 461.

Diferente não é a manifestação da professora FOLGOSI, se não vejamos:

“Dentro da chamada ‘teoria do monismo moderado’, as Guidelines, ainda que com aplicação determinada nos contratos de empréstimo, ainda que fundadas em tratado firmado pelo Brasil (Bretton Woods), *dependem, para sua validade, de sua consonância com os princípios e normas constitucionais.*”⁴⁸

Mais adiante e nos mesmos passos, cotejando as redações (a originária e a atual) do art. 42, § 5º da Lei n. 8.666/93, a autora assevera com pena forte:

“Com a nova redação autorizou-se inclusive a adoção de outros critérios de julgamento, além do menor preço, quando a licitação se relacionasse com recursos de organismos estrangeiros. [...] Suprimiu-se a exigência de observância dos princípios basilares da Lei 8.666. *Isso não significa, obviamente, autorização para superarem-se os princípios norteadores da atividade da Administração Pública. Quanto a isso, nem a própria Constituição Federal poderia promover uma renúncia incompatível com o princípio da República.*”⁴⁹

Destaca-se, ainda, posicionamento do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ a respeito:

“Consulta formulada pela Companhia de Saneamento do Paraná - SANEPAR - ao Tribunal de Contas do Paraná (Revista 114/95 - fls. 143/149).

Consultado sobre a possibilidade de realização de contratações obedecendo as regras licitatórias determinadas por organismo financiador externo, em contrariedade às normas da Lei Federal nº 8.666/93, respondeu positivamente o Tribunal de Contas do Paraná, através da Resolução nº 3.872/95-TC, desde que atendidos os seguintes requisitos mínimos:

48 FOLGOSI, Rosolea. Licitação e as “guidelines” do Banco Mundial. In: MELLO, Celso Antonio Bandeira de (Org.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*: direito administrativo e constitucional. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 530.

49 Ibid., p. 536.

- 1 - Serem condições indispensáveis à concessão do financiamento com recursos externos, expressamente estipulados pelo respectivo organismo internacional;
- 2 - Sejam estabelecidas previamente no ato convocatório (edital) e aditadas mediante justificação (motivação) do administrador licitante, com clara e precisa indicação das alterações e exigências, com posterior aprovação pela autoridade hierarquicamente superior;
- 3 - *Não afrontem os princípios de administração pública, entre os quais os contidos no artigo 27 da Constituição Estadual e 37, 'caput' da Constituição Federal, reafirmadas no artigo 3º e parágrafos da Lei 8.666/93.*⁵⁰

O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO também já se manifestou:

“Decisão nº 245/1992

O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator,

DECIDE:

- 1 - conhecer da presente consulta, para orientar a EMBRAPA no sentido de que, em face da exceção contida no parágrafo único do art. 88 do DL nº 2.300/86, aplicam-se aos contratos relativos a operações de crédito celebrados pela União ou à concessão de garantia do Tesouro Nacional as disposições constantes do art. 11 do DL nº 1.312/74, *verbis*: ‘O Tesouro Nacional, contratando diretamente ou por intermédio de agente financeiro, poderá aceitar as cláusulas e condições usuais nas operações com organismos financiadores internacionais, sendo válido o compromisso geral e antecipado de dirimir por arbitramento todas as dúvidas e controvérsias derivadas dos respectivos contratos’;
- 2 - admitir que, observada a competência do Senado Federal (art. 52-V, VII e VIII da CF), a aplicação dos dispositivos legais supracitados implica na possibilidade da adoção de

50 Apud DIOGO, Maria José de Lima; RIOS, Dulcino Coelho. Instrução Técnica Conclusiva nº 057/97/1ª CT – Processo nº 2638/97 – Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo.

procedimentos licitatórios nos termos exigidos pelas referidas organizações financeiras internacionais, através de cláusulas e condições usuais dos respectivos contratos de empréstimos, *desde que não conflitantes com o Texto Constitucional do País; [...]*”

6 Conclusão

Deve-se dar primazia às normas trazidas na Constituição Federal, notadamente, aos *princípios da competitividade, da economicidade, da impessoalidade* e etc., afinal uma licitação internacional *somente* será perfeitamente lícita quando houver a possibilidade de compatibilização entre as normas alienígenas com os princípios diretores da Administração Pública consagrados, explicitamente ou implicitamente, no Texto Fundamental.

Em geral, as *guidelines*, de *per si*, não afrontavam o ordenamento jurídico nacional, mas sim a “interpretação” que por vezes é conferida pelo gestor da *res publica* é que traz “disposições” que *maculam a competitividade* no certame, e por consectário lógico atingem de morte os princípios constitucionais norteadores da Administração Pública.

A redação do art. 42, § 5º da Lei nº 8.666/93, significa apenas que as *normas-regra* acerca do procedimento licitatório (prazos, formas de publicação, critérios de julgamento, etc.) podem ser afastadas; não implicando na supressão ou afastamento das *normas-princípio* inerentes à Administração Pública, ou seja, o que se tolera são outras opções procedimentais e praxísticas.

Em qualquer caso, deverá haver uma precisa definição, no ato convocatório, dos critérios de julgamento e das exigências a serem atendidas pelos interessados. Enfim, a aplicação de regras distintas das consagradas na Lei nº 8.666/93 não significa substituir um procedimento objetivo pela discricionariedade administrativa, sendo inadmissível, a pretexto de se tratar de licitação com recursos internacionais, a Administração deliberadamente imprimir ao procedimento um curso errático que o conduza para fora do ordenamento jurídico nacional.

7 Referências

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Contratos internacionais da administração pública: novos rumos? In: MELLO, Celso Antonio Bandeira de (Org.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*: direito administrativo e constitucional. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 449-469.

BARROSO, Luis Roberto; SOUTO, Marcos Juruena Villela. Aquisição de bens financiadas pelo BIRD. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo: NDJ, v. 10, n. 8, p.269-272, ago. 1997.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UnB, 1999.

BRITTO, Carlos Ayres. Poder constituinte versus poder reformador. In: MAUES, Antônio G. Moreira (Org.). *Constituição e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. *O perfil constitucional da licitação*. Curitiba: Znt, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FOLGOSI, Rosolea. Licitação e as “guidelines” do Banco Mundial. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*: direito administrativo e constitucional. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 524-551.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2000.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

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

MUKAI, Toshio. *Licitações e contratos públicos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Interpretação constitucional operativa: princípios e métodos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

1.4

PARADIGMAS ARGUMENTATIVOS DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

CAMILLA MARTINS FRIZZERA BORGES*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Argumentação jurídica. 2.1 Aspectos da argumentação jurídica. 2.2 Paradigmas argumentativos. 3 Estudo prático de um *hard case*. 4 Conclusões. 5 Referências.

1 Introdução

A argumentação ocupa um papel de relevância na prática do Direito, tanto que, por vezes, costuma-se definir um bom jurista pela sua capacidade de construir e manejar os argumentos utilizados.¹ No presente artigo, faz-se uma análise dos paradigmas argumentativos utilizados pela Justiça Constitucional na prolação de uma decisão.

Primeiramente, serão expostas algumas teorias da argumentação jurídica, bem como os paradigmas argumentativos que podem guiar uma decisão emanada da Justiça Constitucional. Em um segundo momento, num estudo prático, elegeu-se uma decisão de um caso difícil proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na ADI-MC 2.435/RJ, de onde serão extraídos aqueles paradigmas utilizados no julgamento da decisão em comento.

2 Argumentação jurídica

Pretende-se tratar dos aspectos da argumentação jurídica propostos por Robert Alexy, para, em seguida, discorrer sobre a crítica superveniente à sua teoria elaborada por Manuel Atienza, bem como expor a proposta de reclassificação dos argumentos

* Advogada. Mestre em Direito Processual Civil na Universidade Federal do Espírito Santo - UFES. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes - UCAM.

1 ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica* (Perelman, Toulmin, Mac Cormick, Alexy e outros). Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000. p. 17.

jurídicos elaborada por Humberto Ávila. Visto isso, serão analisados, um por um, os paradigmas argumentativos da Justiça Constitucional adotados no presente artigo.

2.1 Aspectos da argumentação jurídica

Dentro da argumentação jurídica, vislumbram-se dois tipos de justificações, quais sejam, a interna, na qual se faz uma reconstrução lógica de modo a demonstrar como determinadas premissas levaram a uma conclusão, e a externa, quando se torna possível verificar os argumentos utilizados na construção das premissas. Em outras palavras, a justificação interna é o processo dedutivo, de onde se extrai o núcleo da fundamentação racional, mas que não é completa, por depender de argumentos; estes sim, que fazem com que seja eleita determinada interpretação jurídica dentre outras, podendo qualificar como justificação externa a atividade de fundamentar a premissa escolhida, indicando os argumentos que foram utilizados.²

Por sua vez, Robert Alexy elenca algumas regras de argumentação para a realização da justificação externa, que podem ser consideradas como os paradigmas argumentativos na teoria do discurso jurídico do autor, dividindo-se em seis grupos: interpretação, argumentação dogmática, uso de precedentes, argumentação prática geral, argumentação empírica e formas especiais de argumentação jurídica.³

Ao utilizar os conceitos dos cânones jurídicos, Alexy trata da interpretação semântica, genética, histórica, comparativa, sistemática e teleológica. Quanto à dogmática jurídica, o autor a conceitua como “[...] (1) uma classe de proposições que (2) se relacionam com normas atuadas e lei casual mas não são idênticas à descrição das mesmas, (3) estão em algum inter-relacionamento mútuo coerente, (4) são compostas e discutidas

2 ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 5, p.2, ago. 2001. Disponível em: <<http://www.dir.eitopublico.com.br>>. Acesso em: 08 out. 2007.

3 ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Shild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p. 225-267.

no contexto de uma ciência jurídica institucionalmente organizada e (5) tem conteúdo normativo”.⁴

No que diz respeito aos precedentes, há de se destacar sua importância ao lado da lei e da dogmática jurídica. Dúvida poderia surgir acerca de sua aplicação, considerando que nem todos os casos a que os precedentes poderiam ser aplicados são iguais em sua totalidade, por isso, deve-se saber distinguir as diferenças que realmente sejam relevantes para um determinado caso.

A argumentação empírica viabiliza a análise em outras ciências, como a matemática, de modo a proporcionar um conceito ao objeto que se estuda, enquanto que as formas especiais de argumentação jurídica são as formas de argumento usadas na metodologia jurídica, como a analogia e *argumentum a fortiori*, sendo que em quase todos os casos é preciso que haja “[...] uma remodelação das premissas e freqüentemente a introdução de premissas especiais que em geral permanecem desarticuladas na argumentação como ela ocorre atualmente”.⁵ Ressalta-se que Tércio Sampaio Ferraz Júnior classifica a analogia, ao lado da indução amplificadora e da interpretação extensiva, como instrumentos quase-lógicos que, juntamente com os instrumentos institucionais, tais como os costumes, os princípios gerais de direito e a equidade, formam os métodos de integração do direito, utilizados tanto para o preenchimento e a colmatação de lacunas como para a identificação das mesmas.⁶

Cabe, ainda, tratar da relação de dependência entre a argumentação jurídica e a argumentação prática geral – sendo que esta é considerada um elemento daquela –, destacando quatro características fundamentais acerca desse vínculo. A relação em comento é caracterizada pela necessidade do discurso jurídico do ponto de vista da natureza do discurso prático geral (1), posto que este muitas vezes se mostra insuficiente para a tomada de decisões devido à fraqueza de suas formas e regras, o que

4 ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Shild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p. 245.

5 *Ibid.*, p. 262.

6 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 294-300.

justifica o discurso prático até o limite de sua racionalidade na área de incerteza das normas. Ademais, deve haver uma correspondência parcial na exigência de correção (2), ou seja, a argumentação jurídica deve poder ser justificada de modo racional em relação à ordem jurídica em vigor. Há, portanto, certa relação com a racionalidade legislativa. Na configuração desse vínculo, observa-se a correspondência estrutural entre as regras e as formas de discurso jurídico e aquelas do discurso prático geral (3). Veja-se que as regras e as formas de justificação interna de ambos os discursos formam uma etapa da aplicação do princípio da universalidade, que almeja conferir o mesmo tratamento a casos semelhantes, além do que é possível observar a argumentação empírica ou teórica tanto na argumentação jurídica quanto na prática geral. Por fim, observa-se a necessidade de argumentos gerais práticos no contexto da argumentação jurídica (4).

Como afirmado, há uma relação de dependência entre esses modos de argumentação, sendo que a argumentação prática constitui a base do discurso jurídico.⁷ Mas esse não pode ser reduzido nem equiparado ao discurso prático, até porque a argumentação prática geral utilizada na argumentação jurídica apenas terá lugar em situações especiais – formas, regras e condições especiais.

Ademais, Robert Alexy aponta quatro limites para a elaboração de uma argumentação jurídica, que seriam o interesse pessoal das partes em lugar da busca da verdade, a participação involuntária do acusado, o tempo e a limitação existente para a busca da verdade de um modo geral.⁸ Cabe acrescentar que, para que uma decisão jurídica seja considerada correta, bem como o seu resultado, é preciso que a argumentação jurídica racional siga certas regras e assuma determinadas formas, que acabam sendo consideradas como critérios de correção de determinada decisão. Alexy complementa que “o valor das regras e formas de discurso jurídico não se limita à explicação do conceito de argumentação jurídica racional (e assim à exigência de

7 ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001. p. 267-271.

8 *Ibid.*, p. 212 - 216.

correção) e à sua função como critério hipotético de correção. Elas também contêm exigências de que os argumentos de fato ocorram”.⁹

Tanto a lei, como a dogmática jurídica, quanto o precedente, entendidos como um sistema de regras, princípios e procedimentos, não são suficientes para se chegar a uma resposta correta, mas pelo menos viabilizam um mínimo de racionalidade. Como apenas permitiriam chegar a uma decisão quase correta, Flávio Pedron, em uma leitura de Alexy, entende que, para este, a busca de uma resposta correta seria alcançada com a ocorrência de um “[...] desenvolvimento de um procedimento que a ela conduza, devendo ainda ser capaz de gerar consenso, o que demandaria: tempo ilimitado; informação ilimitada; transparência lingüística conceitual ilimitada; capacidade e disposição ilimitada para troca de papéis; e ausência de preconceito”.¹⁰

Ao discorrer sobre o âmbito da argumentação jurídica, Manuel Atienza distingue três contextos jurídicos onde ocorre a argumentação: a produção de normas jurídicas, a aplicação de normas jurídicas e a dogmática jurídica. A produção de normas jurídicas pode ser dividida em dois momentos: a fase pré-legislativa e a fase legislativa. Naquela, entende-se que a discussão entre os legisladores ficaria mais no campo da política e da moral do que na seara jurídica, pois é o momento em que são discutidos os problemas sociais e apresentadas propostas de soluções para os mais variados problemas.

Já na fase legislativa, os argumentos são dotados de um maior teor de tecnicidade na área jurídica. Por outro lado, é no campo da aplicação das normas jurídicas – concernente a problemas de fato ou de direito – que se encontra o ponto central da argumentação jurídica, qual seja, os casos difíceis ou *hard cases*, que serão objeto de análise na segunda parte do presente artigo, mediante o estudo de um caso prático. Já na dogmática, apontam-se critérios para a produção e aplicação do Direito,

9 ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001. p. 273.

10 PEDRON, Flávio Quinaud. Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin. *Revista CEJ*, Brasília, n. 30, p.70-80, jul./set. 2005. Disponível em: < <http://www.cjf.gov.br/revista/numero30/artigo10.pdf>>. Acesso em: 06 jul. 2007.

bem como para a sistematização de uma parte do ordenamento jurídico.¹¹

Por sua vez, Manuel Atienza divide a argumentação jurídica em dois tipos de teorias: a teoria padrão, observada nas obras de Robert Alexy e Mac-Cormick, e a teoria atual, tratada por Perelman, Viehweg e Toulmin. E, a partir daí, traça as linhas fundamentais que entende que uma teoria da argumentação jurídica deve seguir, passando pelo seu objeto, pelo seu método e pela sua função.¹² Diante desse projeto de uma teoria da argumentação jurídica, critica as teorias de Mac-Cormick e Robert Alexy, ao entender que:

“[...] elas descuidam ou não tratam em absoluto de aspectos muito importantes do raciocínio jurídico; não oferecem um método que permite, por um lado, analisar adequadamente os processos de argumentação jurídica e, por outro lado, avaliar os resultados desses processos; têm um interesse limitado para o teórico e o prático do Direito, na medida em que são insuficientemente críticas com relação ao Direito positivo, considerado tanto estática quanto dinamicamente”.¹³

Acerca do objeto da teoria da argumentação jurídica, Atienza aponta outras falhas à teoria padrão, que trata quase sempre de questões pertencentes à seara normativa, ao observar que a maioria da argumentação jurídica incide sobre fatos. Além disso, o autor entende que uma teoria da argumentação jurídica deve se preocupar também com os raciocínios que ocorrem no momento de produção das normas jurídicas – diferentemente do que acontece nas teorias existentes –, além daqueles que são produzidos na dogmática jurídica, na interpretação e na aplicação do direito. Com isso, a racionalidade legislativa deveria ser contemplada nos aspectos lingüístico, jurídico-formal, pragmático, teleológico e ético.

Relembra, ainda, Atienza, que, nem sempre haverá a mera aplicação das normas jurídicas, pois é muito comum ocorrer a resolução de conflitos entre as partes por meio da negociação e da mediação, bem como que a argumentação deve ser

11 ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica* (Perelman, Toulmin, Mac Cormick, Alexy e outros). Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino, São Paulo: Landy, 2000. p. 18 - 19.

12 *Ibid.*, p. 313-314.

13 *Ibid.*, p. 314.

dotada de um caráter descritivo, e não apenas de um caráter prescritivo.¹⁴

Já no que diz respeito aos problemas metodológicos, mesmo admitindo o mérito da teoria padrão ao elaborar o conceito de racionalidade prática – apesar de entender que apenas estabelece critérios mínimos –, o autor em grande parte critica tal teoria, especialmente ao dizer que falhou ao elaborar um procedimento que demonstrasse como as decisões jurídicas são fundamentadas de fato, por recorrer apenas à lógica formal dedutiva.¹⁵

Por fim, Manuel Atienza aponta três funções que uma teoria da argumentação jurídica deve ter: teórica ou cognoscitiva, de modo a contribuir para o desenvolvimento de outras disciplinas; prática ou técnica, em relação à utilidade de uma orientação no momento de produzir, interpretar e aplicar o Direito; e política ou moral, acerca do tipo de ideologia jurídica que deve estar na base de uma determinada concepção de argumentação.¹⁶ Quanto à última função, cabe dizer que enquanto a teoria padrão trata de casos fáceis, que admitem uma resposta correta que não é discutida, e de casos difíceis, em que há, ao menos, uma resposta correta, na proposta de Atienza deveria haver uma terceira categoria, que é a dos casos trágicos. Esses, por sua vez, são assim entendidos “[...] quando, com relação a ele, não se pode encontrar uma solução que não sacrifique algum elemento essencial de um valor considerado fundamental do ponto de vista jurídico e/ou moral”.¹⁷

Por outro lado, Humberto Ávila faz uma reclassificação dos argumentos jurídicos, com o intuito de harmonizar a necessidade de discernir os argumentos sem os separar por completo.¹⁸ Propõe, assim, a divisão dos argumentos em institucionais, dotados de uma maior objetividade, por terem como pressuposto o ordenamento jurídico, sendo determinados por atos de par-

14 ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica* (Perelman, Toulmin, Mac Cormick, Alexy e outros). Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino, São Paulo: Landy, 2000. p. 315-318.

15 *Ibid.*, p. 330.

16 *Ibid.*, p. 332-334.

17 *Ibid.*, p. 335.

18 ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *Revista Diálogo Jurídico*, v. 1, n. 5, p. 2, ago. 2001.

lamentares, administrativos e judiciais; e em não-institucionais, derivados do sentimento de justiça, não sendo, portanto, dotados de grande objetividade.

Os argumentos institucionais, por sua vez, podem ser iminentes, construídos a partir do ordenamento jurídico, subdividindo-se em (i) linguísticos, que dizem respeito ao significado dos dispositivos; e em (ii) sistemáticos, referentes aos elementos ou à aplicação do sistema jurídico; ou ainda, transcendentais, quando se referem à formação ou ao sentido dos dispositivos que o ordenamento jurídico antes continha. Sobreleva notar que os argumentos sistemáticos podem ser divididos em (ii.i) argumentos históricos, no que tange a dispositivos anteriores que hoje possuem relação com a norma a ser interpretada, e em (ii.ii) argumentos genéticos, acerca da vontade do legislador em relação a uma expressão ou aos fins que pretendia alcançar. Por outro lado, os argumentos não-institucionais podem ser práticos quanto ao resultado ou práticos quanto ao conteúdo, mas não podem ser tidos como conclusivos, por dependerem dos interesses que estiverem em jogo em um determinado momento, sendo assim, manipulados arbitrariamente.¹⁹

Enfim, deve-se estar atento ao fato de que, por vezes, a presença de um argumento não é capaz de justificar por completo uma interpretação, devendo haver o emprego interligado dos argumentos jurídicos. No entanto, apenas se deve recorrer à próxima etapa argumentativa se a anterior não for suficiente para efetuar satisfatoriamente a interpretação jurídica. Basta, para isso, lembrar dos princípios jurídicos e das cláusulas gerais, em que os simples argumentos linguísticos não serão aptos para determinar o significado dessas normas abertas semanticamente.²⁰

Diante disso, Humberto Ávila conclui que “justamente porque os argumentos não são autônomos entre si, mas interação de diversas formas, é preciso aprimorar um modelo de etapas sucessivas e subsidiárias na interpretação, que pressupõe au-

19 ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *Revista Diálogo Jurídico*, v. 1, n. 5, p. 2, ago. 2001. p.7 - 18.

20 *Ibid.*, p. 20 - 21.

tonomia dos argumentos entre si, em favor de um modelo de interação e de valoração dos argumentos”.²¹

Além disso, o autor entende que a justificação interna e a justificação externa não são suficientes para fundamentar de modo completo uma interpretação jurídica, pois enquanto aquela não explica como as premissas são construídas, esta não consegue explicar como os argumentos devem ser construídos nem quais argumentos devem ter prevalência sobre os demais.²² Na verdade, a resposta ao questionamento do que permite fundamentar de modo completo uma interpretação jurídica está na própria valoração dos argumentos jurídicos, que “[...] deve ser pautada nos próprios princípios constitucionais que fundamentam cada um dos argumentos utilizados na interpretação jurídica”.²³

2.2 Paradigmas argumentativos

Inicialmente, cumpre dizer que apenas será possível uma discussão sobre determinado assunto se os interlocutores estiverem de acordo sobre o conceito do objeto central da discussão, ao menos de forma ampla. Caso contrário, não se poderia dizer que os interlocutores estavam em discussão, pois apenas atribuíam significados diferentes ao mesmo objeto.

Apesar de toda argumentação ter início com um objeto de acordo, Chaim Perelman destaca que na prática argumentativa são utilizadas noções que não são nem devem ser formalizadas, pois permitem que o intérprete tenha uma maior liberdade de argumentação, posto que não precisará seguir um sistema convencional e rígido de argumentação.²⁴ Essa maleabilização agiria em favor do orador, como no princípio da inércia aplicado aos precedentes, por exemplo. Explica-se: sendo as noções dotadas de um caráter de maleabilidade, o orador poderia deixar de justificar determinado assunto ao se aproveitar de uma noção preexistente, apenas atribuindo um sentido diferente a determinado valor

21 ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *Revista Diálogo Jurídico*, v. 1, n. 5, p. 2, ago. 2001. p. 22.

22 *Ibid.*, p. 29 - 30.

23 *Ibid.*, p. 31.

24 PERELMAN, Chaim. *Retórica*. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 110.

em razão de novas circunstâncias. Cabe destacar que apesar de as argumentações propiciarem a evolução dos significados das noções, elas conservam o seu conteúdo essencial.

Visto isso, e considerando que os paradigmas no campo legislativo (Manuel Atienza), mencionados no tópico anterior, fogem ao estudo do tema, pretende-se analisá-los apenas sob a perspectiva jurídica, mais notadamente da Justiça Constitucional, propondo-se como ideais argumentativos os paradigmas teleológico-axiológicos, moral, legal-formalista, construtivo-evolutivo, político, razoável e desarrazoável.²⁵ Tais paradigmas foram utilizados por se entender que são capazes de viabilizar uma argumentação assente com o Estado Democrático de Direito, ao permitirem a motivação da decisão proferida pela Justiça Constitucional.

A existência de paradigmas pressupõe que as decisões judiciais devem ser motivadas, entendida a motivação sob dois prismas: seja como a identificação das razões que levaram a uma decisão (objetiva), seja com o apontamento dos motivos psicológicos que acarretaram no julgamento de determinada maneira (subjetivo), o que não seria suficiente.²⁶ Nas palavras de Chaim Perelman, “motivar uma sentença é justificá-la, não é fundamentá-la de um modo impessoal e, por assim dizer, demonstrativo. É persuadir um auditório, que se deve conhecer, de que a decisão é conforme às suas exigências”.²⁷

A Constituição da República Federativa do Brasil (CF), em seu artigo 93, IX, determina que todas as decisões emanadas do Poder Judiciário devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Para uma decisão ser fundamentada, não basta a mera explicação do magistrado acerca dos dispositivos aplicáveis ao caso, é preciso que ele vá além, ou seja, deve fazer constar de suas decisões verdadeiras argumentações, justificando-as e demonstrando por que determinada premissa levou àquela con-

25 Classificação proposta em aula na disciplina de Jurisdição Constitucional pelo Professor Doutor Angel Rafael Mariño Castellanos, do Mestrado em Direito Processual Civil do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFES.

26 PERELMAN, Chaim. *Retórica*. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 559.

27 *Ibid.*, p. 569 - 570.

clusão. Tal premissa deve ser considerada sob o prisma legal e fático, sendo que neste haverá a interpretação e justificação dos fatos. Por sua vez, haverá justificação quando o magistrado relaciona a premissa legal e fática como meio de explicar por que decidiu de certa maneira.

Dentre as demandas que são postas sob o crivo do Judiciário, é possível se deparar com o que se denomina de casos fáceis ou casos difíceis (*hard cases*). Perelman defende que a argumentação é própria de qualquer decisão, mas que poderá ser mais simples ou mais complexa a depender do caso, o que se justifica, na prática, quando trata dos conflitos em que a lei a ser aplicada é clara, por exemplo. O autor questiona a respeito do que seria uma lei clara, entendendo-a como uma lei que, quando de sua aplicação, não tenha ensejado interpretações divergentes entre os juristas. Mesmo parecendo que não será necessário recorrer à interpretação nesse exemplo, nada garante que a situação permanecerá a mesma, pois poderá surgir um caso novo de aplicação que demande divergências de interpretação.²⁸

No que diz respeito a um *hard case*, de grande valia se mostra o modelo de cinco passos traçado por Manuel Atienza para reconstruir, de forma racional, a argumentação feita em tais casos, qual seja: a) identificar o problema a ser resolvido, tais como problemas de pertinência, interpretação, prova ou qualificação; b) depois de identificado o problema, deve-se saber se o mesmo é decorrente de falta ou de excesso de informação; c) feito isso, deverão ser elaboradas hipóteses de solução para o problema, que será variável ao se tratar de falta ou de excesso de informação, pois enquanto naquele recomenda-se o uso da estratégia da analogia, neste impera o método de não redução ao absurdo; d) passa-se, assim, à justificação das hipóteses formuladas; e) e, por fim, chega-se à justificação interna, que passa das novas premissas formuladas à conclusão.²⁹

Por sua vez, o STF, localizado dentro da estrutura do Poder Judiciário brasileiro, não se exime da obrigação de motivação

28 PERELMAN, Chaim. *Retórica*. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 576 - 577.

29 ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica* (Perelman, Toulmin, Mac Cormick, Alexy e outros). Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino, São Paulo: Landy, 2000. p. 324 - 329.

de suas decisões, especialmente por se tratar de guardião da ordem constitucional vigente. Os paradigmas argumentativos de que faz uso não são excludentes entre si, mas pode ser que um seja contrário ao outro e não seja observado em determinado caso, como o paradigma formalista e o construtivo-evolutivo, por exemplo.

O paradigma teleológico-axiológico estará presente em uma argumentação quando for possível e viável inferir princípios diretores em uma determinada decisão, buscando alcançar os fins sociais a que se almeja. Como bem lembrado por Tércio Sampaio, a Lei de Introdução ao Código Civil prevê uma norma de conteúdo teleológico de grande importância, ao estipular, em seu artigo 5º, que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.³⁰ Já em relação ao paradigma moral, esse será observado quando for possível dizer que o juízo feito de um caso foi confirmado pela reação das outras pessoas.³¹ Na verdade, pode-se dizer que se trata aqui da correção da decisão.

O paradigma legal-formalista é utilizado na argumentação jurídica quando a decisão se adequar ao que estiver prescrito na lei, enquanto que no paradigma construtivo-evolutivo há a construção de normas em determinado caso, considerando que as já existentes não são suficientes para a prolação de uma decisão em conformidade com os valores constitucionais em vigor e com a sua evolução, em um sentido positivo.

Acerca do paradigma político, Chaim Perelman destaca que há uma tendência a entender como política uma decisão que se afasta demais da opinião média.³² Mas é possível compreender, também, que um paradigma político seja utilizado nos casos em que se o STF, por exemplo, decidisse de outro modo, colocaria em risco a unidade do Estado, pois seu pa-

30 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 288.

31 PERELMAN, Chaim. *Tratado da argumentação*: a nova retórica. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 38.

32 Id. *Ética e direito*. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 566.

pel, além de manter a ordem constitucional vigente, também é manter o Estado em si.³³

Não há dúvidas acerca do caráter político do STF, mas isso não poderia ser diferente, considerando que a Constituição também é política, ao entendê-la como um documento elaborado a partir de um contexto histórico e político, que projeta os ideais de um povo, influenciado pela situação social, cultural e econômica, e, além disso, prescreve normas que possuem eficácia imediata, ou ao menos, no campo prático, colocadas como metas de governo.

Ao exercer o poder de julgar, o magistrado se depara com, no mínimo, uma solução razoável dentre as soluções possíveis. Os paradigmas da razoabilidade e da desarrazoabilidade possuem uma relação de interligação, pois seus conceitos são contrapostos. Assim, seria desarrazoado o que não é aceito em uma comunidade num dado momento, em que se observar o contexto histórico e territorial; e razoável o que seria aceito nessa mesma comunidade, nesse mesmo momento.

Daí emerge a noção de auditório universal, formado por homens normais e competentes para o julgamento de propostas. Chaim Perelman remete as noções de razoável e desarrazoado a Luis Recaséns Siches, no México, e afirma, com muita propriedade, que “[...] o razoável não remete a uma solução única, e sim implica uma pluralidade de soluções possíveis; porém, há um limite para essa tolerância, e é o desarrazoado que não é aceitável”.³⁴ E, para o autor, num Estado de Direito, se um poder for exercido de forma desarrazoada poderá ser censurado pelo Poder Judiciário.

Por fim, estabelecidos os paradigmas argumentativos existentes em uma decisão proferida pela Justiça Constitucional, far-

33 Uma decisão política poderia pender tanto para um lado positivo, que é o que se espera de uma Corte Constitucional, como para um lado negativo. Veja-se que a Emenda Constitucional de n.º 16/97, que inseriu a reeleição do Chefe do Poder Executivo no país dando nova redação ao artigo 14, parágrafo 5º, da CF, teve sua constitucionalidade discutida na ADI-MC 1.805/DF, em que foi indeferida a liminar para a suspensão da vigência da interpretação do dispositivo em questão, que não exige o afastamento do cargo antes do pleito pelo candidato à reeleição. Apesar de se constituir em uma decisão política, pode ser considerada como um exemplo de uma decisão que não teria influenciado a unidade do Estado como uma instituição. Muito pelo contrário, considerando que alguns até entendem ter havido aí uma violação ao regime democrático estabelecido pela CF de 1988.

34 PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 432.

se-á uma análise prática da ocorrência ou não de tais paradigmas em um determinado caso difícil julgado pelo STF.

3 Estudo prático de um *hard case*

Após a análise da parte teórica acerca de quais seriam os paradigmas argumentativos de uma Corte ou Tribunal Constitucional, nesta segunda parte do artigo tem-se como ponto de partida determinada decisão proferida pelo STF, em competência originária, na qual serão apontados todos os paradigmas argumentativos presentes. O estudo prático que se propõe, além de exemplificar o que já foi tratado, permite uma compreensão mais profunda do tema.

O julgado selecionado foi a decisão proferida em sede de medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), ajuizada pela Confederação Nacional do Comércio (CNC) arguindo a inconstitucionalidade da Lei nº 3.542/01, do Estado do Rio de Janeiro, que obrigou as farmácias e drogarias a conceder descontos na aquisição de medicamentos para idosos, na proporção de 15% para os consumidores de 60 a 65 anos, de 20% para aqueles de 65 a 70 anos e de 30% para os maiores de 70 anos.

A CNC arguiu que a referida lei violaria os artigos 1º, IV; 3º, IV; 5º, *caput* e incisos XIII e XXII; 150, IV; 170, *caput* e incisos II e IV; e 174, todos da CF. Alega, em resumo, que teria havido indevida intervenção do Estado na ordem econômica, violando os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência; que violou um dos objetivos da República Federativa do Brasil, qual seja, o de promover o bem de todos, sem preconceito de idade, entre outros; que o critério da idade não expressa o estado de necessidade e a capacidade contributiva do beneficiário, que poderia pertencer às mais variadas classes sociais; e, ainda, que a lei em questão violaria o princípio da isonomia ao conceder aos idosos tratamento privilegiado em detrimento dos demais consumidores de medicamentos e ao conferir tratamento diferenciado às farmácias e drogarias cariocas das demais que estão estabelecidas do País. Pugnou, assim, pela concessão de medida limi-

nar, o que foi indeferido, por maioria de votos, como se constata da ementa do julgado, transcrita a seguir:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 3.542/01, do Estado do Rio de Janeiro, que obrigou farmácias e drogarias a conceder descontos a idosos na compra de medicamentos. Ausência do periculum in mora, tendo em vista que a irreparabilidade dos danos decorrentes da suspensão ou não dos efeitos da lei se dá, de forma irremediável, em prejuízo dos idosos, da sua saúde e da sua própria vida. Periculum in mora inverso. Relevância, ademais, do disposto no art. 230, caput da CF, que atribui à família, à sociedade e ao Estado o dever de amparar as pessoas idosas, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. Precedentes: ADI nº 2.163/RJ e ADI nº 107-8/AM. Ausência de plausibilidade jurídica na alegação de ofensa ao § 7º do art. 150 da Constituição Federal, tendo em vista que esse dispositivo estabelece mecanismo de restituição do tributo eventualmente pago a maior, em decorrência da concessão do desconto ao consumidor final. Precedente: ADI nº 1.851/AL. Matéria relativa à intervenção de Estado-membro no domínio econômico relegada ao exame do mérito da ação. Medida liminar indeferida.³⁵

Tendo como parâmetro o voto da Ministra Relatora Ellen Gracie, extraem-se os paradigmas argumentativos de sua decisão. Primeiramente, vislumbra-se a ocorrência do paradigma moral, considerando que a sociedade brasileira, em sua generalidade, entende que as pessoas idosas devem receber um tratamento especial, o que é ensinado tanto no seio familiar como no sistema educacional. Além disso, observa-se a promoção de campanhas pelos governantes e por particulares para a conscientização da população acerca do tratamento respeitoso que deve ser conferido a esse grupo.

No campo jurídico, a própria CF, em seu artigo 230, *caput*, dispõe que “a família, a sociedade e o Estado têm o dever de

35 ADI-MC 2.435/RJ; Tribunal Pleno; Rel. Min. Ellen Gracie; j. 13/03/02; DJ 31/10/03. Cumpre informar que a referida ADI ainda aguarda julgamento, mas que a Procuradoria-Geral da República já proferiu parecer pela improcedência do pedido, reconhecendo a constitucionalidade da Lei n.º 3.542/01, do Estado do Rio de Janeiro.

amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”. Ademais, a elaboração da Lei nº 10.741/03, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso, mostrou-se de grande importância para os idosos, especialmente ao prever como obrigação do Estado e da sociedade a garantia da liberdade, do respeito e da dignidade a eles, bem como a garantia de todas as oportunidades e facilidades, para a preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social.

A lei estadual nº 3.542/01, mesmo sendo anterior ao Estatuto do Idoso, já se mostrava condizente com a realidade desses indivíduos, qual seja, a necessidade de maiores cuidados com a saúde, o que conseqüentemente leva a um maior consumo de medicamentos, na maioria dos casos, isso sem contar com outros cuidados que também devem ser observados. Com isso, a legislação estadual do Rio de Janeiro viabilizou um maior acesso de idosos aos medicamentos, em razão da determinação da redução do valor dos remédios vendidos nas farmácias locais para esse grupo.

Abre-se aqui um parêntese para discorrer brevemente acerca do direito à saúde, pois além de ser um direito fundamental, também se mostra como um dever do Estado, o que leva a crer que todas as pessoas, em caso de doença, independentemente de sua situação econômica, devem receber um tratamento condigno com o estado atual da ciência médica.³⁶ Assim sendo, a saúde deve ser garantida pelo Estado por meio de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, bem como o acesso universal igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação, com base no artigo 196, da CF. A partir daí, mostra-se de fundamental importância a concretização do direito à saúde, especialmente com a obtenção dos medicamentos necessários ao tratamento médico.

36 SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 308.

Como muitos problemas de saúde colocam em risco a vida do paciente, bem como a sua qualidade de vida, a obtenção desses medicamentos deve ocorrer do modo mais rápido e eficaz possível. Ocorre que muitas pessoas não possuem condições financeiras para adquirir medicamentos nas farmácias, ainda que lhes seja conferido um abatimento no preço, o que faz com que busquem o Poder Judiciário, especialmente por meio das tutelas de urgência, para atingir a concretização desse direito fundamental social. Observa-se, portanto, a proliferação do número de ações judiciais que são ajuizadas em face do Poder Público, visando à obtenção de remédios que estão em falta no Sistema Único de Saúde (SUS) ou que não são fornecidos pelo mesmo – fato esse que vem sendo amplamente divulgado pela mídia.

Em suma, diante da dificuldade de acesso a medicamentos, pelo insuficiente fornecimento de remédios pelos Estados e Municípios, aumentou consideravelmente a busca pela concretização do direito à saúde pelo Poder Judiciário, que, num Estado Democrático de Direito, não pode se esquivar de interpretar a Constituição tendo como parâmetro os direitos fundamentais. Assim, observa-se que o Judiciário brasileiro realiza um papel imprescindível para a concretização dos direitos fundamentais, privilegiando o direito fundamental à saúde, no que diz respeito à obtenção de medicamentos, e, conseqüentemente, os valores primordiais de um Estado Democrático de Direito.

Diante desse quadro, conclui-se que a facilitação do acesso de pessoas idosas aos medicamentos é uma forma de lhes garantir o direito à saúde, e, conseqüentemente, o direito à vida, assegurando a compra de medicamentos com o abatimento de seu preço, até porque muitos desses remédios não são fornecidos pelo Estado ou se encontram em falta nos postos de saúde do SUS, como afirmado.

Não se considera que a decisão prolatada na ADI-MC 2.435/RJ esteja eivada de argumentação política. Além dessa decisão não se afastar demais da opinião média do brasileiro, caso o STF decidisse de outro modo não colocaria em risco a unidade do Estado em si. Por outro lado, é possível vislumbrar um caráter decisório político por parte do STF nas ADIs ajuizadas em face da Emenda Constitucional nº 41/03, por exemplo, em que

restou decidido que os proventos de aposentadoria e pensões do servidor público estariam sujeitos à incidência de contribuição previdenciária, sem a ocorrência de ofensa a direito adquirido no ato da aposentadoria.

Como visto, o paradigma legal-formalista estará presente na argumentação jurídica quando a decisão se adequar ao que estiver prescrito na lei. Ocorre que no caso em questão, apesar de a decisão se basear, essencialmente, do artigo 230, da CF, há também a previsão na Constituição do princípio da propriedade privada e da livre concorrência (artigo 170, II e IV), além do direito de não-intervenção no domínio econômico, salvo nos casos previstos em lei (artigos 173 e 174).

Cabe acrescentar que a Ministra Ellen Gracie entendeu por bem relegar ao exame de mérito a apreciação da questão da possibilidade ou não da intervenção do Estado-membro no domínio econômico, devido à complexidade e à importância da matéria. No entanto, apontou que, no tocante à fixação de índice para o reajuste de mensalidades escolares, o STF já se manifestou favorável à intervenção da União Federal no domínio econômico para a salvaguarda dos valores relacionados à garantia de existência digna a todos, conforme prevê o *caput* do artigo 170, da CF.

Considerando que o paradigma teleológico-axiológico estará presente em uma argumentação quando for possível e viável inferir princípios diretores em uma determinada decisão, buscando alcançar os fins sociais que se almeja, é assente que na decisão proferida na ADI 2.435/RJ extrai-se o uso de tal paradigma, não havendo, entretanto, um argumento construtivo-evolutivo, pois não houve a construção de normas (norma-princípio) em determinado caso, considerando que as já existentes são suficientes para a prolação de uma decisão em conformidade com os valores constitucionais em vigor.

A lei estadual impugnada beneficia uma parcela da população que é merecedora de tratamento especial por parte da família, da sociedade e do Estado, não havendo qualquer violação ao princípio da igualdade, na máxima de que aos iguais deve ser dado tratamento igual e aos desiguais deve ser conferido um tratamento diferenciado, na medida de sua desigualdade. Caso a ação seja julgada improcedente, os idosos ficarão desprovidos

dessa facilidade legal de obtenção de medicamentos vitais para a sua dignidade e para o seu bem-estar, que lhes garante o direito fundamental à vida.

Não se pode dizer, numa visão teleológica e funcional dos princípios, que houve uma colisão entre eles, considerando que a questão dos princípios é um assunto de hermenêutica. Trata-se, por sua vez, de problema de interpretação restritiva ou extensiva, em que um princípio terá maior aplicação do que outro, a depender do caso concreto. No caso, houve uma interpretação extensiva do princípio da dignidade da pessoa humana, que compreende o direito à sadia qualidade de vida, o que engloba a legalidade de uma norma que privilegie o acesso facilitado a medicamentos por pessoas idosas, e uma interpretação restritiva do princípio da propriedade privada e da livre concorrência. Na decisão, a Ministra Ellen Gracie chega a afirmar que:

A irreparabilidade dos danos decorrentes da suspensão ou não dos efeitos da lei, parece evidente, se dá, de forma irremediável em prejuízo dos idosos, *da sua saúde e da sua própria vida, valores mais caros à República Federativa do Brasil (art. 1º, III e IV e art. 3º, I e IV da CF) do que eventual prejuízo parcial de determinado ramo comercial, insuscetível de inviabilizar a continuidade empresarial e passível de reparação posterior por mecanismos de mercado*". (*destaques ausentes no original*)

Por fim, entende-se ser uma decisão dotada do caráter de razoabilidade, plenamente aceitável pela sociedade civil e pelo ordenamento jurídico brasileiros, ao conferir um tratamento privilegiado a um grupo de pessoas que possui proteção legal e constitucional, além da proteção no campo moral. Cabe acrescentar que, geralmente, as pessoas sofrem grande redução de seus rendimentos com o advento da aposentadoria, enquanto que os gastos com a saúde aumentam com o passar dos anos. Além disso, o Poder Público do Rio de Janeiro entende serem notórios os abusos que são praticados pelo setor farmacêutico no Rio de Janeiro.

Tendo em vista que a razoabilidade, segundo Chaim Perelman, daria ensejo a uma pluralidade de soluções possíveis,

observa-se que a decisão proferida no caso concreto respeita o limite da tolerância, que é o desarrazoado. Já que o paradigma da razoabilidade e o da desarrazoabilidade possuem uma relação de interligação, posto que seus conceitos são contrapostos, é certo que a decisão é desprovida do caráter de desarrazoabilidade.

Essa afirmação é corroborada pela própria afirmação da Ministra Relatora Ellen Gracie, que bem lembrou que, além de os empresários terem condições de se ressarcirem pelas regras de mercado em razão do prejuízo advindo da obrigação de concederem descontos na compra de medicamentos por pessoas idosas, a Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro informou que o público da lei em comento corresponde a apenas 9% de sua população.

Mas a título de complementação, vale ressaltar que o voto vencido do Ministro Marco Aurélio defendeu o deferimento da liminar pleiteada na ADI 2.435/RJ, chegando até a pedir vênua à Ministra Ellen Gracie para adotar uma posição “antipática” aos maiores de 60 anos de idade, ao refutar a razoabilidade da norma, afirmando que: “Não o faço por estar distante dessa faixa etária, mas por estar convencido da falta de proporcionalidade e – perdoem-me, já que se trata de um instituto jurídico – de razoabilidade da norma”.

Dessa forma, o Ministro defende que tal intervenção do Estado não seria consentânea com as normas básicas da Constituição, e até desproporcional, considerando que há pessoas abaixo dessa faixa etária que não têm condições financeiras de adquirir determinados remédios, em razão do preço; que a lei não tratou de uma compensação, considerando que o Estado é o credor do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços; que apenas leva em conta o fator objetivo da idade, e não da condição financeira do adquirente do remédio; e que, na prática, esses descontos seriam subsidiados pelos donos de farmácias, sendo que poderiam apenas toda a população se esses comerciantes procedessem ao aumento dos preços dos medicamentos.

Em resumo, extrai-se da fundamentação do STF, na decisão proferida na ADI-MC 2.435/RJ, o uso de paradigmas argumentativos moral, teleológico-axiológico e da razoabilidade.

4 Conclusões

Diante dos argumentos expostos, conclui-se que:

- Os paradigmas argumentativos na teoria do discurso jurídico de Robert Alexy resumem-se às seguintes regras: interpretação, argumentação dogmática, uso de precedentes, argumentação prática geral, argumentação empírica e formas especiais de argumentação jurídica.
- A argumentação, em princípio, poderia ocorrer em três contextos jurídicos distintos, englobando a produção de normas jurídicas, a aplicação de normas jurídicas e a dogmática jurídica.
- Segundo Manuel Atienza, a argumentação jurídica é dividida em dois tipos de teorias: a teoria padrão, observada nas obras de Robert Alexy e MacCormick, e a teoria atual, tratada por Perelman, Viehweg e Toulmin.
- Atienza critica a teoria padrão, apontando algumas falhas em seu objeto: a) a teoria padrão trata quase sempre de questões pertencentes à seara normativa, mas a maioria da argumentação jurídica incide sobre fatos; b) uma teoria da argumentação jurídica deve se preocupar também com os raciocínios que ocorrem no momento de produção das normas jurídicas - diferentemente do que acontece nas teorias existentes; c) nem sempre haverá a mera aplicação das normas jurídicas, pois é muito comum ocorrer a resolução de conflitos entre as partes por meio da negociação e da mediação; d) a argumentação deve ser dotada de um caráter descritivo, e não apenas de um caráter prescritivo.
- No que diz respeito aos problemas metodológicos, entende que a teoria padrão falhou ao elaborar um procedimento que demonstrasse como as decisões jurídicas são fundamentadas de fato, por recorrer apenas à lógica formal dedutiva.

- Manuel Atienza aponta, ainda, as três funções que uma teoria da argumentação jurídica deve ter: teórica ou cognoscitiva, prática ou técnica, e política ou moral. Propõe, acerca da última função, que ao lado dos casos fáceis e dos casos difíceis, tratados pela teoria padrão, deveria haver uma terceira categoria, que é a dos casos trágicos.
- A partir das críticas feitas à teoria padrão, Atienza elabora um projeto de teoria da argumentação jurídica traçando as linhas fundamentais segundo as quais uma teoria da argumentação jurídica deve seguir, passando pelo seu objeto, pelo seu método e pela sua função.
- Humberto Ávila faz uma reclassificação dos argumentos jurídicos, com o intuito de harmonizar a necessidade de discernir os argumentos sem os separar por completo, dividindo-os em argumentos institucionais e não-institucionais.
- No presente artigo propõe-se como ideais argumentativos da Justiça Constitucional os seguintes paradigmas: teleológico-axiológico, moral, legal-formalista, construtivo-evolutivo, político, razoável e desarrazoável.
- A existência de paradigmas pressupõe que as decisões judiciais devem ser motivadas, como determina a ordem constitucional vigente.
- O julgado selecionado foi a decisão proferida em sede de medida cautelar em ADI, ajuizada pela Confederação Nacional do Comércio, que argüiu a inconstitucionalidade da Lei nº 3.542/01, do Estado do Rio de Janeiro, que obrigou as farmácias e drogarias a conceder descontos de até 30% na aquisição de medicamentos para idosos, a variar com a faixa etária.
- Vislumbra-se a ocorrência do paradigma moral na fundamentação do julgado em questão, considerando que a

sociedade brasileira, em sua generalidade, entende que as pessoas idosas devem receber um tratamento especial.

- Considerando que o paradigma teleológico-axiológico estará presente em uma argumentação quando for possível e viável inferir princípios diretores em uma determinada decisão, buscando alcançar os fins sociais que se almeja, é assente que na decisão proferida na ADI 2.435/RJ extrai-se o uso de tal paradigma.
- Por fim, entende-se ser uma decisão dotada do caráter de razoabilidade, plenamente aceitável pela sociedade civil e pelo ordenamento jurídico brasileiros, ao conferir um tratamento privilegiado a um grupo de pessoas que possui proteção legal e constitucional, além da proteção no campo moral.

5 Referências

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Shild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica* (Perelman, Toulmin, Mac Cormick, Alexy e outros). Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino, São Paulo: Landy, 2000.

ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 5, p. 2, ago. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 08 out. 2007.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

PEDRON, Flávio Quinaud. Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin. *Revista CEJ*, Brasília, n. 30, p. 70 -

80, jul./set. 2005. Disponível em: <http://www.cjf.gov.br/re_vista/numero_30/artigo10.pdf>. Acesso em: 06 jul.2007.

PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Ética e direito*. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Retórica*. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

1.5

LEGITIMAÇÃO CUMULATIVA E AUTÔNOMA DO IMPETRADO E DO ENTE PÚBLICO NO MANDADO DE SEGURANÇA (LEI 12.106/2009) E CONSEQUÊNCIAS PARA A DEFESA DA FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO

CLAUDIO PENEDO MADUREIRA*
LÍVIO OLIVEIRA RAMALHO**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Sobre a legitimação cumulativa e autônoma do impetrado e do ente público na nova lei do mandado de segurança. 2.1 Por que o ente público deve ser qualificado como parte processual do mandado de segurança? 2.2 Por que o impetrado deve ser qualificado como parte processual do mandado de segurança? 2.3 Por que qualificar ente público e impetrado como partes processuais autônomas? 3 Intervenção natural do ente público no mandado de segurança: adesão ao polo passivo da relação processual. 3.1 Da qualidade jurídica do ente público quando ingressa no polo passivo da relação processual. 3.2 Do “*modus procedendi*” da adesão do ente público ao polo passivo da relação processual. 4 Sobre a viabilidade jurídica de o ente público vir a ingressar no polo ativo da relação processual. 4.1 Condicionantes teóricas da uniformização da interpretação e aplicação do Direito na esfera administrativa. 4.2 Por que o ente público deve aderir ao polo ativo da lide? 4.3 Quando deve se dar a adesão do ente público ao polo ativo da lide? 4.4 Padrão valorativo adequado a balizar a atividade interpretativa tendente à adesão do ente público ao polo ativo da lide. 4.5. Como se processa a adesão do ente público ao polo ativo da lide? 5 Sobre a representação judicial do impetrado por advogado. 5.1 O que são atos processuais compatíveis com a condição de parte processual? 5.2 Ilegitimidade da representação judicial do impetrado por advogados públicos. 6 Conclusões.

1 Introdução

A Lei 12.016/09, que ora substitui a Lei 1.533/51 (assim como a outros diplomas que, de forma complementar e combinada,

* Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo - UFES. Professor do Centro de Formação para a Advocacia Pública da Associação dos Procuradores do Estado do Espírito Santo - APES. Procurador do Estado do Espírito Santo e Advogado.

** Professor do Centro de Formação para a Advocacia Pública da Associação dos Procuradores do Estado do Espírito Santo - APES. Procurador do Estado do Espírito Santo.

delineavam o procedimento da ação mandamental, tais como as Leis 4.348/64 e 5.021/66), além de aglutinar as disposições procedimentais relativas ao mandado de segurança, promovendo, a partir de então, a revogação expressa de toda a legislação que lhe emprestava regramento, carregou alterações que parecem afetar a posição, e a atuação, dos sujeitos processuais, indicando que a autoridade apontada coatora e a pessoa jurídica de direito público ou privado a que ela se encontra vinculada situam-se, no processo, como partes processuais autônomas.

Essa não é, certamente, matéria pacífica entre os juristas que se dedicam, nessa fase inicial, aos debates pertinentes à aplicação do novo diploma¹. No entanto, estamos convencidos de que as inovações legislativas impressas pelo legislador no corpo da nova lei, mais especificamente no texto de seus artigos 6º, 7º, II e 14, § 2º², trazem, em si, consequências de ordem prática e jurídica para a qualificação das partes processuais no rito do mandado de segurança. A não ser assim, a lei conteria palavras inúteis, algo que, segundo as lições comezinhas do Direito, seria inadequado.

Essa nossa inquietação, por si só, já seria motivo suficiente para justificar a construção deste trabalho, que, quando menos, teria por finalidade provocar a doutrina jurídica a explicitar se, e de que modo, semelhantes alterações normativas interferem na conformação do polo passivo do mandado de segurança. Afinal, é objetivo do debate acadêmico a estruturação, no plano da Ciência, dos conceitos jurídicos que sobressaem das normas abstratas dimanadas pelo Parlamento, orientando, assim, a sua aplicação no plano empírico.

1 Para citar apenas alguns, manifestaram-se no sentido de que o impetrando não é parte passiva, mesmo sob a égide da Lei 12.016/09. Eduardo Talamini [TALAMINI, Eduardo. Nota sobre as partes e os terceiros no mandado de segurança individual, à luz de sua nova disciplina (Lei 12.016/09). *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n. 29, ago. 2009. Disponível: <<http://www.justen.com.br/informativo>> Acesso em: 14 out. 2009]; José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo (MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Mandado de segurança individual e coletivo*: comentários à Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 45-48); e Luiz Manoel Gomes Júnior, Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz, Luís Otávio Sequeira de Cerqueira, Rogério Favreto e Sidney Palharini Júnior (GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; FAVRETO, Rogério; PALHARINI JÚNIOR, Sidney. *Comentários à nova lei do mandado de segurança*: lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 68-70 e 86). Imperioso, entretanto, fazer alusão à lição de Cássio Scarpinella Bueno, que, ao extrair da disposição do inciso II do artigo 7º da Lei 12.016/09 caracterização de "*litisconsorte passivo necessário*" entre pessoa jurídica e autoridade coatora, inclusive com a necessidade de "*dupla citação*", dá conta de que há figuração individualizada dos componentes "*obrigatórios*" do polo passivo (BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança*: comentários sistemáticos à lei n. 12.016, de 7-8-2009. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 36-38).

2 Que adiante serão devidamente expostas e valoradas.

No entanto, também razões de ordem prática nos conduzem ao enfrentamento do tema. O que se dá é que, como Procuradores do Estado, atuamos diuturnamente em ações de mandado de segurança; sendo que, com o novo texto, deparamo-nos com a necessidade de definirmos, com alguma segurança, como deve se portar o ente público³ frente às comunicações processuais que a ele são dirigidas pelo Poder Judiciário, via de regra, sob a forma de citação⁴, em cumprimento ao disposto no inciso II do artigo 7º da Lei 12.016/09; o que pressupõe confirmação de, se no regime da Lei 12.016/09, o impetrado e o ente público qualificam-se, ou não, como partes processuais autônomas.

Temos a máxima urgência na pacificação da matéria. E por motivos que ultrapassam a necessidade teórica que têm os juristas de conferir sistematicidade ao novo texto, por meio das discussões travadas em âmbito acadêmico.

Com efeito, a confirmação de semelhante premissa teórica suscita uma série de questionamentos de ordem processual, a começar pela identificação do instrumento de que deve se valer o ente público para ingressar no feito (contestação, incidente de intervenção assistencial, simples petição etc.), e do prazo de que dispõem os seus representantes jurídicos para adotar as providências judiciais que os seus respectivos regimes administrativos lhes impõem.

Tal não bastasse, a prevalecer a tese de que o impetrado e o ente público são partes autônomas, ainda precisaremos investigar, no contexto da interpretação conjugada da Lei 12.016/09 com as normas administrativas que regem a atuação da Advocacia Pública, se o ente público deve aderir sempre ao polo passivo da lide, ou se lhe é permitida, ainda que em tese, a adesão ao polo ativo, quando verificar que o ato administrativo impugnado é atentatório ao interesse público.

3 O inciso LXIX do artigo 5º da Carta Política conceitua o mandado de segurança como ação constitucional dedicada à proteção do cidadão contra a ilegalidade e o abuso de poder estatal, praticados por autoridades públicas, ou por agentes de pessoa jurídica de direito privado, mas, quanto a esses, apenas quando no exercício de atribuições do poder público. Por esse motivo é que, por efeito didático, qualificamos como “ente público” a pessoa jurídica a que se encontra vinculada a autoridade coatora.

4 Esse tem sido, ao menos, o procedimento adotado, nesse primeiro momento, pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo; e por Juízes Federais que atuam na Seção Judiciária do Espírito Santo.

Por derradeiro, a qualificação do impetrado como parte processual autônoma impõe-nos, ainda, responder se essa autoridade pública precisará ser representada em Juízo por advogado, e se esse advogado que o representará pode ser um dos membros do órgão de Advocacia Pública investido de atribuição para defender, judicialmente, os interesses do ente público.

Essas são, em apertada síntese, as questões que serão analisadas neste artigo.

2 Sobre a legitimação cumulativa e autônoma do impetrado e do ente público na nova lei do mandado de segurança

Em análise preliminar, entendemos que a Lei 12.016/09 trata a autoridade coatora e o ente público como partes processuais distintas e autônomas.

Quanto ao particular, cumpre lembrar, de antemão, o dissenso instaurado em sede doutrinária, sob a vigência da lei anterior (Lei 1.533/51). Alguns defendiam, naquele contexto, que o impetrado não seria a verdadeira parte passiva no processo, pois apenas “*presenta*”⁵ o ente público (verdadeira parte passiva) na contenda⁶, e ainda assim exclusivamente para efeito da apresentação de resposta à pretensão autoral, desde sempre denominada “*informações*”⁷. Outros, porém, sustentavam que o impetrado é parte processual, mesmo que não integre a relação jurídica de direito material, pois a lei lhe teria atribuído legitimação para o processo⁸, mas sem perder de vista que, ultimada a tramitação da causa na primeira instância, o ente público (que é quem, de fato, teria legitimação para a cau-

5 A respeito da diferenciação entre representação e “*apresentação*” das pessoas jurídicas, confira-se: [PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. t.1. p. 288; e PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 1999. t.1. p. 345-348 e 351-353].

6 Neste sentido se posicionou o Superior Tribunal de Justiça no seguinte julgado: “*CONSTITUCIONAL - TRIBUTÁRIO - PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - IPI - DESCONTO INCONDICIONADOS - LEI Nº 7.798/89 - INDEBITO - CREDITAMENTO E COMPENSAÇÃO - CORREÇÃO MONETÁRIA. 1. No mandado de segurança, a autoridade impetrada atua como substituto processual da pessoa jurídica de direito público a que vinculada, razão pela qual não se justifica a citação da Fazenda Nacional como litisconsorte necessária. [...]*” (STJ. REsp 435575 / SP, Rel. Min.ª Eliana Calmon. DJU 04.04.2005).

7 Seguindo essa linha, podemos citar, por todos, José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas Araújo (MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Mandado de segurança individual e coletivo*: comentários à Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 46-47).

8 A propósito, confira-se o que já dizia, há muito, a doutrina de José Cretella Júnior (CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários às leis do mandado de segurança*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 182-183).

sa⁹⁾ passaria a assumir o feito, pois o ordenamento jurídico-positivo então lhe atribuía, em regime de exclusividade, a capacidade para apresentar recursos contra as decisões que porventura desafiassem o ato administrativo impugnado.

Também não havia consenso sobre a matéria em sede pretoriana. Basta ver, a propósito, que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça dispuseram, sob o regime pretérito, que a verdadeira parte passiva do mandado de segurança seria a pessoa jurídica a que se encontra vinculada a autoridade coatora¹⁰⁻¹¹, mas também afirmaram, em outros julgamentos, a legitimidade (ou ilegitimidade) passiva do impetrado¹²⁻¹³.

9 Retomaremos este ponto na sequência, no Tópico 2.1 deste capítulo.

10 A propósito, confira-se, a título exemplificativo, o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal: “MANDADO DE SEGURANÇA - AUTORIDADE COATORA E PARTE PASSIVA - CONCESSÃO DA ORDEM - PUBLICAÇÃO. Cumpre distinguir o autor do ato impugnado da pessoa jurídica que, concedida a ordem, suportaria as consequências do pronunciamento judicial e que, portanto, há de ter, na relação processual, a posição de parte passiva. A publicação do acórdão deve fazer-se, como dispõe o artigo 236 do Código de Processo Civil, com alusão à pessoa jurídica responsável e o respectivo representante processual. RECURSO EXTRAORDINÁRIO - RAZÕES. As razões do extraordinário devem guardar sintonia com o acórdão atacado” (STF. AI-Agr 447041. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 21/09/2004. Primeira Turma).

11 Veja-se, de igual modo, estes julgados do Superior Tribunal de Justiça: “CONSTITUCIONAL - TRIBUTÁRIO - PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - IPI - DESCONTOS INCONDICIONADOS - LEI Nº 7.798/89 - INDÉBITO - CREDITAMENTO E COMPENSAÇÃO - CORREÇÃO MONETÁRIA. 1. No mandado de segurança, a autoridade impetrada atua como substituto processual da pessoa jurídica de direito público a que vinculada, razão pela qual não se justifica a citação da Fazenda Nacional como litisconsorte necessária.” [...] (STJ. REsp 435575 / SP, Rel. Min.ª Eliana Calmon. DJU 04.04.2005). [...] “RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CIP - CONTRIBUIÇÃO PARA CUSTEIO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA MANDADO DE SEGURANÇA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA E LEGITIMIDADE DO MUNICÍPIO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E NÃO-PROVIDO. [...] 6. Embora a parte passiva no mandado de segurança seja a pessoa jurídica de Direito Público, a impetração deve ser dirigida à pessoa física que o representa pois ela é quem, em nome da pessoa jurídica a quem está vinculada, praticou o ato reputado ilegal ou abusivo e deverá prestar as informações devidas. 7. Recurso especial parcialmente conhecido e na parte conhecida não-provido” (STJ. RESP 960604. Relator(a) JOSÉ DELGADO. PRIMEIRA TURMA. Fonte DJ DATA:22/11/2007 PG:00208).

12 Assim se manifestou o Excelso Pretório nos julgados que se seguem: “LEGITIMIDADE PARA A CAUSA. Passiva. Ação de mandado de segurança. Impetração contra ato do Procurador-Geral da República. Legitimação excepcional deste como representante judicial da pessoa jurídica. Preliminar repelida. Não obstante seja, de regra, a pessoa jurídica de direito público a parte passiva legitimada para ação de mandado de segurança, admite-se, em exceção, figure no polo passivo o seu representante judicial, cujo ato é impugnado na causa” (STF. MS-ED 26682. Relator(a): Min. CEZAR PELUSO. Julgamento: 18/09/2008. Tribunal Pleno) [...] “MANDADO DE SEGURANÇA - ILEGITIMIDADE PASSIVA ‘AD CAUSAM’ DA AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA: FEITA A INDICAÇÃO DOS JUIZES A SEREM PROMOVIDOS, POR ANTIGUIDADE, AS VAGAS QUE O TRIBUNAL LHES RESERVOU, O PRESIDENTE DA REPÚBLICA NÃO PODERIA REVER A INDICAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA - PROCESSO EXTINTO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO” (STF. MS 20587. Relator(a) MIN. OSCAR CORRÊA. RTJ-113/63-74).

13 Nesse mesmo sentido posicionou-se o Superior Tribunal de Justiça nestes outros julgados: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA. PREFEITO MUNICIPAL. ATO APONTADO COMO COATOR. LEI ESTADUAL QUE DISPÕE SOBRE A CORREÇÃO MONETÁRIA DOS CRÉDITOS DA FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL. NORMA GERAL ABSTRATA. LANÇAMENTO. NORMA INDIVIDUAL E CONCRETA. PREFEITO. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. TEORIA DE ENCAMPAMENTO. INAPLICABILIDADE. [...] 12. Recurso ordinário desprovido, extinguindo-se o mandado de segurança sem julgamento do mérito, por carência de ação (ilegitimidade passiva da autoridade apontada como coatora), ex vi do disposto no artigo 267, VI, do CPC (STJ. ROMS 22499. Relator(a) LUIZ FUX. PRIMEIRA TURMA. DJE DATA: 03/11/2008).

É certo, todavia, que subsistia, sob qualquer dessas vertentes teóricas, espécie de divisão de tarefas entre o ente público e o impetrado, de modo que cabia a este a atuação em primeira instância e àquele a atividade recursal.

Ocorre que o texto da Lei 12.016/09 parece divergir da lógica impressa à questão por uma e outra corrente doutrinária. A uma porque impõe ao impetrante a indicação, em sua petição inicial, não apenas da autoridade coatora, mas também do ente público a que ela se vincula (art. 6^o¹⁴). A duas porque determina ao Juiz, quando despachar a petição judicial, que ordene não somente a notificação da autoridade coatora (art. 7^o, I⁵), como também a cientificação da representação judicial (leia-se: Advocacia Pública) do ente público interessado, para que, querendo, ingresse no feito (art. 7^o, II¹⁶). A três porque confere ao impetrado a inusitada prerrogativa de interpor recursos no processo (art. 14, § 2^o¹⁷).

Ao ensejo, observamos, oportunamente, que as disposições dos incisos I e II do artigo 7^o da Lei 12.016/09 não representam inovação no rito mandamental, mas consubstanciam retroação à sistemática anterior à Lei 1.533/51, retomando dicção assemelhada às previsões estampadas no parágrafo 1^o do artigo 8^o da Lei 191/36 e no artigo 322 do Código de Processo Civil de 1939: o primeiro desses dispositivos impunha a citação do impetrado, e o encaminhamento da terceira via da petição inicial, com a respectiva cópia dos documentos, ao representante judicial ou legal da pessoa jurídica a que essa autoridade se encontrasse vinculada (Lei 191/36, art. 8^o, § 1^o¹⁸); o outro determinava a

14 Lei 12.016. "Art. 6^o - A petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, será apresentada em 2 (duas) vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda e indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições".

15 Lei 12.016. "Art. 7^o - Ao despachar a inicial, o juiz ordenará: I - que se notifique o coator do conteúdo da petição inicial, enviando-lhe a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste as informações".

16 Lei 12.016. "Art. 7^o - Ao despachar a inicial, o juiz ordenará: [...] II - que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito".

17 Lei 12.016. "Art. 14 - Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação. [...] § 2^o - Estende-se à autoridade coatora o direito de recorrer".

18 Lei 191. "Art. 8^o - A inicial será desde logo indeferida quando não for o caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos desta Lei. [...] § 1^o - Conhecendo o pedido, o juiz imediatamente: a) mandará citar o coator, por oficial de justiça, ou por precatória, a fim de lhe ser entregue a segunda via da petição inicial, com a respectiva cópia dos documentos; b) encaminhará, por esse ofício, em mão do oficial de justiça ou pelo Correio, sob registro, ao representante judicial, ou na falta, ao representante legal da pessoa jurídica de direito público interno, interessada no caso, a terceira via da petição inicial com a respectiva cópia dos documentos".

notificação da autoridade coatora para prestar informações, no prazo de 10 (dez) dias, assim como a citação do representante judicial ou legal da pessoa jurídica de direito público interessada na ação (CPC-39, art. 322¹⁹)²⁰.

Do que se vê, havia, já naquela época, plataforma normativa para atuação cumulativa e autônoma da autoridade coatora e do ente público. Ou seja, já existiu, entre nós, experiência legislativa tendente à invocação independente da autoridade impetrada e da pessoa jurídica, por meio de distintas modalidades de comunicação processual (notificação para o impetrado, citação para a pessoa jurídica), para a prática, na ação mandamental, de atos processuais igualmente diferenciados (prestação de informações e contestação, respectivamente)²¹.

Essa constatação nos conduz a uma “*interpretação retrospectiva*” do dispositivo²², mas não no sentido pejorativo que comumente lhe atribuem os juristas²³, pois, não bastasse ser inerente à tradição jurídica a compreensão do sentido de enunciados prescritivos contemporâneos a partir de conceitos jurídicos concebidos e estruturados sob a égide dos regimes pretéritos, tal se potencializa, na espécie, pela constatação empírica de que o legislador, quando da edição da Lei 12.016/09, procurou recuperar a experiência jurídica anterior, quer pela via da positivação de posicionamentos doutrinários e pretorianos anteriormente firmados sobre o tema, quer com recurso à re-

19 CPC-39. “Art. 322 – *Despachando a petição inicial, o juiz mandará: I – notificar o coator, mediante ofício entregue por oficial de justiça e acompanhado da 3ª via da petição inicial, instruída comas cópias dos documentos, a fim de prestar informações no prazo de dez (10) dias; II – citar o representante judicial, ou, à falta, o representante legal da pessoa jurídica de direito público interessada na ação.*”

20 Cfr.: BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança: comentários sistemáticos à lei n. 12.016, de 7-8-2009*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 25-26).

21 Sendo certo que, então, o legislador nem sequer destacava, como ocorre, agora, no regime da Lei 12.016, o caráter facultativo da intervenção da pessoa jurídica, havendo sido eloquente ao definir a sua convocação como sendo “*citação para contestar*”. Como teremos a oportunidade de expor e demonstrar na sequência, a circunstância de o Parlamento, na “*novatio legis*”, haver determinado a “*cientificação*” do ente público para, querendo, “*ingressar no feito*”, autoriza a conclusão de que essa sua adesão ao processo pode se dar, ou no polo passivo da lide, como regra geral, ou no seu polo ativo, quando seus representantes jurídicos depreenderem que a pretensão administrativa encartada no ato impugnado mostra-se contrária ao interesse público.

22 Qualificada pelo professor José Carlos Barbosa Moreira como “*tipo de interpretação [...] em que o olhar do intérprete dirige-se antes ao passado que ao presente*” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Poder Judiciário e a efetividade da nova Constituição. *Revista Forense*, v. 84, n.304, p. 152, 1988).

23 A propósito, Barbosa Moreira disse que, nela, “*põe-se ênfase nas semelhanças, corre-se um véu sobre as diferenças e conclui-se que, à luz daquelas, e a despeito destas, a disciplina da matéria, afinal de contas, mudou pouco, se é que na verdade mudou*” (Ibid., p. 152).

cuperação de textos legislativos encerrados em diplomas pretéritos (v.g. da Lei 1.533/51, da Lei 4.348/64, da Lei 5.021/66 e, como agora visto, da Lei 191/36 e do Código de Processo Civil de 1939). Posto isso, temos que o Parlamento, quando previu no artigo 7º da Lei 12.016/09 a notificação do impetrado para apresentar as suas informações e, simultaneamente, a cientificação do ente público para ingressar no feito, quis dizer que, no mandado de segurança, impetrado e ente público apresentam-se como partes autônomas, tal como se apresentavam ao tempo em que vigiam os precitados parágrafo 1º do artigo 8º da Lei 191/36 e artigo 322 do Código de Processo Civil de 1939²⁴.

Mas essa não é a única razão teórica a embasar semelhante conclusão.

A rigor, a própria lógica aponta para a legitimação cumulativa e autônoma, no contexto dessa nova lei do mandado de segurança, do impetrado e do ente público. Assim não fosse, não haveria, como não há, justificativa para se provocar o comparecimento da autoridade coatora e do órgão de representação judicial do ente público para a apresentação de manifestações processuais formalmente distintas (informações e contestação), mas de mesmo conteúdo programático (a prevalecer a tese de que tais sujeitos processuais são “agentes” de uma mesma parte, é natural que se espere que, na prática, uma e outra peça representem nada mais que a repetição de argumentação idêntica, ou correlata).

Tampouco aproveitaria à otimização do rito do mandado de segurança a instilação da autoridade responsável pelo ato impugnado simplesmente para conduzir ao processo exposição sobre os fatos e justificativas que estearam o ato impugnado, vez que tais elementos de convencimento poderiam ser naturalmente fornecidos na própria defesa a ser elaborada pela pessoa jurídica, certamente subsidiada por elementos fáticos encaminhados pela autoridade pela via administrativa,

24 Nesse mesmo sentido se posicionou o professor Cássio Scarpinella Bueno (BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança: comentários sistemáticos à lei n. 12.016, de 7-8-2009*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 25-26).

como, aliás, determina o artigo 9º da Lei 12.016/09²⁵. Por esse motivo quer nos parecer que o comparecimento da autoridade impetrada ao processo revela a prestação “*qualificada*” de “*informações*” sobre a prática do ato impugnado, não somente para relatar o substrato fático da atuação, mas para “*justificar*” esse seu agir administrativo, “*defendendo-o*” de acordo com o seu enquadramento, sob a perspectiva do coator, nos limites traçados pela lei, e a partir da compreensão de legalidade estrita que vincula a postura dos agentes da Administração Pública.

Nada obstante, sob a nova lei, as “*informações*” não encartam posicionamento jurídico do ente público acerca da validade jurídica do ato impugnado; que cabe ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica de direito público (Advocacia Pública), a quem incumbe analisar a juridicidade do ato atacado, inclusive para contrapor-se às suas razões²⁶; atividade que lhe é atribuída, em regime de exclusividade, pela Constituição da República²⁷.

Somente sob esse enfoque é que se justifica que o impetrado e a Advocacia Pública sejam instados, autonomamente, para ingressar no feito, conclusão que decorre de “*interpretação lógica*” dos dispositivos²⁸. Do contrário, porque é que a lei estaria a determinar semelhante intervenção do ente público no litígio, abrindo campo, assim, para uma segunda, e desnecessária, manifestação processual do poder público, com potencial prejuízo à celeridade do rito procedimental do mandado de segurança?

25 Lei 12.016. “Art. 9º - As autoridades administrativas, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas da notificação da medida liminar, remeterão ao Ministério ou órgão a que se acham subordinadas e ao Advogado-Geral da União ou a quem tiver a representação judicial da União, do Estado, do Município ou da entidade apontada como coatora cópia autenticada do mandado notificador, assim como indicações e elementos outros necessários às providências a serem tomadas para a eventual suspensão da medida e defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo de poder”.

26 Retomaremos esse ponto na sequência, no Capítulo 4 deste trabalho.

27 Essa questão será retomada na sequência, em tópico destinado à averiguação da viabilidade técnica de o ente público vir a aderir ao polo ativo da lide, quando depreender, mediante análise jurídica, que o ato impugnado contrapõe-se ao interesse público.

28 A “*interpretação lógica*”, para Carlos Maximiliano, “*pretende do simples estudo das normas em si, ou em conjunto, por meio do raciocínio dedutivo, obter a interpretação correta*”, inclusive pela via da aplicação “*ao dispositivo em apreço de um conjunto de regras tradicionais e precisas, tomadas de empréstimo à lógica legal*” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. p. 159).

Tal não bastasse, a premissa segundo a qual o impetrado e o ente público possuem legitimação cumulativa e autônoma no processo do mandado de segurança, tal como estruturado pela Lei 12.016/09, confirma-se, do mesmo modo, quando empreendemos uma “*interpretação sistemática*” do disposto nos incisos I e II do artigo 7º desse diploma legal com o que prescrevem o seu artigo 6º e o parágrafo 2º de seu artigo 14²⁹.

O primeiro desses dispositivos (art. 6º) determina ao impetrante a indicação, em sua petição inicial, não apenas da autoridade coatora, mas, também, do ente público. O outro (art. 14, § 2º), confere ao impetrado capacidade recursal.

Não há dúvidas de que leituras isoladas, e descontextualizadas, de tais preceptivos poderiam sugerir conclusão diametralmente oposta a que ora sustentamos. Ao ensejo, poder-se-ia dizer, acerca do artigo 6º da Lei 12.016/09, que semelhante imposição normativa justifica-se apenas como meio de instrumentalizar o cumprimento do ato de comunicação estabelecido pelo inciso II de seu artigo 7º. E que o comando normativo contido no parágrafo 2º de seu artigo 14 não é suficiente a alterar a conformação subjetiva material da relação processual, por exemplo, ante a consideração de que a autoridade coatora, quando da interposição recursal, assumiria, a bem da verdade, a qualidade de “*terceiro prejudicado*”, cuja capacidade recursal derivaria apenas dos eventuais efeitos negativos que poderiam vir a pairar sobre a esfera jurídica do agente público, pessoalmente, a exemplo da eventual propositura de ação de regresso pelo Poder Público para reaver prejuízos gerados com a reparação do ato impugnado na sede mandamental³⁰, como

29 Sobre a interpretação sistemática o professor Carlos Maximiliano preceitua que ela consiste na comparação do “*dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto*”, com vistas a que “*por umas*” se conheça “*o espírito das outras*” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. p. 164).

30 Assim sustentam José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo; na seguinte passagem de sua obra: “*A nova lei do mandado de segurança estende a possibilidade de recurso à autoridade coatora, como se depreende da dicção do art. 14, § 2º, adiante examinado. Esta previsão, porém, não deverá alterar o tratamento da questão. A autoridade coatora poderá recorrer na condição de terceiro prejudicado, em virtude dos potenciais efeitos danosos da decisão de concessão da segurança quanto a sua esfera jurídica, em posterior ação de regresso. Todavia, ainda não será parte na relação processual*” (MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Mandado de segurança individual e coletivo*: comentários à Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 47).

admitiu o Superior Tribunal de Justiça sob a égide do regime pretérito³¹.

Tais inclinações teóricas, no entanto, não resistem à interpretação conjugada, ou sistemática, dos dispositivos, sobretudo quando estruturada a partir dos critérios intelectivos dantes referenciados (interpretação retrospectiva e lógica).

Com efeito, se a imposição normativa consignada no artigo 6º da Lei 12.016/09 (afeta à indicação na petição inicial tanto da autoridade coatora quanto do ente público) justifica-se como meio de instrumentalizar o cumprimento do ato de comunicação estabelecido pelo inciso II de seu artigo 7º, e se esse ato processual é realizado concomitantemente à notificação do impetrado para prestar as suas informações (Lei 12.016, art. 7º, I), destinando-se, então, a chamar o ente público a também ingressar no litígio, é natural que se conclua que tal pessoa jurídica, por esse ato, é convocada a atuar no processo, assumindo, assim, a condição de parte processual³². Esse “*status*” jurídico, aliás, nunca lhe foi negado pela doutrina ou pela jurisprudência pátrias, além de lhe haver sido reconhecido pelo texto, agora revitalizado, do parágrafo 1º do artigo 8º da Lei 191/36 e do artigo 322 do Código de Processo Civil de 1939, dispositivos processuais que, como expusemos, refletem, ainda com uma singela alteração de “*forma*” e de “*figura*”³³, exatamente o que prescrevem os incisos I e II do artigo 7º da Lei 12.016/09.

31 Cfr., a propósito, este recente julgamento: “*RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. PREFEITO MUNICIPAL. AUTORIDADE COATORA. SENTENÇA CONCESSIVA DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE PARA RECORRER. PREJUÍZO PRÓPRIO. 1. A jurisprudência deste Tribunal, em precedente da Corte Especial, pacificou entendimento de que a autoridade coatora apenas tem legitimidade para recorrer de sentença que concede a segurança quando tal recurso objetiva defender interesse próprio da dita autoridade. 2. O Prefeito Municipal, na qualidade de autoridade coatora, não possui o prazo dobrado para recurso, sobretudo porque o Alcaide Municipal não se confunde com a Fazenda Pública, esta o ente que suporta o ônus da decisão do mandado de segurança. 3. Recurso especial conhecido, mas improvido.” (STJ. REsp 264632/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 04/09/2007, DJ 19/11/2007 p. 298).*

32 Adiante explicitaremos que essa sua condição de parte processual também decorre da sua legitimação para a causa, dada a sua inserção, como partícipe, na relação jurídica de direito material que arrima a pretensão.

33 Que teremos a oportunidade de expor e valorar na sequência, quando tratarmos da possibilidade da adesão do ente público ao polo ativo da lide.

2.1 **Por que o ente público deve ser qualificado como parte processual do mandado de segurança?**

A condição de parte processual da pessoa jurídica de direito público ou privado decorre da própria composição subjetiva da relação jurídica de direito material que é subjacente à ação mandamental.

Ao ensejo, Alexandre Freitas Câmara leciona que a legitimação para a causa (ou “*legitimatío ad causam*”) é atributo dos “*titulares da relação jurídica deduzida, pelo demandante, no processo*”, podendo ser qualificada, assim, como a “*pertinência subjetiva da ação*”³⁴⁻³⁵. Tal se infere da seguinte passagem de sua obra, que explicita essa sua observação:

“[...] ao ajuizar sua demanda, o autor necessariamente afirma, em sua petição inicial, a existência de uma relação jurídica, chamada *res in iudicium deducta*. Assim, por exemplo, aquele que propõe ‘ação de divórcio’ afirma existir, entre ele e a parte adversa, relação matrimonial. Da mesma forma, aquele que propõe ‘ação de despejo’ afirma existir entre ele e o réu uma relação de locação. Ao afirmar em juízo a existência de uma relação jurídica, o autor deverá, obviamente, indicar os sujeitos da mesma. Esses sujeitos da relação jurídica deduzida no processo é que terão legitimidade para estar em juízo. Assim, por exemplo, na ‘ação de despejo’ a legitimidade ativa (para ser autor) é daquele que se diz locador, enquanto a legitimidade passiva (ou seja, para figurar como demandado) é daquele que o autor apontou como sendo locatário. Da mesma forma, em uma ‘ação de cobrança’, legitimado ativo será aquele que se diz titular de um direito de crédito, e legitimado passivo aquele apontado pelo autor como devedor”³⁶.

Nesse mesmo sentido é a lição basilar de José Frederico Marques, para quem a legitimação para agir diz respeito “à posi-

34 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 108. v.1.

35 Sobre o assunto, ler também: BUZAID, Alfredo. *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1956. p. 89.

36 CÂMARA, op. cit., p. 108.

ção de autor e réu em relação a um litígio”, de modo que “só os titulares dos interesses em conflito têm direito à prestação jurisdicional e ficam obrigados a subordinar-se, in casu, ao poder ou imperium estatal”³⁷. De igual modo, José Manoel Arruda Alvim Neto afirma que “a legitimatio ad causam é a atribuição, pela lei ou pelo sistema, do direito de ação ao autor”, na condição de “possível titular ativo de uma dada relação ou situação jurídica, bem como a sujeição do réu aos efeitos jurídico-processuais e materiais da sentença”, acrescentando, a título de esclarecimento, que “no sistema do código a legitimação para a causa é do possível titular do direito material”³⁸. Idêntica conclusão sobressai da obra de Cássio Scarpinella Bueno, que dispõe que “a regra, para o sistema processual brasileiro, é que somente aquele que tem condições de se afirmar titular do direito material deduzido em juízo pode ser parte ativa ou passiva”, e acrescenta que “a noção de legitimidade para a causa deve ser extraída do plano material, transformando a titularidade da relação de direito material em realidade processual e os envolvidos em uma dada relação jurídica material em parte, entendida, pela doutrina dominante, como aquela que pede ou em face de quem se pede algo em juízo”³⁹.

Quando se alega, no mandado de segurança, violação a direito líquido e certo, atribui-se ofensa à esfera jurídica do impetrante pelo ente público. Essa ofensa decorre de ato praticado por agente do ente público (no caso, pelo impetrado), mas em nome do ente público.

Suponhamos que o objeto do “Writ” seja a reversão de ato de indeferimento de aposentadoria. Para o caso, conquanto a aposentadoria tenha sido indeferida pelo impetrado, o que o impetrante deseja é a fruição do seu suposto direito subjetivo à obtenção daquele benefício previdenciário. Acontece que o benefício é devido ao impetrante, ainda que em hipótese, pelo ente

37 MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 187. v.1.

38 ALVIM NETO, José Manoel Arruda. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 359. v.1.

39 BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 369. v.1.

público. Afinal, a lei atribui ao ente público, e não ao impetrado, o dever administrativo de conceder aposentadoria a quem atender aos requisitos nela especificados. Aliás, a vontade administrativa externada pelo impetrado é sempre transitória, visto que passível de revisão administrativa, pautada no princípio da autotutela⁴⁰, assim como também é transitória a sua própria condição de autoridade capaz de praticar o ato impugnado, ou de reverter os seus efeitos⁴¹. Tal não bastasse, será o ente público, e não o impetrado, quem terá de suportar os ônus decorrentes da manutenção da aposentadoria pretendida.

Por tais razões, é o ente público, e não o impetrado, quem integra a relação jurídica de direito material deduzida no processo judicial, o que lhe confere, indubitavelmente, legitimação para a causa e, como consequência dela, a condição de parte na relação processual do mandado de segurança.

2.2 Por que o impetrado deve ser qualificado como parte processual do mandado de segurança?

Remanesce, após o que foi dito no tópico anterior, a necessidade de analisar a condição de parte processual do impetrado, como legitimado extraordinário.

José Frederico Marques há muito ressaltava essa distinção entre a legitimação ordinária (*“quando a ação é exercida pelo titular do interesse afirmado na pretensão e contra o sujeito passivo desta”*) e a extraordinária (*“quando a lei confere o direito de ação a quem não seja titular do direito afirmado na pretensão”*)⁴². A propósito, Cássio Scarpinella Bueno adverte que *“o sistema processual admite uma ruptura, uma verdadeira quebra entre os planos do direito material (provável titular do bem da vida) e do direito processual (quem se apresenta em juízo para tutelar este bem da vida)”*, mas apenas excepcionalmente, nos “casos

40 Por isso sustentamos, no Capítulo 4 deste trabalho, a pertinência teórica da adesão do ente público ao polo ativo da lide.

41 Já que o impetrado pode ser removido de seu cargo a qualquer tempo, por vezes por simples razões de conveniência administrativa, se for autoridade administrativa detentora de cargo comissionado, ou pode desligar-se voluntariamente das suas funções, como nos casos de promoção, ou de aposentadoria.

42 MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 188. v.1.

*de legitimidade extraordinária*⁴³. Explicitando esses conceitos, Alexandre Câmara, após se referir, nos moldes explicitados no tópico anterior, à legitimação para a causa (*“legitimatío ad causam”*), comumente designada como legitimação ordinária, alude, nos termos seguintes, à configuração, no processo, dessa legitimação anômala, dita extraordinária:

“Esta é a regra geral, em nosso direito, segundo a qual será legitimado a atuar em juízo tão-somente o titular do interesse levado a juízo pela demanda, razão pela qual fala-se, nesta hipótese, em legitimidade ordinária. Afirma, por outro lado, o art. 6º do CPC que ninguém poderá pleitear em juízo, em nome próprio, na defesa de interesse alheio, salvo se autorizado por lei.

Em outros termos, poderá uma norma jurídica autorizar que alguém vá a juízo, em nome próprio, na defesa de interesse alheio, o que significa afirmar que em algumas situações, expressamente previstas em lei, terá legitimidade de parte alguém que não é apresentado em Juízo como titular da relação jurídica deduzida no processo. Fala-se, nessa hipótese, em legitimidade extraordinária⁴⁴.

No mandado de segurança temos exemplo contundente da legitimação extraordinária. Com efeito, se é verdade que ninguém pode, sem autorização legal, pleitear, em nome próprio, direito alheio (CPC, art. 6º⁴⁵), e se, quando se tem em vista o mandado de segurança, quem integra a relação jurídica de direito material é o ente público, e não o impetrado (conforme demonstramos no tópico anterior) o único modo que temos de explicar a atuação processual dessa autoridade, com destaque para a sua intervenção recursal (Lei 12.016, art. 14, p. 2º), é admitirmos que o impetrado assume, no processo, legitimação extraordinária. Afinal, a Lei 12.016/09 atribui a ele capacidade

43 BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 371. v.1.

44 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 109. v.1.

45 CPC. “Art. 6º Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

processual para apresentar suas “*informações*” ao Juízo (art. 7º, I)⁴⁶ e para interpor recursos no processo (art. 14, p. 2º).

No pormenor, discordamos veementemente da afirmação segundo a qual ao impetrado teria sido conferida capacidade recursal semelhante à do “*terceiro interessado*” no litígio. A ser assim, a lei não deveria atribuí-la (essa capacidade recursal) ao impetrado, compreendido como o agente público detentor de poder administrativo para desfazer o ato acoimado de abusivo e ilegal⁴⁷, mas à pessoa física da autoridade que momentaneamente ocupava o cargo⁴⁸.

Para esclarecer essa nossa observação, partamos da premissa de que determinado ato administrativo tenha sido praticado por agente administrativo de nome “*Caio*”, enquanto ocupava o cargo de Delegado da Receita Federal do Estado do Espírito Santo. Suponhamos, então, que “*Caio*”, após praticar esse ato, aposentou-se, havendo assumido em seu lugar como Delegado da Receita Federal servidor de nome “*Mévio*”. Ora, se é verdade que a autoridade coatora deve ser aquela que tem condições de desfazer o ato impugnado, é também inconteste que a lei, quando estendeu a essa autoridade a prerrogativa de apresentar recursos no processo não a conferiu, para os efeitos desse nosso exemplo, a “*Caio*”. Para a hipótese, quem está autorizado a recorrer nos termos do parágrafo 2º do artigo 14 da Lei 12.016/09 é “*Mévio*”, que não tem interesse particular no deslinde da controvérsia. Por isso, “*Mévio*”, se recorrer, recorrerá como autoridade coatora, e não como “*terceiro interessado*”. “*Caio*”, de seu turno, mesmo não sendo mais a autoridade coatora, também poderá recorrer, nos termos da construção doutrinária⁴⁹ e pretoriana⁵⁰ dantes referida, mas na condição de “*terceiro interessado*”.

46 Muito embora esse ato, como teremos a oportunidade de expor na sequência, não se qualifique, propriamente, como ato compatível com a condição de parte processual, porque decorre, a bem da verdade, de dever administrativo, e não de faculdade processual.

47 Cfr., a propósito: STJ, AgRg-REsp 1.027.909, Rel. Min. Humberto Martins.

48 Recobramos, ao ensejo, o caráter transitório da condição do impetrado de autoridade capaz de praticar o ato impugnado, ou de reverter os seus efeitos.

49 A propósito, confira-se, por todos: MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Mandado de segurança individual e coletivo*: comentários à Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 47)

50 Vide STJ, REsp 264632/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, julgado em 04/09/2007.

Nesse mesmo sentido posicionou-se, muito recentemente, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, quando assentou, nos julgados que se seguem, que têm “*legitimidade*” para recorrer (i) a pessoa jurídica de direito público que suportará o gravame da decisão, (ii) o Ministério Público, (iii) os terceiros prejudicados, (iv) o impetrante e (v) a autoridade coatora:

REEXAME NECESSÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PROFESSOR. COMPROVAÇÃO DA HABILITAÇÃO ESPECÍFICA PARA O CARGO QUANDO DA INSCRIÇÃO NO CERTAME. DESNECESSIDADE. SÚMULA 266, DO STJ. Preliminar de ilegitimidade recursal afastada. *Em sede de mandado de segurança tem legitimidade para apelar da sentença a pessoa jurídica de direito público que suportará o gravame da decisão, o Ministério Público, os terceiros prejudicados, o impetrante, bem como a autoridade coatora.* Art. 14, § 2º, da Lei nº 12.016/2009. A apresentação dos documentos relativos à nomeação e posse deve ser estendida até a época do seu implemento, não sendo exigível que o candidato demonstre que já possuía habilitação específica para o cargo que concorre antes de sua inscrição no certame, por se tratar de requisito para o exercício do cargo. Incidência do Princípio da Razoabilidade ao caso concreto. Inteligência da Súmula 266, STJ. Negaram provimento ao apelo e confirmaram a sentença em reexame necessário. Unânime. (TJRS. Apelação e Reexame Necessário Nº 70033952524, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alexandre Mussoi Moreira, Julgado em 31/03/2010)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO. LEGITIMIDADE. INOVAÇÃO LEGISLATIVA. Em mandado de segurança, *a legitimidade recursal é conferida à pessoa jurídica de direito público que suportará o gravame da decisão, ao Ministério Público, aos terceiros prejudicados, ao impetrante, bem como à autoridade coatora* (art. 14, § 2º, da Lei nº 12.016/2009). LICITAÇÃO. ADJUDICAÇÃO. PERDA DO OBJETO DA AÇÃO NÃO CARACTERIZADA. A adjudicação do objeto licitado ao vencedor não suprime o interesse do impetrante, nem destitui de objeto a causa, que

residem no plano jurídico. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (TJRS. Agravo de Instrumento Nº 70031024409, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mara Larsen Chechi, Julgado em 10/12/2009)

Destarte, resta estreme de dúvidas que a Lei 12.016/09 conferiu ao impetrado capacidade para praticar atos processuais compatíveis com a condição de parte processual⁵¹, atribuindo-lhe, com isso, legitimação processual anômala, ou extraordinária, o que lhe adjudica a condição de parte processual.

É de se ver, contudo, que a qualificação do impetrado como parte processual não decorre única e exclusivamente da circunstância de o parágrafo 2º do artigo 14 haver-lhe atribuído semelhante capacidade recursal, mas é aferida, de igual modo, da menção, no parágrafo 4º do artigo 6º da Lei 12.016/09, à suposta ilegitimidade da autoridade coatora. Veja-se a literalidade do mencionado texto legislativo:

Lei 12.016

Art. 6º [...]

[...]

§ 4º - Suscitada a ilegitimidade pela autoridade coatora, o impetrante poderá emendar a inicial no prazo de 10 (dez) dias, observado o prazo decadencial.

Esse dispositivo acabou vetado pelo Presidente da República. Não sob o argumento de que a autoridade coatora não é parte processual, mas sob a alegação de que a redação que lhe foi conferida permitiria a interpretação segundo a qual podem ser efetuadas no correr do prazo decadencial de cento e vinte dias “*emendas*” à petição inicial com vistas a corrigir a autoridade impetrada, o que prejudicaria a utilização do remédio constitucional, porque a autoridade responsável pelo ato ou omissão impugnados nem sempre é evidente ao cidadão comum. Eis, em literalidade, o que consta das razões do Veto:

51 Retomaremos esse ponto no Tópico 5.1 do Capítulo 5 deste trabalho.

Razão do veto

A redação conferida ao dispositivo durante o trâmite legislativo permite a interpretação de que devem ser efetuadas no correr do prazo decadencial de 120 dias eventuais emendas à petição inicial com vistas a corrigir a autoridade impetrada. Tal entendimento prejudica a utilização do remédio constitucional, em especial, ao se considerar que a autoridade responsável pelo ato ou omissão impugnados nem sempre é evidente ao cidadão comum.

Disso se infere que a condição de parte processual do impetrado (como legitimado extraordinário, deve estar claro) não causou estranheza aos redatores do projeto de Lei, nem aos Parlamentares (que mantiveram o dispositivo ao tempo da sua votação), e nem ao Presidente da República (que, ao vetá-lo, não questionou a referência do legislador à legitimidade processual do impetrado).

Tampouco a refuta a jurisprudência atual dos Tribunais brasileiros. Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça, após a edição da Lei nº 12.016/09, seguiu afirmando a legitimidade (ou, conforme o caso, a ilegitimidade) da autoridade coatora para figurar no polo passivo do processo; como se pode verificar dos julgados que se seguem:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL - ENEM - COMPETÊNCIA PARA REALIZAÇÃO - INEP - ILEGITIMIDADE PASSIVA DO MINISTRO DE ESTADO DA EDUCAÇÃO - 1- Compete ao Presidente do INEP, autarquia federal, coordenar e gerir a realização do ENEM (Exame Nacional do Ensino Médio) (arts. 1º, II, 16, VI, do Dec. 6.317/2007 e o art. 1º da Portaria nº 109 de 27/05/2009). 2- *Ilegitimidade passiva do Ministro de Estado da Educação*, o que afasta a competência desta Corte para processar e julgar o writ. 3- Mandado de segurança denegado, nos termos do art. 6º, § 5º, da Lei 12.016/09, com a devolução dos autos ao Juízo Federal de 1º Grau. (STJ - MS 15.089 - (2010/0040448-1) - 1ª S. - Relª Minª Eliana Calmon - DJe 16.06.2010 - p. 329)

PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - INEXISTÊNCIA DE ATO COMISSIVO OU DE OMISSÃO IMPUTÁVEIS AO MINISTRO

DE ESTADO DA SAÚDE - ILEGITIMIDADE PASSIVA - 1- A impetrante não indicou ato comissivo ou omissivo imputável ao Ministro de Estado da Saúde para o fornecimento de remédios para tratamento de artrite reumatóide e lúpus eritematoso sistêmico. 2- *Ausente a comprovação de omissão ou de ato comissivo de responsabilidade do Ministro de Estado, resulta na sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da lide. [...]* (STJ - MS 14.870 - (2009/0239343-4) - 1ª S. - Rel. Min. Humberto Martins - DJe 04.03.2010 - p. 517)

ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - LEGITIMIDADE PASSIVA - CONFIGURAÇÃO - ART. 49 DA LEI 9.784/99 - INAPLICABILIDADE - REVISÃO DO ATO DE HOMOLOGAÇÃO PROFERIDO EM PROCESSO LICITATÓRIO - DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA - ART. 54, CAPUT, DA LEI 9.784/99 - 1- *A legitimidade passiva ad causam da autoridade coatora está configurada por possuir o impetrado poder de decisão sobre a tramitação do processo licitatório de concessão de serviço público. [...]* (STJ - MS 14.722 - (2009/0201344-9) - 1ª S. - Relª Minª Eliana Calmon - DJe 18.03.2010 - p. 286)

PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - LEGITIMIDADE PASSIVA - ORDEM GERAL EMANADA EM INSTRUÇÃO NORMATIVA - AUTORIDADE COMPETENTE - DELEGADO REGIONAL TRIBUTÁRIO E NÃO O SECRETÁRIO ESTADUAL DA FAZENDA - [...] 3- *A legitimidade passiva no mandamus é fixada pela autoridade que tem poder de realizar o ato lesivo, na ação preventiva, ou aquele que pode desfazer o ato lesivo, na ação repressiva.* 4- O Secretário da Fazenda Estadual apenas edita comandos gerais para a fiel execução da lei, não agindo diretamente na execução da lavratura de auto de infração tributária, cabendo ao Delegado Regional Tributário a tarefa de executar os comandos gerais editados na Instrução Normativa estadual, razão pela qual a autoridade competente para responder ao “mandamus” é o Delegado Regional Tributário e não o Secretário da Fazenda. [...] (STJ - AgRg-REsp 1.027.909 - (2008/0022826-7) - 2ª T. - Rel. Min. Humberto Martins - DJe 27.05.2010 - p. 1584)

MANDADO DE SEGURANÇA - ADMINISTRATIVO - ANISTIA POLÍTICA - PORTARIA DO MINISTRO DA JUSTIÇA

- OMISSÃO DO MINISTRO DE ESTADO DA DEFESA NO SEU INTEGRAL CUMPRIMENTO - LEGITIMIDADE PASSIVA - RETROATIVOS - CABIMENTO DO WRIT - DECADÊNCIA AFASTADA - INOBSERVÂNCIA DO PRAZO DE SESENTA DIAS - DIREITO DO IMPETRANTE AO INTEGRAL CUMPRIMENTO DA PORTARIA - PRECEDENTES - NÃO APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 730 DO CPC – [...] 2- *O Ministro de Estado da Defesa tem legitimidade para figurar no polo passivo de mandado de segurança impetrado contra o não-cumprimento integral de portaria que concedeu anistia a militar.* Inteligência do artigo 18, par. Único, da Lei nº 10.559/2002. [...] (STJ - MS 13.759 - (2008/0182199-5) - 3ª S. - Relª Minª Maria Thereza de Assis Moura - DJe 18.06.2010 - p. 251)

Nesse mesmo sentido manifestaram-se, sob o novo regime legislativo, os Tribunais de Justiça dos Estados do Espírito Santo, do Distrito Federal e de São Paulo. Tal se infere desses outros recentes julgados:

MANDADO DE SEGURANÇA - MULTA E APREENSÃO DE MERCADORIA - ILÍCITO TRIBUTÁRIO - AGENTE DE TRIBUTOS ESTADUAIS - ARTIGOS 772 E 773 DO DECRETO Nº 1.060-R/2002 - TEORIA DA ENCAMPAÇÃO - INAPLICABILIDADE - DESLOCAMENTO DA COMPETÊNCIA - EXTINÇÃO DO FEITO – [...] 3- *Constatada a ilegitimidade da autoridade coatora e a consequente incompetência deste egrégio tribunal de justiça, impõe-se a extinção do feito na forma preconizada pelo artigo 267, inciso VI do código de processo civil e artigo 6º, § 5º da lei nº 12.016/09.* (TJES - MS 100090032689 - Rel. Namyr Carlos de Souza Filho - DJe 20.04.2010 - p. 78)

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA - PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE DO PREFEITO PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO DA AÇÃO MANDAMENTAL - ACOLHIDA - PRELIMINAR DE DECADÊNCIA - ACOLHIDA MANDADO DE SEGURANÇA - ATO ÚNICO DE EFEITOS CONCRETOS - INOBSERVÂNCIA DO PRAZO DE 120 DIAS ESTABELECIDO EM LEI ESPECÍFICA - RECURSO CONHECIDO PROVIMENTO CONCEDIDO - EXTINÇÃO DA AÇÃO MANDAMENTAL ORIGINÁRIA - 1- *Acolhe-se a preliminar de*

ilegitimidade do Prefeito Municipal de Vitória/ES, para figurar no polo passivo da ação mandamental originária, haja vista que a prática e a alteração do ato impugnado direciona-se restritamente para a esfera de competência do presidente do instituto de previdência e assistência dos servidores do município de vitória (IPAMV). [...] (TJES - AC 24030149728 - Rel. Des. Carlos Henrique Rios do Amaral - DJe 24.02.2010 - p. 16)

MANDADO DE SEGURANÇA - FUNDO DE APOIO À CULTURA - IMPEDIMENTO DE PARTICIPAÇÃO DE SERVIDOR DO GDF - PORTARIA 34 DA SECRETARIA DE CULTURA E DECRETO 30.330/2009 - ILEGITIMIDADE PASSIVA DO GOVERNADOR RECONHECIDA - PRELIMINARES REJEITADAS - NO MÉRITO, ORDEM CONCEDIDA - 1- Conforme o disposto no art. 6º, § 3º, da Lei nº 12.016/09, o Governador do DF não pode ser considerado autoridade coatora, quando verificado que ele não possui relação direta com o ato concreto objeto da impetração. [...] 4- Ilegitimidade passiva do Governador reconhecida. Demais preliminares rejeitadas. No mérito, concedeu-se a ordem. Unânime. (TJDFT - MS 20090020126258 - (404935) - Rel. Des. Romeu Gonzaga Neiva - DJe 17.03.2010 - p. 34)

MANDADO DE SEGURANÇA - AUDITORES TRIBUTÁRIOS DO DISTRITO FEDERAL - PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO DIRETOR DO INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA - REJEIÇÃO - CUMULAÇÃO COM CARGO DE PROFESSOR - TETO REMUNERATÓRIO - LIMITAÇÃO ESTABELECIDADA PELA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 01/2009 - OBSERVÂNCIA À NORMA CONSTITUCIONAL - ORDEM DENEGADA - I- Declarando-se, a d. Autoridade, como a executora das normas insertas na instrução normativa nº 01/2009, torna-se parte legítima para figurar no polo passivo da presente demanda, nos termos da lei nº 12.016/2009. [...] (TJDFT - MS 20090020118965 - (423382) - Rel. Des. Lecir Manoel da Luz - DJe 02.06.2010 - p. 8)

MANDADO DE SEGURANÇA - LEGITIMIDADE PASSIVA - AUTORIDADE COATORA - Conceito que deve ser razoavelmente modulado para também considerar como tal o subordinado que cumpre o ato administrativo. [...] (TJSP - Ap 990.10.056523-0 - Presidente Venceslau - 6ª CDPriv. - Rel. Roberto Solimene - DJe 28.05.2010 - p. 857)

RECURSO - APELAÇÃO - MANDADO DE SEGURANÇA - Interposição pelo Sr. Secretário de Saúde do Município de Itai antes da vigência da Lei nº 12.016/09. Admissibilidade. Expressamente “estende-se à autoridade coatora o direito de recorrer” (art 14, § 2º). Norma especial benéfica de aplicabilidade imediata. Recurso conhecido. ILEGITIMIDADE “AD CAUSAM” - MANDADO DE SEGURANÇA - *Fornecimento gratuito de medicamento para o tratamento de doença coronariana. Qualquer um dos Entes da Federação pode ser acionado para se alcançar o cumprimento da norma constitucional, que garante acesso do cidadão às ações com vistas a resguardar o direito à saúde. Legitimidade passiva do Secretário Estadual da Saúde.* Preliminar afastada. [...] (TJSP - Ap 994.06.086402-6 - Itai - 8ª CDPúb. - Relª Cristina Cotrofe - DJe 07.04.2010 - p. 1191)

Tais considerações permitem concluir que o impetrado tem legitimação processual extraordinária no mandado de segurança e que, por isso, assume a condição de parte processual.

2.3 Por que qualificar ente público e impetrado como partes processuais autônomas?

A qualificação do ente público e do impetrado como partes processuais autônomas decorre de opção político-legislativa externada no texto da Lei 12.016/09.

Essa “*escolha*” do legislador, por sua vez, mostra-se em perfeita consonância com os ensinamentos da doutrina processual no que se refere à possibilidade de atuarem no processo de forma concomitante, ou concorrente, os legitimados ordinário e extraordinário.

Quanto ao particular, Alexandre Câmara nos ensina que a legitimidade extraordinária pode ser exclusiva (quando apenas o legitimado extraordinário pode ir a Juízo, mas não o legitimado ordinário), concorrente (quando tanto o legitimado ordinário quanto o extraordinário podem ir a Juízo isoladamente) ou subsidiária (quando o legitimado ordinário somente pode ir a Juízo diante da omissão do legitimado ordinário)⁵².

52 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 110-111. v.1.

De seu turno, José Carlos Barbosa Moreira assenta que a legitimidade extraordinária poder ser subordinada ou autônoma, dispondo, ao ensejo, que a legitimação autônoma subdivide-se em “*legitimidade extraordinária autônoma e exclusiva*” e “*legitimidade extraordinária autônoma e concorrente*”⁵³. Fredie Didier Jr. nos informa, explicitando essa classificação proposta por Barbosa Moreira, que na legitimação extraordinária autônoma e exclusiva “*apenas o legitimado extraordinário pode ser parte principal no processo, cabendo ao protagonista da situação litigiosa, se já não fizer parte da demanda, intervir no processo na condição de assistente litisconsorcial*”⁵⁴, ao passo que a legitimação extraordinária autônoma e concorrente “*não cancela e ‘nem produz rebaixamento de nível’ da legitimidade do titular da situação litigiosa, mas concorre com ela*”, em “*co-legitimação*”⁵⁵. Didier nos dá conta, ainda, de que essa legitimação concorrente pode ser primária (“*se o legitimado extraordinário puder demandar em juízo independentemente do comportamento do legitimado ordinário*”) ou secundária (“*quando o legitimado extraordinário somente puder demandar para suprir a inércia do legitimado ordinário*”)⁵⁶.

No mandado de segurança o legitimado ordinário é o ente público, que integra a relação jurídica de direito material, como demonstramos no tópico 2.1 deste capítulo. O impetrado, de seu turno, pode atuar no processo porque a lei lhe autoriza praticar atos compatíveis com a condição de parte processual⁵⁷, com destaque para a apresentação de recursos no processo, o que lhe confere a condição de legitimado extraordinário, conforme demonstramos no tópico 2.2 deste capítulo. Como a lei não refere à existência de vinculação, ou de subordinação, entre as manifestações processuais de um e outro legitimado, temos, na espécie, aquela “*legitimação concorrente*” mencionada por Alexandre Câmara, ou a “*legitimação extraordinária autônoma*”

53 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apointamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. In: _____. *Direito processual civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoli, 1971. p. 60-61.

54 DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 250.

55 *Ibid.*, p. 251.

56 *Ibid.*, p. 252.

57 A propósito, confira-se, também, o que dissemos no Tópico 5.1 do Capítulo 5 deste trabalho.

e *concorrente primária*”, descrita por Barbosa Moreira, e adiante explicitada por Fredie Didier Jr.

Essa opção político-legislativa, além compatível com os ensinamentos da doutrina processual, ainda tem a vantagem de resolver tormentoso problema de ordem prática que se apresentava, sob a égide do regime pretérito, sobretudo para aqueles que defendiam que a verdadeira parte passiva no “*Writ*” seria o ente público, decorrente da impetração, pelo poder público, de mandados de segurança contra atos judiciais.

Suponhamos que a Advocacia Geral da União tenha interposto, em nome da União Federal, mandado de segurança contra decisão liminar proferida no processo por Juiz do Trabalho, o que é perfeitamente cabível, no Juízo laboral, dada a irrecorribilidade, naquela sede, dos provimentos interlocutórios. Nesse caso, teremos uma petição inicial subscrita por advogado público federal, que será “*contraditada*”, na primeira instância, pelas informações prestadas pela autoridade coatora (no caso, um magistrado). Admitindo, por hipótese, o acolhimento do pedido, somente a União Federal poderia interpor apelação à sentença, já que a lei não autorizava, então, a apresentação de recursos pelo impetrado. Ocorre que, nesse caso, o referido Ente Político figuraria nos dois polos da lide⁵⁸, ensejando “*confusão processual*”; o que acarreta, nos termos da lei processual civil, a extinção terminativa do feito⁵⁹.

O problema é solucionado se compreendermos o ente público e o impetrado como partes autônomas, como parece indicar a Lei 12.016/09.

Sob tal premissa, ter-se-ia, em nosso exemplo, no mandado de segurança impetrado contra ato judicial, pretensão jurídica articulada apenas “*prima facie*” contra o impetrado e contra a União Federal. Dizemos “*prima facie*” porque, dada a parcial “*confusão*” subjetiva entre os legitimados ativo e passivo da lide,

58 Cfr., a propósito: DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes. O pólo passivo no mandado de segurança. *Jurídica: Revista do Curso de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo*, Vitória: UFES, n. 1, p. 9-20, dez. 1999.

59 CPC. “Art. 267. *Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: [...] X - quando ocorrer confusão entre autor e réu.*”

o processo apenas estará apto a seguir adiante contra o impetrado.

Aliás, sequer se justifica, na espécie, e também diante de mandados de segurança impetrados pela União Federal contra decisão da Justiça Federal, ou dos Tribunais de cúpula, assim como daqueles impetrados pelos Estados contra decisão das respectivas Justiças Estaduais, dada a “*confusão*” subjetiva ora apontada, a cientificação do ente público a intervir na lide, nos termos do inciso II do artigo 7º da Lei 12.016/09. Ora, foi o ente público quem instaurou o processo. Destarte, a sua intervenção natural no feito dar-se-á no polo ativo⁶⁰, já que não há sentido na sua adesão ao polo passivo de demanda por ele mesmo instaurada. Por esse motivo, e porque o ente público já figura no polo ativo da lide, é claramente desnecessária a sua cientificação no processo.

Imaginemos, então, em homenagem ao debate, que pudesse prevalecer, sob o regime da Lei 12.016/09, a tese segundo a qual o ente público é parte passiva e o impetrado simples “*presentante*” dela, cuja atuação processual se limita (i) a prestar informações ao Juízo e (ii) a recorrer como “*terceiro interessado*”⁶¹, desde que haja prejuízo a sua esfera de disponibilidades jurídicas. Sob essa ótica, a União Federal poderia, em nosso exemplo (desde que se pudesse superar, de algum modo⁶², o óbice processual decorrente da “*confusão*” subjetiva entre “*autor*” e “*réu*”), encerrar o feito, seja pelo reconhecimento do pedido (CPC, art. 269, II), seja pela não-apresentação de recurso à sentença de procedência do pedido, induzindo, assim, desfecho favorável à sua pretensão, em evidente prejuízo à respeitabilidade das decisões judiciais (lembramos que o ato impugnado, em nosso exemplo, é uma decisão judicial), ao direito da parte que lhe é adversária no processo originário (em favor de quem teria sido

60 Contrariando a premissa segundo a qual o ente público, como regra, deve intervir no polo passivo da lide, dada a presunção de legitimidade que milita em favor dos atos administrativo; a que referiremos no Capítulo 3 deste trabalho.

61 Cfr., a propósito: MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Mandado de segurança individual e coletivo*: comentários à Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 47. Nesse mesmo sentido se posicionou o STJ por ocasião do julgamento do REsp 264632/SP, relatado pela Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, julgado em 04/09/2007.

62 O que apenas se admite por argumentar.

proferida a decisão vergastada) e, como decorrência disso, ao primado da segurança jurídica.

Por tais razões, temos que melhor aproveitar ao bom funcionamento do mandado de segurança - que, por óbvio, deve abarcar todas as hipóteses possíveis de impetração, inclusive a impetração de mandado de segurança pela União Federal contra decisões das Justiças Federal e do Trabalho, e a sua impetração, pelos Estados, contra decisões da Justiça Estadual -, é a qualificação do ente público e do impetrado como partes processuais autônomas.

3 Intervenção natural do ente público no mandado de segurança: adesão ao polo passivo da relação processual

Fincada essa premissa, cumpre investigar como deve se dar a intervenção do ente público no litígio, tal como prevê o inciso II do artigo 7º da Lei 12.016/09.

A primeira afirmação que deve ser feita quanto ao particular é que, dada a presunção de legitimidade que milita em favor dos atos administrativos⁶³, é esperado que o conteúdo do ato impugnado coincida com o interesse público. Por isso, o ente público, nesse ato representado pelo seu respectivo órgão de Advocacia Pública, deve, como regra, alinhar-se ao impetrado na defesa do ato impugnado; pelo que a sua intervenção natural no mandado de segurança dar-se-á por adesão ao polo passivo da lide.

3.1 Da qualidade jurídica do ente público quando ingressa no polo passivo da relação processual

Cássio Scarpinella Bueno, analisando de forma racional (“*interpretação lógica*”) e conjugada (“*interpretação sistemática*”) os dispositivos processuais da Lei 12.016/09, e relacionando-os a

63 Sobre o assunto, confira-se a seguinte passagem da obra de Hely Lopes Meirelles: “Os atos administrativos, qualquer que seja a sua categoria ou espécie, nascem com a presunção de legitimidade, independentemente de norma legal que a estabeleça. Essa presunção decorre do princípio da legalidade da Administração, que, nos Estados de Direito, informa toda a atuação governamental” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 135).

enunciados prescritivos colhidos do direito pretérito (“*interpretação retrospectiva*”), conclui que o ente público, quando ingressa no polo passivo da lide, o faz na condição de litisconsorte necessário⁶⁴⁻⁶⁵. Em sua análise, o professor paulista acentua que artigo 6º dessa nova lei do mandado de segurança, mesmo exigindo a indicação na petição inicial da autoridade coatora e da pessoa jurídica a que se encontra vinculada, quando interpretado isoladamente, não conduz, com segurança, à conclusão segundo a qual impetrado e ente público habilitam-se, no processo, como partes processuais autônomas⁶⁶. Mas dispõe que o inciso II do seu artigo 7º, ao determinar a ciência ao “*órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada [...] para que, querendo, ingresse no feito*” (isto é, no processo), refere à “*citação*” daquela entidade, ato processual que, nos termos do artigo 213 do Código de Processo Civil⁶⁷, destina-se a dar ciência a alguém da propositura de ação em seu desfavor, viabilizando a oportunidade de se defender⁶⁸. Em suas próprias palavras:

“[...] a Lei n. 12.016/09, mesmo que involuntariamente, acabou cedendo à prática do foro e retomando ao sistema da Lei n. 191/1936 e do Código de Processo Civil de 1939 (v. n. 7, *supra*) ao estabelecer um litisconsórcio passivo e *necessário* entre a autoridade coatora e o órgão ou pessoa jurídica a que pertence. Aquela, a autoridade, será notificada para prestar as informações que entender necessárias, isto é, para justificar o ato que praticou ou que está na iminência de praticar. Este, o órgão ou pessoa jurídica, será *cientificado* para, querendo, apresentar a defesa que entender importante em seu

64 BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança: comentários sistemáticos à lei n. 12.016, de 7-8-2009*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 36-38.

65 Nesse sentido posicionou-se, muito recentemente, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal; como se depreende do seguinte julgado: “*AGRAVO REGIMENTAL - MANDADO DE SEGURANÇA - LIMINAR PARCIALMENTE DEFERIDA - LEGITIMIDADE DA UNIÃO PARA INTERVIR COMO LITISCONSORTE PASSIVO - POSSIBILIDADE DE PERDA DO OBJETO - MEDIDA REVERSÍVEL - DECISÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO - 1- O artigo 7º, inciso II, da lei 12.016/2009 determina expressamente que a ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada para, querendo, ingressar no feito. A jurisprudência predominante afirma a legitimidade da União para intervir em mandado de segurança contra ato do presidente do Tribunal de Justiça capaz de afetá-la, podendo, consequentemente, interpor agravo regimental em mandado de segurança contra ato do corregedor. [...]*” (TJDFT - AgRg 20090020175737 - (418807) - Rel. Des. George Lopes Leite - DJe 30.04.2010 - p. 35).

66 BUENO, op. cit., p. 36-37.

67 CPC. “Art. 213. *Citação é o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender*”.

68 BUENO, op. cit., p. 37.

próprio nome, secundando, ou não, o ato coator tal qual individuado na petição inicial. Apesar da nomenclatura empregada pelo legislador mais recente, posta em itálico, o caso deve ser entendido, para o sistema processual civil vigente, como *dupla citação*. Por isso trata-se de litisconsórcio *passivo* e *necessário*, diferentemente do que era mais correto interpretar à luz do direito vigente desde o art. 3º da Lei n. 4.348/1964, não modificado, no particular, pela redação que lhe deu o art. 19 da Lei n. 10.910/2004⁶⁹.

O processualista leciona, ainda, que a circunstância de haver “*consenso na doutrina quanto a ser ônus do réu exercitar sua defesa [...] explica suficientemente o verbo ‘querendo’ utilizado pelo legislador mais recente*”⁷⁰. Quanto ao particular, não sobeja lembrar que o litisconsorte necessário, no exercício dessa prerrogativa, poderá ou não exercitá-la, sem perder, contudo, quando não a exerce, essa sua qualidade processual. Com efeito, nos precisos termos da lei⁷¹, há litisconsórcio necessário quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o Juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes, devendo estar claro que, nessa hipótese, a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo (CPC, art. 47⁷²). Isso significa dizer que a sentença proferida não terá eficácia caso não se opere a citação do litisconsorte necessário. Aliás, não é por outro motivo que a lei determina ao Juiz que ordene ao autor a promoção da citação de todos os litisconsortes necessários, sob pena da extinção do processo (CPC, art. 47, parágrafo único⁷³)⁷⁴. Mas tal, não induz

69 BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança: comentários sistemáticos à lei n. 12.016, de 7-8-2009*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 37-38.

70 *Ibid.*, p. 37.

71 Que, quanto ao particular, define o conceito de litisconsórcio unitário, e não o propriamente de litisconsorte necessário; pois, como cediço, para que exista litisconsórcio necessário a interação entre os litisconsortes deve decorrer de relação material incidível, de maneira que a sentença, quando proferida contra um, alcance, naturalmente, as disponibilidades jurídicas do outro.

72 CPC. “Art. 47. *Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo*”.

73 CPC. “Art. 47. [...] *Parágrafo único. O juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo*”.

74 A extinção do feito, nessa hipótese, dar-se-á por ausência de pressuposto processual de existência (CPC, art. 267, IV), já que, como comezinho, o litisconsorte necessário é “*parte*” e, mais ainda, “*parte*” que não pode deixar de ser chamada ao polo passivo da demanda.

a conclusão de que o litisconsorte necessário é somente aquele que aderiu ao processo. O que a lei processual exige é que ele seja citado, para, querendo, ingressar no feito, tal como ocorre no regime da Lei 12.016/09, sob pena de ineficácia da sentença. Destarte, a aparente faculdade estampada na expressão “querendo” refere-se ao caráter de ônus processual embutido na oportunidade de defesa, que, por certo, não se confunde com dever jurídico ou obrigação “*stricto sensu*”⁷⁵.

Posto isso, concluímos, com Cássio Scarpinella Bueno, que, havendo a adesão do ente público ao polo passivo da lide, tal pessoa jurídica e o impetrado atuarão, no processo, como litisconsortes passivos necessários.

3.2 Do “modus procedendi” da adesão do ente público ao polo passivo da relação processual

Seguindo no raciocínio, temos que a contestação é a peça processual adequada ao ingresso do ente público no polo passivo da lide, pois essa foi a solução encontrada pela jurisprudência, sob égide do regime pretérito (Lei 1.533/51), para a intervenção de litisconsortes passivos necessários no processo. A título de exemplo, assim se posicionou o Superior Tribunal de Justiça quando, por ocasião do julgamento do ROMS nº 22416, determinou a remessa dos autos à instância de origem, por depreender a ausência da promoção pelo impetrante da integração

75 Sobre a distinção entre “ônus”, “obrigação” e “dever”, confira-se a seguinte passagem doutrinária de Fernando da Fonseca Gajardoni: “*Ônus, diversamente de obrigação ou dever, são aquelas atividades que a parte realiza no processo em seu próprio benefício, não podendo ser compelida a praticá-las, ainda que a omissão acarrete-lhe indiscutível prejuízo. Assim, descumprido o ônus por aquele que o tinha, a consequência é decaimento do benefício previsto pelo sistema, em outras palavras, a incidência de efeitos prejudiciais da omissão. Por exemplo, fala-se em ônus da prova (sob pena de improcedência), ônus da impugnação especificada dos fatos alegados na petição inicial (art. 302 do CPC – sob pena de incontrovérsia dos fatos alegados). [...] Já a obrigação ‘pede uma conduta cujo adimplemento ou cumprimento traz benefícios à parte’ e, ‘havendo omissão do obrigado, este será ou poderá ser coercitivamente obrigado pelo sujeito ativo’, algo que não ocorre no ônus, em que ‘o indivíduo que não o cumprir sofrerá, pura e simplesmente, via de regra, as consequências negativas do descumprimento que recairão sobre ele próprio’. São exemplos de obrigações processuais o pagamento das custas processuais. [...] Por fim, o dever corresponde à sujeição com característica da perpetuidade, não se esgotando, pois, com o cumprimento (como ocorre com a obrigação). Da mesma forma que a obrigação, descumprido o dever, a parte será ou poderá ser compelida a cumpri-lo através de sanções diretas ou indiretas. São exemplos de deveres processuais os constantes do art. 14 (veracidade, lealdade, boa-fé etc.) e do art. 339 (colaboração com a descoberta da verdade), todos do CPC” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Comentário ao artigo 9º da Lei nº 12.153/09. In: GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luiz Otávio Sequeira de. *Comentários à nova lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública – Lei 12.153, de 22 de dezembro de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 101-102).*

ao litígio de litisconsortes passivos necessários, com vistas a que se instrumentalizasse a sua citação, para que, querendo, apresentassem defesa no processo⁷⁶.

Resolvida essa questão, resta-nos investigar qual o prazo de que dispõe a Fazenda Pública para a apresentação desta sua peça de defesa. Ou, mais especificamente, se há superfície jurídica para a aplicação ao mandado de segurança dos prazos de defesa estabelecidos pelo Código de Processo Civil, ou seja, do prazo de 15 (quinze dias) a que se refere o seu artigo 297⁷⁷, com a majoração promovida pelo seu artigo 188⁷⁸, que impõe a contagem em quádruplo dos prazos para a defesa, em Juízo, dos interesses da Fazenda Pública.

Cássio Scarpinella Bueno discorda dessa premissa. E dispõe que o prazo para a apresentação da defesa pelo ente público é o mesmo atribuído pela lei para a apresentação das informações do impetrado. O que o professor paulista acentua, quanto ao particular, é que *“à falta de previsão expressa, o prazo para que o órgão ou pessoa jurídica se manifeste no processo de mandado de segurança só pode ser o de dez dias reservado às ‘informações’ da autoridade coatora”*⁷⁹.

Ousamos divergir desse posicionamento, porquanto nos parece que, fosse intenção do legislador atribuir à Advocacia Pública, para protocolização da defesa do ente público, os mesmos dez dias previstos na lei para a apresentação das *“informações”* do impetrado, teria ele, ou identificado o referido interregno no *“caput”* do artigo 7º da Lei 12.016 – de modo a abranger, tanto o ato de comunicação processual estipulado

76 Eis a ementa do julgado: *“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. MAGISTRADO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. CITAÇÃO. DETERMINAÇÃO. ARGUIÇÃO. DESNECESSIDADE. PRECLUSÃO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. REQUERIMENTO. QUALQUER TEMPO. INDEFERIMENTO. NOVA OPORTUNIDADE. PRÁTICA. ATO PROCESSUAL. CONCESSÃO PARCIAL. POSSIBILIDADE. [...] VII - Prejudicada a questão da aplicação analógica do artigo 515, § 3º, do CPC (teoria da causa madura), em face da remessa dos autos à instância de origem para citação dos litisconsortes passivos necessários, os quais, querendo, lá apresentarão oportunamente defesa. Recurso ordinário parcialmente provido (STJ. ROMS 200601641511. ROMS - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 22416. Relator(a) FELIX FISCHER. Órgão julgador QUINTA TURMA. Fonte DJ DATA:03/12/2007 PG:00336)”*.

77 CPC. *“Art. 297. O réu poderá oferecer, no prazo de 15 (quinze) dias, em petição escrita, dirigida ao juiz da causa, contestação, exceção e reconvenção”*.

78 CPC. *“Art. 188. Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público”*.

79 BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança: comentários sistemáticos à lei n. 12.016, de 7-8-2009*, São Paulo: Saraiva, 2005. p. 40.

pelo seu inciso I (notificação do impetrado para apresentar “*informações*”), quanto aquele outro retratado no seu inciso II (cientificação da pessoa jurídica para ingressar no feito), ou especificado, de forma expressa, que o termo final para a juntada da contestação do ente público ao processo é o mesmo atribuído pelo inciso I desse artigo 7º para protocolização das “*informações*” da autoridade impetrada. Essa foi, aliás, a opção político-normativa adotada pelo legislador do Código de Processo Civil de 1939, que dispunha, taxativamente, no parágrafo 2º do artigo 322 “*que o prazo para a contestação será de dez (10) dias*”⁸⁰, ou seja, o mesmo prazo estipulado pelo inciso I deste artigo 322, para a apresentação das informações⁸¹.

Sendo assim, temos que deve ser afirmativa a resposta à indagação dantes formulada, quanto a serem aplicáveis ao mandado de segurança os prazos de defesa estabelecidos pelo Código de Processo Civil. E isso porque, conquanto a Lei 10.216/2009 (a exemplo da Lei 1.533/51) não disponha taxativamente sobre a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao rito do mandado de segurança, há, em seu corpo, uma série de dispositivos que denotam que a aplicação dessa “*lei especial*” sem referência às disposições do “*codex*” processual seria inviável, quer sob o ponto de vista jurídico, quer sob o ponto de vista prático.

Vê-se, a propósito, que a Lei 12.016/09 dispõe, expressamente, que a petição inicial do mandado de segurança deve atender aos requisitos estabelecidos pela lei processual (art. 6º⁸²), que são arrolados, no regime do Código de Processo Civil

80 CPC-39. “Art. 322 – Despachando a petição inicial, o juiz mandará: I – notificar o coator, mediante ofício entregue por oficial de justiça e acompanhado da 3ª via da petição inicial, instruída com as cópias dos documentos, a fim de prestar informações no prazo de dez (10) dias”.

81 CPC-39. “Art. 322 [...] § 2º - O prazo para a contestação será de dez (10) dias”.

82 Lei 12.016. “Art. 6º - A petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, será apresentada em 2 (duas) vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda e indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições”.

brasileiro, pelos seus artigos 282⁸³ e 283⁸⁴⁻⁸⁵. Demais disso, a “*novatio legis*” também dispõe sobre o cabimento da interposição, no mandado de segurança, de recursos cujos contornos restam estabelecidos pela lei processual, sem fazer qualquer menção ao estabelecimento de pressupostos recursais específicos, ou de prazos processuais diferenciados para o manejo da pretensão recursal (arts. 7º, § 1º⁸⁶; 10, § 1º⁸⁷; 14⁸⁸; 16, parágrafo único⁸⁹; e 18⁹⁰); donde que se conclui que apenas se lhes for aplicável o Código de Processo Civil esses recursos poderão ser manejados.

Sobre a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao regime da Lei 12.016/09, confira-se, ainda, este recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, proferido já na vigência desse novo diploma:

PROCESSUAL CIVIL - ADMINISTRATIVO - RECURSO ESPECIAL - REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA - ART. 543-C, DO CPC - AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO CONCESSIVA OU DENEGATÓRIA DE LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO - CABIMENTO - 1- O

83 CPC. “Art. 282. A petição inicial indicará: I - o juiz ou tribunal, a que é dirigida; II - os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu; III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido; IV - o pedido, com as suas especificações; V - o valor da causa; VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados; VII - o requerimento para a citação do réu”.

84 CPC. “Art. 283. A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação”.

85 Aliás, dada a condição de “*lei geral*” que o CPC assume, em relação aos demais diplomas normativos, quando se tem em foco a matéria processual, é natural que se conclua que os pressupostos procedimentais por ele estipulados aplicam-se naturalmente ao mandado de segurança, isto é, que eles seriam aplicáveis ao remédio heróico independentemente da existência de expressa previsão normativa neste sentido.

86 Lei 10.016. “Art. 7º [...] § 1º - Da decisão do juiz de primeiro grau que conceder ou denegar a liminar caberá agravo de instrumento, observado o disposto na Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil”.

87 Lei 10.016. “Art. 10. A inicial será desde logo indeferida, por decisão motivada, quando não for o caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos legais ou quando decorrido o prazo legal para a impetração. § 1º - Do indeferimento da inicial pelo juiz de primeiro grau caberá apelação e, quando a competência para o julgamento do mandado de segurança couber originariamente a um dos tribunais, do ato do relator caberá agravo para o órgão competente do tribunal que integre”.

88 Lei 10.016. “Art. 14. Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação”.

89 Lei 10.016. “Art. 16. Nos casos de competência originária dos tribunais, caberá ao relator a instrução do processo, sendo assegurada a defesa oral na sessão do julgamento. [...] Parágrafo único. Da decisão do relator que conceder ou denegar a medida liminar caberá agravo ao órgão competente do tribunal que integre”.

90 Lei 10.016. “Art. 18. Das decisões em mandado de segurança proferidas em única instância pelos tribunais cabe recurso especial e extraordinário, nos casos legalmente previstos, e recurso ordinário, quando a ordem for denegada”.

agravo é o recurso cabível contra a decisão que defere ou indefere liminar em Mandado de Segurança, a teor dos arts. 527, II, e 588, do CPC, com a novel redação dada pela Lei 9.139/95. Precedentes do STJ: REsp 776.667/SE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJ 26/04/2007. AGRG NO AG 837.628/SP, REL. MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, DJ DE 21.05.2007 - RESP 829.938/RJ, REL. MINISTRO CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJ DE 25.08.2006 - E RESP 743.154/AL, REL. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, DJ DE 27.06.2005 [...] 5- A abalizada doutrina sobre o tema não discrepa ao assentar que: “A afirmativa de que a Lei nº 1.533/51 especificou os dispositivos do Código de Processo Civil aplicáveis, especificação esta exaustiva, não resiste, data venia, à menor análise. Sem invocação daquele Código não será sequer possível processar um mandado de segurança. A lei nº 1.533/51 não cogita, por exemplo, da capacidade processual, dos procuradores, da competência, da forma, tempo e lugar dos atos processuais, das nulidades, dos requisitos da sentença, assim como se vários outros temas cuja regulamentação é indispensável para que se possa fazer um processo. [...] Em verdade, aplicam-se supletivamente, sem discussão, numerosíssimas normas do Código, nenhuma delas mencionada na lei. A questão de que aqui se cogita não é peculiar ao mandado de segurança: outras leis especiais existem e existiram, regulando procedimentos, sem que se questione sobre a aplicabilidade supletiva do que se contém no Código. Como observa Barbi: “parece mais adequado entender que o sistema do Código, como geral que é, deve aplicar-se aos procedimentos regidos em leis especiais, salvo naquele em que essas leis dispuserem em contrário ou em que as normas do Código não se coadunarem com as peculiaridades, do procedimento regido por aquelas leis”. Causa, é certo, alguma estranheza o fato de que a Lei nº 1.533/51 se tenha referido a duas matérias, reguladas no Código de Processo Civil, quando é evidente que muitas outras normas igualmente haverão de aplicar-se. Explica-se em parte. A Lei nº 191/36 foi editada quando ainda vigentes os Códigos estaduais. Não havendo lei federal a que se reportar,

sentiu-se a necessidade de enumerar os requisitos da inicial. Sobrevindo-lhe o Código de 1939, o mandado de segurança passou a ser por este regulado. Claro que as normas nele contidas se lhe aplicavam, no que não fossem incompatíveis com o procedimento especial. Malgrado isso, o art. 321 reportou-se aos dispositivos do próprio Código, pertinentes à inicial. Justifica-se, em primeiro lugar, pelo simples fato de se terem repetido vários dispositivos da Lei nº 191. Em segundo, em virtude de a inicial do mandado de segurança apresentar algumas particularidades, o que fez conveniente explicitar que, no mais, seria regulada pelas regras comuns. A Lei nº 1.533/51 também reproduziu a menção aos artigos do Código e os motivos são semelhantes. Relativamente ao litisconsórcio, cumpre reconhecer, a Lei nº 1.533/51 foi redundante ao invocar, como aplicáveis, os arts. 88 a 94 do Código então vigente, compreensivos também da assistência. No texto atual, após a adaptação feita pela Lei nº 6.071/74, limitou-se a referência ao litisconsórcio, o que enseja o entendimento de que incabível a assistência. Não se haverá de concluir entretanto, que se teve o propósito de excluir a aplicação de todos os demais dispositivos do Código de Processo Civil o que como salientado, é impossível. [...] (STJ - REsp 1.101.740 - (2008/0240891-3) - C.Esp. - Rel. Min. Luiz Fux - DJe 07.12.2009 - p. 867).

Tal não bastasse, a nova lei do mandado de segurança também prevê a aplicação ao procedimento do remédio heróico dos artigos 46 a 49 do Código de Processo Civil⁹¹, que regram, naquele diploma, a intervenção de litisconsortes no litígio (art.

91 CPC. "Art. 46. *Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando: I - entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide; II - os direitos ou as obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito; III - entre as causas houver conexão pelo objeto ou pela causa de pedir; IV - ocorrer afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito. Parágrafo único. O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa. O pedido de limitação interrompe o prazo para resposta, que recomeça da intimação da decisão. [...]* Art. 47. *Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo. Parágrafo único. O juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo. [...]* Art. 48. *Salvo disposição em contrário, os litisconsortes serão considerados, em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos; os atos e as omissões de um não prejudicarão nem beneficiarão os outros. [...]* Art. 49. *Cada litisconsorte tem o direito de promover o andamento do processo e todos devem ser intimados dos respectivos atos".*

24⁹²); condição processual que, como restou explicitado no tópico anterior, é atribuída ao ente público quando adere ao polo passivo da lide.

Pelo exposto, concluímos que o Código de Processo Civil deve ser aplicado subsidiariamente ao regime da Lei 12.016/09, inclusive em matéria de defesa, e que, por isso, o prazo de que dispõe a Fazenda Pública para a apresentação da sua contestação é aquele que decorre da aplicação conjugada dos artigos 297 e 188 da lei processual civil, ou seja, 60 (sessenta) dias.

4 Sobre a viabilidade jurídica de o ente público vir a ingressar no polo ativo da relação processual

Outro ponto que, a nosso sentir, merece ser enfrentado quando se tem em vista a integração do ente público ao litígio, nos termos do inciso II do artigo 7º da Lei 12.016/09, é a questão afeta à pertinência da sua adesão ao polo ativo do processo.

Quanto ao particular, destacamos que a lei não dispõe que o ente público somente pode vir a ingressar no feito para coadjuvar a autoridade coatora, isto é, que deva ingressar sempre no polo passivo da lide, como sobressaia, a seu tempo, dos textos do parágrafo 1º do artigo 8º da Lei 191/36 e do artigo 322 do Código Processo Civil de 1939. Aliás, em tais dispositivos pretéritos, o legislador nem sequer destacava, como ocorre agora, no regime da Lei 12.016/09, o caráter facultativo da intervenção da pessoa jurídica, havendo sido eloquente ao definir a sua convocação como sendo “*citação para contestar*”.

Pensamos que semelhante diferenciação entre os regimes é absolutamente significativa. E que a circunstância de o Parlamento, na “*novatio legis*”, haver determinado a “*cientificação*” do ente público para, querendo, “*ingressar no feito*”, em vez da sua “*citação*” (ato processual destinado a chamar o réu para apresentar defesa⁹³), autoriza a conclusão de que essa sua adesão ao processo pode se dar, ou no polo passivo da lide, como regra

92 Lei 12.016. “Art. 24. *Aplicam-se ao mandado de segurança os arts. 46 a 49 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil*”.

93 CPC. “Art. 213. *Citação é o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender*”.

geral, ou no seu polo ativo, quando seus representantes judiciais depreenderem que a pretensão administrativa encartada no ato impugnado mostra-se contrária ao interesse público. Como já questionamos anteriormente, se assim não fosse, e considerando que dada a presunção de legitimidade que milita em favor dos atos administrativos⁹⁴ é natural que se espere que o conteúdo do ato impugnado coincida com o interesse público, por que é que a lei estaria a determinar semelhante intervenção do ente público no litígio, abrindo campo, assim, para uma segunda, e desnecessária, manifestação processual do poder público, com potencial prejuízo à celeridade do rito procedimental do mandado de segurança?

Poder-se-ia afirmar, em resposta a essa indagação, que a intenção do legislador foi que o ente público não ficasse desguarnecido na eventualidade de a autoridade impetrada não apresentar defesa contundente acerca da validade jurídica do ato. Tal assertiva, no entanto, não sobrevive a um exame mais acurado.

Em primeiro lugar porque, em processo, os efeitos da revelia não se operam em demandas em que se discutem interesses indisponíveis (CPC, art. 320⁹⁵), como são aqueles defendidos em Juízo pela Fazenda Pública⁹⁶. Além disso, tanto no regime anterior, quanto no atual, cumpre ao ente público, sob qualquer das vertentes doutrinárias dantes referenciadas, a interposição de recursos contra os atos decisórios que se contraponham ao conteúdo do ato impugnado. Ao ensejo, cumpre assentar que a Lei 12.016/09, quando atribuiu capacidade recursal ao impetrado, apenas lhe “*estendeu*” o direito de recorrer (art. 14, § 2º), do que se infere, “*contrario sensu*”, que a prerrogativa processual de interpor recursos contra decisões que desafiem o ato impugnado pertence, como pertencia no regime anterior, à pessoa jurídica a que o impetrado se encontra vinculado.

94 Cfr.: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 135.

95 CPC. “Art. 320. A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente: [...] II - se o litígio versar sobre direitos indisponíveis”.

96 Nesse sentido já se posicionaram o Superior Tribunal de Justiça (vide REsp’s 19975-SP e REsp 45390-SP) e o Supremo Tribunal Federal (vide RE 100925-SP).

Por tais razões, é impróprio afirmar que a apresentação de “defesa” lacunosa, ou insuficiente, pelo impetrado afetaria os interesses do ente público de tal modo que se fizesse necessária a previsão, em texto de lei, da sua intervenção no processo, ainda na primeira instância, para “socorrer” aquela autoridade administrativa. Principalmente quando se tem em conta que o mandado de segurança é ação judicial que se singulariza pela celeridade na entrega da prestação jurisdicional, pelo que não se justifica, sob o ponto de vista jurídico ou pragmático, a positivação de intervenções judiciais inúteis, ou de pouca utilidade prática, e que tenham a potencialidade de postergar o desfecho do litígio.

Sendo assim, não é lógico, nem impositivo, que se conclua que a intervenção do ente público no litígio deva se dar sempre de forma a coadjuvar o impetrado na defesa do ato impugnado⁹⁷, pelo que não é impreciso, nem irrazoável, afirmar que essa intervenção pode se dar, ora no polo passivo da lide, ora no seu polo ativo, conforme o resultado da avaliação técnica feita pela Advocacia Pública acerca da validade jurídica do ato impugnado.

4.1 Condicionantes teóricas da uniformização da interpretação e aplicação do Direito na esfera administrativa

Cássio Scarpinella Bueno, embora considere semelhante proposição um avanço em direção a uma verdadeira compreensão do “interesse público primário”, afirma que inexistente superfície jurídica para que se conclua pela pertinência da adesão do ente público ao polo ativo do remédio heróico⁹⁸⁻⁹⁹. Creditamos

97 Embora, pelas razões expostas no capítulo anterior, isso deva ocorrer na maioria dos casos, em vista do atributo de presunção de legitimidade dos atos administrativos (Cfr.: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 135).

98 BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança: comentários sistemáticos à lei n. 12.016, de 7-8-2009*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 39.

99 Ipsi literis: “Não que o direito positivo não pudesse, desde que o fizesse sem agredir o ‘modelo constitucional do direito processual civil’, criar novas figuras de intervenção das partes ou de terceiros no processo em geral e, mais especificamente, no mandado de segurança. A questão, repita-se, é que não há qualquer contexto que justifique ter sido este o intento do legislador ou, menos que isso, o resultado obtido pela Lei n. 12016/2009. Até porque, a entender que a pessoa jurídica pudesse ingressar no mandado de segurança para os mesmos fins do precitado art. 5º, § 6º, da Lei n. 4.717/1965, escolhendo, em última análise, se dá guarita ao impetrante ou à autoridade coatora, e a Lei, efetivamente, teria avançado em direção a uma verdadeira compreensão do ‘interesse público primário’” (BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança: comentários sistemáticos à lei n. 12.016, de 7-8-2009*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 39).

semelhante conclusão à circunstância, inevitável nessa fase embrionária dos estudos sobre o tema, de o professor paulista haver analisado o problema exclusivamente sob a ótica do direito processual e, mais especificamente, das particularidades do rito do mandado de segurança, tal como estruturado pela Lei 12.016/09. E dela discordamos porque divisamos, a par das normas administrativas que regem a atuação da Advocacia Pública, suficiente arcabouço normativo à tese jurídica de que nos ocupamos neste capítulo.

O que se dá é que, entre nós, a Advocacia Pública detém a prerrogativa de exercer, em âmbito interno, o controle da atividade administrativa no que se refere aos aspectos jurídicos, pois a ela cumpre, e em regime de exclusividade, orientar a Administração Pública sobre como deve ser a aplicação casuística do Direito. Com efeito, a Carta da República confere aos advogados públicos, e somente a eles, a representação judicial e a consultoria jurídica dos entes políticos, como sobressai da simples leitura dos seus artigos 131¹⁰⁰ e 132¹⁰¹. O mesmo se infere da Constituição do Estado do Espírito Santo, que, de perto, afeta a nossa atuação profissional, como Procuradores do Estado, e que dispõe, taxativamente, especificando o comando normativo do precitado artigo 132 da Constituição Federal, que a Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo é o órgão que representa o Estado nos âmbitos judicial e administrativo; e a ela comina as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo Estadual (CEES, art. 122¹⁰²). Nessa senda, as Leis Complementares nº 73/93 (federal) e 88/96 (estadual) regulamentam os precitados dispositivos constitucionais, dispondo, respectivamente, que a Advocacia-Geral da União é a instituição que representa a União judicial e extrajudicialmente, cumprindo-

100 CRFB. "Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo".

101 CRFB. "Art. 132. 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".

102 CEES. "Art. 122. A Procuradoria-Geral é o órgão que representa o Estado, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, ainda, nos termos da lei complementar, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo Estadual".

lhe as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos ao Poder Executivo (LC 73/93, art. 1º, e parágrafo único¹⁰³), e que a Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo é instituição permanente e essencial ao exercício das funções administrativa e jurídica do Estado, compondo uma das funções essenciais da Justiça, e que representa o Estado judicial e extrajudicialmente, sendo responsável pelas atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo (LC 88/96, art. 2º¹⁰⁴).

Tal não bastasse, é assente em sede doutrinária e pretoriana que determinados interesses transitariamente defendidos por órgãos estatais podem não corresponder ao interesse público, sobretudo quando estivermos diante de pretensão financeira (“*interesse secundário*”) que se contraponha ao interesse do Estado, e da própria sociedade, na observância da ordem jurídica estabelecida, a título de bem curar o interesse de todos (“*interesse primário*”). Referimo-nos, nesse ponto, à classificação consagrada, em sede acadêmica, pelo jurista italiano Renato Alessi^{105,106}, e que tem ampla aplicação pela jurisprudência consolidada nos Tribunais brasileiros¹⁰⁷.

103 LC 73. “Art. 1º. A Advocacia-Geral da União é a instituição que representa a União judicial e extrajudicialmente. Parágrafo único. À Advocacia-Geral da União cabem as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos ao Poder Executivo, nos termos desta Lei Complementar”.

104 LC 88. “Art. 2º - A Procuradoria Geral do Estado (PGE), instituição permanente e essencial ao exercício das funções administrativa e jurídica do Estado, e compondo uma das funções essenciais da Justiça, representa o Estado judicial e extra - judicialmente e é responsável pelas atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo”.

105 Cfr.: ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1960. p. 197.

106 Entre nós, confira-se, por todos: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 33.

107 Retratada neste recente julgado do Superior Tribunal de Justiça: “*PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRAÇÃO. SERVIDÃO ADMINISTRATIVA. REVELIA. PERÍCIA. VALOR DA INDENIZAÇÃO. JUSTO PREÇO. ART. 23 DA LEI Nº 3.365/41. MINISTÉRIO PÚBLICO. ILEGITIMIDADE PARA RECORRER. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. [...] 3. A escorreita exegese da dicação legal impõe a distinção jus-filosófica entre o interesse público primário e o interesse da administração, cognominado “interesse público secundário”. Lições de Carnelutti, Renato Alessi, Celso Antônio Bandeira de Mello e Min. Eros Roberto Grau. 4. O Estado, quando atestada a sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da correspondente indenização, coloca-se na posição de atendimento ao “interesse público”. Ao revés, quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio. 5. Deveras, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração. Nessa última hipótese, não é necessária a atuação do Parquet no mister de custos legis, máxime porque a entidade pública empreende a sua defesa através de corpo próprio de profissionais da advocacia da União. Precedentes jurisprudenciais que se reforçam, na medida em que a atuação do Ministério Público não é exigível em várias ações movidas contra a administração, como, v.g., sói ocorrer, com a ação de desapropriação prevista no Decreto-lei n. 3.365/41 (Lei de Desapropriação). [...]” (STJ. RESP 787967-SE. Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA. Data da decisão: 07/08/2007 Documento: STJ000300245. Fonte DJ DATA: 23/08/2007 PG:00213. Relator(a) LUIZ FUX. Data Publicação 23/08/2007).*

Em vista disso, sustentamos que o advogado público, desde que autorizado pelo ordenamento jurídico-positivo, e nos limites dessa autorização normativa, deve buscar reverter os efeitos do ato impugnado, sempre que verificar que a pretensão administrativa nele encartada revela-se ofensiva ao interesse público, por exemplo, por contraditar o interesse do Estado e da própria sociedade na observância da ordem jurídica estabelecida, ou seja, do Direito pátrio^{108,109}.

Kazuo Watanabe reconhece no Estado brasileiro “*um grande gerador de conflitos*”, dispondo, a propósito, que parte considerável das várias demandas que diariamente afluem ao Poder Judiciário apresenta, num dos polos, principalmente no polo passivo, na condição de réu, o Estado ou uma de suas emanções (autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista)¹¹⁰. Quanto ao particular, Pierpaolo Cruz Bottini, então Secretário-Chefe de Reforma do Judiciário no Ministério da Justiça, relatou, em texto acadêmico, que, conquanto no Brasil exista um processo em tramitação para cada dez brasileiros, o que sugere que, entre nós, os mecanismos de acesso ao Judiciário funcionam muito bem, esse “*alto índice de litigância no Judiciário brasileiro aponta apenas que um número muito pequeno de pessoas ou instituições utilizam intensamente o sistema, enquanto que a maior parte da população não tem acesso a este meio formal de resolução de conflitos*”, para concluir, adiante, que o que vivenciamos, na verdade, não é “*a democratização do acesso à justiça, mas da sua utilização exagerada por poucos atores, dentre os quais o Poder Público*”¹¹¹.

Tal se dá, em parte, porque o Estado, como elemento orgânico da institucionalização política de uma sociedade, sustenta,

108 Cfr.: COLODETTI, Bruno; MADUREIRA, Claudio Penedo. A autonomia funcional da Advocacia Pública como resultado de sua importância para a aplicação legítima do Direito no Estado Democrático Constitucional Brasileiro. In: MADUREIRA, Claudio Penedo (Coord.). *Temas de direito público: a importância da advocacia pública para a aplicação do direito*, Revista da APES, v. 2. Salvador: JusPODIVM, 2009. p. 109-130.

109 Cfr., também: COLODETTI, Bruno; MADUREIRA, Claudio Penedo. *Advocacia-Geral da União – LC 73/1993 e Lei 10.480/2002*. Salvador: JusPODIVM, 2009. p. 30-31.

110 WATANABE, Kazuo. O acesso à justiça e a sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 130-131.

111 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A justiça do trabalho e a reforma do Judiciário. In: CHAVES, Luciano Athayde (Org.). *Direito processual do trabalho: reforma a efetividade*. São Paulo: LTr, 2007. p. 102.

em todas as suas emanções, numerosas responsabilidades e pretensões que o conduzem, cotidianamente, aos litígios judiciais. Mas também instila esse quadro a compreensão, tantas vezes externada entre nós, segundo a qual compete aos advogados públicos, enquanto profissionais de atividade jurídica vinculada, “*sustentar o insustentável*”, ou “*contestar o incontestável*”, pois não lhes cabe dispor sobre os interesses deduzidos em Juízo pelo poder público.

Semelhante inclinação teórica representa, em nossa modesta opinião, outro daqueles “*inconscientes coletivos*” que por vezes se instalam nas mentes dos juristas. E que culminam por afetar o Direito, notadamente no campo da aplicação, prejudicando a sua realização, até que descobertos e subjugados pelo debate científico, mormente por aquele instaurado em sede acadêmica.

Ao ensejo, destacamos o teor da fala do Ministro José Antônio Dias Toffoli, então Advogado-Geral da União, quando se referiu, no I Congresso da Advocacia Pública no Espírito Santo, realizado entre os dias 04 e 05 de junho de 2009, à necessidade de a Advocacia Pública ser pró-ativa no sentido de orientar a atividade administrativa, conformando-a ao Direito, de modo a prevenir litígios desnecessários e, quanto tal for possível, de por a termo demandas que se demonstram virtualmente perdidas, a par da jurisprudência consolidada nos Tribunais brasileiros. Essa postura é absolutamente indispensável a que se assegure ao cidadão um acesso adequado à justiça.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth, em célebre estudo desenvolvido no final da década de 70, encartado na obra “*Acesso à justiça*”¹¹², discorrem sobre a necessidade da adoção de soluções práticas (denominadas “*ondas*”) para derrubar as chamadas “*barreiras ao acesso à justiça*”. Naquele tempo, Cappelletti e Garth já destacavam entre os obstáculos ao acesso à justiça a reduzida capacidade jurídica pessoal dos cidadãos, que abarca

112 Publicada originariamente em 1978 (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Access to justice: the worldwide movement to make effective, a general report*. Milan: Giuffrè, 1978.) e editada, entre nós, pela primeira vez, no ano de 1988, por Sérgio Antônio Fabris Editor, com tradução da Ministra Ellen Gracie Northfleet do Supremo Tribunal Federal (CAPPELLETTI, Mauro ; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: SAFE, 1988).

a sua precária desenvoltura para reconhecer a existência de direitos violados, assim como para ajuizar ações judiciais em defesa desses direitos¹¹³. Ao ensejo, recobramos das “soluções” por eles apontadas que a “*primeira onda*” consiste em garantir assistência jurídica para os pobres; a “*segunda onda*” em representar os interesses difusos e a “*terceira onda*” em alterar os meios, técnicas e formas de atuação do Direito para torná-lo mais efetivo, numa clara junção da “*primeira*” e da “*segunda onda*”¹¹⁴. Pois é precisamente nesse ponto que se situam as dificuldades detectadas no contexto da tutela dos interesses do cidadão em face da Fazenda Pública a ensejar novos meios, técnicas e formas de atuação do Direito, com vistas a torná-lo mais efetivo.

Nessa toada, impõe-se como exigência do princípio do acesso à justiça (CRFB, art. 5º, XXXV¹¹⁵ e LXXVIII¹¹⁶) uma atuação mais incisiva dos advogados públicos no sentido da compatibilização da sua atividade profissional, e do próprio agir administrativo, ao Direito. O que se dá é que os advogados públicos, quando promovem, em âmbito consultivo, a concretização do direito positivo frente às consultas que lhes são dirigidas por particulares e pela própria Administração, exercem atividade normativa concreta correlata àquela desenvolvida pelos membros do Poder Judiciário, guardados, evidentemente, os escopos e eficácias peculiares de uma e outra atuação profissional.

A propósito, José Joaquim Gomes Canotilho nos ensina que “*para se passar da normatividade mediata para a normatividade concreta, a norma jurídica precisa de revestir o caráter da norma de decisão*”, o que se faz por meio de processo de concretização normativa, que, para Canotilho, não se restringe ao campo do controle judicial. Isso porque, nas palavras desse insigne constitucionalista português:

113 CAPPELLETTI, Mauro ; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: SAFE, 1988. p. 22-23.

114 *Ibid.*, p. 23.

115 CRFB. “Art. 5º [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

116 CRFB. “Art. 5º [...] 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”.

“Uma norma jurídica adquire verdadeira normatividade quando com a medida de ordenação nela contida se decide um caso jurídico, ou seja, quando o processo de concretização se completa através da sua aplicação ao caso jurídico a decidir mediante: (1) a criação de uma disciplina regulamentadora (concretização legislativa, regulamentar); (2) através de uma sentença ou decisão judicial (concretização judicial); (3) *através da prática de actos individuais pelas autoridades (concretização administrativa)*. Em qualquer dos casos, uma norma jurídica que era potencialmente normativa ganha uma normatividade actual e imediata através da sua passagem a norma de decisão que regula concreta e vinculativamente o caso carecido de solução normativa”¹¹⁷.

Não sobeja lembrar, a propósito, que o sistema constitucional impõe aos poderes públicos uma atuação equilibrada (leia-se: conforme os ditames da moralidade) e eficiente (CRFB, art. 37, *caput*¹¹⁸), assim como a preservação de um acesso adequado à justiça (CRFB, art. 5º, XXXV¹¹⁹) que pressupõe, sem qualquer margem a dúvidas, a duração razoável do processo (CRFB, art. 5º, LXXVIII¹²⁰). Esses comandos constitucionais apresentam-se, entre nós, como autênticos deveres instrumentais de Estado, visto que, ao mesmo tempo em que são dirigidos pela Constituição aos poderes públicos, revelam, na face oposta, direitos fundamentais do cidadão. E, por isso, devem ser atendidos zelosamente pela Administração, sob pena e risco de que se estabeleça grave desequilíbrio no sistema jurídico.

Não é por outro motivo que o ordenamento jurídico-positivo brasileiro confere à Advocacia Pública a prerrogativa, e a responsabilidade, de interpretar os textos legislativos. E de promover, a partir dessa sua atividade intelectual, a juridicização e a uni-

117 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1221.

118 CRFB. “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]”.

119 CRFB. “Art. 5º [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

120 CRFB. “Art. 5º [...] 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”.

formização, da atuação dos órgãos e entidades que compõem a Administração Pública.

Tal se infere, exemplificativamente, da legislação federal relativa à organização e funcionamento da Advocacia Pública, que estabelece, taxativamente:

- (a) que os Pareceres exarados pelo Advogado-Geral da União (LC 73, art. 40¹²¹), assim como aqueles lavrados pela Consultoria-Geral da União e ratificados pelo Advogado-Geral da União (LC 73, art. 41¹²²), se aprovados pelo Presidente da República e publicados juntamente com o despacho presidencial, vinculam a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhes dar fiel cumprimento (LC 73, art. 40, § 1º¹²³);
- (b) que também obrigam, embora apenas aos respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas, os Pareceres das Consultorias Jurídicas, aprovados pelo Ministro de Estado, pelo Secretário-Geral e pelos titulares das demais Secretarias da Presidência da República ou pelo Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas (LC 73, art. 42¹²⁴); e
- (c) que as Súmulas editadas pela Advocacia-Geral da União vinculam todos os membros da Advocacia Pública Federal (LC 73, art. 43¹²⁵)¹²⁶⁻¹²⁷.

121 LC 73. "Art. 40 - Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República".

122 LC 73. "Art. 41 - Consideram-se, igualmente, pareceres do Advogado-Geral da União, para os efeitos do artigo anterior, aqueles que, emitidos pela Consultoria-Geral da União, sejam por ele aprovados e submetidos ao Presidente da República".

123 LC 73. "Art. 40 [...] Parágrafo 1º - O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento".

124 LC 73. "Art. 42 - Os pareceres das Consultorias Jurídicas, aprovados pelo Ministro de Estado, pelo Secretário-Geral e pelos titulares das demais Secretarias da Presidência da República ou pelo Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, obrigam, também, os respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas".

125 LC 73. "Art. 43 - A Súmula da Advocacia-Geral da União tem caráter obrigatório quanto a todos os órgãos jurídicos enumerados nos arts. 2º e 17 desta lei complementar".

126 Cfr., a propósito: COLODETTI, Bruno; MADUREIRA, Claudio Penedo. A autonomia funcional da Advocacia Pública como resultado de sua importância para a aplicação legítima do Direito no Estado Democrático Constitucional Brasileiro. In: MADUREIRA, Claudio Penedo (Coord.). *Temas de direito público: a importância da advocacia pública para a aplicação do direito*, Revista da APES, v. 2. Salvador: JusPODIVM, 2009. p. 120.

127 Cfr., também: COLODETTI, Bruno; MADUREIRA, Claudio Penedo. *Advocacia-Geral da União – LC 73/1993 e Lei 10.480/2002*. Salvador: JusPODIVM, 2009. p. 26-27.

Disposições semelhantes são encontradas na Lei Complementar nº 88/96, do Estado do Espírito Santo, que disciplina o funcionamento da sua Procuradoria Geral, que integramos, e que tomaremos como paradigma, a título de exemplo, como meio de explicitar o regramento dessa atividade interpretativa exercida pela Advocacia Pública¹²⁸. Esse diploma legislativo, entre outras coisas:

- (a) confere à Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo a atribuição de firmar interpretação sobre a Constituição, as leis, decretos, ajustes, contratos e atos normativos em geral, com vistas à uniformização da atuação dos órgãos e entidades da Administração Estadual (art. 3º, X¹²⁹);
- (b) estipula que os pareceres jurídicos emitidos por Procurador do Estado, desde que aprovados pelo Procurador Geral (art. 6º, XVII¹³⁰) ou, havendo “*questão jurídica relevante*”, por ele e pelo Conselho da Procuradoria (art. 8º, IX¹³¹), servirão de orientação jurídica para a decisão de caso concreto (art. 8º, § 1º¹³²); e
- (c) prescreve que tais pronunciamentos da Advocacia Pública Estadual, quando aprovados pelo Governador do Estado, terão efeito normativo, ou vinculante, para os órgãos da Administração Pública Estadual do Poder Executivo (art. 8º, § 3º¹³³).

128 Sem embargo, disposições semelhantes são encontradas no regramento administrativo das demais Procuradorias de Estado, e também nas Procuradorias Municipais melhor estruturadas, que, como regra, tomam como paradigma o modelo legislativo adotado em âmbito federal.

129 LC 88. “Art. 3º - A Procuradoria Geral do Estado, diretamente subordinada ao Chefe do Poder Executivo, tem a seguinte competência fundamental: [...] X - fixar administrativamente a interpretação da Constituição, das leis, decretos, ajustes, contratos e atos normativos em geral, a ser uniformemente observada pelos órgãos e entidades da Administração Estadual”.

130 LC 88. “Art. 6º - São atribuições, responsabilidades e prerrogativas do Procurador Geral do Estado: [...] XVII - aprovar pareceres emitidos pelos diversos órgãos da Procuradoria Geral do Estado e submeter ao Conselho da Procuradoria aqueles que versem sobre matéria relevante”.

131 LC 88. “Art. 8º - Além de outras atribuições definidas em seu Regimento Interno, compete ao Conselho da Procuradoria: [...] IX - dirimir, através de pronunciamento, questões jurídicas relevantes, a juízo do Procurador Geral do Estado, seja em caráter preventivo ou em apreciação de situação concreta”.

132 LC 88. “Art. 8º [...] 1º - O Parecer, emitido por Procurador do Estado e aprovado pelo Procurador Geral, servirá de orientação jurídica para a decisão no caso concreto apreciado”.

133 LC 88. “Art. 8º [...] 3º - O Pronunciamento do Conselho da Procuradoria adotado por seus membros, quando aprovado pelo Governador do Estado, terá efeito normativo para os órgãos da Administração Pública Estadual do Poder Executivo e será publicado no Diário Oficial do Estado”.

Tais prescrições legislativas, quando interpretadas à luz da cláusula de acesso à justiça e dos princípios constitucionais da moralidade e da eficiência, influenciam (ou, quando menos, deveriam influenciar) a atuação dos advogados públicos, conduzindo-os, sempre que autorizados pelo direito positivo, e nos limites dessa autorização normativa, a dispor¹³⁴, em Juízo, sobre os interesses deduzidos em demandas judiciais virtualmente perdidas, em vista dos posicionamentos consolidados em sede pretoriana¹³⁵. Assim, em uma ação ordinária, em que apenas figura como parte passiva o ente público, poderá o membro da Advocacia Pública, se identificar no ato impugnado efetiva violação a interesse público primário, apresentar aos seus superiores hierárquicos pedido de dispensa da apresentação de defesa, e autorização para reconhecer a procedência do pedido autoral, nos moldes previstos pelo inciso II do artigo 269 do Código de Processo Civil¹³⁶. No regime da Lei Complementar 88/96 do Estado do Espírito Santo, a implementação de semelhantes posturas encontra previsão no inciso XIV de seu artigo 6º, que confere ao Procurador Geral do Estado a competência para autorizar aos Procuradores de Estado a não-propositura ou a desistência de ações ou medidas judiciais, inclusive a apresentação de defesa¹³⁷, a dispensa da interposição

134 Ao ensejo, não é demais lembrar que o dogma da indisponibilidade do interesse público cai por terra ante a existência de expressa previsão legal autorizativa da sua disposição em sede judicial ou administrativa. O que com isso se quer dizer é que, conquanto ao Administrador não possa dispor sobre o interesse público, o Legislador poderá fazê-lo, notadamente quando se tratar daqueles interesses qualificados por Renato Alessi como interesses "secundários" (ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1960. p. 197). Não é por outro motivo que os advogados públicos podem (na verdade, devem) deixar de apresentar ações, defesas e recursos, dispondo, assim, de interesses deduzidos em demandas judiciais virtualmente perdidas, em vista de posicionamentos consolidados em sede pretoriana, desde que dentro dos limites admitidos (e impostos) pelo direito positivo.

135 Em tal conjuntura, prosseguir "*contestando o incontestável*", ou "*sustentando o insustentável*", traduziria evidente ofensa (i) ao princípio da moralidade (CRFB, art. 37, *caput*), já que semelhante conduta claramente não se mostra consentânea com o interesse do Estado, e da própria sociedade, na observância da ordem jurídica estabelecida, a título de bem curar o interesse de todos; e (ii) ao princípio da eficiência (CRFB, art. 37, *caput*), já que a manutenção do curso de ações judiciais fadadas ao insucesso, além de não auferir qualquer proveito prático ao Poder Público, induz, adiante, a elevação dos custos com a atividade jurisdicional, quer sob a ótica do gasto das Procuradorias Públicas para manter ativos esses processos (o que pressupõe a manutenção de um número maior de Procuradores, e maiores despesas com pessoal de apoio, material de escritórios, etc.), quer quando se tem em vista os custos adicionais que eles produzem nas estruturas do Poder Judiciário e do Ministério Público, que também são mantidos pelo erário. Retomaremos esse ponto na sequência, no tópico 4.4 deste capítulo.

136 CPC. "Art. 269. Haverá resolução de mérito: [...] II - quando o réu reconhecer a procedência do pedido".

137 Nesse sentido de posicionou o Conselho da Procuradoria-Geral do Estado na Sessão de 01/12/2009. Na ocasião, o Colegiado, interpretando dispositivos da LC 88/96, deliberou pela possibilidade teórica de, nas matérias abarcadas por Enunciados Administrativos editados no âmbito da Procuradoria, conferir-se ao Procurador vinculado ao feito a prerrogativa de, ele próprio, sem ouvir seus superiores hierárquicos, deixar de apresentar, no processo, defesa e recursos.

de recursos judiciais, ou a desistência de interpostos, e a composição amigável em processos administrativos ou judiciais¹³⁸. O mesmo se depreende da legislação federal, que autoriza o Advogado-Geral da União (ainda que, para determinados casos, mediante atuação conjunta com Ministro de Estado ou com titular da Secretaria da Presidência da República) a desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União, como se depreende da leitura conjugada do inciso VI do artigo 4º da Lei Complementar 73¹³⁹ com o que prescreve o artigo 1º¹⁴⁰, e seu respectivo parágrafo 1º¹⁴¹, da Lei Federal nº 9.469/97.

4.2 Por que o ente público deve aderir ao polo ativo da lide?

Ocorre que, se é verdade que, no mandado de segurança, a autoridade impetrada e o ente público são partes processuais autônomas, como demonstramos anteriormente, o reconhecimento pela Advocacia Pública, nessa célere ação mandamental, de que o ato impugnado, quando analisado sob o ponto de vista jurídico, mostra-se ofensivo ao interesse público, não teria o efeito de antecipar o desfecho da causa, nos moldes autorizados pela legislação administrativa. Isso pela razão simples de que mesmo que a pessoa jurídica venha a se retirar do processo, e que ela reconheça a procedência do pedido autoral (CPC,

138 LC 88. "Art. 6º - São atribuições, responsabilidades e prerrogativas do Procurador Geral do Estado: [...] XIV - autorizar, por solicitação do Procurador do Estado vinculado ao feito, referendada pelo Procurador - Chefe, e ouvido o Conselho da Procuradoria Geral do Estado, caso entenda necessário: a) a não propositura ou a desistência de ações ou medidas judiciais, especialmente quando o valor do benefício não justifique a lide ou, quando do exame da prova ou da situação jurídica, se evidenciar improbabilidade de resultado favorável; b) a dispensa da interposição de recursos judiciais ou a desistência de interpostos, especialmente quando contra-indicada a medida, em face da jurisprudência predominante; c) a composição amigável em processos administrativos ou judiciais, resguardados os superiores interesses do Estado".

139 LC 73. "Art. 4º - São atribuições do Advogado-Geral da União: [...] VI - desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União, nos termos da legislação vigente".

140 Lei 9469. "Art. 1º - O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais poderão autorizar a realização de acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas de valor até R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais)".

141 Lei 9469. "Art. 1º [...] § 1º - Quando a causa envolver valores superiores ao limite fixado neste artigo, o acordo ou a transação, sob pena de nulidade, dependerá de prévia e expressa autorização do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado ou do titular da Secretaria da Presidência da República a cuja área de competência estiver afeto o assunto, ou ainda do Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, de Tribunal ou Conselho, ou do Procurador-Geral da República, no caso de interesse dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, ou do Ministério Público da União, excluídas as empresas públicas federais não dependentes, que necessitarão apenas de prévia e expressa autorização de seu dirigente máximo".

art. 269, II), o impetrado, por ser parte autônoma, ainda assim poderia prosseguir defendendo a validade do ato, inclusive em sede recursal, por exemplo, pela via da interposição de apelação contra a sentença prolatada, como lhe autoriza o parágrafo 2º do artigo 14 da Lei 12.016/09.

Por isso afigura-se-nos mais consentânea com os princípios administrativos da moralidade e eficiência, assim como com a cláusula constitucional segundo a qual os poderes públicos devem contribuir para a promoção de um acesso adequado à justiça, a interpretação no sentido de que o ente público, quando instado a ingressar no feito, nos moldes previstos pelo inciso II do artigo 7º da Lei 12.016/09, poderá vir a aderir ao polo ativo da lide¹⁴².

Aliás, semelhante opção teórico-valorativa não representa nenhuma novidade entre nós. Com efeito, a lei da ação popular traz em seu corpo dispositivo que taxativamente autoriza as pessoas jurídicas de direito público, assim como as pessoas de direito privado que exerçam atividade pública delegada, cujo ato seja objeto de impugnação, a absterem-se de contestar o pedido, e atuarem ao lado do autor, quando tal se afigure útil ao interesse público, a juízo do seu respectivo representante legal ou dirigente (Lei 4.717/65, art. 6º, § 3º¹⁴³).

Quanto ao particular, destacamos a evidente similitude entre ação popular e o mandado de segurança, tal como regrado pela Lei 12.016/09, no que toca ao direcionamento do pedido,

142 Nesse sentido já havia se posicionado, em sede doutrinária, sob égide do regime pretérito, o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, do Superior Tribunal de Justiça, quando referiu, nos termos seguintes, à pertinência do controle da atuação da autoridade coatora por meio da intervenção do “Estado” no mandado de segurança, com vistas a corrigir eventuais desvios operacionais da Administração Pública: “[...] *convém refletir que deixar-se toda essa fama de atribuição em mãos do mesmo agente seria uma desmedida concentração da potestade estatal, ainda que de forma apenas episódica, mas de certo modo incentivando a prática da ilegalidade sem sanção. Afastar o ente público da lide e consentir que a autoridade coatora, praticando o ato ilegal, seja ainda a única a defendê-lo, importa em o Estado abdicar do seu poder hierárquico sobre os seus agentes, privando os entes públicos da oportunidade de corrigir – se for o caso – os desvios operacionais dos seus próprios órgãos*” (MAIA FILHO, Napoleão Nunes. *Estudos processuais sobre o mandado de segurança*. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará/Casa de José de Alencar, 2000. p. 228). Essa passagem doutrinária também se encontra referida na obra do professor Cássio Scarpinella Bueno (BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança: comentários sistemáticos à lei n. 12.016, de 7-8-2009*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 38 - nota de rodapé).

143 Lei 4.717. “Art. 6º - A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo. [...] § 3º - A pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente”.

pois em ambos os feitos a demanda é “*proposta*” contra a autoridade que praticou o ato impugnado e contra o ente público a que ela se vincula, que nelas figuram como partes autônomas entre si. Ao ensejo, basta ver que Hely Lopes Meirelles, em célebre obra dedicada ao estudo do mandado de segurança e da ação popular¹⁴⁴, apenas afirmou, a pretexto de distingui-las, que uma e outra ação constitucional possuem finalidades distintas, quando dispôs que “*o mandado de segurança se presta a invalidar atos de autoridade ofensivos de direito individual líquido e certo*”, ao passo que a “*ação popular destina-se à anulação de atos lesivos ao patrimônio público*”¹⁴⁵. E que semelhante diferenciação perdeu sentido após a promulgação da Carta de 1988, que previu a impetração do remédio heróico também para a tutela de direitos de fundo coletivo (CRFB, art. 5º, LXX¹⁴⁶), e ampliou as hipóteses de cabimento da ação popular para abarcar a impugnação a ato lesivo à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (CRFB, art. 5º, LXXIII¹⁴⁷).

Também por essa circunstância concluímos pela pertinência da aplicação de semelhante opção de postura processual ao mandado de segurança, de maneira que o ente público, quando instado, nos termos do inciso II do artigo 7º da Lei 12.016/09, a ingressar no feito, possa fazê-lo, ou no polo passivo da lide, ou no seu polo ativo, conforme o resultado da análise realizada pela Advocacia Pública acerca da validade do ato.

144 Propositamente trabalhamos, neste estudo, com uma edição antiga da referida obra, datada de 1967, ocasião em que o seu texto não havia sido talhado para abarcar outras modalidades de ações constitucionais, que foram, paulatinamente foram incorporados às discussões nela empreendidas. O que pretendemos, com isso, é investigar se o célebre administrativista identificou alguma distinção entre tais ações constitucionais no que se refere ao direcionamento da lide, circunstância que, pelas razões dantes expostas, claramente as aproximam, a ponto de justificar-se a aplicação também ao rito do mandado de segurança do disposto no precitado parágrafo 3º do artigo 6º da Lei 4.717/65.

145 MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança e ação popular*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. p. 37-38.

146 CRFB. “Art. 5º [...] LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados”.

147 CRFB. “Art. 5º [...] LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

4.3 Quando deve se dar a adesão do ente público ao polo ativo da lide?

É certo que semelhante intervenção deve ser precedida de recomendação administrativa no sentido da revisão do ato impugnado. Essa recomendação, se for atendida pela autoridade coatora, terá o efeito de prejudicar o litígio, induzindo a extinção terminativa do feito, por perda de objeto, ou seja, por ausência superveniente de interesse processual. Apenas quanto tal não ocorrer é que poderá o ente público aderir ao polo ativo da lide.

Trata-se, com efeito, de um “*poder-dever*”, e que, por isso, não se encontra submetido a juízo de discricionariedade ou de conveniência política. Dessa forma, o ente público, sempre que depreender em deliberação administrativa instaurada no âmbito da sua Advocacia Pública, que o ato impugnado contrapõe-se ao interesse público, e desde que o impetrado não se disponha a revê-lo, após devidamente cientificado dessa opinião jurídica, deve aderir o polo ativo da lide, seja como forma de proteger o cidadão contra a ilegalidade e o abuso praticado por autoridade estatal, seja como meio de sinalizar para o impetrado que a sua postura não é referendada pela Administração Pública, desestimulando, com isso, a continuação do processo, pela via da interposição de recursos fundados no parágrafo 2º do artigo 14 da Lei 12.016/09.

Na verdade, arriscamo-nos a dizer que a disposição legislativa colhida desse inciso II do artigo 7º da Lei 12.016/09 apenas se justifica, em vista da própria natureza dessa célere ação mandamental, dada a possibilidade de o ente público vir a aderir ao polo ativo do litígio, forçando, assim, a antecipação do desfecho da contenda. E que o legislador a fez inserir no diploma legal justamente para que os advogados públicos tenham a oportunidade de corrigir possíveis impropriedades na aplicação do Direito no âmbito administrativo, atividade que, como dito, a Advocacia Pública exerce em regime de exclusividade no Estado Democrático Constitucional Brasileiro.

4.4 Padrão valorativo adequado a balizar a atividade interpretativa tendente à adesão do ente público ao polo ativo da lide

Dito isso, cumpre-nos identificar parâmetro adequado a balizar o exercício pelos advogados públicos dessa sua atividade intelectual¹⁴⁸, que lhes permita afirmar, com relativa segurança, que é legítima a sua expectativa de que o litígio deve ser resolvido de forma desfavorável à Fazenda Pública. Tal se faz absolutamente necessário, na espécie, pois já não mais persistem dúvidas entre os juristas sobre ser o Direito aplicado aos casos concretos resultado da atividade intelectual dos intérpretes, ou, como preferimos designá-la, da reconstrução, pelos intérpretes, do direito positivo¹⁴⁹. A validade teórica dessa assertiva decorre de constatação empírica e científica de que o Direito, longe de identificar-se pura e simplesmente com o que resta prescrito nos textos legais, origina-se, a bem da verdade, de valorações racionais exercidas pelos intérpretes a pretexto de compreendê-lo, e de aplicá-lo.

Roberto Bobbio, em obra dedicada ao estudo do positivismo jurídico, mesmo advertindo que essa corrente teórica considera tarefa do jurista não a criação, mas a interpretação do Direito¹⁵⁰, assevera que *“interpretar significa remontar do signo (signum) à coisa significada (designatum), isto é, compreender o significado do signo, individualizando a coisa por este indicada”*¹⁵¹. O que com isso quis dizer o jurista italiano é que *“a linguagem humana (falada ou escrita) é um complexo de signos”* e, assim, exige interpretação, já que *“a relação existente entre o signo e a coisa significada (nesse caso, entre a palavra e a idéia) não é uma relação necessária,*

148 Que se preordena, pelas razões dantes expostas, a conformar o agir da Administração à observância da ordem jurídica estabelecida, e que se inicia por provocação do Procurador vinculado ao feito, que culmina com o estabelecimento de um posicionamento institucional sobre o tema.

149 Sobre o assunto, ler também: MADUREIRA, Claudio Penedo. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*. Salvador: Juspodivm, 2010. No prelo.

150 A propósito, confira-se a seguinte passagem da obra do professor italiano: *“O positivismo jurídico concebe a atividade da jurisprudência como sendo voltada não para produzir, mas para reproduzir o direito, isto é, para explicitar com meios puramente lógico-rationais o conteúdo de normas jurídicas já dadas. [...] O positivismo jurídico considera tarefa da jurisprudência não a criação, mas a interpretação do direito”*. (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução e notas Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 212).

151 *Ibid.*, p. 212.

*mas puramente convencional, tanto que a mesma idéia pode ser expressa de modos diversos (o mesmo objeto, aliás, é indicado em cada língua com um som diverso)*¹⁵². Daí a sua conclusão quanto a haver certo desajuste entre a “*ideia*” e a “*palavra*”, que decorre da circunstância de a “*ideia*” ser mais rica, mais complexa, mais articulada do que a “*palavra*” utilizada para exprimi-la¹⁵³.

Semelhante observação, conquanto singela, é melhor aclarada no contexto da “*semiótica*” (na designação proposta por Charles Sanders Peirce¹⁵⁴) ou “*semiologia*” (tal como denominada por Ferdinand de Saussure¹⁵⁵), ramo de conhecimento qualificado por Luiz Alberto Warat como teoria geral dos sistemas sógnicos¹⁵⁶⁻¹⁵⁷. O “*signo*”, em tal conceituação, é a unidade mínima de comunicação, e é composto por três elementos: o “*suporte físico*”, o “*significado*” e o “*significante*”. Nesse contexto, o “*suporte físico*” é designado como a expressão material do “*signo*”, o “*significado*” como o seu objeto real ou imaginário e o “*significante*” como a idéia ou conceito que os intérpretes formam acerca do “*suporte físico*”. Se transpusermos esse “*modelo semiótico*” para o campo da interpretação e aplicação do Direito, teremos no direito positivo o “*suporte físico*”, nas pré-compreensões dos intérpretes acerca da real conformação da norma abstrata em tese aplicável ao caso (direito) e/ou da conduta humana à qual essa norma em tese se aplica (fato) o seu “*significado*” e na norma jurídica (concreta) incidente sobre o caso, então construída, por meio de exercício hermenêutico, a “*significação*” que os juristas atribuem ao seu “*objeto cognoscente*”¹⁵⁸.

152 BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Tradução e notas Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 212-213.

153 *Ibid.*, p. 213.

154 PIERCE, Charles Sanders. *Semiótica*. Tradução José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 1990.

155 SAUSSURE, Ferdinand de. *Escritos de linguística geral*. Tradução Carlos Augusto Leuba Salum e Ana Lúcia Franco. São Paulo: Cultrix, 2002.

156 Como nos relata Warat, “*quase simultaneamente, mas de forma independente, na Europa e nos Estados Unidos, Ferdinand de Saussure e Charles Sanders Peirce sugeriram a necessidade de construir uma teoria geral dos sistemas sógnicos*”, sendo que “*o primeiro propôs denominá-la semiologia e o segundo, semiótica*” (WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 1995. p. 11).

157 Sobre o assunto, ler também: (CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2009) e (ARAÚJO, Clarice Von Oertzen. *Semiótica do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2005).

158A propósito, confira-se, por todos: CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 6-7.

Por isso é que a “*norma concreta*” (“*significação*”) incidente sobre o mundo fenomênico não é um mero reflexo espectral do texto legal aplicado, já que resulta da interpretação do direito positivo (“*suporte físico*”) pelos seus aplicadores, e sofre, nesse contexto, clara influência das pré-compreensões desses intérpretes acerca das especificidades fáticas da contenda e dos conceitos jurídicos que compõem as normas abstratas em tese aplicáveis (“*significado*”). Semelhante perspectiva é aceita, e sustentada, inclusive por Hans Kelsen, que adere, em sua “*Teoria Pura do Direito*”¹⁵⁹, à proposição de que o direito positivo figura como objeto da atividade cognitiva desenvolvida pelos intérpretes¹⁶⁰, especialmente quando adverte que “*apenas a falta de compreensão da função normativa da decisão judicial, o preconceito de que o direito apenas consta de normas gerais, a ignorância da norma jurídica individual, obscureceu o fato de que a decisão judicial é tão-só a continuação do processo de criação da norma jurídica e conduziu ao erro de ver nela apenas a função declarativa*”¹⁶¹.

Essa consideração de Kelsen, acerca da legitimidade da “*criação*” de normas concretas pelos intérpretes, pautada em uma interpretação normativa do ordenamento jurídico-positivo, quando conjugada ao ocaso do paradigma normativo liberal-burguês, preordenado pela paulatina adoção em ambiente legislativo de normas de tecitura aberta¹⁶², pela constitucionalização dos direitos e pela compreensão de que os ordenamentos jurídico-positivos, em especial aquele que estrutura o Estado brasileiro, qualificam-se como sistemas abertos de regras princípios¹⁶³, induz à compreensão segundo a qual a interpretação jurídica é exercida, entre nós, com a pretensão de correção moral do

159 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

160 *Ibid.*, p. 5.

161 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 265.

162 IRTI, Natalino. *La edad de la descodificación*. Barcelona: Bosch, 1992. p. 201-202.

163 Cfr.: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1162.

direito¹⁶⁴, tendendo, portanto, à sua justa aplicação¹⁶⁵. O que se dá é que a Constituição incorpora uma moralidade pública ao campo da aplicação do Direito, que confere ao intérprete a tarefa de problematizar a relação entre o direito e a moral, notadamente quando precisa optar entre as diversas leituras que podem resultar das promessas constitucionais¹⁶⁶, como disse Owen Fiss^{167_168}.

Perceba-se que semelhante construção teórica distingue-se em certa medida da acepção segundo a qual é papel do intérprete conferir “*significação*” aos enunciados prescritivos colhidos do direito positivo, interpretando-os exclusivamente a partir das especificidades fáticas da contenda, por agregar elemento valorativo (“*valores públicos*”) ao ambiente cognitivo do Direito. É que, para Fiss, a tarefa do Juiz encarta, mais do que simples atribuição de “*significação*” às prescrições normativas abstratas, a imputação de “*significado*” aos valores

164 ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. In: _____. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 39-40.

165 Sobre o assunto, ler também: MADUREIRA, Claudio Penedo. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*. Salvador: Juspodivm, 2010. No prelo.

166 FISS, Owen. Convencionalismo. In: _____. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade*. Tradução Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 318.

167 Justificamos essa nossa referência à obra do professor Owen Fiss a par da constatação empírica e teórica de que o regime constitucional brasileiro ostenta “*caracteres*” próprios “*Rule of Law*”, que singulariza a tradição do “*common law*”, notadamente a admissibilidade, entre nós, do controle de constitucionalidade, que nos distingue substancialmente do “*État Legal*” característico do regime francês (MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 21) e, sobretudo, a circunstância de admitirmos, tal como no regime norte-americano, o controle difuso da constitucionalidade das leis, o que nos distancia dos modelos austríaco (desenvolvido sob influência teórica de Hans Kelsen) e alemão (CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 1992. p. 109). Essa constatação não apenas legítima, como também impõe essa nossa referência à doutrina de juristas e filósofos que se dedicam ao estudo do modelo jurisdicional norte-americano, como Owen Fiss, Mauro Cappelletti e Ronald Dworkin, assim como da obra singular de Robert Alexy, notadamente o desenvolvimento, por esse professor alemão, das proposições apresentadas por Dworkin em sua crítica ao positivismo jurídico.

168 Esse professor norte-americano dispôs, a propósito da construção das “*normas concretas*” no âmbito da aplicação casuística do Direito, que é tarefa do Juiz conferir “*significado aos valores públicos*” (FISS, Owen. As formas de justiça. In: _____. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade*. Tradução Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 44). Precisamente por considerar que “*os direitos operam no domínio da abstração*”, designando-se como “*uma declaração legítima e particularizada de significado que pode existir sem um remédio judicial*”, e que a medida judicial representa “*um esforço da Corte para dar um significado concreto a determinado valor público*”, sendo, portanto, “*mais específica, concreta e coercitiva do que a mera declaração do direito*”, já que desvela a realização do Direito (Ibid., p. 97). E conclui, com isso, que a “*adjudicação*” (compreendida, entre nós, como “*jurisdição*”, ou aplicação do Direito) é “*o processo pelo qual um juiz vem a compreender e expressar o significado de um texto normativo dotado de autoridade e os valores incorporados nesse texto*” (FISS, Owen. Objetividade e interpretação. In: _____. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade*. Tradução Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 272).

públicos¹⁶⁹. E isso porque, como expôs o doutrinador, noutra trabalho, a interpretação “*é definida como o processo pelo qual o significado de um texto é compreendido e expressado, sendo certo que os atos de compreensão e expressão necessariamente pressupõem fortes elementos subjetivos*”¹⁷⁰. Assim, a interpretação, sob esse enfoque, deixa de ser cognição meramente normativa, nos moldes sustentados por Kelsen¹⁷¹, para agregar, também, considerações de natureza axiológica.

Disso se infere que a aplicação do Direito pressupõe a reconstrução normativa (lógico-formal) e valorativa (axiológica) do direito positivo pelos intérpretes¹⁷², o que cria embaraços a que se precise, de antemão, e abstratamente, em que consiste a “*observância da ordem jurídica estabelecida*”, destacada por Alessi como nota distintiva do que em doutrina se convencionou chamar “*interesse público primário*”¹⁷³.

169 FISS, Owen. As formas de justiça. In: _____. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade*. Tradução Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 44.

170 FISS, Owen. Objetividade e interpretação. In: _____. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade*. Tradução Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 280.

171 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 4.

172 Essa atividade reconstrutiva, conquanto assuma feição normativa, não se reveste do caractere legislativo, não se opõe, assim, ao princípio democrático. A uma porque a própria circunstância de o legislador haver abandonado o paradigma normativo-liberal burguês (Cfr.: MADUREIRA, Claudio Penedo. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito a justiça*, cit., Tópico 5.2 do Capítulo 5) impõe aos intérpretes um esforço de concretização das proposições normativas abstratas, que redundam na reconstrução casuística do direito positivo, algo que, se for empreendido dentro de um processo dialético, em que sejam consideradas as opiniões de todos aqueles interessados na formação do juízo, longe de opor-se ao princípio de democrático, revigora-o, no contexto de uma aceção renovada de democracia. A duas porque distinguem a atividade normativa dos Juizes e a atividade legislativa as “*virtudes passivas*” (ou “*limites processuais*”) cogentes ao processo judicial, que decorrem da circunstância de o processo impor atitude passiva aos órgãos jurisdicionais (CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1999. p. 75-76). A três porque os Juizes, embora estejam autorizados a exarar valorações racionais transcendentais ao direito positivo, quando o fazem, recorrem a “*argumentos de princípios*” (que justificam, ou rejeitam, determinada opção política, mostrando que tal escolha respeita, ou ofende, direitos de indivíduo ou de grupo; a exemplo do que ocorre quando da prolação de decisão judicial que considera abusiva a tributação incidente sobre determinados produtos, por identificar nela efeito de confisco, ou ofensa à liberdade do cidadão em persistir consumindo tais produtos independentemente de serem prejudiciais à sua saúde), e não aos “*argumentos de política*” (que fomentam ou protegem algum objetivo da comunidade, como seria, para recorrermos ao mesmo exemplo, a “*opção*” por tributar pesadamente o comércio de bebidas alcoólicas e cigarros), que designam, e qualificam, o exercício político-parlamentar como atividade legislativa (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 130-132). Sobre o assunto, ler, também: MADUREIRA, Claudio Penedo. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito a justiça*, cit., Tópico 6.2 do Capítulo 6.

173 ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1960. p. 197.

No entanto, semelhante instabilidade valorativa é minimizada, em nosso regime jurídico, dada a aplicação, entre nós, da teoria dos precedentes. Trata-se, com efeito, de construção teórica própria do “*Rule of Law*”, que singulariza a tradição jurídica do “*common law*”, e que tem aplicação ao Direito brasileiro dadas a admissibilidade, entre nós, do controle de constitucionalidade (o que nos distingue substancialmente do “*État Legal*” característico do regime francês¹⁷⁴) e a circunstância de admitirmos, como no regime norte-americano, que tal atividade de controle seja exercida sob a modalidade difusa, ou concreta (o que nos distancia dos modelos austríaco¹⁷⁵ e alemão¹⁷⁶).

Ao ensejo, basta ver que uma série de dispositivos colhidos de nosso ordenamento jurídico-positivo revelam opção legislativa por dotar o direito pátrio de mecanismos que habilitam seus operadores a ampliar a eficácia dos precedentes judiciais, tornando-os “*vinculantes*” ou, quando menos, sumamente importantes para aplicação do Direito¹⁷⁷⁻¹⁷⁸. Referimo-nos, a propósito:

- (a) à existência de previsão constitucional no sentido de que os efeitos da decisão proferida em controle difuso de constitucionalidade seja estendido a partes não identificadas no litígio judicial que lhe deu origem, colhida do inciso X do artigo 52 da Carta Política, que atribui competência ao Senado Federal para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;
- (b) à alteração promovida pela Lei nº 9.756/98 no artigo 557 do Código de Processo Civil, que autoriza ao Relator, mediante simples decisão monocrática, a negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improce-

174 Cfr.: MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 21

175 Desenvolvido sob influência teórica de Hans Kelsen.

176 Cfr.: CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 1992. p. 107-110.

177 Cfr.: DIDIER JÚNIOR, Fredie ; BRAGA, Paula Sarno ; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPODIVM, 2008. v. 2, p. 348-349.

178 Sobre a recepção da teoria dos precedentes no pelo ordenamento jurídico-positivo brasileiro, ler também: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

dente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante no seu próprio Tribunal ou nos Tribunais Superiores;

- (c) à inserção, no sistema daquele código processual, por esse mesmo diploma legislativo, do parágrafo 1º-A de seu artigo 557 que, de seu turno, permite ao Relator dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça;
- (d) à previsão, colhida da Lei nº 11.276/06, no sentido de que, se a sentença recorrida estiver em conformidade com esses mesmos precedentes vinculantes, sequer se cogita do recebimento do recurso de apelação, nos moldes prescritos pelo novel parágrafo 1º do artigo 518 do “*codex*” processual;
- (e) à iniciativa do legislador constitucional, no contexto da edição da Emenda nº 45, de vincular as decisões da Suprema Corte em controle difuso à demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, dispositivo que foi regulamentado pela Lei nº 11.418/2006, que integrou ao texto do Código de Processo Civil o novel artigo 543-A, do qual se extrai, entre outras coisas, que a repercussão geral estará caracterizada sempre que o recurso impugnar decisão contrária à Súmula ou Jurisprudência dominante do Tribunal Constitucional; que, se uma das Turmas da Corte Constitucional decidir pela existência da repercussão geral, o recurso nem sequer será remetido ao Plenário; e que se for rejeitada a existência da repercussão geral, essa decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente;
- (f) à circunstância de a Lei nº 11.418/2006 também haver inserido no sistema do Código de Processo Civil o artigo 543-B, que prevê a análise da repercussão geral quan-

do houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, em hipótese em que cumpre ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando o julgamento dos demais até o pronunciamento definitivo daquela Corte Constitucional, de modo que, havendo o julgamento do mérito do “*recurso paradigma*”, aqueles recursos extraordinários retornem aos Tribunais de origem para julgamento, cumprindo àquelas Cortes declará-los prejudicados ou retratar-se, devendo estar claro que, quando tal não ocorrer, poderá o Supremo Tribunal Federal cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada, e que, de forma diversa, se o Tribunal Constitucional rejeitar a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados serão considerados automaticamente não-admitidos;

- (g) à prescrição, colhida da Lei nº 11.672/2008, que traz para o corpo de nosso código processual o novel artigo 543-C e parágrafos, que prescreve que, quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado mediante a aplicação de dinâmica semelhante àquela estabelecida pela Lei nº 11.418/2006 para o trâmite dos recursos extraordinários;
- (h) à positivação de regra jurídica, colhida do artigo 285-A do Código de Processo Civil, que tem redação dada pela Lei nº 11.277/2006, a autorizar a prolação da chamada sentença de improcedência liminar, a ser proferida quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no Juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, hipótese em que poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada;
- (i) à consagração, entre nós, de previsão normativa, integrada ao texto da mesma Emenda Constitucional nº 45

e que redundou na inserção do novel artigo 103-A no texto da Constituição da República, dispositivo que autoriza o Supremo Tribunal Federal a aprovar súmula que, a partir de sua publicação na Imprensa Oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal; sendo certo que, quanto ao particular, o Poder Constituinte reformador teve o cuidado de destacar, no corpo daquela Emenda Constitucional, que do ato administrativo ou da decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Excelso Pretório que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação do verbete.

Essa opção do legislador brasileiro pela aplicação, entre nós, da teoria dos precedentes, pauta-se, em súmula, na ampliação do espectro da incidência da vinculatividade das decisões proferidas pela Suprema Corte em controle difuso de constitucionalidade, assim como daquelas proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, no que se refere à uniformização pretoriana acerca da interpretação e aplicação do Direito pátrio. E denota, segundo Hermes Zaneti Júnior, a recepção pelo Direito brasileiro do “*stare decisis*”¹⁷⁹, princípio que, na precisa definição de Mauro Cappelletti, “*opera de modo tal que o julgamento de inconstitucionalidade da lei acaba, indiretamente, por assumir uma verdadeira eficácia erga omnes e não se limita então a trazer consigo o puro e simples efeito da não aplicação da lei a um caso concreto com possibilidade, no entanto, de que em outros casos a lei seja, ao invés, de novo aplicada*”¹⁸⁰.

Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, referindo-se ao “*stare decisis*”, lecionam que essa singular te-

179 ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 50.

180 CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 1992. p. 81-82.

oria característica da tradição do “*common law*” assenta-se na compreensão de que “*o precedente judicial, sobretudo aquele emanado de Corte Superior, é dotado de eficácia vinculante não só para a própria Corte como para os juízos que lhe são hierarquicamente inferiores*”¹⁸¹. E aludem, na sequência de sua obra, à “*indiscutível força persuasiva que têm os precedentes judiciais na solução de casos concretos*”^{182_183}.

Está claro, então, que a jurisprudência consolidada nos Tribunais brasileiros orienta a aplicação do Direito entre nós, pelo que a ela atribuímos a conotação de padrão adequado para balizar a atividade intelectual exercida pela Advocacia Pública com o propósito de conformar o agir administrativo às exigências do Direito. Por isso os advogados públicos, desde que autorizados por lei, e nos limites dessa autorização legislativa, devem, sempre, provocar o encerramento de demandas judiciais virtualmente perdidas, quando analisadas à luz da jurisprudência dos Tribunais brasileiros.

4.5 Como se processa a adesão do ente público ao polo ativo da lide?

“*Tollitur quaestio*”, cumpre investigar como se processa essa intervenção do ente público no polo ativo da lide.

Quanto ao particular, somos de opinião que, na espécie, o ente público insere-se no litígio de forma semelhante ao assistente. Assim se posicionou Rodolfo de Camargo Mancuso, em passagem doutrinária dedicada à análise da intervenção do ente público no polo ativo de ação popular, mas que, pelas razões dantes ex-

181 DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPODIVM, 2008. v. 2, p. 348.

182 *Ibid.*, p. 348-349.

183 Essa circunstância, entretanto, não “*engessa*” a criação do Direito pelos intérpretes, precisamente porque, como sustentamos alhures (Cfr.: MADUREIRA, Claudio Penedo. *Direito, processo e justiça – o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*, cit., Tópico 6.3.4 do Capítulo 6) é factível que se verifique, na casuística, a inaplicabilidade do precedente, o que se dá quando ocorre um “*distinguish*”, preordenado pela distinção entre o caso julgado e o caso paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à fundamentação do julgado (ou à sua “*ratio decidendi*”), seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento tem o condão de afastar ou de modular a aplicação do precedente (Cfr.: DIDIER JÚNIOR, Fredie ; BRAGA, Paula Sarno ; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPODIVM, v. 2. p. 353).

postas¹⁸⁴, notadamente a circunstância de ambas as ações serem dirigidas à autoridade e ao ente público, é perfeitamente aplicável ao mandado de segurança. Conforme Mancuso, a *“intervenção da entidade ré, ao lado do autor, melhor se enquadra nos lindes da assistência simples, já que, de um lado, ela, como pessoa jurídica, não possuía título que a legitimasse a propor a ação; de outro lado, não vem aos autos para deduzir pretensão própria ou diversa da formulada pelo autor originário”*¹⁸⁵. Por esse motivo, aliás, o disposto no parágrafo 2º do artigo 10 da Lei nº 12.016/09¹⁸⁶, quando refere à vedação ao ingresso de litisconsorte ativo após o despacho da petição inicial, não representa óbice à adesão do ente público ao polo ativo da lide, porquanto, na espécie, o poder público não assume posição correlata à do impetrante, não se qualificando, assim, como litisconsorte.

De todo modo, reputamos desnecessária a formulação intervenção assistencial. Isso porque a Lei 12.016/09 taxativamente atribuiu ao ente público as mesmas consequências jurídicas do acolhimento da intervenção assistencial, mormente a prerrogativa de ingressar no feito (art. 7º, II) e de ser intimado de todos os atos processuais (arts. 9º e 13¹⁸⁷), o que torna a deflagração do incidente, que pressupõe contraditório e julgamento (CPC, art. 51¹⁸⁸), inútil e desnecessária.

Nessa esteira, acrescentamos que não há peça processual específica para ingresso do ente público no polo ativo da lide, pelo que a sua intervenção, nessa hipótese, deve se dar mediante apresentação de simples petição.

184 Vide Tópico 4.2 deste capítulo.

185 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 116.

186 Lei 12.016. “Art. 10. A inicial será desde logo indeferida, por decisão motivada, quando não for o caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos legais ou quando decorrido o prazo legal para a impetração. [...] § 2º O ingresso de litisconsorte ativo não será admitido após o despacho da petição inicial”.

187 Lei 12.016. “Art. 13. Concedido o mandado, o juiz transmitirá em ofício, por intermédio do oficial do juízo, ou pelo correio, mediante correspondência com aviso de recebimento, o inteiro teor da sentença à autoridade coatora e à pessoa jurídica interessada”.

188 CPC. “Art. 51. Não havendo impugnação dentro de 5 (cinco) dias, o pedido do assistente será deferido. Se qualquer das partes alegar, no entanto, que falece ao assistente interesse jurídico para intervir a bem do assistido, o juiz: I - determinará, sem suspensão do processo, o desentranhamento da petição e da impugnação, a fim de serem atuadas em apenso; II - autorizará a produção de provas; III - decidirá, dentro de 5 (cinco) dias, o incidente”.

5 Sobre a representação judicial do impetrado por advogado

Considerando a autoridade coatora como parte processual, é natural que se conclua que ela deve ser representada em Juízo por advogado, pois essa é a regra para configuração da capacidade postulatória no processo civil brasileiro (CPC, art. 36¹⁸⁹). Por isso, e porque a Lei 12.016/09 não dispõe, de forma taxativa, que o impetrado pode postular em Juízo sem estar representado por profissional habilitado, temos que a referida autoridade, desde que exerça atos processuais compatíveis com a condição de parte processual, deverá ser representada em Juízo por advogado.

5.1 O que são atos processuais compatíveis com a condição de parte processual?

Temos que parâmetro adequado a balizar a necessidade da representação do impetrado, em Juízo, por advogado, é o exercício, por ele, das prerrogativas e faculdades processuais. Dito isso, cumpre verificar se todos os atos praticados pelo impetrado no processo assumem a conotação de atos compatíveis com a condição de parte processual, notadamente a prestação de informações.

Com esse intuito, recobramos que a Lei 12.016/09, quando se refere à concessão de medidas liminares pelo Poder Judiciário, dispõe que as autoridades administrativas devem cientificar o ente público do seu teor, para eventual suspensão da medida e para defesa, inclusive mediante recurso¹⁹⁰, do ato apontado

189 CPC. "Art. 36. A parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado. Ser-lhe-á lícito, no entanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver".

190 Quanto ao particular, o professor Flávio Cheim Jorge, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo leciona que se a finalidade do processo é a obtenção de uma sentença justa, "os meios de impugnação são as formas existentes nos sistemas processuais que possibilitam que as partes prossigam na perseguição desse objetivo" (JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 1). E tal se dá porque, como bem adverte o processualista capixaba, os recursos encontram-se "diretamente ligados à função exercida pelo Estado, concernente na prestação da tutela jurisdicional justa e adequada", de modo que "o controle feito pelos tribunais acerca das decisões proferidas pelos juizes de instância inferior contribui para a eficiência e, sobretudo, segurança das normas jurídicas existentes" (Ibid., p. 11). Em vista disso, Cheim coliga a sistemática recursal adotada pelo processo civil brasileiro à ideia de contraditório, dispondo, a propósito, que, entre nós, os recursos possibilitam "que as partes, mediante contraditório regular, obtenham uma nova apreciação da questão posta e discutida em juízo" (Ibid., p. 13).

como ilegal ou abusivo de poder (art. 9º). Note-se, do dispositivo, que não há, nesta fase do processo, previsão de intimação judicial do ente público da concessão da medida liminar, pois o legislador foi muito claro ao dispor que cumpre à própria autoridade administrativa cientificá-lo de seu teor.

Tratamento distinto dispensou-lhe o legislador quando abordou, mais adiante, as sentenças concessivas da segurança pleiteada, contexto em que taxativamente determinou ao Poder Judiciário a cientificação do seu teor ao ente público e ao impetrado (art. 13). Aliás, apenas para esse efeito é que, à primeira vista¹⁹¹, o legislador atribui ao impetrado a prerrogativa de, ele próprio, recorrer da sentença (art. 14, § 2º).

Tais disposições legislativas permitem concluir que o impetrado, na primeira instância, atua coadjuvando o ente público. E que se apresenta, para esse efeito, como simples “*presentante*” dele (ente público).

O impetrado tem o dever administrativo, e não mera faculdade, ou prerrogativa processual, de prestar “*informações*” ao Juízo da causa. Aliás, essa autoridade, quanto presta as suas informações, não realiza ato de defesa técnico-processual, mas simples condução ao Juízo, por exigência peculiar do rito especial, da motivação da prática do ato impugnado naquela sede, acoimado coator. Não se está, portanto, diante de defesa “*stricto sensu*”, compreendida como “*antítese*” da postulação (“*tese*”) do impetrante, mas de justificação, ou “*defesa material*”, do ato impugnado pela ação mandamental.

191 Sem embargo de já existirem, no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, precedentes judiciais no sentido da extensão dessa capacidade recursal ao agravo; como se infere dos seguintes julgados: “*AGRAVO REGIMENTAL. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO PELO PREFEITO MUNICIPAL. A Lei nº 12.016/2009 estendeu à autoridade coatora o direito de recorrer (art. 14, § 2º). AGRADO REGIMENTAL CONHECIDO COMO AGRAVO DO ART. 557, § 1º, DO CPC, E PROVIDO*” (TJRS. Agravo Regimental Nº 70036519296, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francisco José Moesch, Julgado em 09/06/2010) [...] “*AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CABIMENTO. ART. 7º, § 1º, DA LEI Nº 12.016/09. DESCUMPRIMENTO DO ART. 526 DO CPC. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. LEGITIMIDADE DA AUTORIDADE COATORA PARA RECORRER. ART. 14, § 2º, DA LEI Nº 12.016/09. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA LIMINAR. DECISÃO FUSTIGADA NÃO MOTIVADA. ART. 93, IX, DA CF/88. [...] 2) Não merece acolhimento a preliminar de ilegitimidade recursal, uma vez que a nova lei que disciplina o mandado de segurança é Lei nº 12.016, de 7.08.2009 e prevê expressamente em seu art. 14, § 2º, que se estende à autoridade coatora o direito de recorrer. [...]” (TJRS. Agravo de Instrumento Nº 70031755408, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 30/09/2009).*

Por esse motivo, e porque resta consolidado na interpretação da sistemática processual da ação mandamental que as informações devem ser subscritas apenas pela autoridade impetrada, pois é ato que o Direito lhe atribui pessoalmente, sem a necessidade de representante judicial, não se cogita, quanto a elas, da aplicação do disposto no artigo 36 do Código de Processo Civil, ou da necessidade da representação do impetrado em Juízo por advogado. Não se pode exigir capacidade postulatória para a apresentação das informações, precisamente porque, como demonstramos, esse ato não revela o exercício, pelo impetrado, de faculdade processual, e nem se reveste da condição de atividade técnico-processual condizente com a construção de defesa “*stricto sensu*”. Aliás, quanto ao particular é pertinente invocar entendimento já manifestado por Fredie Didier Jr., que atribui às informações a qualificação de “*prova judiciária*”¹⁹², deixando assente que aquela peça não corresponde, propriamente, a uma contestação.

Tal constatação não acarretará invalidade ao processo, por falta de defesa processual, na eventualidade de o ente político, por sua Advocacia Pública, deixar de intervir no processo, ou dele aderir ao polo ativo da lide. Até porque a apresentação da defesa, diversamente do que ocorre com o dever administrativo que têm o impetrante de prestar as informações, é faculdade processual da parte, pelo que, por óbvio, poderá haver, ou não haver, defesa no processo.

Situação diversa ocorre, no entanto, quando o impetrado deseja apresentar recurso à sentença proferida no processo, tal como lhe faculta o precitado parágrafo 2º do artigo 14 da Lei 12.016/09. Nessa hipótese, ele já não mais atua como “*presentante*” do ente político, que inclusive poderá recorrer autonomamente, se houver aderido ao polo passivo, ou contrapor-se à pretensão recursal do impetrado, na eventualidade de haver-se alinhado à pretensão do impetrante. Para esse ato, assim como para todo e qualquer ato por praticado pelo impetrado no exer-

192 Cf. DIDIER JR. Fredie. Natureza jurídica das informações da autoridade coatora no mandado de segurança. In: BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; ALVIM, Tereza (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre o mandado de segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

cício de faculdades processuais (v.g. da apresentação de outros recursos¹⁹³), com iniciativa de defesa técnico-processual (que, como dissemos, pressupõe a contraposição às teses apresentadas pela parte adversária, e não meramente a “defesa material” do conteúdo do ato impugnado), entendemos que essa autoridade coatora necessita estar representada em Juízo por advogado.

5.2 Ilegitimidade da representação judicial do impetrado por advogados públicos

Posto isso, cumpre assentar, em linha de conclusão, que esse advogado que irá defender em Juízo a pessoa do impetrado no mandado de segurança não poderá ser um dos membros da Advocacia Pública que exerce a representação judicial do ente público a que se vincula.

Desmente essa possibilidade a circunstância, dantes referenciada, de a Lei 12.016/09 conferir legitimação autônoma e cumulativa ao impetrado e ao ente público, abrindo campo para a adesão da pessoa jurídica ao polo ativo da lide e, por conseguinte, para a incidência casuística de contraposição de interesses entre aquela autoridade pública e o ente público. Mas não apenas.

O que ocorre é que o ordenamento jurídico-positivo brasileiro, analisado em sua inteireza, não conferiu à Advocacia Pública a atribuição para a representação judicial dos agentes públicos vinculados às pessoas jurídicas de direito público, quando acionados pessoalmente e de forma direta por atos praticados no

193 Que, como visto, vem sendo admitida pelos Tribunais brasileiros; como se depreende destes recentes julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “AGRAVO REGIMENTAL. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO PELO PREFEITO MUNICIPAL. A Lei nº 12.016/2009 estendeu à autoridade coatora o direito de recorrer (art. 14, § 2º). AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO COMO AGRAVO DO ART. 557, § 1º, DO CPC, E PROVIDO” (TJRS. Agravo Regimental Nº 70036519296, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francisco José Moesch, Julgado em 09/06/2010) [...] “AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CABIMENTO. ART. 7º, § 1º, DA LEI Nº 12.016/09. DESCUMPRIMENTO DO ART. 526 DO CPC. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJÚZO. LEGITIMIDADE DA AUTORIDADE COATORA PARA RECORRER. ART. 14, § 2º, DA LEI Nº 12.016/09. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA LIMINAR. DECISÃO FUSTIGADA NÃO MOTIVADA. ART. 93, IX, DA CF/88. [...] 2) Não merece acolhimento a preliminar de ilegitimidade recursal, uma vez que a nova lei que disciplina o mandado de segurança é Lei nº 12.016, de 7.08.2009 e prevê expressamente em seu art. 14, § 2º, que se estende à autoridade coatora o direito de recorrer. [...]”. (TJRS. Agravo de Instrumento Nº 70031755408, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 30/09/2009).

exercício de suas funções, seja em conjunto com o ente público, seja isoladamente. Ao contrário, pelo que sobressai dos textos normativos, com destaque para a Constituição, é impróprio cogitar-se da representação judicial do impetrado, ou de qualquer outra autoridade administrativa, pela Advocacia Pública¹⁹⁴.

Com efeito, a responsabilização civil do Estado por lesão decorrente de atos praticados por agentes vinculados ao Poder Público encontra-se delineada no parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição Federal¹⁹⁵. Esse dispositivo prescreve que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros. E assegura a tais entes públicos o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Ao ensejo, cumpre explicitar, de antemão, que a leitura do dispositivo revela que tão-somente é possível aventar a responsabilidade do Estado e, portanto, discutir a atuação da Advocacia Pública na defesa de agente acionado, quando o ato houver sido praticado nos estritos limites do exercício de sua função pública. Basta ver que o texto constitucional é bastante claro ao evidenciar que a responsabilização ocorrerá pelos danos que seus agentes, “*nessa qualidade*”, vierem causar a terceiros. Destarte, se o agente público pratica determinado ato, assaz a acarretar lesão à esfera jurídica de outrem, que não decorra do exercício de sua função, ou seja, que não se encontra no âmbito da exata atribuição conferida pelo cargo ocupado, ainda que se valha da condição de agente estatal para propiciar a prática do ato lesivo, não há que se cogitar a responsabilidade estatal e, muito menos, a possibilidade de um membro da Advocacia Pública, nessa condição, assumir a defesa do demandando.

De todo modo, mesmo quando o agente é acionado por ato praticado no exercício da função inerente ao cargo ocupado,

194 Sobre argumentação que se segue, confira-se: (RAMALHO, Lívio Oliveira. Breve estudo sobre a (im) possibilidade de efetivação da representação judicial de agente do estado pela Advocacia Pública: uma análise técnica da questão. In: MADUREIRA, Claudio Penedo. *Temas de direito público: a importância da atuação da Advocacia Pública para a aplicação do Direito*. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 131-144).

195 CRFB. “Art. 37. [...] § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

não se verifica interesse público (jurídico, econômico, social ou pragmático) na assunção pela Advocacia Pública da defesa de agente do Estado, eis que as repercussões de tal postura apenas têm o condão de trazer o ente público e, conseqüentemente, o erário, ao foco da postulação judicial.

Como já dito, a estruturação da Advocacia Pública é definida pelos seus artigos 131 e 132 da Constituição da República, que conferem aos membros da Advocacia Pública (Advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional, Procuradores Federais, Procuradores dos Estados e do Distrito Federal e Procuradores Municipais) “*competência*” para o exercício das “*atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo*” e da “*representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas*”, nada referindo, contudo, sobre a possibilidade de exercerem a representação jurídica de autoridades administrativas. Disso concluímos que não há autorização constitucional para o patrocínio das pessoas físicas ocupantes de cargos públicos que sejam acionadas pessoalmente, ainda que por ato praticado no exercício da respectiva função; o que, por si só, impede o exercício de tal “*competência*” pelos membros da Advocacia Pública.

De qualquer forma, ainda que semelhante constatação não impedisse a atuação dos advogados públicos nessa situação, é natural que se conclua que, sendo eles membros da Advocacia Pública (da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios) e, portanto, servidores públicos, é inconteste a sua vinculação ao princípio da legalidade estrita, na forma como estabelecido em relação à Administração Pública¹⁹⁶. Por isso a sua atuação casuística, nesse sentido, apenas poderia decorrer de taxativa autorização legislativa.

196 A Administração Pública deve pautar-se pela mais estrita observância dos postulados da legalidade, sendo que ao agente público apenas é permitido fazer o que a lei determina ou autoriza. Ensina, a respeito, Hely Lopes Meirelles que, na Administração Pública, “*não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei, para o particular, significa ‘pode fazer assim’; para o administrador significa ‘deve fazer assim’*” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 82-83).

Ocorre que tal normatização, onde quer que exista¹⁹⁷, não se compatibiliza com o sistema jurídico pátrio, tal como estruturado a partir da Constituição brasileira. É essa invalidez jurídico-constitucional de hipotético dispositivo legal autorizativo da representação judicial de autoridades estatais pela Advocacia Pública reside, precipuamente, na própria sistemática da responsabilidade civil estabelecida pelo precitado parágrafo 6º do artigo 37 do texto constitucional, que acabaria subvertida pela norma infraconstitucional. Com efeito, se a pessoa jurídica, segundo a dicção constitucional, pode vir a ser responsabilizada pelos “*danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros*”; e se, nos termos desse mesmo dispositivo, o lesado tem a faculdade de acionar, conjuntamente, o poder público e o agente causador do dano, em litisconsórcio passivo facultativo e simples, ou de acionar, isoladamente, ou esse agente estatal, ou somente o poder público, hipótese em que a Constituição assegura ao Estado¹⁹⁸ “*o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa*”; é patente a inexistência de interesse jurídico, ou pragmático, do ente público em defender judicialmente agente administrativo que seja pessoalmente acionado (embora, pontualmente, possa haver interesse de Governo).

Não se está, aqui, a sugerir, e menos ainda a presumir, a conduta irregular dos agentes públicos. Apenas se perquire, e

197 A discussão é concreta, e atual, haja vista que a legislação que regula Advocacia-Geral da União possui dispositivo que autoriza expressamente a defesa de agentes públicos vinculados à União Federal. Trata-se do disposto no artigo 22 da Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995, com redação conferida pela Medida Provisória nº 22.216-37/2001; que estipula o seguinte: “*Art. 22. A Advocacia-Geral da União e os seus órgãos vinculados, nas respectivas áreas de atuação, ficam autorizados a representar judicialmente os titulares e os membros dos Poderes da República, das Instituições Federais referidas no Título IV, Capítulo IV, da Constituição, bem como os titulares dos Ministérios e demais órgãos da Presidência da República, de autarquias e fundações públicas federais, e de cargos de natureza especial, de direção e assessoramento superiores e daqueles efetivos, inclusive promovendo ação penal privada ou representando perante o Ministério Público, quando vítimas de crime, quanto a atos praticados no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares, no interesse público, especialmente da União, suas respectivas autarquias e fundações, ou das Instituições mencionadas, podendo, ainda, quanto aos mesmos atos, impetrar habeas corpus e mandado de segurança em defesa dos agentes públicos de que trata este artigo. § 1º O disposto neste artigo aplica-se aos ex-titulares dos cargos ou funções referidos no caput, e ainda: I - aos designados para a execução dos regimes especiais previstos na Lei no 6.024, de 13 de março de 1974, nos Decretos-Leis nos 73, de 21 de novembro de 1966, e 2.321, de 25 de fevereiro de 1987; e II - aos militares das Forças Armadas e aos integrantes do órgão de segurança do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, quando, em decorrência do cumprimento de dever constitucional, legal ou regulamentar, responderem a inquérito policial ou a processo judicial. § 2º O Advogado-Geral da União, em ato próprio, poderá disciplinar a representação autorizada por este artigo”.*

198 Aqui entendido em sentido amplo (“*lato sensu*”), para abarcar as três esferas que compõem a federação, isto é, a União, os Estados (assim como o DF) e os Municípios.

em hipótese, a regularidade de norma autorizativa da sua defesa, em Juízo, pela Advocacia Pública, algo que necessariamente perpassa pelo exame da hipótese em que, ao final, se conclua pela responsabilidade do agente pelo dano apurado. O que defendemos é que a elaboração de sua defesa não pode ser atribuída à mesma Advocacia Pública que tem como finalidade precípua a preservação do interesse público (primário e secundário), precisamente porque a defesa em Juízo dos interesses da Fazenda Pública pressupõe, em última análise, como uma das teses possíveis, a alegação da culpa do agente causador do dano, inclusive sob pena de restar prejudicado o direito de regresso destacado na parte final do dispositivo constitucional ora analisado¹⁹⁹. Desse modo, temos que a defesa que o servidor constitucionalmente tem assegurada deve se exercida por advogado particular regularmente constituído, que terá a liberdade necessária para providenciar, sem qualquer parcialidade, a adequada condução dos argumentos defensivos ao conhecimento do Judiciário²⁰⁰.

Por isso concluímos, como fecho à argumentação desenvolvida neste capítulo, que o advogado que vier a defender em

199 Interpretação em sentido contrário soaria ofensiva à boa-fé objetiva, que evoca a proibição de "*venire contra factum proprium*", a retratar, em tradução literal, uma vedação conceitual a que o agente processual retorne sobre seus próprios passos, ou que refute o que afirmou anteriormente. Conforme Menezes Cordeiro, a locução "*venire contra factum proprium*" traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente (CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984. p. 743). De seu turno, Judith Martins-Costa, acentua que "*a proibição de toda e qualquer conduta contraditória seria, mais do que uma abstração, um castigo*", mas instrumento tendente a "*enrrijecer todas as potencialidades da surpresa, do inesperado e do imprevisito na vida humana*" (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 469). Sobre a aplicação da boa-fé objetiva, e da vedação do "*venire contra factum proprium*" ao ambiente processual, destacamos, com Fredie Didier Jr., que "*o princípio da cooperação e o princípio que veda o venire contra factum proprium relacionam-se na medida em que compõem o conteúdo da cláusula geral da proteção da boa-fé objetiva na relação jurídica processual*", e que "*a boa-fé objetiva é norma de conduta que colore e qualifica o contraditório*", sendo que "*a proibição de comportar-se contrariamente a comportamento anterior é uma de suas nuances*" (DIDIER JÚNIOR, Fredie. Alguns aspectos da aplicação da proibição do venire contra factum proprium no processo civil. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Org.). *Leituras complementares de direito civil*. Salvador: JusPODVIM, 2007. p. 200).

200 A doutrina atualizada leciona que: "*A capacidade postulacional abrange a capacidade de pedir e de responder. Têm-na os advogados regularmente inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, o Ministério Público e, em alguns casos, as próprias pessoas não-advogadas, como nas hipóteses do art. 36 do CPC, dos Juizados Especiais Cíveis (causas inferiores a vinte salários-mínimos), das causas trabalhistas e no habeas corpus. [...] A falta de capacidade postulatória do autor implica extinção do processo, se não for sanada; a do réu, o prosseguimento do processo à sua revelia; a do terceiro, a sua exclusão da causa. Mais uma vez, somente a capacidade postulatória do autor pode ser vista como requisito de admissibilidade do procedimento. A capacidade postulatória do réu e do terceiro é requisito de validade dos atos postulatórios que praticarem. Como se trata de capacidade, bifurcação da capacidade processual exigida para a prática de alguns atos processuais, é requisito de validade (art. 104, CC-2002) dos atos processuais*" (DIDER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPODVIM, 2007. v.1, p. 205-206).

Juízo a pessoa do impetrado não pode ser um dos membros da Advocacia Pública que exerce a representação judicial da pessoa jurídica a que ele se encontra vinculado.

6 Conclusões

Com essas considerações assentamos que, no regime da Lei 12.106/2009, o impetrado e o ente público ostentam legitimação processual cumulativa e autônoma. E que, conquanto a intervenção da pessoa jurídica no mandado de segurança, em vista do atributo de presunção de legitimidade dos atos administrativos, deva ocorrer, como regra, no polo passivo da lide, hipótese em que o ente público deve apresentar contestação, no prazo de 60 (sessenta) dias, é perfeitamente possível a sua adesão ao polo ativo do litígio, tendo em vista uma interpretação conjugada da Lei 12.016/09 com as normas administrativas que regem a estruturação da Advocacia Pública, hipótese em que o ente público deverá ingressar no feito por simples petição.

Sustentamos, ainda, que o impetrado, por ostentar, agora, sob novo regime, a condição de parte processual, deve ser representado em Juízo por advogado, embora apenas quando exercer, no processo, ato compatível com essa condição (de parte processual). E assentamos, a propósito, que porque tal autoridade tem o dever administrativo, e não mera faculdade, ou prerrogativa processual, de prestar “*informações*” ao Juízo da causa, e porque essa peça não consubstancia defesa “*stricto sensu*” do ente público (que pressupõe contraposição jurídica à tese autoral), mas a simples “*defesa material*” do ato impugnado, é desnecessária, para a prática desse ato, a sua representação judicial por advogado. E que a representação por advogado deverá ser exigida, por exemplo, quando o impetrado desejar apresentar recursos no processo, devendo estar claro que esse advogado que irá defendê-lo não poderá ser um dos membros da Advocacia Pública que exerce a representação judicial do ente público.

Não almejamos, todavia, apresentar respostas definitivas às indagações anteriormente formuladas, ou construir via interpretativa capaz de solucionar o problema que nos angustia, mas

submeter ao debate público, de foro científico, as nossas impressões iniciais sobre o tema, com vistas ao pronto estabelecimento de “*solução de compromisso*” capaz de orientar a atuação dos juristas, e a nossa, em especial, no campo da aplicação do Direito.

1.6

A SUBORDINAÇÃO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL DO JUIZ CONTEMPORÂNEO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

DALTON SANTOS MORAIS*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O novo marco filosófico do direito: a Constituição como centro dos sistemas jurídicos contemporâneos e a constitucionalização do direito. 3 Processo e Constituição. 4 Delimitação do estudo: direito processual constitucional? 5 A subordinação processual constitucional do juiz contemporâneo no processo civil brasileiro. 6 Releitura de alguns parâmetros tradicionais da função jurisdicional, agora à luz da Constituição. 6.1 A inércia jurisdicional. 6.2 Inafastabilidade de jurisdição. 6.3 Devido processo legal, contraditório e liberdade das partes. 6.4 Imparcialidade judicial. 6.5 Segurança processual das partes. 7 Novos parâmetros processuais constitucionais da função jurisdicional no processo civil. 7.1 O dever de fundamentação das decisões jurisdicionais. 7.2 O dever judicial de cooperação com as partes. 7.3 Razoável duração do processo. 8 Conclusão. 9 Referências.

1 Introdução

A temática a ser abordada no presente artigo mostra-se como de grande relevância para o direito processual civil contemporâneo, vez que a atual abordagem sobre a atuação do magistrado durante a prestação jurisdicional realizada no curso do processo impõe uma nova concepção daquele ramo do direito, o qual necessariamente deve ser realizada sob o influxo axiológico das premissas constitucionalmente estabelecidas para o exercício da função jurisdicional.

É sob este contexto de um processo civil interpretado sob a Constituição vigente que, não somente este estatuto normativo, mas o próprio juiz, enquanto guardião constitucional, passa

* Mestrando em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo. Procurador Federal. Membro da Advocacia-Geral da União. Coordenador da Representação da Escola da AGU no Estado do Espírito Santo. Professor de Direito Constitucional e Tópicos Especiais de Processo Civil no Curso de Direito das Faculdades Espírito-Santenses - FAESA.

a ocupar o centro do sistema jurídico, referendando ou não as posturas adotadas pelo demais Poderes, de acordo com a adequação daquelas à Constituição, caracterizando, assim, a Carta, e não a lei, como seu limite de atuação.

Este limite na Constituição, e não na lei, não raras vezes, tem tornado especialmente imprescindível uma atuação judicial criativa na solução de casos onde não resta alternativa ao magistrado senão atuar deste modo, seja para revelar o conteúdo da norma que, se aplicada em sua literalidade, revelar-se-á como injusta em hipóteses fáticas excepcionais, seja para decidir casos de conflitos entre direitos fundamentais, *v.g.* o conflito entre a segurança jurídica e a celeridade processual, hipótese em que, normalmente, não lhe é possível a aplicação das técnicas tradicionais de interpretação para a solução do *hard case* ¹.

Entretanto, o que já foi facilmente assimilado pela direito constitucional brasileiro, e conseqüentemente por sua doutrina, ainda pode ser considerado um obstáculo considerável para o processo civil brasileiro. Ou porque este não se modificou na mesma velocidade com que se recebeu os novos influxos da ordem político-jurídica estabelecida pela Constituição da República de 1988 (CR/88), devido, em especial, ao “preconceito consistente em considerar o processo como mero instrumento técnico e o direito processual como ciência neutra em face das opções axiológicas do Estado.” ² Ou porque a doutrina processualista, e até mesmo famosos constitucionalistas, baseados em fundamentos inadequados para caracterizar a individualidade de um novo ramo do direito processual brasileiro, deixaram-se tombar vencidos pelo modismo de denominar como “direito processual constitucional”, e até tratar como tal, uma nova forma de compreender a teoria geral do processo.

Sob este estado de coisas, o presente artigo, ainda que superficialmente, pretende identificar a existência, sim, de um novo ramo do direito processual, com características que o individualizam frente aos demais ramos do direito processual brasileiro,

1 Pelo menos, por ora, entenda-se a referida expressão sob sua tradução literal: “casos difíceis”.

2 DINARMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 40

e, diante da nova concepção de enxergar-se o processo sob os valores normatizados pela Constituição, analisar alguns exemplos de parâmetros processuais constitucionais ao exercício da função jurisdicional, mesmo naqueles casos onde necessariamente o juiz precisará realizar escolhas valorativas para a correta decisão do caso concreto que lhe é submetido à jurisdição.

2 O novo marco filosófico do direito: a Constituição como centro dos sistemas jurídicos contemporâneos e a constitucionalização do direito

Em seus primórdios, podia-se caracterizar uma Constituição como um conjunto de orientações políticas para um dado Estado, onde se encontrariam as diretrizes de sua estruturação – forma de Estado; de governo; formação, organização e atuação dos Poderes constituídos, bem como sobre direitos mínimos dos indivíduos que impeça a agressão do Estado a preceitos econômicos liberais típicos da época.

Contemporaneamente, o constitucionalismo, sob forte influência dos horrores perpetrados durante a 2ª Guerra Mundial, passa a entender a Constituição como “lei fundamental” que, normalizando os valores mais importantes para a sociedade, torna-os oponíveis ao Estado e, no caso das cláusulas constitucionais definitivas, até mesmo às maiorias legislativas que venham a surgir durante a vigência do Texto Constitucional.³

Como a Constituição passa a, efetivamente, inaugurar uma nova ordem político-jurídica, caberá a ela servir como fundamento a toda e qualquer atuação do Estado, e da própria sociedade, vez que somente a atuação consoante à Carta encontrará legitimidade na ordem jurídica por ela inaugurada.

Sob esta nova ótica de Constituição, por meio da qual se disporá sobre os temas de importância capital para a sociedade, aos direitos fundamentais, enquanto pressupostos básicos para

3 COELHO, Inocêncio Mártires. O novo constitucionalismo e a interpretação constitucional. *Revista de Direito Público*, v. 3, n. 12, p. 51, abr./jun. 2006.

a realização da liberdade e da dignidade da pessoa humana, atribuir-se-á uma nova abordagem, menos política, mais jurídica, vez que passam a ser considerados não como meros valores abstratos, mas sim com normas jurídicas dotadas de superioridade jurídica, às quais se deve dar efetividade através do cumprimento da Constituição.

Deixou-se, portanto, de considerar-se a Constituição como um mero ideário político ao dirigente da vez, para considerá-la como estatuto normativo dotado de superioridade jurídica, não só formal, mas material, sobre todo o restante do ordenamento jurídico de uma dada sociedade. Esta compreensão é denominada como força normativa suprema da Constituição, segundo a qual as disposições do Texto Constitucional devem ser observadas como normas jurídicas superiores, não só formal quanto materialmente, que, caso não sejam observadas espontaneamente, devem ser impostas pelo Estado-juiz.

Esta nova concepção de Constituição como estatuto normativo dotado de eficácia suprema, que passou a ser observada na Europa a partir da segunda metade do século XX e no Brasil a partir do final da década de 90 do mesmo século ⁴, importou no reconhecimento de que a Carta passou ao centro do sistema jurídico⁵.

Este reconhecimento conduziu o direito para a sua constitucionalização⁶, segundo a qual o ordenamento jurídico vigente, positivado ou não, deve ser interpretado de acordo com a

4 Importante realçar que após a CR/88, época em que se reconheceu, definitivamente, a natureza de norma superior das disposições constitucionais, o controle de constitucionalidade, no Brasil, obteve um incremento exponencial.

5 "De fato, não se pode negar que no transcorrer do século XX e em especial após a transição do Estado Liberal para o Estado Social e da mutação deste para o Estado Democrático de Direito, a Constituição assumiu papel de centro do sistema jurídico, interferindo diretamente nas relações privadas, de modo a romper definitivamente com o individualismo em contraposição ao papel de outrora, que atinha-se a servir de receptáculo de normas programáticas visando tutelar o indivíduo e criar diretrizes que se propunham, desde que regulamentadas, a limitar a intervenção do Estado."
CATALAN, Marcos José. O princípio da congruência e o acesso à ordem jurídica justa. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, n. 147, p.75, maio 2007.

6 Segundo Luis Roberto Barroso, a expressão "constitucionalização do direito" deve ser identificada com a irradiação axiológica dos valores constitucionais para todo o ordenamento vigente, segundo os quais passariam a "condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional.", não só em relação às três esferas de Poder, mas também aos particulares.
BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (REFE)*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, mar./maio 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 15 ago. 2008.

preponderância não só hierárquica mas também axiológica da Constituição, de forma a concretizar os valores nela insertos⁷.

Deve-se, portanto, que sob a atual concepção de Constituição, esta deve ser vista como estatuto com natureza jurídica superior a ser observado não só pelo Estado, mas também por toda a sociedade – que tanto quanto aquele é responsável por sua interpretação⁸ e efetivação, o que necessariamente importa em um novo enfoque de abordagem do direito, vez que através deste se realizará a conformação da realidade social de forma apta a concretizar o projeto social estabelecido pela Constituição vigente.

3 Processo e Constituição

Sob este novo parâmetro de legitimidade do direito na Constituição, o pensamento jurídico, atualmente, busca refúgio no que denomina de pós-positivismo jurídico, “designação provisória e genérica de um ideário difuso”⁹ que, sem desconsiderar a necessidade da segurança jurídica propiciada pela norma posi-

7 “(...) a supremacia hierárquica formal e material da Constituição, fiscalizada e promovida por variados instrumentos de jurisdição constitucional, bem como o reconhecimento normativo de toda a Lei Maior, induzem à fecundação de todos os ramos do direito pelos valores, princípios e diretrizes hospedados em sede constitucional, [sendo que tal] fenômeno deve ser louvado e não lamentado, sobretudo no caso brasileiro, diante das bases democráticas, humanitárias e solidaristas do nosso texto magno.”

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luiz Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 254.

8 Sem se olvidar da competência da jurisdição constitucional dar a última palavra sobre a “interpretação” da Constituição, deve-se considerar o aprimoramento do regime democrático – dialético por ser pluralizante e individualizador ao mesmo tempo – e a evolução social decorrente da densificação de novos direitos – v.g., no Brasil, o reconhecimento de novos direitos pela CR/88 a grupos antes não reconhecidos pela Constituição, tais como crianças e adolescentes, consumidores, idosos, deficientes físicos, minorias políticas, índios, dentre outros – para que a Constituição seja interpretada não só pelo Poder Judiciário, mas por todo e qualquer indivíduo ou grupo social que a ela esteja sujeito, tais como partidos políticos, igrejas, peritos, grupos de pressão e associações.

Neste sentido, o expresso posicionamento de Peter Haberle, segundo o qual “...no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.”

HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 13.

9 BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios do direito brasileiro. In: BARROSO, Luiz Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

tivada ¹⁰, pretende a reaproximação entre o direito, a ética e a moral.

A norma não será analisada, portanto, somente sob a ideia kelseniana da validade decorrente do aspecto formal, mas também sob o contexto de sua legitimidade material em relação aos valores sociais adotados pela Constituição. Até porque o direito é um produto sócio-cultural da humanidade ¹¹, pois consagrada empiricamente a percepção de que os ordenamentos jurídicos são influenciados pelos fatores sociais, históricos, culturais, políticos e econômicos preponderantemente adotados pela sociedade ou pelos grupos de pressão predominantes e majoritários em dados períodos das sociedades.

E, por evidente, não só o direito material, mas também o direito processual, será influenciado pelos valores socialmente mais relevantes, pois é igualmente produto cultural, não sendo mais possível admitir-se a caracterização iluminista do processo como produto meramente científico, sem qualquer inferência axiológica ¹².

Nesse sentido, veja-se a informação de Osvaldo Alfredo Gozaíni de que o atual processo civil argentino "(...) *resulta claramen-*

10 Sustenta François Ost que a situação de complexidade jurídica da sociedade contemporânea decorre do fato desta ter abandonado apenas *parcialmente* as concepções de Estado liberal e do bem-estar social e, conseqüentemente, de ainda remanescerem na sociedade contemporânea os resquícios dos sistemas jurídicos praticados naquelas concepções de Estado. Situação esta de complexidade demonstrada: a) pela multiplicidade de atores atuantes no sistema jurídico – Estado, através dos juizes, legisladores e administração; particulares; organizações comerciais, profissionais, dentre inúmeros outros atores que se constituem no que o autor chama de "usuários Del Derecho"; b) pela imbrincação das funções jurídicas pelos diversos atores atuantes no sistema jurídico – administração adota em sua forma de atuar – processo administrativo – parâmetros típicos do procedimento judicial; a administração, e não raras vezes, o próprio Poder Judiciário participam da elaboração das leis – poder de iniciativa dos Poderes Executivos e Judiciário; as disposições legais de conceitos indeterminados necessariamente precisam da complementação regulamentar (da Administração); a delegação de poderes típicos do Poder Judiciário a outros poderes (CPI's); c) pela multiplicação dos níveis de poder – perda do poder de direção pelo Estado, sendo necessário ao mesmo dialogar com os agentes sociais para a implementação de suas políticas, inclusive através da legislação.

OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes*: três modelos de juez. p. 184-185. Disponível em: <www.cervantesvirtual.com/servlet/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_11.pdf>. Acesso em: 24 set. 2008.

11 "(...) uma das razões mais relevantes para a existência do direito está na realização do que foi acentuado na Declaração da Independência dos Estados Unidos da América, de 1776, o direito do homem de buscar a felicidade. *Noutras palavras, o direito não existe como forma de tornar amarga a vida dos seus destinatários, senão de fazê-la feliz.*" (destaquei).

Voto do Min. Carlos Velloso no julgamento do RE 442683. Segurança jurídica e modulação temporal dos efeitos: transcrições. *Informativo STF*, n. 419. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 16 out. 2008.

12 "(...) o processo será sempre um produto cultural que, como tal, submete-se às contingências históricas, devendo conviver com a natural insegurança, peculiar à vida humana, administrando-a, como sua condição essencial."

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Fundamentação das sentenças como garantia constitucional*. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br>>. Acesso em: 11 set. 2008.

*te inspirado em la ideología del Estado mínimo. Al mismo tiempo, lleva visiblemente impresa la cifra genética de una época anterioren la cual el proceso tenía um propósito secundário de dar justicia y aquél principal de extraer rentas parasitarias a favor de los titulares de cargos judiciales venales e hereditarios.(...).*¹³

Veja-se, portanto, que o processo característico das sociedades instrumentalizadas pelo Estado liberal não foi o mesmo processo típico dos Estados socialistas, nem foi o mesmo processo das sociedades sob influência dos Estados de bem-estar social. E, conseqüentemente, não poderia ser o mesmo processo no qual se permitirá a resolução de problemas sociais tão complexos como os das atuais sociedades contemporâneas, plurais e globalizadas, instrumentalizadas pelos Estados democráticos constitucionais¹⁴.

Assim, se o processo, tanto como o direito material será influenciado pelos fatores sociais, históricos, culturais, políticos e econômicos preponderantes em uma dada sociedade, e estes são prescritos na Constituição enquanto “lei fundamental” normatizadora dos valores mais importantes para a sociedade, nada mais natural que o sistema processual procure representar o *microcosmo* democrático do sistema político-jurídico adotado pela Constituição¹⁵ e, conseqüentemente, procure realizar, efetivamente, aqueles valores adotados pela Carta¹⁶.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco, o processo visto sob esta concepção torna-o alvo de uma série de preceitos postos na Constituição, pois “(...) o sistema processual é tutelado por

13 GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. Los cambios de paradigmas en el derecho procesal el “neoprocesalismo”. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, n. 151, p.59-71, 2007.

14 “Atualmente, pode-se até dizer do ponto de vista interno que a conformação e a organização do processo e do procedimento nada mais representam do que o equacionamento de conflitos entre princípios constitucionais em tensão, de conformidade com os fatores culturais, sociais, políticos, econômicos e as estratégias de poder em determinado espaço social e temporal.” OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. Disponível em: < www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 26 ago. 2008.

15 DINARMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 27.

16 “(...) a estrutura mesma do processo civil depende dos valores adotados e, então, não se trata de simples adaptação técnica do instrumento processual a um objetivo determinado, mas especialmente de uma escolha de natureza política, escolha essa ligada às formas e ao objetivo da própria administração judicial. (...) Desse modo, a questão axiológica termina por se precipitar no ordenamento de cada sistema e na própria configuração interna do processo, pela indubitável natureza de fenômeno cultural deste e do próprio direito, fazendo com que aí interfira o conjunto de modos de vida criados, apreendidos e transmitidos de geração em geração, entre os membros de uma determinada sociedade.” OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 74.

uma série de preceitos constitucionais ditados como padrões a serem atendidos pelo legislador ao estabelecer normas ordinárias sobre o processo e pelo intérprete (notadamente o juiz) encarregado de captar o significado de tais normas, interpretando os textos legais. Essa tutela reside nos chamados princípios e garantias constitucionais, de índole acentuadamente política e que correspondem a importantíssimas opções do moderno Estado de direito. Em última análise, a tutela constitucional do processo consiste na projeção de índole e características do próprio Estado sobre o sistema processual.”¹⁷

Inegável, portanto, a influência exercida pela Constituição sobre o processo contemporâneo, em especial a partir do entendimento de que sua finalidade deve olvidar os fins privados imediatos da relação processual para considerar sua natureza de instrumento de direito público, através do qual se exercerá o poder estatal jurisdicional para a solução dos conflitos, que existentes em uma dada sociedade, não podem ser solucionados diretamente por seus próprios interessados.

4 Delimitação do estudo: direito processual constitucional?

Diante dessa íntima relação entre Constituição e processo, e conseqüentemente entre os seus ramos do direito, há que se analisar a atual condensação dessa relação no que a doutrina, atualmente, denomina como direito processual constitucional.

Há várias definições na doutrina para o que se denomina como direito processual constitucional, todas relacionadas com a função de *judicial review*, normalmente, atribuída pelas Constituições contemporâneas ao Poder Judiciário, sendo exemplo cabal disto a definição proposta por J. J. Gomes Canotilho no sentido de definir aquele como “O conjunto de regras e princípios positivados na Constituição e noutras fontes de direito (leis, tratados) que regulam os procedimentos juridicamente ordena-

17 DINARMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v.1, p. 213. Capítulo VII – Os fundamentos constitucionais: princípios e garantias do processo civil.

dos à solução de questões de natureza jurídico-constitucional pelo Tribunal Constitucional.”¹⁸

Além de caracterizado por ter como objeto a função de controle de constitucionalidade atribuída ao Poder Judiciário, normalmente a doutrina também utiliza como fundamento da independência dogmática do direito processual constitucional a pretensão de que este, como decorrência lógica do *judicial review*, tenha por escopo a proteção dos direitos fundamentais. É o que se verifica do posicionamento de José Alfredo de Oliveira Baracho, segundo o qual “O processo constitucional visa tutelar o princípio da supremacia constitucional, protegendo os direitos fundamentais. Várias ações e recursos estão compreendidos nessa esfera protecionista e garantista.”¹⁹

No mesmo sentido o entendimento de Paulo Hamilton Siqueira Jr. de que “O direito constitucional processual tem por finalidade traçar os limites do poder estatal. Esses limites encontram ressonância nos direitos fundamentais, que por sua vez trazem normas e princípios processuais.”²⁰

Sob esta ótica, também se posiciona Cândido Rangel Dinarmarco, segundo o qual o direito processual constitucional “(...) é um método de exame do sistema processual à luz dos preceitos contidos na Constituição; b) ele inclui a tutela constitucional do processo e a jurisdição constitucional das liberdades; c) operam em dois sentidos as relações entre a Constituição e o processo: a Constituição cercando o sistema processual de princípios e garantias, o sistema processual servindo de instrumento de atuação dos preceitos contidos na Constituição.”²¹

18 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 965.

19 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 45.

20 SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. *Direito processual constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 42.

Também neste sentido: “O processo constitucional, conforme já salientamos, está intimamente ligado à proteção dos princípios constitucionais, e assumimos que o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser sempre relacionado ao mesmo. Portanto, o que se verifica é a busca da proteção dos direitos fundamentais.”

BETTINI, Lúcia Helena Polleti. O processo constitucional: a adequação da programação de rádio e TV e o princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v.14, n. 55, p. 47, abr./jun. 2006.

21 DINARMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v.1, p. 210.

Entretanto, com toda a vênia que se possa prestar a nomes tão ilustres da doutrina brasileira²², e até da estrangeira, entender-se que este “novo” direito processual constitucional encontre independência dogmática em tais fundamentos – a função de *judicial review* e a proteção dos direitos fundamentais – representa sério erro de perspectiva, ainda mais em se considerando a tentativa de individualizar-se um novo ramo do direito processual, conforme veremos a seguir.

Primeiramente, o atrelamento puro e simples do *judicial review* à proteção dos direitos fundamentais como característica da independência dogmática do que se chama “direito processual constitucional” peca não só pela falta de uma análise histórica de um e de outro dos institutos, como pela ausência de uma análise mais profunda acerca da legitimidade contemporânea da jurisdição constitucional, pois somente na contemporânea história do direito, em especial após a crise dos sistemas jurídicos estritamente legalistas na primeira metade do século XX, a jurisdição constitucional relaciona-se de forma íntima com os direitos fundamentais.

Além disso, não raras vezes, a proteção absoluta dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário, de forma contra-maioritária ao decidido pelo Parlamento ou mesmo a uma política pública parcial de efetivação dos direitos fundamentais estabelecida pelo Poder Executivo, revelar-se-á evidentemente contrária a outros valores sociais constitucionalmente protegidos²³, o que

22 Segundo Hermes Zaneti Jr., exatamente porque todo processo encontra fundamento na Constituição, todo processo seria constitucional, sem que isto importe no estabelecimento de uma disciplina própria ao chamado “direito processual constitucional”, pois “(...) não se pretende mesmo que (o direito processual constitucional) venha a constitui-la um dia porque o processo constitucional está mais afeiçoado ao âmbito da introdução ao estudo do processo (“teoria geral”), como norte e linha de conformação com os institutos processuais, quer no processo civil, principal ramo do direito – em que, à falta de expedientes específicos, vêm beber, como fonte subsidiária, todos os demais – quer no processo penal, trabalhista e, até mesmo, naquilo que couber, nos processos extrajudiciais.” (ZANETI JR., Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 171.) Sob esta ótica, propugna o mestre gaúcho, radicado em terras capixabas, pela adoção do “(...) termo processo constitucional, a qual seria preciso o suficiente para abarcar os princípios constitucionais processuais, as ações constitucionais, a jurisdição constitucional *strictu sensu* e as normas sobre organização judiciária que estão na Constituição.” (Ibid., p. 174.)

23 “Mas deve-se admitir que a defesa de uma atuação intransigente, global e exclusiva da Justiça Constitucional no âmbito dos direitos fundamentais é democraticamente repulsiva. Casos haverá nos quais a atuação de um Tribunal Constitucional seria não apenas desastrosa mas também tecnicamente indesejável. Portanto, existem impedimentos que não podem ser afastados mesmo numa construção teórica acerca do papel da Justiça Constitucional ativa e substantiva.” TAVARES, André Ramos. O discurso dos direitos fundamentais na legitimidade e deslegitimação de uma justiça constitucional substantiva. In: TAVARES, André Ramos (Coord.). *Justiça constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 159.

evidencia o desacerto em atrelar à jurisdição constitucional, de forma única e exclusiva, a proteção dos direitos fundamentais.

Exemplo cabal desta ausência de vinculação absoluta da jurisdição constitucional com a proteção dos direitos fundamentais – proteção esta, frise-se, marco caracterizador do chamado “direito processual constitucional” – evidencia-se, por exemplo, em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em que, apesar de evidentemente violado um direito fundamental do servidor público a receber seus vencimentos no prazo fixado pela Constituição gaúcha, manteve-se incólume ato normativo do Chefe do Poder Executivo do Estado do Rio Grande do Sul, o qual, apesar de violar o referido direito de alguns servidores, estava de acordo com a realidade fática excepcional de esgotamento dos recursos financeiros do referido Estado-membro²⁴.

Ou ainda outra decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, baseada no voto vencedor do Min. Gilmar Ferreira Mendes²⁵, em que se entendeu que o simples não pagamento de precatório, com natureza alimentar, por Estado da federação não permitiria a intervenção federal baseada no descumprimento de decisão judicial, pois “não podem ser desconsideradas as limitações econômicas que condicionam a atuação do Estado

24 “(...) desde essa perspectiva de análise, a interpretação das normas constitucionais em questão, no sentido de um pensamento jurídico de possibilidades, pode fornecer soluções adequadas ao problema em exame. O ato da Chefe do Poder Executivo do Estado do Rio Grande do Sul enquadra-se numa situação excepcional, em que as finanças públicas estaduais encontram-se em crise. As garantias constitucionais da irredutibilidade e do pagamento em dia da remuneração dos servidores públicos devem ser interpretadas, nesse contexto fático extraordinário, conforme o “pensamento do possível”. Neste juízo sumário de delibação, portanto, entendo que a medida adotada pela Governadora do Estado do Rio Grande do Sul não desborda dos parâmetros de proporcionalidade e razoabilidade, tendo em vista a situação excepcional em que se encontram as contas públicas estaduais. (...) Ressalte-se, outrossim, que não há, no caso, redução de remuneração. Ademais, o Estado do Rio Grande do Sul não está se recusando a pagar a remuneração de seus servidores, mas apenas prorrogando parte desse pagamento até o dia 10 de abril do presente ano, por absoluta impossibilidade financeira. A medida é tópica, abrangendo apenas o pagamento da remuneração atinente ao mês de março de 2007, o que demonstra a sua adoção num quadro de força maior, de extrema e excepcional necessidade.”

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SS 3154/RS Decisão monocrática Min. Gilmar Mendes (exercício da Presidência) j. 28/03/2007 Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 08 out. 2008.

No mesmo sentido o julgamento dos EI-ADI 1.289-4/DF (Rel. Min. Gilmar Mendes Tribunal Pleno j. 03/04/2003 DJ 27/02/2004), através do qual se evidencia a adoção da teoria pelo plenário da Corte e não só em julgamento monocrático de Gilmar Mendes.

25 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. IF 2926 / SP. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Rel. Acórdão Min. Gilmar Mendes Ferreira. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 08 out. 2008.

quanto ao cumprimento das ordens judiciais que fundamentam o presente pedido de intervenção.”²⁶

Assim, diferentemente daquilo que entende a doutrina do chamado direito processual constitucional, nem sempre a jurisdição constitucional dar-se-á com a finalidade de proteger direitos fundamentais, o que demonstra a inadequação de utilizar-se tal relação sem uma análise histórica, e até mesmo contemporânea, dos institutos da jurisdição constitucional e dos direitos fundamentais como base de um “novo” ramo do direito processual.

Entretantes, se a Constituição se vale do processo como instrumento apto a permitir a proteção dos direitos fundamentais, caso não observados espontaneamente, mediante as ações instituídas constitucionalmente como garantias fundamentais²⁷ - v.g., no processo civil, o mandado de segurança, o *habeas data*, o mandado de injunção, a ação popular e a ação civil pública - isto não é fundamento para o estabelecimento de

26 Tratava-se de requerimento de intervenção federal no Estado de São Paulo, devido ao não cumprimento de precatórios de natureza alimentícia pelo referido ente federativo. Em suas razões de defesa, o Estado justificou que, deduzidas as despesas legais e constitucionais com pessoal (58% das receitas correntes líquidas), com o serviço da dívida junto à União (12%), com o custeio do aparato administrativo, que incluem saúde e educação (19%), com investimentos mínimos indispensáveis à continuidade dos serviços públicos essenciais (9%), sobriam apenas 2% das receitas correntes líquidas para o pagamento dos precatórios, receita esta que estava sendo efetivamente gasta com o pagamento de obrigações decorrentes de decisões judiciais transitadas em julgado.

Segundo o Min. Gilmar Mendes Ferreira, o exame de dados concretos como os expostos pelo ente federativo não pode deixar de ser realizado, sob pena de interpretar-se inadequadamente o ordenamento vigente, haja vista que “No âmbito dos reflexos econômicos da atividade jurisdicional, a experiência internacional tem, assim, demonstrado que a proteção dos direitos fundamentais e a busca da redução das desigualdades sociais necessariamente não se realizam sem a reflexão acurada acerca do seu impacto.”

E, continuando o exame da questão sob o prisma da proporcionalidade de decretar-se a intervenção federal no referido caso, entendeu que não haveria proporcionalidade para a medida drástica, pois o ônus imposto ao Estado-membro, e à sociedade que lá vive, seria maior do que os benefícios decorrentes da intervenção, além do que, diante do quadro de impossibilidade financeira de pagamento integral e imediato dos precatórios de natureza alimentícia, tal como demonstrado pelo Estado-membro, estaria o próprio interventor nomeado sujeito às mesmas disponibilidades financeiras que a Administração do ente federativo.

Invocando citação de Nelson Hungria - “Onde não há, até rei perde.” - e considerando a intrincada relação custo das atividades estatais versus limitação de recursos disponíveis, concluiu o ministro seu voto vencedor afirmando que, enquanto o Estado-membro mantiver-se “diligente na busca de soluções para o cumprimento integral dos precatórios judiciais, não estarão presentes os pressupostos para a intervenção federal solicitada.”

No mesmo sentido: IF- 2772/ SP Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Rel. Acórdão Min. Gilmar Ferreira Mendes. Tribunal Pleno; IF 164/SP Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Rel. Acórdão Min. GILMAR MENDES Revisor Min. Julgamento: 13/12/2003 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação: DJ DATA-14-11-2003 PP-00014 EMENT VOL-02132-01 PP-00010; IF 2127/SP Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Rel. Acórdão Min. GILMAR MENDES Revisor Min. Julgamento: 08/05/2003 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação: DJ DATA-22-08-2003 PP-00022 EMENT VOL-02120-01 PP-00044.

27 Enquanto os direitos fundamentais são constituídos através de disposições constitucionais declaratórias, as garantias fundamentais referem-se às disposições de cunho assecuratório daqueles direitos. Ou seja, tratam-se as garantias fundamentais de instrumentos adequados à efetivação dos direitos que, em regra, representem a decisão político-jurídica central da sociedade em determinado período de sua história.

um direito processual constitucional, vez que, apesar das ações em epígrafe terem fundamento constitucional, seu processo não detém aspectos individualizantes fundados exclusivamente na proteção da Constituição, à igualdade do que ocorre nos demais processos subjetivos em que se exercita o controle difuso/concreto de constitucionalidade para a proteção constitucional de outros direitos que não os fundamentais e diferentemente do que ocorre, por exemplo, com o processo objetivo típico do controle jurisdicional abstrato/concentrado de constitucionalidade, este sim com aspectos específicos fundados na proteção abstrata da Constituição, com evidente substancialidade para sua individualização, conforme será demonstrado posteriormente.

Tal situação evidencia a impossibilidade de utilizar-se a jurisdição constitucional como premissa desta “nova” categoria de direito processual, pois esta também se realiza em processos subjetivos sem especificidades que possam lhe individualizar em relação aos demais processos que servem de suporte ao exercício do controle difuso/concreto de constitucionalidade, controle este decorrente da necessária relação entre Constituição e processo, ambos considerados em via de influência mútua.

Influência mútua porque se um sistema jurídico adota, via Constituição, o *judicial review* como seu principal sistema de controle de constitucionalidade, o processo será o mecanismo através do qual o Estado-juiz realizará o controle de adequação dos atos normativos e concretos à Constituição vigente, não se restringindo o exercício de tal função ao que certa parcela da doutrina vem denominando como “direito processual constitucional”.

Parece-nos acertado, portanto, considerar a subordinação processual constitucional do juiz em ambos os sentidos vetoriais de análise do processo segundo a Constituição, quais sejam o sentido Constituição-processo, no qual se analisa a tutela constitucional do processo, de acordo com os princípios que devem regê-lo, vez que alçados a nível constitucional e o sentido processo-Constituição, no qual se propiciará, em todo e qualquer

processo²⁸, o controle de adequação à Constituição através da chamada “jurisdição constitucional”.

Sob estas condições, não se pode olvidar que, em todo e qualquer processo de natureza subjetiva, o juiz estará submetido à Constituição vez que o referido estatuto político-normativo, como fundamento jurídico dos valores mais importantes para a sociedade e oponíveis ao Estado, influenciará a realização do processo, enquanto único mecanismo constitucionalmente autorizado para comportar a prestação da tutela jurisdicional justa e efetiva pelo Estado-juiz e este, conseqüentemente, atuará objetivando a efetivação da Constituição mediante sua própria atuação jurisdicional.

A possibilidade de qualquer indivíduo, de forma tão universal quanto o direito de ação constitucionalmente declarado na Constituição, apresentar ao Poder Judiciário, de forma difusa, a questão constitucional que influencia sua esfera jurídica permite ao magistrado brasileiro apreciar e decidir questões tão importantes quanto as que envolvem, por exemplo - mas não única e exclusivamente - direitos fundamentais²⁹, sob a subjetividade dos dramas reais das partes da demanda.

Deste modo, fica constatado que o posicionamento doutrinário quanto à existência de um direito processual constitucional, baseado na jurisdição constitucional e na finalidade desta em proteger os direitos fundamentais, com independência dogmá-

28 O objeto de controle de constitucionalidade não se resume aos atos normativos em tese, os quais podem ser, em essência, impugnados por meio do ajuizamento das ações diretas previstas nos artigos 102, I, a) da CF/88 ou aos direitos fundamentais, que poderão ser protegidos por meios das chamadas garantias fundamentais, denominadas pela doutrina como “jurisdição constitucional das liberdades”.

É que todo e qualquer ato estatal – e até mesmo os que não tem esta natureza –, mesmo aqueles que não sejam de natureza normativa, poderá ser objeto de controle de constitucionalidade, pela via difusa. Por exemplo, quando o Ministério Público, pretendendo a proteção do direito constitucional difuso a um meio ambiente equilibrado, ajuíza uma ação civil pública contra órgão estadual que concede licenças ambientais, com base em lei flagrantemente inconstitucional, além da própria lei que fundamenta sua expedição, são os atos administrativos de concessão de licenciamento que estão sendo objeto de controle de constitucionalidade pela jurisdição ordinária, vez que são estes os atos que podem ser por ela revisados no seu exercício da jurisdição constitucional. Nessa hipótese, portanto, o principal objeto da jurisdição constitucional são os atos concretos do Poder Público.

29 “(...) não há como se discutir direitos fundamentais sem que haja um sistema constitucional que admita correções da integridade constitucional via controle difuso. Cremos que, ao se reconhecer os direitos fundamentais como cerne básico do direito constitucional, há que se reconhecer também uma adequada processualização desta matéria e que, insista-se, só logrará resultados satisfatórios dentro de um arcabouço democrático e humano via implementação do controle difuso, até para que não se tenha a hipertrofia da jurisdição de modelo concentrado e monopolístico.(...)”
SILVA NETO, Francisco da Cunha e. O controle difuso: uma forma de humanização do controle de constitucionalidade das leis. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.15, n. 59, p. 131-145, 2007.

tica suficiente para a sua distinção, não encontra respaldo nos próprios institutos sobre os quais a doutrina o fundeia.

Sim, porque não será somente na chamada “jurisdição constitucional das liberdades” que se exercitará a jurisdição constitucional, mas sim em todo e qualquer processo com natureza subjetiva, onde aquela função de proteção à Constituição será realizada pelo juiz ordinário, mediante o controle concreto de constitucionalidade que a própria Carta lhe atribui na via difusa. Ou seja, é através do controle difuso de constitucionalidade que se efetiva a proteção de relações jurídicas subjetivas da incidência de atos em desconformidade da Constituição, pois é nesta via que o juiz ou Tribunal - em todo e qualquer processo efetivado pelo direito constitucional de ação - pode e deve realizar o controle concreto de constitucionalidade, incidentalmente, à decisão do mérito da demanda que lhe foi submetida.

Assim, novamente rogando expressa vênua aos doutrinadores aqui mencionados, parece-nos, portanto, restar evidente que não são o exercício da jurisdição constitucional ou a proteção dos direitos fundamentais as premissas adequadas para uma possível independência do chamado direito processual constitucional, pois se é possível o estabelecimento de uma premissa para esta individualização dogmática esta recai sobre a própria natureza de uma espécie de processo constitucional expressamente fixado pela Constituição para sua proteção objetiva.

Se, efetivamente, existe um direito processual constitucional, como sustenta parte da doutrina processualista brasileira, este seria o ramo do direito processual pertinente ao processo típico das ações diretas de constitucionalidade – ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade –, processo este que tem como objeto atos normativos em tese e como finalidade a proteção abstrata da constitucionalidade daqueles atos, características estas que o individualizam sob a ótica do exercício da jurisdição constitucional, conforme será plenamente demonstrado a seguir.

A maior particularidade do processo das ações diretas de constitucionalidade recai sobre a sua própria natureza objetiva³⁰, que o torna um processo sem partes e, exatamente por conta disto, não sujeito aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, apesar de tão caros e inarredáveis em qualquer outro processo de natureza subjetiva.

O processo das ações diretas de constitucionalidade é também individualizado pelos efeitos que são típicos às decisões nele proferidas, quais sejam as eficácias *erga omnes*³¹, *ex tunc*³² e vinculantes^{33 34} das decisões finais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em ADIn's e ADC's.

Há inúmeras outras particularidades no processo objetivo típico das ações diretas de constitucionalidade. Veja-se, por exemplo, que a medida de urgência a ser concedida em uma ação direta de inconstitucionalidade não tem por finalidade assegurar um determinado direito subjetivo à efetividade do processo ou à antecipação dos efeitos de um direito discutido em

30 E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (...) INADEQUAÇÃO DO CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO PARA A DEFESA DE INTERESSES INDIVIDUAIS E CONCRETOS: SITUAÇÃO INOCORRENTE NA ESPÉCIE. CONSEQÜENTE IDONEIDADE JURÍDICA DO MEIO PROCESSUAL UTILIZADO. - O controle normativo de constitucionalidade qualifica-se como típico processo de caráter objetivo, vocacionado, exclusivamente, à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional. A instauração desse processo objetivo tem por função instrumental viabilizar o julgamento da validade abstrata do ato estatal em face da Constituição da República. *O exame de relações jurídicas concretas e individuais constitui matéria juridicamente estranha ao domínio do processo de controle concentrado de constitucionalidade. A tutela jurisdicional de situações individuais, uma vez suscitada a controvérsia de índole constitucional, há de ser obtida na via do controle difuso de constitucionalidade, que, supondo a existência de um caso concreto, revela-se acessível a qualquer pessoa que disponha de interesse e legitimidade (CPC, art. 3º).* (destaque!) SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI/MC-QO 2551/MG Rel. Min. Celso de Mello j. 02/04/2003 Disponível em: <www.stf.gov.br> Acesso em: 27 jun. 2008.

31 Art. 28, parágrafo único Lei nº 9.868/99.

32 Art. 27 da Lei 9868/99.

33 Art. 28, parágrafo único Lei nº 9.868/99 e art. 102, § 2º da CR/88 incluído pela EC 03/93 e com nova redação pela EC 45/04.

34 QUESTÃO DE ORDEM. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO DE MÉRITO. PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 28 DA LEI 9868/99: CONSTITUCIONALIDADE. EFICÁCIA VINCULANTE DA DECISÃO. REFLEXOS. RECLAMAÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA. 1 É constitucional lei ordinária que define como de eficácia vinculante os julgamentos definitivos de mérito proferidos pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade (Lei 9868/99, artigo 28, parágrafo único). 2 Para efeito de controle abstrato de constitucionalidade de lei ou ato normativo, há similitude substancial de objetos nas ações declaratória de constitucionalidade e direta de inconstitucionalidade. Enquanto a primeira destina-se à aferição positiva de constitucionalidade a segunda traz pretensão negativa. Espécies de fiscalização objetiva que, em ambas, traduzem manifestação definitiva do Tribunal quanto à conformação da norma com a Constituição Federal. 3 A eficácia vinculante da ação declaratória de constitucionalidade, fixada pelo § 2º do artigo 102 da Carta da República, não se distingue, em essência, dos efeitos das decisões de mérito proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade. (...).” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Rcl-AgR nº 1880/SP Pleno. Rel. Min. Maurício Corrêa j. 07/11/2002. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 18 jan. 2008.

juízo, mas sim a suspensão da eficácia – para alguns autores até mesmo da vigência³⁵ – do dispositivo normativo impugnado, enquanto a Corte Constitucional discute a sua constitucionalidade.

Ainda no contexto da decisão liminar na ação direta de inconstitucionalidade, observe-se que, apesar de adotar os requisitos normalmente estabelecidos pela legislação vigente para a concessão das medidas de urgência, o Supremo Tribunal Federal entende pela possibilidade de substituição da probabilidade de dano irreparável ou de difícil reparação por um denominado “critério de conveniência”, vez que a manutenção da eficácia do ato normativo impugnado pode “(...) ensejar o exame sob o ângulo da conveniência da concessão da liminar, perquirindo-se os aspectos em questão para definir-se aquele que mais se aproxima do bem comum.”³⁶

Ainda no contexto das características específicas do processo de controle abstrato/concentrado de normas, veja-se a natureza dúplice das ações diretas de controle, que reconhecida não só pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mas também pela própria legislação vigente ³⁷, permite que qualquer que seja a ação empregada – ADIn ou ADC – a Corte possa tanto declarar a inconstitucionalidade de uma norma, retirando-a do ordenamento jurídico, como tornar absoluta – *jure et jure* – a presunção relativa – *juris tantum* – de constitucionalidade da norma impugnada.

Note-se ainda que, apesar de o Supremo Tribunal Federal posicionar-se pela natureza declaratória da decisão profe-

35 “(...) a possibilidade, admitida pelo Tribunal, de que conceda, ainda que em casos excepcionais, a cautelar com eficácia *ex tunc*, e a aceitação, pela Corte, da idéia segundo a qual, concedida a liminar, restaure-se a vigência do direito eventualmente revogado, revelam, em verdade, que já no juízo de liminar se cuida de uma questão de vigência da norma questionada. [...] Portanto, a medida cautelar deferida em processo de controle de normas opera não só no plano estrito da eficácia, mas também no plano da própria vigência da norma. (...) Não há dúvida, pois, de que a suspensão liminar da eficácia da lei ou do ato normativo equivale, portanto, à suspensão temporária de sua vigência.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Voto Min. Gilmar Ferreira Mendes Rcl 2256/RN Pleno. j. 11/09/2003 Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 06 nov. 2008.

36 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADIn 768/MC Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. j. 07/10/1992. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em: 06/11/2008.

37 Art. 24 da Lei nº 9.868/99 – “Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória.”

rida em ADIn³⁸, com base no fundamento da nulidade absoluta da lei inconstitucional – decorrente da teoria clássica do *judicial review* de que o juiz não torna a lei inconstitucional, mas apenas declara uma inconstitucionalidade que já lhe existia e foi apresentada como objeto de decisão –, a Lei nº 9.868/99, regulamentadora do processo objetivo das ações diretas de constitucionalidade, em seu art. 27, normatizou este caráter declaratório das decisões proferidas em ações diretas de constitucionalidade, atribuindo-lhe eficácia retroativa - *ex tunc*, mas atenta à insuficiência da teoria da nulidade³⁹ do ato inconstitucional para a complexidade dos problemas modernos permitiu a adoção de técnicas de decisão aptas a conferir efeitos *ex nunc*, *pro tempore* ou *pro futuro* em casos de excepcional interesse público e/ou razões para preservação da segurança

38 “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - NATUREZA DO ATO INCONSTITUCIONAL - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - EFICÁCIA RETROATIVA - O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO “LEGISLADOR NEGATIVO” - REVOGAÇÃO SUPERVENIENTE DO ATO NORMATIVO IMPUGNADO - PRERROGATIVA INSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO - AUSÊNCIA DE EFEITOS RESIDUAIS CONCRETOS - PREJUDICIALIDADE.

O repúdio ao ato inconstitucional decorre, em essência, do princípio que, fundado na necessidade de preservar a unidade da ordem jurídica nacional, consagra a supremacia da Constituição. esse postulado fundamental de nosso ordenamento normativo impõe que preceitos revestidos de “menor” grau de positividade jurídica guardem, “necessariamente”, relação de conformidade vertical com as regras inscritas na carta política, sob pena de ineficácia e de conseqüente inaplicabilidade. atos inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em conseqüência, de qualquer carga de eficácia jurídica. - a declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquina de total nulidade os atos emanados do poder público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe - ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos - a possibilidade de invocação de qualquer direito. - a declaração de inconstitucionalidade em tese encerra um juízo de exclusão, que, fundado numa competência de rejeição deferida ao Supremo Tribunal Federal, consiste em remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na carta política, com todas as conseqüências daí decorrentes, inclusive a plena restauração de eficácia das leis e das normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional. Esse poder excepcional - que extrai a sua autoridade da própria carta política - converte o Supremo Tribunal Federal em verdadeiro legislador negativo.(...)” (destaquei)

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADIn 652/MA Pleno. Rel. Min. Celso de Mello j. 02/04/1992 Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 05 nov. 2008.

39 A insuficiência da teoria da nulidade do ato inconstitucional, que já era expressa na jurisprudência norte-americana, pode ser visualizada em julgamento recente do próprio Supremo Tribunal Federal. Após modificar radicalmente seu posicionamento para considerar inconstitucional o art. 2º, § 1º da Lei 8.072/90, que vedava a progressão de regime em crimes hediondos (HC 82.959/SP Plenário. Rel. Min. Marco Aurélio. J. 23/02/2006 DJ 01/09/2006 p. 18) – a nosso ver, fruto da considerável renovação de seus ministros em 2005 –, mesmo sendo fiel à teoria da nulidade do ato inconstitucional, a Corte aplicou eficácia *erga omnes* e *ex nunc* à mencionada decisão proferida em recurso extraordinário, em contradição às tradicionais eficácias *inter partes* e *ex tunc*, quanto a esta última para evitar que a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo, com os regulares efeitos pretéritos, invalidasse todas as vedações a progressões de regime em crimes hediondos, permitindo-se ao juiz de execução penal individualizar a questão da inconstitucionalidade na vedação da progressão pela natureza do crime. Ou seja, se o preso estivesse impedido de progredir de regime por outros óbices de natureza legal, a declaração de inconstitucionalidade da vedação de progressão de regime pela natureza hedionda do crime, com efeitos *ex nunc*, não impediria ao juiz da execução penal em mantê-lo preso em regime mais grave por outras determinações legais que não o art. 2º, § 1º da Lei 8.072/90.

jurídica, caso reconhecidas por, no mínimo, 2/3 dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

Outro exemplo de especificidade do processo das ações diretas de constitucionalidade pode ser evidenciado no fato de a “Interpretação conforme a Constituição”, enquanto técnica de decisão em controle abstrato de normas similar à “declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto”⁴⁰, ficar adstrita ao Supremo Tribunal Federal, vez que a jurisdição ordinária somente pode manejá-la como postulado de interpretação segundo o qual, em decorrência do princípio instrumental da presunção de constitucionalidade dos atos normativos⁴¹, existindo mais de uma interpretação possível ao ato normativo, deve-se buscar aquela que o compatibilize com a Constituição, ainda que não seja obviamente aquela que decorra do seu texto. É que, se utilizada como técnica de decisão, pela jurisdição ordinária, tal situação obrigaria que tais decisões fossem submetidas à cláusula de reserva de plenário⁴², situação que inviabilizaria o controle difuso de constitucionalidade atribuído a todo e qualquer juiz pela Constituição vigente.

Também como exemplo evidente das especificidades do processo das ações diretas de constitucionalidade, de ressaltar-se a adoção da chamada “inconstitucionalidade por

40 “Ainda que se não possa negar a semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático de sua utilização, é certo que, enquanto na interpretação conforme a Constituição se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na *declaração de nulidade sem redução de texto*, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação (*Anwendungsfälle*) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal. Assim, se pretende realçar que determinada aplicação do texto normativo é inconstitucional, dispõe o Tribunal da *declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto*, que, além de mostrar-se tecnicamente adequada para essas situações, tem a virtude de ser dotada de maior clareza e segurança jurídica, expressas na parte dispositiva da decisão (*a lei X é inconstitucional se aplicável a tal hipótese; a lei Y é inconstitucional se autorizativa da cobrança do tributo em determinado exercício financeiro*).”
MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 286.

41 Ante a deferência política devida pelos Poderes uns aos outros, consubstanciado no princípio da separação dos poderes, este princípio funciona como fator de autolimitação da atuação judicial: um ato normativo somente deve ser declarado inconstitucional quando a sua invalidade for patente e não for possível decidir a lide com base em outro fundamento.
BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios do direito brasileiro. In: BARROSO, Luiz Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 35-40.

42 Art. 97 da CF/88 – “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.”

arrastamento⁴³ – também denominada inconstitucionalidade seqüencial ou por atração – pelo Supremo Tribunal Federal⁴⁴ nos casos em que será declarada, seqüencialmente, a inconstitucionalidade de outro dispositivo legal com estrita relação de dependência com o preceito legal declarado como inconstitucional, sem que haja requerimento neste sentido na petição inicial, o que, em processo subjetivo, representaria verdadeira heresia ao princípio da inércia jurisdicional, segundo o qual a Corte deveria limitar-se aos dispositivos normativos que, expressamente, constassem do pedido inicial.

De ver-se, portanto, que, diferentemente do que ocorre com todos os demais processos de natureza subjetiva, onde não é possível individualizar a jurisdição constitucional que será realizada pelo juiz ordinário, mediante o controle concreto de constitucionalidade pela via difusa, o processo objetivo das ações diretas de constitucionalidade possui especificidades aptas a individualizá-lo cientificamente, pois aqui a proteção objetiva da Constituição é o único e exclusivo objeto do processo constitucionalmente fixado.

Sob estas circunstâncias, a inovação propugnada pela doutrina no sentido da independência científica de um novo direito processual constitucional, no qual se inseriria o processo objetivo típico das ações diretas de constitucionalidade, não traz nenhum benefício ao presente trabalho.

Pelo contrário, o modismo doutrinário pela segregação dogmática de um dito “direito processual constitucional” represen-

43 “A inconstitucionalidade conseqüente opera em cascata, através da propagação da relação de desvalor de uma norma principal, para as normas dela dependentes.(...) em casos em que uma norma principal tenha sido previamente julgada inconstitucional, e seja depois impugnada, por via principal, uma norma dela dependente, precisamente em razão da relação de instrumentalidade que guardaria com a primeira, o Tribunal tem procedido à declaração de inconstitucionalidade subseqüente da segunda.” MORAIS, Carlos Blanco. *Justiça constitucional. Apud MENDONÇA, Andrey Borges de. Inconstitucionalidade por arrastamento ou por conseqüência. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade.* Salvador: JusPodivm, 2007. p. 162-163.

44 “(...) No mérito, tendo em conta que os dispositivos possuíam teor análogo, que a causa de pedir era idêntica e, ainda, que a declaração de inconstitucionalidade dos artigos impugnados na inicial acabariam por atingir os acrescidos no parecer, tomando-os inaplicáveis, retificou-se o voto anteriormente proferido e declarou-se a inconstitucionalidade dos artigos 22 e 28 e, por arrastamento, das expressões “acrescida e calculada juntamente com a Taxa Judiciária e quotas para a Associação Cearense dos Magistrados, para a Associação Cearense do Ministério Público e para a Caixa de Assistência dos Advogados”, constante do caput do art. 5º, e “outra para o recolhimento dos valores destinados aos órgãos de classe especificados no Art. 5º desta Lei”, contida no parágrafo único do art. 25, todos da Lei 12.381/94. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADIn 2982 QO/CE Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 17/06/2004. *Informativo STF*, n. 352, de 14 a 18/06/2004. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 05 nov. 2008.

taria erro fatal na apreciação da subordinação processual constitucional do juiz contemporâneo no processo civil de natureza subjetiva. Primeiro, porque é indevida a exclusão de todos os demais processos de natureza subjetiva não enquadrados na chamada “jurisdição constitucional das liberdades”, vez que naqueles, tanto quanto nestes, haverá o exercício da jurisdição em prol da supremacia concreta da Constituição, sem se olvidar da incidência dos princípios processuais constitucionalmente fixados. Segundo, porque a inclusão do processo típico das ações diretas no chamado “direito processual constitucional” impede a adequada análise processual constitucional da atuação jurisdicional, nos mesmos moldes da que seria realizada nos processos de natureza subjetiva, vez que aquela se encontra submetida a parâmetros processuais constitucionais específicos não passíveis de individualização em nenhum outro ramo do direito processual brasileiro.

Diante do posicionamento ora envidado, a análise da subordinação processual constitucional do juiz contemporâneo que iremos posteriormente empreender será realizada não naquilo que a doutrina modernamente tem denominado como “direito processual constitucional”, mas sim sob a ótica do direito processual civil relacionado a processos de natureza subjetiva, ou, de forma ainda mais técnica, podemos delimitar nossa análise naquilo que Hermes Zaneti Jr. chama de “módulo processual jurisdicional civil”, o qual “(...) no direito brasileiro (...) é o procedimento em contraditório exercido no âmbito da jurisdição.”⁴⁵ civil, pois assim restará excluído o processo pertinente às ações diretas de constitucionalidade, o qual não se dá sob a ótica do contraditório, e inclusos estariam todos os demais processos que não aqueles denominados pela doutrina como meios para o exercício da “jurisdição constitucional das liberdades”.

45 ZANETI JR., Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 198.

5 A subordinação processual constitucional do juiz contemporâneo no processo civil brasileiro

Considerando-se o juiz como agente do Estado responsável pela solução dos conflitos sociais através da prestação da tutela jurisdicional e que, nesta condição, ele subordina-se a mesma Constituição que tem obrigação de proteger através de sua atuação, necessariamente estará o juiz sob condições que aparentemente impõem-se como contraditórias: deverá atuar mediante a prestação jurisdicional célere, justa e efetiva, sem olvidar, entretanto, a necessidade de subordinar-se às formalidades processuais determinadas pela própria Constituição, dentre as quais a estrita observância à ampla defesa e ao contraditório.

Aparentemente contraditórias porque, tanto quanto várias outras condições de aparente conflito, aqui se evidenciam os valores dialéticos, que caracterizando as sociedades contemporâneas, plurais e complexas, encontram-se protegidos pela Constituição e, exatamente por isto, devem ser observados ⁴⁶ pelo Estado-juiz.

Sob esta ótica, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira ressalta para a própria dialética interna do processo contemporâneo, onde a efetividade e a segurança jurídica apresentam-se como valores essenciais à conformação do processo, cabendo, assim, ao juiz valer-se do emprego de técnicas hermenêuticas adequadas para equilibrar, na relação processual, valores em tese conflitantes ⁴⁷, tais como segurança jurídica e formalismo do procedimento, de um lado, e celeridade e efetividade da prestação jurisdicional de outro, situação esta que caracteriza a perspectiva constitucional do processo contemporâneo.

Sob esta dialética interna do processo contemporâneo, decorrente da perspectiva de não mais considerar o processo

46 "(...) a perspectiva constitucional do processo veio contribuir para afastar o processo do plano das construções conceituais e meramente técnicas e inseri-lo na realidade política e social. Tal se mostra particularmente adequado no que diz respeito ao formalismo excessivo, pois sua solução exige o exame do conflito dialético entre as duas exigências contrapostas, mas igualmente dignas de proteção, asseguradas constitucionalmente: de um lado, a aspiração de um rito munido de um sistema possivelmente amplo e articulado de garantias "formais" e, de outro, o desejo de dispor de um mecanismo processual eficiente e funcional."

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 31, n.137, p. 15-16, jul. 2007.

47 *Ibid.*, p. 13

como mera técnica científica, mas sim como instrumento dotado de finalidades outras que não a meramente jurídica – social⁴⁸ e, até mesmo, política⁴⁹ –, deverá o processo contemporâneo ser efetivo e eficaz no sentido de permitir a solução justa do conflito de interesses levado ao Poder Judiciário.

Assim, todo e qualquer intérprete, em especial o juiz, está obrigado a considerar o processo não só como método científico, mas como mecanismo apto a permitir a prestação da tutela jurisdicional justa e efetiva, o que somente será possível através de “uma postura mais ativa dos operadores do direito e em especial do Poder Judiciário, o qual deve sempre que possível, buscar ser criativo e comprometido com a justiça social, especialmente porque uma sentença, como toda a atividade jurisdicional, não pode ser aceita como simples produto de um pensamento mecanicista, devendo ser sim, fruto de um juízo valorativo que representa uma função global e unitária em que os vários aspectos inerentes à sociedade se solidarizam; não mais se aceita uma decisão vinculada de modo inocente e autônomo “à ideologia inserida na lei”.⁵⁰

Mas, não nos enganemos que esta atuação do magistrado contemporâneo possa outorgar-lhe qualquer afastamento aos limites processuais que lhe são estabelecidos pela própria Constituição, pois seria, no mínimo, paradoxal – para não dizer inconcebível – que o juiz, sujeito ao cumprimento da Lei Magna, agisse com arbítrio no exercício de tal função⁵¹.

48 “Se o processo, única e exclusivamente, não é elemento apto a transformar as deformidades sociais que marcam a realidade brasileira, por ordem do aparelho judicial, visto que tal tarefa precípua deve ser atribuída ao direito material, por outro lado entender que o direito processual em nada pode contribuir para a redução das iniquidades e mazelas brasileiras é posição só aparentemente progressista, visto que o processo será “socialmente efetivo” quando “apto a abrir passagem mais desimpedida a interesses socialmente relevantes, quando necessitem transitar na órbita judicial.”

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. In: _____. *Temas de direito processual*. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 16.

49 “A judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo se mostram falhos, insuficientes ou insatisfatórios. Sob tais condições, ocorre uma certa aproximação entre Direito e Política e, em vários casos, torna-se difícil distinguir entre um ‘direito’ e um ‘interesse político’.”

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo: ANPOCS, v. 12, n. 34, jun. 1997.

50 CATALAN, Marcos José. O princípio da congruência e o acesso à ordem jurídica justa. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, n. 147, p. 79, maio 2007.

51 “A questão, fundamental, está, portanto, em estabelecer, através de critérios confiáveis, o limite entre o exercício da discricionariedade, essencial ao ato jurisdicional, e o arbítrio, (...)”

SILVA, Ovidio A. Baptista da. *Fundamentação das sentenças como garantia constitucional*. Disponível em: < <http://www.baptistadasilva.com.br>>. Acesso em: 11 set. 2008.

Isto porque mesmo que todas as circunstâncias contemporâneas imponham ao juiz uma atuação criativa e compromissada com os valores sociais normatizados pela Constituição, tal situação não o afasta da sua subordinação ao formalismo processual⁵², visto que este se trata de uma imposição da própria Constituição a limitar a atuação do juiz e a evitar o arbítrio por parte do mesmo, pois contém “(...) a própria idéia do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedimento.”⁵³

O formalismo processual a que se sujeita o magistrado não tem por única finalidade ordenar o procedimento, mas disciplinar os poderes judiciais como forma de proteger as partes, e todos os demais interessados na relação processual, de eventuais arbítrios dos órgãos estatais responsáveis pela prestação da tutela jurisdicional, pois “(...) a realização do procedimento deixada ao simples querer do juiz, de acordo com as necessidades do caso concreto, acarretaria a possibilidade de desequilíbrio entre o poder judicial e o direito das partes. E dessa maneira poderia fazer até periclitar a igual realização do direito material, na medida em que a descrição do órgão judicial, quanto ao procedimento e o exercício da atividade jurisdicional, implicaria o risco de conduzir a decisões diversas sobre a mesma espécie de situação fática material, impedindo uma uniforme realização do direito. (...)”⁵⁴ (destaque nosso)

Confirmada a subordinação da função jurisdicional ao formalismo processual determinado pela própria Constituição⁵⁵,

52 Como bem lembra Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, o formalismo processual, que nos é tão caro, não se confunde com a forma dos atos processuais individualmente considerados, mas sim com a totalidade formal do processo, onde se deve considerar “(...) a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais.” (destaque nosso).

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 6-31

53 *Ibid.*, p. 8.

54 *Ibid.*, p. 8-9.

55 Formalismo processual determinado pela Constituição, pois o formalismo processual limitador da função jurisdicional exercida pelo juiz é aquele que encontra substrato na própria Constituição, e não na lei infra-constitucional, pois “O que diferencia o juiz do administrador é justamente o caráter jurisdicional de seus atos; como seu poder advém da jurisdição, ele não está vinculado à lei, mas pode, frente à provocação das partes e preservada a simetria na formação da decisão, ir além da lei ou mesmo contra a lei para a realização da justiça (...).”

ZANETI JR., Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 156.

passaremos agora à análise estrita de alguns parâmetros processuais constitucionais que servem de diretrizes à atuação contemporânea deste “novo” juiz no processo civil brasileiro.

6 Releitura de alguns parâmetros tradicionais da função jurisdicional, agora à luz da Constituição

6.1 A inércia jurisdicional

Deverá o juiz observar o princípio processual da inércia judicial, vez que, tratando-se de atuação jurisdicional, há que se observar a necessidade de provocação do órgão judicial, exatamente por que é esta característica que diferencia o processo judicial dos processos legislativo e administrativo, pois tal como afirma Cappelletti para a atuação do juiz é imprescindível o manejo da ação, “*condição sem a qual não pode o juiz exercer em concreto o poder jurisdicional*”.⁵⁶ (destaque nosso)

Em que pese, à primeira vista, a observância do princípio da inércia judicial parecer óbvia, há que se ressaltar que, em vista dos novos parâmetros de atuação judicial expostos anteriormente, recentemente, apesar do posicionamento do Tribunal Superior Eleitoral, os presidentes dos Tribunais Regionais Eleitorais, reunidos no 41º Encontro de Presidentes dos Tribunais Regionais Eleitorais do Brasil, divulgaram a Carta do Rio de Janeiro, na qual firmam consenso em levar em conta eventuais “fichas sujas” de candidatos durante a análise dos registros de candidaturas⁵⁷.

Sem adentrar no mérito da questão, a qual, em tese, representa adequado posicionamento do Poder Judiciário aos reclamos da sociedade brasileira por idoneidade daqueles que se candidatam ao exercício de cargos públicos eletivos, fato é que os órgãos judiciais competentes para apreciar a referida matéria já estão pré-julgando as referidas questões

56 CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 1993. p. 76.

57 MACIEL NETO, Pedro Benedito. *Judicialização da política, ficha suja: partidos políticos não cumprem o seu papel*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/static/text/67745,1> > Acesso em: 01 ago. 2008.

e, o que é pior, fora do processo judicial onde deveriam ser provocados para apreciar as referidas questões, em evidente contradição ao princípio da inércia judicial consagrado no art. 2º do CPC.

A não observância deste limite processual à atuação judicial pode conduzir a episódios semelhantes aos ocorridos na Itália, nos idos da década de 1990, onde juízes, “com sentenças ideologicamente enviesadas e justificadas em nome da ‘depuração da classe política’ (...) *passaram a exorbitar de suas prerrogativas, tomando iniciativas que não lhes cabia tomar sem serem provocados para isso*, o que resultou em confusão institucional (...).”⁵⁸ (destaquei)

6.2 Inafastabilidade de jurisdição

Interpretada sob sua natureza de disposição constitucional, vez que prevista no art. 5º, XXXV⁵⁹ da CF/88, a inafastabilidade de jurisdição foi – e ainda é – entendida como um direito absoluto através do qual qualquer indivíduo poderia apresentar uma ação ao Estado-juiz, pois toda e qualquer pretensão deveria ser aceita em juízo, processada e julgada, para que fosse oferecida a tutela jurisdicional àquele que manejou o referido direito de ação. Empreendendo este posicionamento de que o direito de ação seria um direito fundamental, e por conta disso um direito absoluto, boa parte da doutrina sustentou a indesejabilidade definitiva dos requisitos técnicos-processuais ao conhecimento do mérito da demanda pelo juiz.

Esta doutrina encontrou óbvios obstáculos ao critério de absolutismo do direito de ação, enquanto direito fundamental, pois, se, em vista da necessidade de regradar a relação entre diversos setores sociais e o Estado, a Constituição é formada por disposições dialéticas (em princípio, conflitantes) entre si, não se poderá pretender efetivar um determinado direito fundamental em detrimento absoluto de outro direito

58 MACIEL NETO, Pedro Benedito. *Judicialização da política, ficha suja*: partidos políticos não cumprem o seu papel. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/static/text/67745,1>> Acesso em: 01 ago. 2008.

59 “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”.

fundamental⁶⁰, sob pena de esvaziamento da própria função constitucional de permitir a convivência das liberdades públicas. Exatamente por isto, a doutrina que sustentou a “legítima relatividade da garantia da inafastabilidade de jurisdição”⁶¹ obteve melhor sorte, hipótese em que, apesar de mitigados, adequada a análise prévia – e corrente ao longo do processo – dos requisitos técnico-processuais ao conhecimento do mérito da demanda.

6.3 Devido processo legal, contraditório e liberdade das partes

Evidentemente, os parâmetros de limitação da atuação jurisdicional objeto da presente exposição estão sendo tratados de forma eminentemente superficial, porque esta é a função de um artigo: apresentar ideias e instigar o debate, vez que o aprofundamento das ideias deve ser guardado para obra de maior fôlego como uma monografia científica ou um livro.

Com natureza de direito fundamental, inscrito no art. 5º, LIV da Constituição, o “devido processo legal” estipula uma cláusula de reserva de jurisdição, através da qual – salvo raríssimas exceções – *“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”*.

Ademais, o referido direito fundamental assegura a todos que as medidas adotadas pelo Estado para restringir bens e liberdades, mesmo no exercício da função jurisdicional, somente serão válidas, e legítimas, caso se submetam às demais limitações estipuladas pela Constituição à função jurisdicional.⁶²

60 No atual contexto de nossa realidade social, apesar de não se desconsiderar os métodos e critérios da interpretação jurídica clássica, percebeu-se a necessidade de métodos próprios e específicos à interpretação das normas constitucionais, pelo simples fato de que tal espécie de norma não tem um sentido unívoco, objetivo, mas, antes de tudo, é dialética, representando a concretização de diversos valores que, tidos como antagonônicos, precisam viver em harmonia no mesmo sistema jurídico, tais como, por exemplo, o clássico exemplo dos princípios da liberdade de imprensa/informação e da privacidade do indivíduo, esculpidos como direitos fundamentais na CR/88.

61 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v.1, p. 218.

62 “O poder estatal exercido pelo juiz sofre todas as limitações inerentes ao Estado-de-direito democrático, não podendo ele avançar sobre competências de outros juizes e não podendo, ainda quando eventualmente lho autorize a lei, exercer o poder de modo capaz de comprimir as esferas jurídicas dos jurisdicionados além do que a Constituição permite.”
Ibid., p. 265.

E da característica da relatividade do “devido processo legal”, inerente à sua própria natureza de direito fundamental constitucional⁶³, decorrem as liberdades das partes a serem respeitadas pelo juiz no processo judicial, segundo as quais, salvo as medidas coercitivas e constritivas previstas no sistema processual vigente, as partes, e outros interessados com intervenção processual permitida, têm a faculdade, e não o dever, de produzir atos processuais, de acordo com seu próprio interesse no deslinde da demanda.

Ressalte-se que, tal como o próprio instituto de onde derivam, tais liberdades das partes são relativas, vez que podem ser devidamente restringidas pelo juiz de acordo com as exigências formais do sistema processual estabelecido. Exigências estas tais como prazos, lugar e, se for o caso, forma dos atos processuais; requisitos mínimos quanto ao modo de sua realização; as exigências éticas do processo e, conseqüentemente, as sanções cominadas aos infratores daquelas exigências⁶⁴.

Nesse mesmo contexto de realce ao “devido processo legal”, o contraditório reaparece como instituto de extrema importância no conjunto das limitações ao exercício da função jurisdicional, visto que imposto ao juiz pelo sistema processual constitucional como direito fundamental a todo e qualquer litigante ou acusado.

63 A relativização dos direitos fundamentais é característica imanente e necessária à integridade do próprio sistema constitucional que os institucionaliza, pois se, em vista da necessidade de reger a relação entre diversos setores sociais e o Estado, a Constituição é formada por disposições dialéticas (em princípio, conflitantes) entre si, não se poderá pretender efetivar um determinado direito fundamental em detrimento absoluto de outro direito fundamental, sob pena de esvaziamento da própria função constitucional de permitir a convivência das liberdades públicas.

Ademais, tal necessária relativização dos direitos fundamentais coaduna-se com dois dos principais adágios da chamada “interpretação constitucional”, quais sejam a unidade da Constituição e a concordância prática, segundo os quais, respectivamente, não há hierarquia entre as diversas normas constitucionais existentes – o que há é mera prevalência axiológica de uma determinada norma sobre a outra em determinado caso concreto – e deve-se coordenar os bens constitucionais em conflito, de forma a evitar o sacrifício total de um relação ao outro, realizando-se uma redução proporcional do alcance de determinado bem em busca da harmonia entre os referidos bens e/ou interesses e/ou valores previstos na Constituição.

64 “Esse conjunto de garantias, restrições e sanções é responsável pelo desejado equilíbrio da situação das partes na relação processual, associando-se por isso à exigência de tratamento isonômico entre elas. Nenhum princípio é absoluto na Constituição e cada um deles recebe legítimas limitações decorrentes da convivência com outros, mas, nos limites da liberdade consentida pela Constituição ou pela lei, não podem as partes ser tolhidas em sua faculdade de escolher e atuar segundo suas próprias escolhas. Não tem o juiz o poder de limitar faculdades que a lei não limite, nem é o legislador autorizado a estabelecer limitações que comprometam o livre exercício da ação e da defesa, em contraditório e segundo o devido processo legal.”

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v.1, p. 252.

Apesar do antigo reconhecimento do instituto pelos diversos sistemas processuais, é certo que o instituto do contraditório teve sua importância devidamente reconhecida sob a ótica do direito contemporâneo. A título de exemplo, veja-se que no direito francês, antes da edição do Código de Processo Civil de 1975, foram editados decretos, onde figurava disposição segundo a qual o juiz poderia decidir o conflito de acordo com o direito aplicável, mas estava obrigado a ouvir as partes sobre questões examinadas de ofício pelo juízo.

Apesar da referida disposição, alguns juízes proferiram sentenças com fundamentos jurídicos, por eles suscitados de ofício, mas a que as partes não tiveram oportunidade de contraditar, tendo sido tais decisões anuladas pela Corte de Cassação francesa.

Segundo John Anthony Jolowicz, tais sentenças poderiam estar perfeitamente corretas, sob o critério da justiça substantiva, “mas a inobservância da justiça processual, como exigida por lei, significava que elas não podiam prevalecer.”⁶⁵

Com a edição daquele CPC francês de 1975, tal disposição foi removida, mas o Conselho de Estado entendeu pela nulidade da supressão da referida disposição normativa, pois “ao deixar de proporcionar às partes a oportunidade de discutir questões de direito suscitadas pelo juiz, colidia com o *principe du contradictoire* – um dos “princípios gerais de direito”⁶⁶, o qual tem sido descrito como “uma das mais perfeitas manifestações do direito de auto-proteção no processo e uma das regras de ouro do processo judicial.”⁶⁷, tendo sido a falha legislativa corrigida com a reinserção no Código da disposição de que “o juiz deve, em quaisquer circunstâncias, *faire observer et observer lui-même le principe de la contraction*.”⁶⁸

Em terras brasileiras, a Constituição de 1988 seguiu aquela direção de amplo deferimento e proteção ao direito de contra-

65 JOLOWICZ, John Anthony. Justiça substantiva e processual no processo civil: uma avaliação do processo civil. Tradução José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 31, n. 135, p. 167, maio 2006.

66 Ibid.

67 Ibid.

68 Ibid.

ditório das partes no processo, vez que o Texto Constitucional fixou-o, expressamente, como direito fundamental⁶⁹.

Segundo a interpretação da expressão “acusados em geral” da referida norma constitucional por Jessé Torres Pereira Júnior, o contraditório “*não está associado ao processo e é referido de modo indeterminado*”, vez que a finalidade da referida determinação constitucional seria “*pôr o cidadão a recato também quando defrontado com o arbítrio de outras instâncias de poder, cujos atos sejam dotados de congência suficiente para submetê-los unilateralmente aos seus desígnios.*”⁷⁰

Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover entende que o contraditório não se limita ao direito processual, fazendo-se sentir em toda e qualquer esfera em que o indivíduo sofrerá restrições decorrentes do exercício do poder, seja de que natureza for este - ou estatal ou econômico ou social ou político⁷¹.

Ainda que tal posicionamento radical seja suscetível de ampla controvérsia, certo é que o contraditório, como direito fundamental de índole processual constitucional, impõe deveres ao juiz, inclusive o de participar ativamente do processo, enquanto no exercício da função de órgão de direção do processo. Assim, tal como o dever de cooperação judicial, o contraditório impõe ao juiz que, mesmo nas questões que possam por ele serem decididas de ofício, sejam as partes instadas a manifestarem-se sobre as referidas questões, de forma a permitir o seu pronunciamento a respeito e, conseqüentemente,

69 Art. 5º, LV da Constituição de 1988: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes;”.

70 PEREIRA JR., Jessé Torres. *O direito à defesa na Constituição de 1988*. p. 36-37. *Apud* GRINOVER, Ada Pellegrini. Princípios processuais fora do processo. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, n. 147, p. 307-330, maio 2007.

71 “Se é verdade que as garantias do contraditório e da ampla defesa (integrantes do devido processo legal) aplicam-se a todas as formas de exercício do poder, da qual possam resultar decisões passíveis de interferir na esfera jurídica ou patrimonial de determinadas pessoas, então é certo que o impedimento a que se aludiu no item imediatamente precedente não deve se limitar à prova ilícitamente produzida no âmbito judicial. Vale dizer: no exercício do poder – no âmbito estatal e no dos demais pólos existentes na sociedade – há que se exigir, se não imparcialidade, quando menos o atributo da *impressoalidade*, para o que o resultado da atividade estatal não acabe resultando em desvio de poder e de finalidade.” GRINOVER, Ada Pellegrini. Princípios processuais fora do processo. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, n. 147, p. 323, maio 2007.

o melhor embasamento da decisão a ser proferida pelo órgão judicial⁷².

6.4 Imparcialidade judicial

Sob um contexto em que o juiz representa o Estado responsável pela solução dos conflitos sociais que lhe são apresentados por uma sociedade complexa e pluralista, regidas por valores que, apesar de tão dialéticos, são protegidos pela mesma Constituição que o subordina, o juiz deve pautar sua atuação em uma conduta imparcial, impessoal e equidistante das partes⁷³, mas não da forma neutra que o direito processual do Estado liberal de outrora impunha, visto que aquele direito processual pretendia ser meramente técnico, sem qualquer influência axiológica dos valores socialmente mais importantes.

A imparcialidade do juiz contemporâneo não se confunde com neutralidade do juiz de outrora, nem importa em suposto dever de ser a atuação judicial ética ou axiologicamente neutra, vez que, sendo o processo influenciado pelos valores sociais protegidos pela Constituição, dentre eles a ordem jurídica justa, tem o juiz ampla liberdade para julgar o caso à luz da interpretação que faça do ordenamento vigente, segundo os valores sociais que, reinantes no momento de seu julgamento, estão albergados pela Constituição.

72 "Não pode o juiz decidir com base em questão de fato ou de direito, ainda que possa ser conhecida *ex officio*, sem que sobre elas sejam as partes intimadas a manifestar-se. Deve o juiz consultar as partes sobre esta questão não alvitrada no processo, e por isso não posta em contraditório, antes de decidir. (...) Trata-se de manifestação de garantia do contraditório, que assegura aos litigantes o poder de tentar influenciar na solução da controvérsia.(...) Examinado com atenção o dispositivo do art. 296 do CPC, que autoriza a retratação do magistrado, tendo havido apelação contra sentença que indefere a petição inicial, será fácil constatar a aplicação do mencionado princípio: a permitir-se ao demandante tentar convencer o magistrado sobre a inexistência da questão de mérito conhecida *ex officio* e sobre a qual não teve oportunidade de manifestar-se."
DIDIER JR., Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 30, n. 127, p. 77-78, set. 2005.

73 "Seria absolutamente ilegítimo e repugnante o Estado chamar a si a atribuição de solucionar conflitos, exercendo o poder, mas permitir que seus agentes o fizessem movidos por sentimentos ou interesses próprios, sem o indispensável compromisso com a lei e os valores que ela consubstancia – especialmente o valor do justo. Os agentes estatais têm o dever de agir com impessoalidade, sem levar em conta esses sentimentos ou interesses e, portanto, com abstração de sua própria pessoa. O juiz, ao conduzir o processo e julgar a causa, é naquele momento o próprio Estado, que ele consubstancia nessa atividade."
DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v.1. p. 220.

Assim sustenta Rui Portanova que a atuação criativa e justa na aplicação do direito, durante a prestação jurisdicional, “não transmuda o juiz em legislador nem lhe retira as condições de imparcialidade diante dos sujeitos litigantes, vez que a imparcialidade não se confunde com a neutralidade axiológica.”⁷⁴

Há, inclusive, que se ressaltar que esta discrepância, atualmente, bem definida pela nossa doutrina entre imparcialidade, sempre exigível do Estado-juiz, e neutralidade judicial, esta atualmente inadequada, pois decorrente da concepção do juiz como mero descobridor da norma no ordenamento positivado pelo legislador, tornou-se mais perceptível em vista dos fatores de complexidade valorativa que caracterizam o direito contemporâneo, especialmente nos sistemas jurídicos romano-germânicos, nos quais já havia uma maior tendência pela atuação valorativa do juiz, enquanto órgão estatal presidente do processo judicial, bem diferente da tradicional neutralidade do magistrado no direito processual anglo-saxão⁷⁵.

6.5 Segurança processual das partes

A proporcionalidade/razoabilidade, apesar de não expressamente prevista na atual Constituição, é reconhecida como princípio constitucional de valiosa relevância para a proteção dos direitos fundamentais⁷⁶, por permitir o controle dos atos do Poder Público, inclusive do Judiciário, na concretização dos valores constitucionais de racionalidade, justiça, senso comum e rejeição a todo e qualquer ato arbitrário⁷⁷.

74 PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 136.

75 “Tal é a perspectiva do *ativismo judicial*, que vem sendo objeto de ardorosos alvites nos congressos internacionais de direito processual, marcados pela tônica da efetividade do processo. Opõe-se aos postulados do *adversary system* prevalente no direito anglo-americano, onde o juiz participa muito menos (especialmente no tocante à colheita da prova) e desenvolve, como se diz, a *relatively passive role*.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1. p. 240-241.

76 BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios do direito brasileiro. In: BARROSO, Luiz Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 302-303.

77 A noção de proporcionalidade, considerada como sinônimo de razoabilidade por certos autores nacionais, decorre do sistema jurídico alemão, cujo sistema romano-germânico direcionava-se para um sistema ordenado, que se formava através de análises; este conceito desenvolveu-se através do direito administrativo, como um mecanismo de controle dos atos do Poder Executivo.

Sob esta ótica, obviamente a celeridade processual não pode ser considerada como único valor a ser perseguido pelo juiz no curso do processo, pois “Certamente, o grande desafio do processo civil contemporâneo reside no equacionamento desses dois valores: tempo e segurança. A decisão judicial tem que compor o litígio no menor tempo possível. Mas, deve respeitar também as garantias da defesa (*due process of law*), sem as quais não haverá decisão segura. *Celeridade não pode ser confundida com precipitação. Segurança não pode ser confundida com eternização.*”⁷⁸

Sob essa dura missão de equilibrar, proporcionalmente, valores constitucionais, atualmente atribuída ao juiz, se a realização da justiça no caso concreto, necessariamente, importa na consideração do tempo de duração do processo pelo magistrado, isto não importa qualquer autorização a que se ilida direitos fundamentais, de ordem processual, tão arduamente conquistados pelos atuais Estados democráticos constitucionais e que, no Brasil, inscritos na Constituição de 1988, impõem a concretização da segurança processual às partes.

É o caso das atuais disposições constitucionais segundo as quais não se pode ilidir às partes garantias processuais, tais como a “(...) proibição de juízos de exceção e o princípio do juiz natural (art. 5º, incisos XXXVII e LIII), a igualdade (art. 5º, *caput*), aí compreendida a paridade de armas, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, inciso LV), consideradas inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, inciso LVI), devendo o litígio ser solucionado por meio de decisão fundamentada (art. 94, inciso IX).”⁷⁹

Para o alcance de um processo que vise à produção de decisões justas, considerando as peculiaridades do caso concreto sob exame do juiz, tal como exige a nova concepção material de direitos fundamentais, é necessário o equilíbrio entre os valores fundamentais da “segurança jurídica” e da “efetividade”, através

78 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Os reflexos do tempo no direito processual civil (anotações sobre a qualidade temporal do processo civil brasileiro e europeu. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, n. 153, p. 102, nov. 2007.

79 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. Disponível em: < www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 26 ago. 2008.

da adequada proporcionalidade entre “garantismo” e “eficiência”, todas características imprescindíveis ao processo civil contemporâneo⁸⁰.

7 Novos parâmetros processuais constitucionais da função jurisdicional no processo civil

7.1 O dever de fundamentação das decisões jurisdicionais

Outro limite processual constitucional à interpretação e aplicação criativa do direito pelo juiz contemporâneo decorre da indispensável motivação/fundamentação da decisão judicial, que expressamente fixada no art. 93, X da Constituição com redação dada pela EC 45/04, tem o fim de permitir às partes averiguar se a atuação jurisdicional detém racionalidade jurídica e se encontra suporte no ordenamento jurídico vigente.

Luís Roberto Barroso ensina que, apesar do truísmo que a necessidade de adequada fundamentação da decisão judicial possa parecer, nunca se “motivou tão pouco e tão mal” as sentenças no Brasil⁸¹, inclusive ressaltando que a falta de motivação, em certos casos, chega a ser tautológica⁸².

Tal modo de atuação jurisdicional, inequivocamente, não mais se coaduna aos atuais paradigmas do direito processual como instrumento de pacificação social de uma sociedade plura-

80 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. Disponível em: < www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 26 ago. 2008.

81 Informa o autor que tal situação deve-se a vários fatores, dentre os quais o excesso de trabalho dos magistrados e a chamada ‘motivação concisa’, que vem sendo autorizada pelas Cortes Superiores, e pelas recentes reformas do Código de Processo Civil, o qual vem admitindo fundamentação de determinadas decisões judiciais apenas com referência a enunciados das súmulas das Cortes Superiores. BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. In: _____. (Org.) *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.29.

82 “Sentença condenatória: o acórdão que improvê apelação: motivação necessária. A apelação devolve integralmente ao Tribunal a decisão da causa, de cujos motivos o teor do acórdão há de dar conta total: não o faz o que – sem sequer transcrever a sentença – limita-se a afirmar, para refutar apelação arraçoada com minúcia, que ‘no mérito, não tem os apelantes qualquer parcela de razão’, somando-se ao vazio dessa afirmação a tautologia de que ‘a prova é tranqüila em desfavor dos réus’: a melhor prova da ausência de motivação válida de uma decisão judicial – que deve ser a demonstração da adequação do dispositivo a um caso concreto e singular – é que ela sirva a qualquer julgado, o que vale dizer não sirva a nenhum.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 78013 Rel. Min. Sepúlveda Pertence 1ª Turma j. 24/11/1998 Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 01 ago. 2008

lista e complexa, visto que, nesse estado de arte contemporâneo das ciências jurídicas, exige-se a revisão dos critérios atualmente utilizados para fundamentação das sentenças judiciais, pois, tal como sustenta Ovídio A. Baptista da Silva, o dever de fundamentar as decisões judiciais não será plenamente cumprido se o juiz ater-se a meros dispositivos legais ou ainda se não considerar as alegações e provas produzidas por uma das partes no processo, vez que tais alegações e provas compõe “os fatos e circunstâncias constantes dos autos” (art.131 do CPC)⁸³.

Segundo o referido autor, é evidente que se o juiz atém-se somente a dispositivos legais, sem considerar a realidade fática específica ao processo sob o qual se está resolvendo a lide, estar-se-á desconsiderando o dever de o juiz fundamentar sua decisão jurisdicional, até porque nosso momento contemporâneo evidencia a forte possibilidade de o texto normativo não poder ser empregado, isoladamente, pelo juiz, devido a alterações das circunstâncias sociais, econômicas e políticas vigentes.⁸⁴

O ordenamento jurídico processual brasileiro, constitucional e infraconstitucionalmente adequado à superação do dogmatismo normativo, impõe que o magistrado considere todas as especificidades da demanda que lhe foi submetida, evidenciando a necessidade de análise crítica de todo o conjunto probatório, inclusive o da parte sucumbente, como forma de propiciar a racionalidade exigida à interpretação do ordenamento jurídico utilizado como fundamentação do dispositivo judicial, vez que nosso ordenamento processual adota o sistema da persuasão racional da prova⁸⁵.

Além disso, nos casos em que o juiz desconsidera os argumentos e provas produzidas pela parte sucumbente na fundamentação de sua decisão, se há a resolução da demanda subjetiva entre as partes, não há o alcance da finalidade contemporânea do processo, qual seja a pacificação social, que deve

83 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Fundamentação das sentenças como garantia constitucional*. Disponível em: < <http://www.baptistadasilva.com.br>>. Acesso em: 11 set. 2008.

84 Ibid.

85 Ibid.

ser alcançada através da racionalidade com que aplica o direito na justa solução do conflito exposto no processo.

Racionalidade jurídica esta que não será alcançada se a sentença que põe fim ao ofício jurisdicional estiver fundamentada exclusivamente sobre as alegações e provas da parte vencedora, pois, nessa hipótese, não haverá o convencimento racional da parte sucumbente de que o direito está do lado da parte vencedora.

Esta situação, tal como sustenta Ovídio A. Baptista da Silva e como podem perceber oficiantes mais experientes nos diversos foros do Poder Judiciário brasileiro, importa – obviamente, não como única e exclusiva causa – no manejo de recursos não para a reversão da decisão, mas para que a parte sucumbente tenha garantido o seu simples, mas fundamental, direito de ter seus argumentos considerados pelo órgão jurisdicional⁸⁶, vendo-se, assim, convencida de que a solução recorrida é a mais justa, mesmo se considerando todas as especificidades do caso concreto⁸⁷.

Possível, portanto, concluir que se a adequada fundamentação das sentenças judiciais tem por finalidade garantir a efetivação do direito constitucional ao contraditório, ela também contribui para efetivar o fim contemporâneo do processo, qual seja efetivamente conduzir à pacificação o conflito social submetido ao Poder Judiciário, mediante o convencimento da parte sucumbente de que a decisão contra ela proferida é a mais justa.

86 O dever de o juiz examinar e considerar em sua sentença a versão apresentada pela parte sucumbente decorre do direito fundamental da parte ao contraditório, modernamente não mais visto como o dual axioma de ação-reação, mas sim como fundamento do princípio da colaboração entre juiz e partes para a decisão justa da demanda judicial, do qual decorre o dever do juiz de instalar o debate entre as partes no processo e o direito das partes de terem suas alegações examinadas pelo juiz e obter respostas sobre as mesmas.

87 “Se os preceitos jurídicos podem conter – e na imensa maioria dos casos realmente o contêm – mais de uma alternativa legítima, então a eliminação do arbítrio judicial (...), impõe a exigência de fundamentação adequada e coerente, que possa “convencer” não apenas os técnicos, mas as partes e a comunidade social, detentora do poder de que os magistrados são servidores. Das sentenças insuficientemente motivadas, poderia o sucumbente dizer: “fui vencido, mas não convencido”, que é o sentimento hoje comum em nossa experiência jurídica.

(...)

Entretanto, é correto dizer que o número de recursos aumenta na proporção em que aumenta o número de provimentos judiciais carentes de fundamentação. O resultado inverso também é verdadeiro, quanto mais bem fundamentado o ato jurisdicional, tanto menor será o número dos recursos que o podem atacar.

(...)

Uma das causas para o exagerado aumento do número de recursos está em que, ao exigir fundamentação, o sistema simplesmente deu-se por satisfeito que a fundamentação formalmente existisse, ainda que insuficiente, quando não falsa.”

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Fundamentação das sentenças como garantia constitucional*. Disponível em: < <http://www.baptistadasilva.com.br>>. Acesso em: 11 set. 2008.

Se possivelmente a parte sucumbente não interporá recurso contra sentença, que adequadamente fundamentada, racionalmente lhe convença de sua situação jurídica, de ver-se que, conforme ressalta Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar, o exercício do dever constitucional-processual do juiz de motivar/fundamentar sua sentença também contribui para a efetivação dos valores “segurança jurídica” e “celeridade processual”, ambos desejados pela Constituição e pelo ordenamento processual vigente, o que colabora por afastar eventual atuação judicial arbitrária na aplicação criativa do direito⁸⁸.

7.2 O dever judicial de cooperação com as partes

A releitura da inafastabilidade de jurisdição anteriormente exposta conduziu a doutrina à proposição de uma sensível mitigação jurisdicional dos tradicionais requisitos técnico-processuais de admissibilidade da ação – que, se analisados de forma absoluta, impediam a análise de mérito da demanda submetida a juízo –, chegando-se, inclusive, à edificação do que se passou a denominar como “princípio da cooperação judicial”, construção esta, em nosso entendimento, menos um princípio⁸⁹ e mais uma regra técnico-processual de observância obrigatória pelo magistrado, vez que decorrente daquele que efetivamente pode

88 “O julgamento supedaneado nas peculiaridades do “caso deduzido em juízo”, dentro de um contexto que leve o intérprete a ver os entes em seu ser, inclusive ele próprio, jurista, “mais reforça o princípio da segurança jurídica e, ao invés de retardar o processo”, a adequação da fundamentação ao caso singular, “sem a exacerbação metafísica própria do generalismo”, pode ser apta a prevenir “marchas e contramarchas processuais, o que, a *contrario sensu*, atende os princípios da celeridade”, previsto hoje expressamente na Carta de 1988, “no ponto que assegura a todos a razoável duração do feito”. ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. Segurança jurídica e fundamentação judicial. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, n. 149, p. 66, jul. 2007.

89 Para Cândido Rangel Dinamarco, aquilo que certos autores chamam de “princípios formativos ou informativos do processo” – princípios econômico, lógico, jurídico e político –, ainda que não se possa olvidar a sua responsabilidade pela boa ordem do processo e correto encaminhamento de suas soluções, são, na verdade, meras regras técnicas processuais desenvolvidas ao longo dos séculos e da experiência acumulada. Não podem ser, portanto, caracterizadas como princípios do processo, vez que não estão situadas no interior do sistema processual, não atuando como princípios gerais e políticos do direito processual brasileiro, lugar este ocupado pelos princípios de índole político-constitucional, os quais se constituem em suas premissas externas e fundamentais ao sistema jurídico processual. Nesse contexto, para o referido autor, apesar de regularmente denominados como princípios por enorme parcela da doutrina processualista brasileira, também são meras regras técnicas do processo o chamado “princípio da demanda” (CPC, art. 2º, 262); o da correlação entre provimento e demanda (CPC, art. 128, 560); o do livre convencimento (CPC, art. 131, 458, II); o da oralidade; o do dispositivo, o da lealdade; o da instrumentalidade das formas, dentre inúmeros outros. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v.1, p. 215.

ser tido como o princípio em análise neste estudo, qual seja a inafastabilidade de jurisdição.

O referido dever de cooperação judicial, segundo Fredie Didier Jr., é prestigiado tanto no direito estrangeiro (§ 139 do ZPO alemão, alterado pela Lei de 27.07.2001; art. 16 do novo CPC francês; art. 266 do CPC português), quanto na doutrina brasileira, neste último caso pela defesa intransigente do referido dever judicial por autores do porte de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, José Carlos Barbosa Moreira, José Roberto dos Santos Bedaque e Lúcio Grassi.⁹⁰

Para aquele autor, não se limitando à ampliação dos poderes de instrução probatória pelo juiz ou de efetivação das decisões judiciais, tal como prevêm os artigos 131 e 461, § 5º do CPC, o dever de cooperação “orienta o magistrado a tomar uma posição de agente colaborador do processo, de participante ativo do contraditório e não mais a de um mero fiscal de regras.”⁹¹, impondo que o processo seja visto como produto de atividade cooperativa, no qual, ainda que haja interesse contraposto entre as partes, devem todos os agentes do processo colaborar para o seu objetivo comum, que é a prolação do ato final (decisão do magistrado sobre o objeto litigioso)⁹².

Nesse ínterim, segundo o referido autor, o dever de cooperação impõe que o juiz esteja presente ao debate processual, como forma de qualificar o contraditório, prestigiando-se o diálogo e o equilíbrio das partes no processo, do que decorreriam

90 DIDIER JR., Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 30, n. 127, p. 75-76, set. 2005.

91 *Ibid.*, p. 76

92 “Semelhante cooperação, além disso, mais ainda se justifica pela complexidade da vida atual, mormente porque a interpretação da *regula iuris*, no mundo moderno, só pode nascer de uma compreensão integrada entre o sujeito e a norma, geralmente não unívoca, com forte carga de subjetividade. Entendimento contrário padeceria de vício dogmático e positivista. Exatamente em face desta realidade, cada vez mais presente na rica e conturbada sociedade de nossos tempos, em permanente mudança, ostenta-se inadequada a investigação solitária do órgão judicial. *Ainda mais que o monólogo apouca necessariamente a perspectiva do observador e em contrapartida o diálogo, recomendado pelo método dialético, amplia o quadro de análise, constringe à comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado.*” (destaquei)

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Garantia do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.) *Garantias constitucionais no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 139.

três outros deveres judiciais, a saber os deveres de esclarecimento, de consultar as partes e o de prevenção^{93 94}.

Em nosso entender, especialmente relacionado ao princípio da inafastabilidade de jurisdição encontra-se o dever de esclarecimento, segundo o qual o juiz tem o dever de elucidar, junto às partes, as dúvidas “que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo”^{95 96}.

O dever em epígrafe impõe ao juiz que, em caso de “dúvida sobre o preenchimento de um requisito processual de validade, deverá providenciar esclarecimento da parte envolvida, e não determinar imediatamente a consequência prevista em lei para esse ilícito processual”⁹⁷, tal como ocorreria na simples extinção do processo, sem julgamento do mérito, por incorreta indicação das condições da ação ou pressupostos processuais – v.g. a incorreta indicação da autoridade judiciária competente para o julgamento do feito –, sem antes solicitar esclarecimentos sobre a hipótese ao autor.

93 “O dever de prevenção tem âmbito mais amplo: vale genericamente para todas as situações em que o êxito da ação a favor de qualquer das partes possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo.” DIDIER JR., Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 30, n. 127, p. 75-76, set. 2005.

94 “No direito brasileiro, esse dever de prevenção está consagrado no art. 284 do CPC, que garante ao demandante o direito de emendar a petição inicial, se o magistrado considerar que lhe falta algum requisito; não é permitido o indeferimento da petição inicial sem que se dê a oportunidade de correção do defeito. Não cumprindo o autor a diligência que lhe fora ordenada, a petição inicial será indeferida (art. 295, VI, CPC). (...) Um outro exemplo seria o inc. V do art. 295 do CPC, que autoriza o indeferimento da petição inicial por escolha equivocada do procedimento, senão puder adaptar-se ao modelo legal. Nesses casos, deve sempre o magistrado intimar o demandante e indicar qual o procedimento aplicável, dando-lhe prazo para que tome as providências que reputar necessárias.” *Ibid.*, p. 79.

95 GRASSI, Lúcio. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, n. 6, p. 50, 2003.

96 “Na verdade, nenhum sistema processual, por mais inspirado que seja em seus textos, se revelará socialmente efetivo se não contar com juizes empenhados em fazê-lo funcionar nessa direção. Qualquer discussão da matéria passa obrigatoriamente pela consideração dos poderes do órgão judicial na direção do processo. É patente a tendência ao incremento de tais poderes nas reformas recentes da legislação brasileira. E o fenômeno está longe de restringir-se ao nosso ordenamento. Agora mesmo, acha-se em curso no Parlamento alemão projeto de reforma da *Zivilprozessordnung*, que, entre outras coisas, mais acentua a responsabilidade do juiz pelo esclarecimento cabal dos fatos, previsto no § 139, reforçando-lhe o dever de incitar as partes a manifestar-se tempestivamente e completamente sobre todos os fatos relevantes, suprir deficiências dos dados, indicar provas e formular os pedidos cabíveis. É ocioso frisar a importância de disposições desse teor para um programa tendente a imprimir maior efetividade social ao processo.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. In: _____. *Temas de direito processual*: 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 26.

97 DIDIER JR., op. cit. p. 77.

7.3 Razoável duração do processo

Os fatores econômicos, especialmente os de natureza eminentemente financeira, culturais e políticos já eram considerados pelo direito interno de cada país, pois, como visto anteriormente, a normatização da vida em sociedade é fortemente influenciada pelos fatores culturais que são dela provenientes. Atualmente, esta conexão tornou-se ainda mais inexorável devido à notória influência que os fatores externos, imediatizados devido à incrível evolução das telecomunicações, impõem às sociedades capitalistas numa conjuntura mundial capitalista e globalizada.

É que as sociedades contemporâneas devem grande parte de sua complexidade ao impressionante desenvolvimento das telecomunicações no último quartel do século XX e nesta primeira década do século XXI, época em que capitais equivalentes a todo o PIB⁹⁸ de um país emergente são movimentados, em questões de segundos pela *internet*⁹⁹, de um a outro “mercado” do planeta por um único investidor, com todas as inevitáveis conseqüências que isto importa em um mundo globalizado sob os auspícios de um único modelo econômico, o capitalismo.

E se a sociedade contemporânea é caracterizada pelo enorme volume de informações propiciadas pela *internet*, e pela facilidade e rapidez do acesso a estas informações decorrentes do extraordinário desenvolvimento da rede mundial de computadores a partir dos anos 80 do século XX, por evidente que os fatores econômicos, políticos, sociais e culturais do mundo globalizado contemporâneo influenciam e fundamentam os sistemas jurídicos estabelecidos por tais sociedades.

Diante de uma sociedade complexa e caracterizada pela maximização de toda e quaisquer espécies de relações entre os diversos agentes que a compõe, decorrente do impressionante estágio de evolução da tecnologia das telecomunicações, a

98 “PIB significa o valor total da produção de bens e serviços verificada dentro das fronteiras do país, em determinado período de tempo, sem considerar a nacionalidade dos que se apropriaram dessas rendas, sem descontar rendas eventualmente remetidas ao exterior e sem considerar as rendas provenientes do exterior.”

HARADA, Kiyoshi. Superávit primário. Trocando em miúdos. *Jus Navegandi*, Teresina, v. 9, n. 733, 08/07/2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6987>>. Acesso em: 28 dez. 2008.

99 Rede mundial de computadores.

nível planetário, evidentemente há que se normatizar a enorme preocupação contemporânea com a duração do processo, sob pena de o mecanismo designado para a solução dos conflitos sociais, o processo, situar-se em evidente contradição às necessidades da própria sociedade de ver seus conflitos, cada vez mais complexos e urgentes, solucionados em tempo hábil a permitir o restabelecimento da paz necessária à convivência social.

Assim, perfeito o posicionamento de Luis Guilherme Marinoni de que a duração adequada do processo deve "(...) tomar o seu efetivo lugar dentro da ciência processual, pois este não pode deixar de influir sobre a elaboração dogmática preocupada com a construção do processo justo ou com aquele destinado a realizar concretamente os valores e os princípios contidos na Constituição da República."¹⁰⁰

Nessa direção do processo célere e justo caminhará a atuação judicial que afasta formalismos processuais que, apesar de estipulados pelo ordenamento positivado, não mais encontram consonância com uma realidade social sob o influxo da impressionante evolução das telecomunicações¹⁰¹. Assim, ao contrário do que se pensava há algum tempo atrás, o "devido processo legal" não deve ser interpretado como sustentáculo a formalidade tradicionais que não têm por finalidade assegurar a celeridade do processo e a eficácia da prestação jurisdicional, pois tal como ressalta renomado processualista argentino qual o sentido contemporâneo que teria a previsão do Código de Processo Civil argentino que estipula a necessidade de impressão dos documentos judiciais em tinta preta ou azul, senão um formalismo inútil¹⁰²? Ou ainda que as notificações judiciais, na Argentina, baseiem-se, ainda, em exigências formais do século XVIII, épo-

100 MARINONI, Luis Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 19

101 "Frente à sempre maior complexidade das relações sociais e econômicas e, portanto, das situações jurídicas carentes de tutela jurisdicional, o legislador processual está frequentemente atrasado em decênios em relação ao surgimento dos problemas que deve enfrentar."
TARUFFO, Michele. *Racionalidad y crisis de la ley procesal*. Valladolid, n. 22, p. 312, 1999. Disponível em: <www.cervantesvirtual.com>. Acesso em: 02 dez. 2008.

102 GÓZAINI, Osvaldo Alfredo. Los cambios de paradigmas en el derecho procesal el "neoprocesalismo". *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, n 151, p. 59-71, set. 2007.

ca em sequer se conhecia tecnologias como o *fac-simile*, o qual, atualmente, já caminha para ver-se ultrapassado?

Necessário, portanto, suplantar o entendimento tecnicista de que o critério temporal de duração do processo não tem fundamento jurídico¹⁰³, pois se considerarmos a influência axiológica que os valores sociais, normatizados pela Constituição, exercem sobre o processo civil contemporâneo, não há como se olvidar a necessária consideração da celeridade. Ou seja, a consideração jurídica da definição da demanda em tempo hábil deve ser empreendida pelo direito processual civil contemporâneo, vez que a rápida solução judicial das relações jurídicas defeituosas ou não observadas espontaneamente – não só comerciais ou econômicas, mas de qualquer espécie em que a celeridade se faça necessária – nas sociedades sob o influxo da *internet*, certamente, é um dos valores sociais que caracteriza a sociedade brasileira contemporânea, tanto que a EC 45/04 acrescentou o inciso LXXVIII¹⁰⁴ ao art. 5º da Constituição de 1988, normatizando assim a celeridade processual como um direito fundamental.

Assim, considerando a nova forma de enxergar o processo civil aqui ressaltada, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira sustenta que o direito processual, necessariamente influenciado pelos direitos fundamentais previstos na Constituição, deve considerar como finalidade do próprio processo a prestação jurisdicional efetiva e justa, a ser atingida através de “um processo sem dilações ou formalismos excessivos” e de um processo com razoável duração, onde permitidas medidas processuais de proteção imediata aos direitos – processual e material – das partes¹⁰⁵.

103 Vicenzo Vigoriti posiciona-se neste sentido: “Uma análise profunda do custo e da duração dos processos impõe o estudo e o emprego de metodologia de pesquisa de natureza econômica e estatística bastante complexas e, portanto, estranha à cultura jurídica.”

Notas sobre o curso e a duração do processo civil na Itália. p. 142. *Apud* GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Reflexos do tempo no direito processual civil. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, n. 153, nov. 2007.

104 “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

105 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. Disponível em: < www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 26 ago. 2008.

8 Conclusão

Conforme visto anteriormente, segundo o movimento constitucionalista contemporâneo, a Lei Fundamental torna juridicamente superiores os valores escolhidos como representativos da nova ordem político-jurídica, ordenando, assim, a vida em sociedade, pois aqueles valores sociais, agora normas jurídicas supremas, passam a ser oponíveis a todos os feixes de atuação do Estado¹⁰⁶.

Esta passagem da Constituição para o centro dos sistemas jurídicos contemporâneos, nas sociedades instrumentalizadas sob o Estado democrático de direito constitucional, e a conseqüente constitucionalização do direito, impõe a análise do direito processual segundo os valores sociais normatizados pela Constituição vigente.

Assim, tanto a atuação do magistrado, quanto o procedimento, quanto qualquer ato processual praticado pelas partes ou por outros sujeitos envolvidos na relação processual somente terá validade se consentâneo à Constituição, pois esta influencia, axiológica e hierarquicamente, o processo através da força normativa suprema de suas disposições.

Ressalte-se, entretanto, que, na contramão do modismo do chamado “direito processual constitucional”, procuramos afastar da análise aqui empreendida o processo objetivo das ações diretas de constitucionalidade, vez que o mesmo possui evidentes especificidades aptas a individualizá-lo cientificamente, inclusive estando à parte da incidência de garantias processuais clássicas como o contraditório e a ampla defesa, pois a proteção objetiva da Constituição é o seu único e exclusivo objeto.

Sob este contexto, nesta análise superficial identificamos a necessidade de que a atuação jurisdicional nas sociedades contemporâneas, pluralistas e complexas, deva dar-se sob parâmetros processuais estabelecidos pelo ordenamento constitucional

106 “A tutela constitucional do processo é feita mediante os princípios e garantias que, vindos da Constituição, ditam padrões políticos para a vida daquele. Trata-se de imperativos cuja observância é penhor de fidelidade do sistema processual à ordem político-constitucional do país.”
DINARMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v.1, p. 208. Capítulo VII – Os fundamentos constitucionais: princípios e garantias do processo civil.

vigente¹⁰⁷, hipótese em que o magistrado poderá até mesmo atuar *praeter legem* ou, até mesmo, *contra legem*, sempre em busca da justiça para o caso concreto que lhe foi submetido para pacificação social¹⁰⁸, sem que isto, por evidente, importe em atuação arbitrária do agente estatal a que foi confiada a função jurisdicional, vez que o exercício desta está submetida a inúmeros parâmetros processuais constitucionais que lhe limitam e orientam a atuação.

Portanto, há que se superar, definitivamente, a utilização do processo enquanto mera técnica, pois esta concepção do processo está em evidente contradição à própria evolução político-jurídica de nossa sociedade, segundo a qual não mais se pode negar ao juiz o papel criativo que os novos tempos lhe exigem.

Correto é – e, por muito tempo, ainda continuará sendo – aprofundar-se o debate acerca da questão para a propositura de soluções aptas a tornar possível e legítima, sob o ponto de vista constitucional e processual, a atuação criativa do juiz na prestação da tutela jurisdicional¹⁰⁹, pois a sociedade brasileira contemporânea assim o exige.

107 "Hoy, la figura del Juez tiene y necesita evaluarse bajo estas consignas novedosas. La prevención estará en los límites que se quieren encontrar para esta aventura de la confianza. Porqué un Juez que se extralimita espeleroso por el exceso discrecional o la arbitrariedad de sus decisiones; mientras un Juez desinteresado que potencia su neutralidad padece y hace sufrir a los demás la ineficacia de sus propias aptitudes."

GOZÁINI, Osvaldo Alfredo. Los cambios de paradigmas en el derecho procesal el "neoprocesalismo". *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, n. 151, p. 59-71, 2007.

108 ZANETI JR., Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 162.

109 "Se no Estado Liberal – e no modelo decorrente do tipo de Constituição que lhe dava sustentação – o que se tinha era um juiz neutro, distante e que só exercia seu papel mediador quando chamado pelas partes, no Estado democrático de Direito desaparece essa figura, que passa a apresentar outras características, com mais poderes e obrigação de usá-los na busca da concretização constitucional. Evidentemente que neste quadro haverá um juiz com maior intervenção e os casos de ativismo judicial serão mais frequentes. Daí que, em lugar de simplesmente negar esta possibilidade, o que se propõe é aceitá-la como natural no novo papel a ser exercido no estado democrático de direito com perfil social e, a partir daí, buscar formas de solução para os casos de atuação inadequada e que venham a violar o compromisso democrático que deve permear a atividade jurisdicional, sem esquecer, contudo, que esta atuação será sempre necessária, indispensável." (destaque nosso).

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. A atuação do juiz no estado democrático de direito: em busca do ponto de equilíbrio. p. 107 In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. (Orgs.) *Estudos constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 101-109.

9 Referências

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. O processo civil e os novos rumos do Judiciário: desafios e tendências. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 31, n. 142, p. 268-286, dez. 2006.

ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. Segurança jurídica e fundamentação judicial. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, n. 149, p. 52-70, jul. 2007.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: _____. (Org.) *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, mar./maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 15 ago. 2008.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios do direito brasileiro. In: _____. (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BETTINI, Lúcia Helena Polleti. O processo constitucional: a adequação da programação de rádio e TV e o princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista de Direito Constitucional e Interna-*

cional, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.14, n.55, p. 40-59, abr./jun. 2006.

BRANDÃO, Cristina. Algumas considerações sobre a discricionariedade judicial. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.14, n.56, p. 52-87, jul./set. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADIn 652/MA*. Plenário. Rel. Min. Celso de Mello j. 02/04/1992 Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 05 nov. 2008.

_____. *ADIn 768/MC*. Plenário. Rel. Min. Marco Aurélio. j. 07/10/1992. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 06 nov. 2008.

_____. *ADIn 2982/CE*. QO. Plenário. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 17/06/2004 *Informativo STF*, n. 352, de 14 a 18/06/2004. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 05 nov. 2008.

_____. *ADPF 54/DF*. QO. Plenário. Rel. Min. Marco Aurélio. J. 27/04/2005 Disponível em: < http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 28 out. 2008.

_____. *EI-ADI 1.289-4/DF*. Plenário. Rel. Min. Gilmar Mendes Tribunal j. 03/04/2003 DJ 27/02/2004. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp> Acesso em: 08 out. 2008.

_____. *IF 2926/SP*. Plenário. Rel. Min. Marco Aurélio. Rel. Acórdão Min. Gilmar Mendes Ferreira. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp> Acesso em: 08 out. 2008.

_____. Infidelidade partidária e vacância de mandato. *Informativo STF*, n 482, de 1º a 5 de outubro de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br> Acesso em: 31 ago. 2008.

_____. *HC 78013*. 1ª Turma. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. j. 24/11/1998 Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp> Acesso em: 01 ago. 2008.

_____. *HC 82.959/SP*. Plenário. Rel. Min. Marco Aurélio. J. 23/02/2006 DJ 01/09/2006 p. 18 Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 05 nov. 2008.

_____. *Rcl-AgR nº 1880/SP*. Plenário. Rel. Min. Maurício Corrêa j. 07/11/2002. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 18 jan. 2008.

_____. *RE 201819/RJ 2ª Turma* Rel. Min. Ellen Gracie Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Ferreira Mendes j. 11/10/2005 Disponível em: <www.stf.gov.br> Acesso em: 19 ago. 2008.

_____. RE 442683. Segurança jurídica e modulação temporal dos efeitos: transcrições. *Informativo STF*, n. 419. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 16 out. 2008.

_____. *Rp 1.417-DF*. Plenário. Rel. Min. Moreira Alves. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 30 out. 2008.

_____. *SS 3154/RS*. Decisão monocrática. Min. Gilmar Mendes (exercício da Presidência) j. 28/03/2007 Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 08 out. 2008.

_____. Voto Min. Gilmar Ferreira Mendes. *Rcl 2256/RN* Plenário. j. 11/09/2003 Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 06 nov. 2008.

CABRAL, Antonio. Imparcialidade e *imparcialidade*. Por um teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções no processo civil e penal. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, n.149, p. 339-364, jul. 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A principalização da jurisprudência através da Constituição. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 25, n. 98, p. 83-89, abr./jun. 2000.

_____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo: ANPOCS, v. 12, n. 34, jun. 1997.

CATALAN, Marcos José. O princípio da congruência e o acesso à ordem jurídica justa. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, n. 147, p. 73-95, maio 2007.

DIDIER. JR., Fredie (Org.). *Ações constitucionais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2007.

_____. O princípio da cooperação: uma apresentação. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 30, n. 127, p. 75-79, set. 2005.

DINARMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v.1.

DUARTE, Francisco Carlos. Tempo e decisão na sociedade de risco: um estudo de direito comparado. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, n. 148, p. 99-118, jun. 2007.

FOLHA DE SÃO PAULO. *Entenda a evolução da crise que atinge a economia dos EUA* Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u453003.shtml>>. Acesso em: 28 out. 2008

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Os reflexos do tempo no direito processual civil. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, n. 153, p. 99-117, nov. 2007.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião de promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. Los cambios de paradigmas en el derecho procesal el “neoprocesalismo”. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, n. 151, p. 59-71, set. 2007.

GRASSI, Lúcio. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, n. 6, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Princípios processuais fora do processo. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, n. 147, p. 307-330, maio 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. Recepção e transmissão de institutos processuais civis. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 31, n. 140, p. 143-154, out. 2006.

HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes as Constituição*, contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HARADA, Kiyoshi. Superávit primário. Trocando em miúdos. *Jus Navegandi*. Teresina, v. 9, n. 733, 08/07/2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6987>>. Acesso em: 28 dez. 2008.

JOLOWICZ, John Anthony. Justiça substantiva e processual no processo civil: uma avaliação do processo civil. Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 31, n. 165, p. 161-178, maio 2006.

LEAL, Roger Stiefelmann. A judicialização da política. *Revista dos Tribunais: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo v. 7, n. 29, p. 230-237, out./dez. 1999.

MACIEL NETO, Pedro Benedito. *Judicialização da política, ficha suja: partidos políticos não cumprem o seu papel*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/67745,1>> Acesso em: 01 ago. 2008.

MARINONI, Luis Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MENDONÇA, Andrey Borges de. Inconstitucionalidade por arrasamento ou por consequência. In: NOVELINO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras complementares de constitucional: controle de constitucionalidade*. Salvador: JusPodivm, 2007.

MORAIS, Dalton Santos. A modificação da jurisprudência do STF sobre os efeitos do mandado de injunção no direito de greve dos servidores públicos. *Informativo de Direito Administrativo e LRF - IDAF*, Curitiba: Zênite, n. 82, maio 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. In: _____. *Temas de direito processual: 8ª série*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 16.

OLIVEIRA, Bruno Silveira. Os princípios constitucionais, a instrumentalidade do processo e a técnica processual. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, n. 146, p. 321-331, abr. 2007.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Garantia do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.) *Garantias constitucionais no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 31, n. 137, p. 7-31, jul. 2006.

_____. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. Disponível em: < www.mundojuridico.adv.br >. Acesso em: 26 ago. 2008.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. A atuação do juiz no estado democrático de direito: em busca do ponto de equilíbrio. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS,

José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. (Orgs.). *Estudos constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 101-109.

OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de juez*. Disponível em: <www.cervantesvirtual.com/servlet/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_11.pdf>. Acesso em: 24 set. 2008.

PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. Há justiça no século XXI sem operadores do século XXI? Atualidades nacionais. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, n. 147, p. 199- 219, maio 2007.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luiz Roberto. (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SILVA, Carlos Augusto. *O processo civil como estratégia de poder: reflexo da judicialização no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Fundamentação das sentenças como garantia constitucional*. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br>>. Acesso em: 11 set. 2008.

SILVA NETO, Francisco da Cunha e. O controle difuso: uma forma de humanização do controle de constitucionalidade das leis. *Revista de Direito Constitucional e Internacional - RDCl*, v. 15, n. 59, p. 131-145, abr./jun. 2007.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. *Direito processual constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

TARUFFO, Michele. *Racionalidad y crisis de la ley procesal*. Valladolid, n. 22, p. 312, 1999. Disponível em: <www.cervantesvirtual.com>. Acesso em: 02 dez. 2008.

TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power: the judicialization of politics*. New York: New York University Press, 1995.

TAVARES, André Ramos. O discurso dos direitos fundamentais na legitimidade e deslegitimação de uma justiça constitucional substantiva. In: _____. (Coord.). *Justiça constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. O modelo brasileiro de controle difuso-concreto da constitucionalidade das leis e a função do Senado Federal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 93, n. 819, p. 45-64, jan. 2004.

TEIXEIRA, Ariosto. *Decisão liminar: a judicialização da política no Brasil*. Brasília: Plano, 2001.

THEODORO JR., Humberto. Interpretação e aplicação das normas jurídicas. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, n. 150, p. 11-23, ago. 2007.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael C. *On reading the Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Supremo Tribunal Federal após 1988: em direção a uma Corte Constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. (Org.). *15 anos de Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ZANETI JR., Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

1.7

A COISA JULGADA NO ANTEPROJETO DO CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS

DEBORA FERNANDES DE SOUZA MELO*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. 2.1 Histórico. 2.1.1 Sistema atual legal de proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. 2.2 Definição das categorias. 3 Da instrumentalidade do processo: das ações coletivas e dos direitos em pauta. 3.1 Princípios processuais: verdadeiros direitos fundamentais processuais com escopo de efetivação dos direitos discutidos. 3.1.1 Processo e direitos fundamentais. 3.1.2 Do direito fundamental ao devido processo legal. 3.1.3 Do direito fundamental à efetiva tutela jurisdicional e princípio da adequação. 4 Da coisa julgada nas ações coletivas e no anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. 4.1 Breves considerações acerca da coisa julgada. 4.2 Coisa julgada nas ações coletivas: sistema atual. 4.3 Coisa julgada nas ações coletivas: anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 Introdução

O Código de Processo Civil Brasileiro possui uma visão individualista, não atendendo às demandas de massa da sociedade moderna, em que também se reconhecem os direitos coletivos *lato sensu*. Existem leis esparsas sobre o assunto.

Em nosso direito processual, o indivíduo era concebido como unidade detentora de direitos (subjctivos), levando ao individualismo processual como forma de sua tutela. Em suma, o direito de ação era compreendido como propriedade individual e privada. Tal concepção perpassa tanto a ideia do direito de ação como também da coisa julgada, cujos efeitos não poderiam ultrapassar a pessoa do litigante direto. Para este direito processual civil individual vigoram algumas regras básicas, que são

* Procuradora do Estado do Espírito Santo. Pós-graduada em Direito Civil, Empresarial e Processo Civil pela Universidade Veiga de Almeida – RJ e Pós-graduada em Direito Processual: grandes transformações pela Universidade do Sul de Santa Catarina.

postas em xeque com a ampliação da tutela coletiva, alteradas pelo direito processual coletivo moderno, que passou a admitir a tutela de interesses transindividuais, de grupos (não apenas indivíduos) por órgãos representativos, assegurando discriminações positivas que objetivam a efetividade do acesso à justiça, redefinindo os limites da coisa julgada e ampliando o papel ativo do juiz na condução do processo.

Algumas justificativas têm sido tradicionalmente apresentadas para explicar as mencionadas transformações: necessidade de racionalização do processo judicial (a tutela coletiva dos interesses nasce, em grande medida, devido à necessidade de implementar fórmulas mais econômicas e céleres para resolver conflitos e proceder à prestação jurisdicional); advento da massificação da sociedade e o surgimento de um novo tipo de demanda de interesses de natureza grupal ou coletivas e a existência de uma nova natureza do direito social – a experiência jurídica contemporânea. A crise do direito liberal e o surgimento do direito social teriam emprestado uma nova racionalidade e natureza aos novos direitos, com impactos na consolidação dos direitos transindividuais.

O presente estudo utilizou o método bibliográfico e tem por objetivo tornar mais conhecido o instrumento da tutela coletiva, extremamente importante como forma de defender os direitos da sociedade moderna. Como a trajetória nacional em torno das ações coletivas foi marcada por avanços e retrocessos, o presente trabalho tem por escopo demonstrar que o direito processual coletivo precisa ocupar espaço mais central no ordenamento jurídico.

Mais especificamente, o estudo em tela almeja analisar a coisa julgada nas ações coletivas, traçando um panorama de como é atualmente e de como o anteprojeto trata esse instituto, já que a razão dos efeitos da coisa julgada relaciona-se muito com os próprios direitos tutelados.

Assim, no primeiro capítulo tratou-se de como e por que os direitos transindividuais e individuais homogêneos surgiram, ou melhor, foram reconhecidos, demonstrando o significado e alcance de cada uma das categorias, bem como expondo o funcionamento do atual sistema legal para sua proteção.

Em seguida, discute-se, no capítulo dois, acerca dos direitos fundamentais processuais como forma de se efetivar os direitos objetos do trabalho.

Por fim, após se ter obtido um panorama do sistema de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos e o modo através do processo para torná-los efetivos em caso de violação ou para se evitar sua violação, passou-se ao terceiro capítulo, que trata da coisa julgada nas ações coletivas, fazendo-se um paralelo e comparando-se o que ocorre no sistema atual e como está previsto esse instituto no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.

2 Dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos

De início, vale observar que, no que tange às relações jurídicas, dois movimentos podem ser vistos quanto à evolução da sociedade: novos enfoques atribuídos a direitos tradicionais e novos direitos propriamente ditos, nascidos em razão de novas relações sociais.

Quanto ao processo, Dinamarco esclarece que a doutrina internacional indica a existência de três “ondas de renovação” do direito processual: a primeira, voltada à assistência jurídica dos necessitados; a segunda, à abrangência da tutela dos interesses transindividuais e a última, ao aperfeiçoamento técnico dos mecanismos internos do processo¹. E nesse sentido, o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos parece buscar atender, quase que com completa satisfação, a todas essas “ondas”.

A seguir, serão abordados os principais pontos acerca desses direitos ou interesses tidos por transindividuais e individuais homogêneos.

¹ DINAMARCO, Candido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2004.

2.1 Histórico

Hodiernamente, verifica-se o reconhecimento de direitos, tratados como de “terceira geração”². Esses direitos, ditos de “solidariedade”, caracterizam-se por sua transindividualidade, isto é, não pertencem a um indivíduo isoladamente considerado, mas a toda a coletividade.

Além dessa “categoria de direitos”, percebeu-se que na sociedade moderna é muito comum ocorrerem conflitos de massa diante de certas atividades que podem trazer prejuízo aos interesses de um grande número de indivíduos.

A teoria das liberdades públicas compôs uma nova “geração” de direitos fundamentais. Aos direitos clássicos de primeira geração, representados pelas liberdades negativas próprias do Estado liberal (e assim com o correspondente dever de abstenção por parte do poder público); aos direitos de segunda geração, de caráter econômico-social, caracterizados por liberdades positivas com o correlato dever do Estado a uma obrigação de dar, fazer ou prestar, acrescentou-se o reconhecimento dos direitos de terceira geração, representados pelos direitos de solidariedade, decorrentes dos interesses sociais.

Todavia, não é suficiente apenas o reconhecimento desses direitos: mister que o sistema jurídico os tutelasse adequadamente, assegurando seu efetivo gozo, de forma a garantir concretamente as novas conquistas da cidadania. E

2 Alguns autores preferem utilizar a nomenclatura “dimensões” dos direitos fundamentais, sob o argumento de que uma geração não substitui a outra, já que todas coexistem. Nesse sentido, TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, entende que enquanto em relação aos seres humanos se verifica a sucessão generacional, em relação aos direitos desenvolve-se um processo de cumulação, uma vez que os direitos sobrevivem aos seus criadores e acabam por coexistir com novas regras que surjam no futuro. Igualmente, Paulo Bonavides sugere a substituição do termo “geração” pelo vocábulo “dimensão” caso aquele venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, com o que não concorda em BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros.

A par dessa discussão, a classificação mais comumente encontrada é a que identifica três categorias de direitos: a) a primeira geração tem como correspondentes os direitos civis e políticos, aqueles direitos essencialmente de autonomia e de defesa, sobretudo, em relação ao Estado, surgindo com as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, frutos do Liberalismo e se sua formulação pelo Iluminismo de base racional – por essas características, muitas vezes os direitos originados neste período são também denominados individuais; b) os direitos de segunda geração, surgidos em decorrência da deplorável situação da população pobre das cidades industrializadas da Europa Ocidental, traduzem-se em direitos de participação que requerem políticas públicas – são os direitos sociais, econômicos e culturais; c) à terceira geração correspondem os direitos coletivos e difusos (direito ao meio ambiente, à paz social, à autodeterminação dos povos, etc.). Para Paulo Bonavides, ainda haveria uma quarta “geração” de direitos, os quais se referem ao direito à democracia, à informação e ao pluralismo (idem).

como cabe ao direito processual atuar praticamente nos direitos ameaçados ou violados, a renovação fez-se sobretudo no plano do processo.

De um modelo processual individualista, o processo transformou-se em coletivo, seja buscando inspiração no sistema das *class actions* da *common law*, seja estruturando novas técnicas, mais aderentes à realidade social e política subjacente.

Como dito, o processo civil sofreu modificações, de modo a atender às finalidades desses direitos. Essa é a grande preocupação dos processualistas atuais: uma adequada tutela, através de um “processo civil coletivo”, com princípios, institutos e instrumentos próprios.

A doutrina brasileira reconheceu que o sistema processual coletivo é um conjunto formado por vetores centrais³: a Lei de Ação Civil Pública e o Código do Consumidor, cujas normas processuais interagem e se complementam.

Esse sistema ainda conta com outros diplomas (ex. Lei 7.913/89, relativa à defesa dos investidores do mercado de valores mobiliários; a Lei 7.853/89, relacionada à defesa das pessoas portadoras de deficiências; a Lei 8.069/90 – famoso ECA etc.), que colhem subsídios nos dois textos principais mencionados.

Com toda uma vasta legislação sem adequada sistematização processual, vem o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivo, em que é aberto um canal de maior flexibilidade, permitindo que a sentença e, com isso, a tutela efetiva dos direitos coletivos (*lato sensu*), aproxime-se o mais próximo possível da realidade da crise de direito material.

2.1.1 *Sistema atual legal de proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos*

O direito contemporâneo demonstra a necessidade de uma tutela diferenciada para os direitos coletivos. Em todo o mundo se viu essa renovação.

3 É o conhecido “sistema integrado de tutela dos interesses metaindividuais”.

As denominadas “ações coletivas” nasceram com base nas *class action*, do direito medieval inglês e foram desenvolvidas no direito norte-americano do século XIX⁴.

- 4 Segundo Ada Pellegrini Grinover, as “*class action* do sistema norte-americano, baseada na *equity*, prespõe a existência de um número elevado de titulares de posições individuais de vantagem no plano substancial, possibilitando o tratamento processual unitário e simultâneo de todas elas, por intermédio da presença, em juízo, de um único expoente da classe. Encontrando seus antecedentes no *Bill of Peace* do século XVII, o instrumento, antes excepcional, acabou aos poucos adquirindo papel que hoje é visto pela doutrina como central no ordenamento dos Estados Unidos da América, ampliado como foi, de início com contornos imprecisos, até ser disciplinado pelas *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938. A *Rule 23* fixou as seguintes regras fundamentais: a) a *class action* seria admissível quando impossível reunir todos os integrantes da *class*; b) caberia ao juiz o controle sobre a adequada representatividade; c) também ao juiz competiria a aferição da existência da comunhão de interesses entre os membros da *class*. É das regras processuais de 1938 a tentativa de sistematização do grau da comunhão de interesses, donde resulta uma classificação das *class actions* em *true*, *hybrid* e *spurious*, conforme a natureza dos direitos objeto da controvérsia (*joint*, *common* ou *secondary*, ou ainda *several*), com diversas consequências processuais. É certo que as dificuldades práticas quanto à exata configuração de uma ou outra categoria de *class actions*, com tratamento processual próprio, induziria os especialistas norte-americanos (*Advisory Committee on Civil Rules*) a modificarem a disciplina da matéria nas *Federal Rules* de 1966; mas é certo também que a distinção operada pelas normas anteriores permaneceria no espírito do sistema americano, cujas *class actions* continuam abrigo quer a defesa de interesses coletivos indivisivelmente considerados, quer a tutela de direitos individuais divisíveis, conjuntamente tratados por sua origem comum: para estes últimos, fala a doutrina em “casos em que os membros da *class* são titulares de direitos diversos e distintos, mas dependentes de uma única questão de fato ou de direito, pedindo-se para todos eles um provimento jurisdicional de conteúdo idêntico”. Em outras palavras, as *Federal Rules* de 1966 (*Rule* nº 23) não mais contêm a tripartição anterior, passando a definir as *class actions* de maneira geral e unitária, com o acréscimo de requisitos atinentes à admissibilidade da ação. A regra 23 das *Federal Rules* de 1966, que tem caráter pragmáticos e funcional, contém quatro considerações prévias (pré-requisitos) e estabelece três categorias de *class actions*, sendo duas obrigatórias (*mandatory*) e uma não obrigatória (*not mandatory*), cada uma com seus próprios requisitos. As considerações prévias fixam os pré-requisitos para qualquer ação de classe, da seguinte maneira: (a) “Pré-requisitos para a ação de classe: Um ou mais membros de uma classe podem processar ou ser processados como partes, representando todos, apenas se (1) a classe é tão numerosa que a reunião de todos os membros é impraticável, (2) há questões de direito ou de fato comuns à classe, (3) as demandas ou exceções das partes representativas são típicas das demandas ou exceções da classe e (4) as partes representativas protegerão justa e adequadamente os interesses da classe.” Trata-se dos requisitos vestibulares (*threshold requirements*). Seguem, na alínea (b), os requisitos para o prosseguimento da ação de classe, que na verdade criam três categorias de ações: (b) “Prosseguimento da ação de classe: uma ação pode prosseguir como ação de classe quando forem satisfeitos os pré-requisitos da subdivisão (a) e ainda: (1) o prosseguimento de ações separadas por ou contra membros individuais da classe poderia criar o risco de: (A) julgamentos inconsistentes ou contraditórios em relação a membros individuais da classe que estabeleceriam padrões de conduta incompatíveis para a parte que se opõe à classe; (B) julgamentos em relação aos membros individuais da classe que seriam dispositivos, do ponto de vista prático, dos interesses de outros membros que não são parte no julgamento ou que impediram ou prejudicariam, substancialmente, sua capacidade de defender seus interesses; ou (2) a parte que se opõe à classe agiu ou recusou-se a agir em parâmetros aplicáveis à classe em geral, sendo adequada, desta forma, a condenação na obrigação de fazer ou não fazer (*injunction*) ou a correspondente sentença declaratória com relação à classe como um todo; ou (3) o juiz decide que os aspectos de direito ou de fato comuns aos membros da classe prevalecem sobre quaisquer questões que afetam apenas membros individuais e que a ação de classe é superior a outros métodos disponíveis para o justo e eficaz julgamento da controvérsia. Os assuntos pertinentes aos fundamentos de fato (*findings*) da sentença incluem: (A) o interesse dos membros da classe em controlar individualmente a demanda ou a exceção em ações separadas; (B) a amplitude e a natureza de qualquer litígio relativo à controvérsia já iniciada, por ou contra membros da classe; (C) a vantagem ou desvantagem de concentrar as causas num determinado tribunal; (D) as dificuldades que provavelmente serão encontradas na gestão de uma ação de classe” (destaque nosso). Aqui vale uma advertência: o inc. (b1), (A) e (B), assim como o inc. (b2) cuidam da ação de classe obrigatória (*mandatory*) que, na nomenclatura brasileira, corresponde às ações em defesa de interesses difusos e coletivos. Não é destas que vamos nos ocupar aqui, mas vale a pena observar que o inc. b-1-A significa que, se não fosse ajuizada a ação de classe, a classe dos réus ficaria prejudicada, enquanto o inc. b-1-B indica que a ausência da ação de classe prejudicaria os reclamantes. Por sua vez, n. 2 contempla, também em caráter de ação de classe obrigatória, os casos de obrigações de fazer ou não fazer (*injunction*) ou de sentenças declaratórias, ainda na categoria que corresponde, no Brasil, às ações em defesa de interesses difusos e coletivos. Mas é no inc. (b3) que vamos encontrar o regime jurídico da “*class action for damages*”, que não é obrigatória (*not mandatory*), porquanto admite o *opt out*, correspondendo à ação brasileira em defesa de interesses individuais homogêneos, exatamente na espécie

No Brasil, importantes legislações foram elaboradas. O primeiro diploma que surgiu foi a Lei 4.717/65 – Lei da Ação Popular - LAP –, com vistas à proteção do patrimônio público. Contudo, essa lei possui algumas desvantagens: sua legitimação restringe-se ao cidadão, além de não cobrir o amplo âmbito de incidência da tutela dos interesses difusos, vez que seu exercício ainda permanece subordinado a uma ilegalidade proveniente da conduta comissiva ou omissiva do poder público, enquanto a ameaça ou violação dos interesses difusos frequentemente provém de ações privadas.

Esse inconveniente, porém, foi superado com a Lei nº 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública - LACP, que inicialmente tutelava o meio ambiente, consumidor, bens e direitos de valor estético, artístico, histórico, turístico e paisagístico, passando também a proteger, com alterações introduzidas em seu art. 1º, qualquer interesse difuso ou coletivo, inclusive por infração da ordem econômica e da economia popular.

Veio então a Constituição de 1988, alargando o âmbito da ação popular e sublinhando em vários dispositivos a autoridade dos direitos coletivos (*lato sensu*): elevou ao nível constitucional a defesa de todos os interesses difusos e coletivos, criou o mandado de segurança coletivo, com a legitimação dos partidos políticos, dos sindicatos e das associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano (art.5º, LXX); e ainda destacando a função dos sindicatos para a defesa dos direitos e interesses coletivos e individuais da categoria (art.8º, III), conferiu legitimação ao Ministério Público para promover a ação

reparatória dos danos individualmente sofridos. Referido inc. (b3), aplicável especificamente à *damage class action*, não existia nas regras federais de 1938, podendo ser considerado a grande novidade das *Federal Rules* de 1966. De acordo com essa regra, as “*class action for damages*” (observados os pré-requisitos da alínea (a) devem obedecer a dois requisitos adicionais: 1 - a prevalência das questões de direito e de fato comuns sobre as questões de direito ou de fato individuais; 2 - a superioridade da tutela coletiva sobre a individual, em termos de justiça e eficácia da sentença. Destes dois requisitos, enunciados no inc. (b-3), decorrem as especificações seguintes (b-3 A usque D), que representam indicadores a serem tomados em conta para a aferição da prevalência e da superioridade. O espírito geral da regra está informado pelo princípio do acesso à justiça, que no sistema norte-americano se desdobra em duas vertentes: a de facilitar tratamento processual de causas pulverizadas, que seriam individualmente muito pequenas, e a de obter a maior eficácia possível das decisões judiciais. E, ainda, mantém-se aderente aos objetivos de resguardar a economia de tempo, esforços e despesas e de assegurar a uniformidade das decisões. O requisito da prevalência dos aspectos comuns sobre os individuais indica que, sem isso, haveria desintegração dos elementos individuais; e o da superioridade leva em conta a necessidade de se evitar o tratamento de ação de classe nos casos em que ela possa acarretar dificuldades insuperáveis, aferindo-se a vantagem, no caso concreto, de não se fragmentarem as decisões”.

civil público e privilegiando a defesa do consumidor, referiu-se à representação judicial e extrajudicial das entidades associativas para a defesa de seus próprios membros (art.5º, XXI); salientou a legitimação ativa dos índios e de suas comunidades e organizações para a defesa de seus interesses ou direitos (art.232).

Formando um sistema integrado, veio o Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078/90 (CDC), ampliando o âmbito de incidência da lei da ação civil pública, ao determinar sua aplicação a todos os interesses difusos e coletivos, e criando uma nova categoria de direitos ou interesses, individuais por natureza e tradicionalmente tratados apenas a título pessoal, mas conduzíveis coletivamente perante a justiça civil, em função da origem comum, que denominou direitos individuais homogêneos. Seu artigo 90 determina a aplicação às ações ajuizadas com base nesse Código as regras pertinentes relativas à Lei 7.347/85 e ao Código de Ritos. Por outro lado, o artigo 21 da Lei da Ação Civil Pública afirma que são aplicáveis às sanções nela previstas as disposições processuais do CDC.

O sistema de proteção dos direitos transindividuais é integrado por leis esparsas, como por exemplo, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), a Lei de Abuso do Poder Econômico (Lei nº 8.884/94), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), etc.

O caminho legislativo que se percorreu não foi sempre de avanços⁵.

Em 2004, no horizonte dos países ibero-americanos, surgiu um marco para o direito processual coletivo: o Código Modelo de Processos Coletivos do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual constituído com base na legislação brasileira – com modificações e inovações – e com a participação de quatro professores brasileiros⁶. Esse código passou a ser uma

5 A exemplo de alguns insucessos, tem-se o parágrafo único do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública, com a redação dada pela MP 2.180-35, de 2001, que estabeleceu o descabimento de ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados. Outro exemplo é a infeliz redação do artigo 16 do mesmo diploma legal.

6 Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Antonio Gidi e Aluisio Gonçalves de Castro. Exposição de Motivos do anteprojeto em análise.

importante fonte de inspiração para diversos países, inclusive para o Brasil.

Com isso, no âmbito do Programa de Pós-Graduação da USP, Ada Pellegrini elaborou uma primeira versão do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Foram oferecidas sugestões – muitas aceitas e incorporadas ao anteprojeto – pelo grupo reunido em torno das disciplinas Direito Processual Coletivo e Tutela dos Interesses Coletivos, respectivamente, nos Programas de Pós-Graduação *stricto sensu* das Faculdades de Direito da UERJ e da Unesa⁷.

Após vários debates, as sugestões foram examinadas por professores e pós-graduandos da turma de 2006 da disciplina Processos Coletivos da Faculdade de Direito da USP e diversas delas foram incorporadas ao Anteprojeto, reapresentado ao Ministério da Justiça, como versão final, de dezembro de 2006⁸.

O mencionado anteprojeto está estruturado em cinquenta e quatro artigos, reunidos em seis capítulos: I- Das demandas coletivas; II- Da ação coletiva ativa (seção I: Disposições gerais; seção II: Da ação coletiva para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos); III- Da ação coletiva passiva originária; IV- Do mandado de segurança coletivo; V- Das ações populares (seção I: Da ação popular constitucional; seção II: Ação de improbidade administrativa); VI- Disposições finais.

2.2 Definição das categorias

No ordenamento jurídico brasileiro, a lei trata de definir os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos no artigo 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

Na dicção do inciso I, parágrafo único do mencionado artigo 81, direitos ou interesses difusos são aqueles “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Os coletivos (*stricto sensu*), conforme inciso II do mesmo dispositivo, são os direitos “transindividuais, de natureza indivi-

7 Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Antonio Gidi e Aluisio Gonçalves de Castro. Exposição de Motivos do anteprojeto em análise.

8 Exposição de Motivos do Anteprojeto.

sível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

Os dois primeiros apresentam, em comum, a transindividualidade – isto é, não pertencem a um indivíduo determinado, não podendo ser isolados diante de um único sujeito⁹ – e a indivisibilidade do objeto, ou seja, “a fruição do bem, por parte de um membro da coletividade, implica necessariamente sua fruição por parte de todos, assim como sua negação para um representa a negação para todos”¹⁰. Não se pode, por tal razão, entender que esses direitos sejam confundidos com a somatória dos direitos individuais de cada membro da coletividade¹¹. Diante disso, a solução do conflito deve ser, por natureza, a mesma para toda a coletividade.

Observe-se que a primordial diferença entre esses direitos decorre do fato de que, conquanto os direitos difusos façam parte de pessoas indeterminadas espalhadas na sociedade e que por circunstâncias fáticas estão ligadas entre si, os direitos coletivos em sentido estrito têm como titular grupo, categoria ou classe de pessoas que estão ligadas entre si ou com o infrator (ou infrator em potencial) do direito por uma relação jurídica base, ou seja, há a existência de um agrupamento identificável, como titular do interesse¹².

No sistema do Código de Defesa do Consumidor, a distinção que se faz entre os interesses difusos dos coletivos é diante do

9 Utiliza-se, a título de ilustração, o exemplo dado por MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 789. “Compare-se, para bem se entender a distinção, o direito à imagem e o direito ao meio ambiente sadio: conquanto se possa dizer que o direito à imagem é universal, porque todos os sujeitos o possuem, é fácil identificar, em cada pessoa, seu próprio direito (legitimando-se, por isso mesmo, cada titular a propor ações para a tutela de seu específico interesse). Já o direito ao meio ambiente (direito difuso), porque pertencente a toda a coletividade, de forma diluída, não admite que ninguém, isoladamente, seja considerado como seu titular (ou mesmo de parcela determinada dele)”.

10 GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. *Revista de Processo*, v. 25, n.97, p. 9-15, 2000.

11 Com isso, absurdo aceitar a redação do artigo 16 da LACP, posto que limita a tutela oferecida a esses direitos a certos parâmetros territoriais, ofendendo a própria essência do direito, como também assevera o mestre MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 789.

12 Novamente, empresta-se de exemplo de MARINONI, op. cit., p. 790.: “São exemplos de direitos difusos: o meio ambiente, o direito à saúde pública ou o direito à cultura. Por outro lado, podem ser considerados como direitos coletivos, porque indivisíveis, mas pertencentes a um grupo determinado: o direito de certa classe de trabalhadores a um ambiente sadio de trabalho, o direito dos índios ao seu território, ou o direito dos consumidores à informação adequada”.

elemento subjetivo. Isso porque, nos primeiros não há qualquer vínculo jurídico que ligue os membros do grupo entre si ou com a parte contrária, sendo certo que os titulares dos interesses difusos são indeterminados e indetermináveis, unidos apenas por circunstâncias de fato. Já nos interesses coletivos tem-se um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por uma relação jurídica-base instituída entre elas (por exemplo, os membros de uma associação) ou com a parte contrária.

Por outro lado, os direitos interesses individuais homogêneos são direitos individuais, imputáveis a pessoas específicas¹³. Todavia, por se tratar de direitos individuais iguais, admitem proteção coletiva. Nesse sentido, Teori Albino Zavascki:

“Direito coletivo é direito transindividual (=sem titular determinado) e indivisível. Pode ser difuso ou coletivo *stricto sensu*. Já os direitos individuais homogêneos são, na verdade, simplesmente direitos subjetivos individuais. A qualificação de homogêneos não desvirtua essa sua natureza, mas simplesmente os relaciona a outros direitos individuais assemelhados, permitindo a defesa coletiva de todos eles. ‘Coletivo’, na expressão ‘direito coletivo’ é qualificativo de ‘direito’ e por certo nada tem a ver com os meios de tutela. Já quando se fala em ‘defesa coletiva’ o que se está qualificando é o modo de tutelar o direito, o instrumento de sua defesa”.¹⁴

No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni:

“Frise-se que a ‘ação coletiva’ é o veículo por meio do qual é viabilizada a tutela de direitos definidos pelo legislador (no art. 81 do CDC) como i) difusos, ii) coletivos e iii) individuais homogêneos. Como já foi dito, tais direitos podem ter qualquer natureza, muito embora sua proteção esteja prevista, em parte, no Código de Defesa do Consumidor”¹⁵.

13 A exemplo do direito de contribuintes impugnando exação tributária tida por inconstitucional ou do consumidores a serem indenizados da quantidade a menor de produto informada em embalagem.

14 ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

15 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 788.

São por esses motivos que Barbosa Moreira asseverou que os interesses difusos e coletivos são ontologicamente coletivos, ao passo que os interesses individuais homogêneos se mostram como coletivos apenas acidentalmente.

Nos interesses individuais homogêneos, cada membro do grupo é titular de direitos subjetivos clássicos, divisíveis por natureza. Por tal razão, cada um pode levar a juízo a sua demanda individualmente. No processo coletivo, a solução não será necessariamente igual para todos, uma vez que cada qual pode ver sua demanda acolhida ou rejeitada por circunstâncias pessoais. Cuida-se aqui de um conjunto de interesses que podem ser tratados coletivamente, recomendando-se, contudo a proteção coletiva a fim de evitar decisões conflitantes e com otimização da prestação jurisdicional do Estado. Se fosse o caso de litisconsórcio, seria o mesmo comum e facultativo.

Assim, em que pese os direitos individuais homogêneos não serem definidos como direitos transindividuais (por óbvio), são dignos de um procedimento diferenciado, já que podem ser lesados nas relações de massa. São delineados a partir do artigo 91, do CDC.

Consoante Sérgio Cruz Arenhart:

“De fato, as lesões a esses direitos dificilmente são sentidas isoladamente por algumas pessoas determinadas – ou, ao menos, o dano experimentado por cada uma é irrisório e jamais justificaria seu interesse em propor alguma demanda perante o Judiciário –, dificultando a apresentação de um apenas desses sujeitos para defender o interesse. Em outros casos, não se pode deixar de imaginar, como obstáculo à tutela jurídica integral, a possibilidade de que a guarda desses interesses em juízo se apresente inviável, haja vista a opressão do pólo contrário, em face da debilidade dos indivíduos lesados, que, isoladamente, não se vêem em condições de proteger seus direitos e não têm, de outro lado, organização suficiente para demandar de forma coletiva”¹⁶.

16 ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*: temas atuais de direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 6.

A definição dos direitos ou interesses difusos, coletivos (*stricto sensu*) e individuais homogêneos está disposta no artigo 4^a do anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, nos incisos I, II e III, repetindo a redação do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor.

No que toca aos direitos individuais homogêneos, Emerson Garcia e Robson Renault Godinho (MP/RJ) sugerem, no artigo 26 do anteprojeto, a supressão da parte final do dispositivo, que seria encerrado com a expressão “origem comum”, para permitir que interesses individuais homogêneos coexistam com direitos difusos ou decorram de situações difusas¹⁷.

Esses membros do Ministério Público aconselham também o acréscimo de mais um parágrafo, a fim de minimizar controvérsias doutrinárias: *“Para a caracterização dos direitos individuais homogêneos, são irrelevantes a patrimonialidade ou a disponibilidade do bem jurídico”*.

Mostram-se interessantes tais colocações, na medida em que há autores que defendem a ausência de competência do Ministério Público para propor ações, cujo objeto seja algum direito dessa espécie.

3 Da instrumentalidade do processo: das ações coletivas e dos direitos em pauta

A importante relação entre o direito processual e o direito material há muito já é alentada por Mauro Cappelletti, para quem o direito material representaria a primeira influência ideológica no âmbito da legislação processual¹⁸. O processo civil sempre demonstrou uma tendência para a consecução dos fins almejados pelo direito material, ou seja, as regras processuais são criadas para atender às peculiaridades da situação jurídica material a ser deduzida em juízo.

17 Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor: Disponível em: http://www.mpcon.org.br/site/portal/jurisprudencias_detalle.asp?campo=2551

18 CAPPELLETTI, Mauro. A ideologia no processo civil. Tradução de Athos Gusmão Carneiro. *Ajuris*, v. 8, n. 23, p. 16-33, nov. 1981.

Assim, a inquestionável autonomia do direito processual não quer dizer que seja indiferente ao direito material; ao revés, possuem uma interligação, já que se integram na tarefa de “criação de normas jurídicas (gerais ou individuais, abstratas ou concretas)”¹⁹.

Hermes Zaneti Jr. ensina, com base na teoria circular dos planos²⁰:

(...) o processo precisa, como instrumento que é, estar adequado ao direito material que pretende servir. Nessa ótica, os princípios da adequação e da instrumentalidade se completam (...). Vale ressaltar a tendência atual do direito processual comparado que demonstra uma crescente preocupação dos ordenamentos internos em valorizar a adequação para garantir maior efetividade e economia processual, por exemplo, possibilitando a alteração da demanda em seu curso (...)”²¹

No mesmo sentido, o professor Fredie Didier:

“As regras processuais são criadas para atender às características/peculiaridades da situação jurídica substancial a ser deduzida no ato postulatório.(...)”

A inquestionável autonomia do Direito Processual não pressupõe a sua neutralidade em relação ao Direito Material. Ao contrário, há entre eles um vínculo indiscutível, eis que se integram na tarefa de criação das normas jurídicas (gerais ou individuais, abstratas ou concretas)”²².

Dessa forma, os direitos ditos coletivos dependem de tutela a eles adequada, para que sejam efetivados, em caso de viola-

19 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 1.

20 “Nesse sentido, o processo, na sua perspectiva constitucional, abarcando o conceito de princípios, regras e postulados, deve atuar para a realização dos direitos fundamentais e não pode ficar restrito, manietado, por uma pré-compreensão do direito. Continuarão existindo dois planos distintos, direito processual e direito material, porém a aceitação desta divisão não implica torná-los estanques, antes imbricá-los pelo ‘nexo de finalidade’ que une o instrumento ao objeto sobre o qual labora. Da mesma maneira que a música produzida pelo instrumento de quem lê a partitura se torna viva, o direito objetivo, interpretado ao processo, reproduz no ordenamento jurídico um novo direito. Tal é a teoria circular dos planos” (ZANETI JR, Hermes. A teoria circular dos planos (direito material e direito processual). In: DIDIER JR., Fredie. (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 5. ed. rev. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2007. p.410).

21 *Ibid.*, p. 389.

22 DIDIER JR., op. cit., p. 22.

ção. E o processo deve obedecer às peculiaridades do direito substancial, em cumprimento à própria Constituição.

Assim entende Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich:

“Se ao feitiço dos direitos tutelados na ordem material correspondem as peculiaridades da tutela processual que se espraiam por vários institutos nesta ordem, constatação que, no processo coletivo, bem explica a extensão e a feição dita quase-legislativa dos provimentos jurisdicionais nele, não se pode descuidar de que é no processo que muitos direitos se constroem, modificam ou conservam, assim como no terreno do direito material.

Em verdade, talvez hoje se perceba melhor a antiga confusão entre ação e direito material, na medida em que o processo é também um ambiente em que estes se criam, modificam, conservam ou extinguem. Partindo-se da concepção muito cara a Wach ou Chiovenda da pretensão e sabendo-se que a interseção entre direito material e ação é maior do que se costumava supor no século passado, é bom ver também que muitas vezes eles existem ou se supõem existir no plano material sob formas singulares, sem qualquer correspondência legal direta, trazendo para o juízo a tarefa de enquadrá-los no ordenamento para depois devolvê-los consertados à vida, em vez de imaginar-se, muito ao gosto de uma visão positivista estrita, que os direitos existem no plano material prontos e acabados, cabendo ao Poder Judiciário apenas resolver as crises que sobre eles recaem”²³.

Importa observar que a tutela dos interesses difusos e coletivos não se explica somente pela necessidade de racionalização do processo, aumento da celeridade e economia processual. Tampouco essa tutela surge devido à existência de novos direitos e sujeitos de direito. Contudo, a sua evolução, hoje, segun-

23 VON ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo. A justiça geométrica e o anteprojeto de Código de Processos Coletivos: elementos para uma justificativa histórico-filosófica, ou por uma visão atual do alcance e da função criadora da jurisdição coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

do expressa Ronaldo Porto Macedo Jr.²⁴, é definida também em razão da existência de uma nova natureza do direito social (polêmica, política, desprovida de uma medida de justiça universal e, *a priori*, contraditória, diretamente vinculada ao desempenho de políticas públicas etc.). Uma dimensão importante da tutela desses interesses é que ela tornou-se um dos campos privilegiados para a disputa pelo direito social, de modo que, invocando os princípios e a referência à justiça social, aplica-se regras de julgamento na solução dos casos concretos em demandas coletivas.

Nesse diapasão, o processo civil deve prestar respeito a certos princípios, como forma de lograr a efetivação dos direitos em pauta.

3.1 Princípios processuais: verdadeiros direitos fundamentais processuais com escopo de efetivação dos direitos discutidos

Não se busca aqui esgotar todos os princípios de índole processual, mas apenas tecer breves comentários acerca dos mesmos com o escopo de demonstrar que o Anteprojeto de Processos Coletivos possui o objetivo de atender a essas determinações do Poder Constituinte Originário.

3.1.1 Processo e Direitos Fundamentais²⁵

Com o neoconstitucionalismo criando uma nova percepção da Constituição e de sua função na interpretação jurídica, tem-se que tal norma fundamental fixa os vetores interpretativos da ordem jurídica. É dizer, a Constituição, com toda a sua força normativa, explícita ou implicitamente, firma os valores, os princípios e as regras a serem seguidos não só quando da aplicação

24 MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Ação civil pública, o direito social e os princípios*. Material da 8ª aula da disciplina Processo Civil, ministrada no Curso de Especialização TeleVirtual de Direito Processual: Grandes Transformações – UNISUL - REDE LFG.

25 MELO, Debora Fernandes de Souza. Breves considerações acerca do direito à tutela jurisdicional efetiva. *Revista Prática Jurídica*, Brasília: Consulex, v. 9, n. 98, p. 34-36.

das normas, seja pelo administrador ou pelo juiz, no caso concreto, mas também quando de sua elaboração pelo legislador.

Nesse contexto, a Constituição deve ser entendida como o ponto de partida para a interpretação de todo o ordenamento jurídico, assumindo um papel basilar na construção do neoprocessualismo. Este é um estudo e aplicação do direito processual a partir das premissas teóricas e metodológicas do mencionado neoconstitucionalismo, como a força normativa da Constituição, o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais e o desenvolvimento da jurisdição constitucional.

Com o fenômeno da constitucionalização dos direitos, as leis infraconstitucionais e os Códigos deixaram de estar no centro do sistema jurídico, dando lugar às normas constitucionais que contemplam direitos e garantias fundamentais. Dessa forma, se uma lei se encontra antagônica à Constituição, diante de sua supremacia, aquela não deve ser aplicada, premissa essa já assentada historicamente no caso *Marbury v. Madison*, julgado em 1803, que deu início à denominada *judicial review*²⁶. Ou, ainda, a fim de evitar sua declaração de inconstitucionalidade, é possível, atualmente, que o juiz se utilize das técnicas de hermenêutica constitucional, adotando, por exemplo, a interpretação conforme.

Não se pode olvidar, ademais, a tese de que as Constituições são normas jurídicas fundamentais e supremas, devendo sempre prevalecer, com todas as interpretações efetuadas a partir de suas normas.

Nesse diapasão, em sendo consagrados pela Constituição princípios de direito processual, os mesmos devem ser concretizados, já que são normas e direitos fundamentais. E o processo é um importante instrumento de concretização da Constituição, devendo estar de acordo com os direitos fundamentais em sua dimensão objetiva e estar preparado para proteger sua dimensão subjetiva.

Direitos fundamentais na dimensão objetiva são normas que consagram valores que orientam a produção legislativa. Valo-

26 CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras complementares de constitucional: controle de constitucionalidade*. Salvador: JusPodivm, 2007.

res esses havidos por fundamentais, que devem estruturar todo o ordenamento jurídico. É nesse sentido que ocorre a eficácia irradiante dos direitos fundamentais, que faz surgir a tese da interpretação de acordo com os mesmos.

Segundo Marinoni, os direitos fundamentais fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, considerando-se sua condição de direito objetivo. “O valor contido na norma de direito fundamental, revelado de modo objetivo, espraia-se necessariamente sobre a compreensão e a atuação do ordenamento jurídico.”²⁷

Assim, a norma de direito fundamental, ao instituir valor e, desse modo, influir sobre a vida social e política, regula o modo de ser das relações, não apenas entre os sujeitos privados e o Estado, bem como nas relações entre os particulares, o que se convencionou chamar “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”.

Já a dimensão subjetiva preconiza que os direitos fundamentais são direitos, isso é, direitos subjetivados nos indivíduos e na comunidade, que podem ser exigidos judicialmente.

Dessa forma, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva pode ser retirado do art. 5º, XXXV, do texto constitucional, como entendem, a título de exemplo, o professor Marinoni e Eduardo Cambi, ou do princípio do devido processo legal, conforme posição de Fredie Didier.

3.1.2 *Do direito fundamental ao devido processo legal*

A cláusula do devido processo legal tem seu surgimento em 1215, com a Magna Carta (*due process of law*) e encontra-se atualmente expresso em nossa Constituição de 1988, em seu art. 5º, LIV, sendo uma cláusula geral, aberta, cujo conteúdo vai sendo preenchido ao longo do tempo.

Conforme Paulo Henrique dos Santos Lucon:

“...percebe-se que hoje, o importante não é delimitá-lo com uma precisão cartesiana (que não é própria da ciência jurídi-

27 MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*. <www.professormarinoni.com.br/principal/pub/anexos/2007081011372022.pdf>.

ca, muito menos do direito positivo), mas é saber que o devido processo legal influi decisivamente na vida das pessoas e nos seus direitos.”²⁸

Assim, de forma sucinta, sem pretender esgotar o conceito do princípio em tela, processo, em seu sentido amplo, é meio de criação do direito estatal ou não estatal, ou seja, é qualquer modo de produção do direito. “Legal” é a tradução da palavra *law*, o que significa em conformidade com o Direito, que por óbvio, inclui a Constituição.

Processo devido é aquele efetivo, tempestivo e adequado, sendo certo que tais características ganharam autonomia como princípios: princípio da efetividade, da duração razoável do processo e da adequação, que se relacionam entre si.

No que toca à razoável duração do processo, com previsão no art. 5º, LXXVIII, CR e no Pacto de São José da Costa Rica, importa salientar que é uma garantia, não necessariamente a um processo rápido, mas à duração do processo de acordo com o uso racional do tempo processual. É um direito a um processo sem dilações indevidas, sendo também direitos fundamentais os meios que garantam essa razoável duração (arts. 195 e 555, §§ 2º e 3º, do CPC, 7º, pu, da Lei nº 7.347/85 etc.).

A tutela antecipatória baseada em abuso do direito de defesa ou em incontrovérsia de parcela da demanda é um bom exemplo de tratamento racional ao tempo do processo.

Na Europa, a duração razoável já existe desde o Tratado de Roma, contando com quatro critérios para aferi-la: comportamento do juiz, comportamento das partes, complexidade da causa e estrutura do Juízo.

Quanto ao princípio da adequação, devem-se observar três critérios: adequação objetiva, isto é, o processo deve ser adequado ao tipo de direito material que por ele será tutelado (as peculiaridades de cada direito exigem tratamento adequado); adequação subjetiva, ou seja, em relação aos sujeitos que vão participar do processo (idosos, Fazenda Pública etc.) e adequa-

28 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido processo legal substancial In : DIDIER JR. Fredie.(Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 20.

ção teleológica, na qual o processo tem que ser adequado a seus fins.

A doutrina ainda divide a adequação em dois momentos: adequação legislativa, em que o legislador deve criar leis adequadas, com observância desses três critérios e adequação jurisdicional (também chamada de princípio da adaptabilidade do procedimento ou da elasticidade do procedimento ou, ainda, como se denomina em Portugal, princípio da adequação formal), aquela realizada pelo juiz no caso concreto, criando a norma jurídica individualizada (a jurisdição possui caráter criativo).

Como é possível perceber, o devido processo legal é um gerador de princípios, pois, em sendo aberto, é quase sempre possível se dizer que um princípio é dele decorrente.

O devido processo legal possui duas dimensões: uma processual, também denominada de formal ou procedimental, e outra substancial (*substantive due process of law*). A primeira envolve o conjunto de garantias mínimas de natureza formal para o exercício da jurisdição (ex. juiz natural, contraditório, motivação etc.), ao passo que a segunda diz respeito ao princípio da proporcionalidade.

3.1.3 *Do direito fundamental à efetiva tutela jurisdicional e princípio da adequação*

Segundo Marinoni, o direito fundamental à efetividade é o mais importante dos direitos fundamentais, visto que é ele que garante a efetivação de todos os outros. Para esse autor, “o direito à sentença deve ser visto como direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial, o que significa o direito à efetividade em sentido estrito.”

Nesse sentido, a tutela coletiva de direitos coletivos ou individuais homogêneos busca concretizar o direito fundamental em análise, uma vez que através de mecanismo especial (princípio da adequação), tem-se por escopo satisfazer direitos de natureza diversa da individual, que possui o tratamento tradicional pelo Código de Ritos.

Princípio da efetividade é aquele que impõe que os direitos reconhecidos sejam realizados, implementados, efetivados, não bastando seu mero reconhecimento.

Tal princípio encontra-se consagrado no art. 5º, XXXV, da Lei Fundamental, ou seja, tal norma garante a todos o direito a uma prestação jurisdicional efetiva, sendo o mais importante dos direitos, vez que é o direito a fazer valer os próprios direitos.

O direito à prestação jurisdicional efetiva é decorrência da existência dos direitos, já que, em regra, não se admite a auto-tutela.

Desse modo, o direito à tutela jurisdicional não pode se limitar ao direito de igual acesso ao procedimento estabelecido ou ao conceito tradicional de acesso à justiça, como ensina o professor Marinoni. Não é suficiente que todos tenham iguais oportunidades de acesso aos procedimentos e aos advogados, mas que efetivamente tenham a possibilidade de argumentação e produção de provas (o que também significa contraditório em seu aspecto substancial).

Observe-se que o princípio da efetividade possui estreita relação com outros princípios fundamentais processuais. Tem-se como exemplo a diferenciação de procedimentos (princípio da adequação em sua dimensão objetiva), que se encontra em consonância com o direito à tutela jurisdicional efetiva. Outro exemplo é o já mencionado aspecto jurisdicional da adequação, tendo o juiz o poder-dever de “mesmo e principalmente no silêncio da lei, determinar as medidas que se revelem necessárias para melhor atender aos direitos fundamentais envolvidos na causa, a ele submetida”²⁹, haja vista que a ausência de técnica processual adequada para certo caso em conflito é omissão atentatória ao direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional.

Vale ressaltar que o direito à tutela jurisdicional efetiva reúne o direito à técnica processual adequada, o direito de participar por meio de procedimento adequado e o direito à resposta jurisdicional. É dizer, existe direito devido pelo Estado-legislador à edição de normas de direito material de proteção, bem como

29 MARINONI, Luis Guilherme. *O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*. Disponível em: <www.professormarinoni.com.br/principal/pub/anexos/2007081011372022.pdf>

de normas de direito instituidoras de técnicas processuais capazes de proporcionar efetiva proteção (direito fundamental em sua dimensão objetiva). Mas o Estado-juiz também possui dever de proteção, que se realiza quando ele profere sua decisão a respeito dos direitos fundamentais em sua dimensão subjetiva. Como assevera o professor Marinoni:

“O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva incide sobre o legislador e o juiz, ou seja, sobre a estruturação legal do processo e sobre a conformação dessa estrutura pela jurisdição. (...) A obrigação de compreender as normas processuais a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional e, assim, considerando as várias necessidades do direito substancial, dá ao juiz o poder-dever de encontrar a técnica processual idônea à proteção (ou à tutela) do direito material.”³⁰

A efetiva tutela jurisdicional é um aspecto da dignidade da pessoa humana, visto que, se o sistema confere direitos, esse mesmo sistema tem que conferir instrumentos para efetivá-los.

Nesse contexto, percebemos o Anteprojeto de Processos Coletivos, que, em seu artigo 3º determina que, para a defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, são admissíveis todas as espécies de ações e provimentos capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela, inclusive os previstos no Código de Processo Civil e em leis especiais³¹.

Ademais, a análise da causa de pedir e do pedido no anteprojeto mostra-se interessante. Eles serão, diferentemente do que ocorre no processo civil individual (art. 264, *caput* e parágrafo único, do CPC), interpretados extensivamente, de acordo com o bem jurídico a ser protegido, e podendo ser alterados até a prolação da sentença, desde que o requerimento seja reali-

30 MARINONI, Luis Guilherme. *A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*. Disponível em: < www.professormarinoni.com.br/principal/pub/anexos/20080320041013A_legitimidade_da_atuacao_do_juiz.pdf >

31 Com vistas à efetividade, os parágrafos primeiro e segundo do mencionado artigo 3º do anteprojeto:

“§ 1º. O juiz, instaurado o contraditório, poderá desconsiderar a pessoa jurídica, nas hipóteses previstas no art. 50 Código Civil e no art. 4º da Lei 9.605/98.

§ 2º. Para a tutela dos interesses e direitos previstos nas alíneas II e III do art. 4º (interesses ou direitos coletivos e individuais homogêneos, respectivamente) e observada a disponibilidade do bem jurídico protegido, as partes poderão estipular convenção de arbitragem, a qual se regerá pelas disposições do Código de Processo Civil e da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1966.”

zado de boa-fé e não represente prejuízo injustificado à parte contrária.

Pode-se entender que esse é um aspecto do princípio da adequação. Importa lembrar que a doutrina visualiza esse princípio em dois momentos: no legislativo, como informador da produção das leis de procedimento e o processual, que permite ao juiz, diante do caso concreto, amoldar o procedimento de forma que melhor o adapte às peculiaridades da causa³². Nesse contexto, extremamente importante que o legislador atente para a natureza e para as particularidades do objeto do processo, uma vez que “um procedimento inadequado ao direito material pode importar verdadeira negação da tutela jurisdicional”³³.

Nessa esteira, a ideia de se ter elaborado um Anteprojeto de Processos Coletivos coaduna-se com os princípios da adequação e da efetividade da tutela jurisdicional, haja vista tomar em consideração a natureza dos direitos em jogo. É dizer, um Código de Processos Coletivos garante uma tutela adequada à realidade de direito material.

Como ensina Marinoni, quanto à adequação como imposição do direito fundamental à efetividade:

“A compreensão desse direito depende da adequação da técnica processual a partir das necessidades do direito material. Se a efetividade requer a adequação e a adequação deve trazer a efetividade, o certo é que os dois conceitos podem ser decompostos para melhor explicar a necessidade de adequação da técnica às diferentes situações de direito substancial.”³⁴

Um dos critérios objetivos de que se vale o legislador para adequar a tutela jurisdicional pelo procedimento é a natureza do direito material, impondo uma tutela mais efetiva, a exemplo do anteprojeto do Código de Processos Coletivos.

32 Vide artigo OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 5. ed. Salvador: JusPodvm, 2007.

33 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Salvador: JusPodvm, 2009. v. 1.

34 MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo, Malheiros. [s.d.].

Novamente, Emerson Garcia e Robson Renault Godinho (MP/RJ) afirmam ser conveniente a reprodução do art. 84 do CDC ou do art. 461 do CPC, reforçando o compromisso com a tutela específica.³⁵

Como já dito com relação ao princípio da adequação (no momento legislativo), o art. 5º, *caput*, também é exemplo de busca da efetividade ao prever que a causa de pedir e o pedido serão interpretados extensivamente, em conformidade com o bem jurídico a ser protegido. Esse dispositivo confirma a tese de que o art. 293 do CPC é incompatível com a proteção dos interesses e direitos massificados.

Deveras, o texto do Anteprojeto apresentado ao Ministério da Justiça representa um esforço de reunir, sistematizar e melhorar as regras brasileiras sobre processos coletivos, hoje existentes em leis esparsas, de modo a harmonizá-las e a conferir tratamento que se coaduna com a importância jurídica, social e política dos interesses e direitos transindividuais e individuais homogêneos, com vistas a sua aplicação mais límpida e correta, à superação dos obstáculos que surgem na prática legislativa e judiciária e à inovação na técnica processual, de forma a extrair a maior efetividade possível de relevantes instrumentos constitucionais de direito processual.

Assim é que o art. 8º prevê a comunicação pelo juiz ao Ministério Público e outros legitimados sobre processos repetitivos, a fim de que proponham, em sendo o caso, ação coletiva. Esse dispositivo confirma a tese de que a ação coletiva é de interesse social quando ajuizada para evitar a proliferação de ações individuais repetitivas.

O art. 10 determina que o juiz deverá dar prioridade no processamento do processo coletivo, servindo-se preferencialmente dos meios eletrônicos, demonstrando que a tutela dos interesses sociais, presentes nas ações coletivas, deve ser priorizada quanto ao seu processamento.

35 Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor: Disponível em: <www.mpcon.org.br/site/porta/jurisprudencias_detalle.asp?campo=2551>

Esses exemplos convergem com os objetivos que devem inspirar a elaboração do Código Brasileiro de Processos Coletivos trazidos por Aluisio Gonçalves de Castro Mendes³⁶:

“a) ampliação do acesso à Justiça, de modo que os interesses da coletividade, como o meio ambiente, não fiquem relegados ao esquecimento; ou que causas de valor individual menos significantes, mas reunidas representam vultuosas quantias, como os direitos dos consumidores, possam ser apreciados pelo Judiciário; b) que as ações coletivas representem, de fato, economia judicial e processual, diminuindo, assim, o número de demandas ajuizadas, originárias de fatos comuns e que acabam provocando acúmulo de processos, demora na tramitação e perda na qualidade da prestação jurisdicional: ao invés de milhões ou milhares de ações, sonhamos com o tempo em que conflitos multitudinários, como o ocorrido em torno dos expurgos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS, possam ser resolvidos mediante uma única demanda e um único processo; c) com isso, as ações coletivas poderão oferecer, também, maior segurança para a sociedade, na medida em que estaremos evitando a prolação de decisões contraditórias em processos individuais, em benefício da preservação do próprio princípio da igualdade: o processo, sendo coletivo, servirá como instrumento de garantia da isonomia e não como fonte de desigualdades; e d) que as ações coletivas possam ser instrumento efetivo para o equilíbrio das partes no processo, atenuando as desigualdades e combatendo as injustiças praticadas no Brasil”.³⁷

Com efeito, outro exemplo do anteprojeto que tem por escopo esses objetivos tem relação com a legitimidade.

Para a tutela jurisdicional dos novos direitos (difusos, coletivos e individuais homogêneos), o legislador atual brasileiro es-

36 Professor-doutor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e da Universidade Estácio de Sá – UNESA – orientador do grupo de mestrands que formulou sugestões ao anteprojeto.

37 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e pontos sensíveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

colheu a via da legitimação concorrente e autônoma, atribuindo a titularidade da ação ao Ministério Público, a outras entidades públicas e às associações pré-constituídas nos termos da lei civil e em funcionamento há pelo menos um ano – art. 82 -, mas com a possibilidade da dispensa do requisito da pré-constituição, *ope judicis*, quando se verifique um preponderante interesse social demonstrado pelas dimensões ou características do dano, ou pela relevância do bem jurídico protegido (parágrafo 1º). O cidadão não é legitimado às ações coletivas (mas continua sendo-o para a ação popular, nos termos da Constituição e da lei), entendendo-se que o portador em juízo dos interesses coletivos (*lato sensu*) supre, por natureza, às deficiências organizacionais dos titulares individualmente considerados, permitindo o acesso à justiça de amplos segmentos da população.

Observe-se que no anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, o artigo 20 estipula uma legitimação muito mais ampla da que ocorre hoje. São legitimados concorrentemente à ação coletiva ativa³⁸: I) qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada; II) o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos coletivos, e individuais homogêneos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada; III) o Ministério Público, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e coletivos, bem como dos individuais homogêneos de interesse social; IV) a Defensoria Pública, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e coletivos, quando a coletividade ou os membros do grupo, categoria ou classe forem necessitados do ponto de vista organizacional, e dos individuais homogêneos, quando os membros do grupo, categoria ou classe forem, ao menos em parte, hipossuficientes; V) as pessoas jurídicas de direito público interno, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e, quando relacionados com suas funções, dos coletivos e individuais homogêneos; VI) as

38 Já na ação coletiva passiva, ou seja, nas ações contra o grupo, categoria ou classe, mesmo sem personalidade jurídica, qualquer representante adequado (artigo 20, I, "a", "b" e "c", do anteprojeto) poderá propô-las, quando se trate de tutela de interesses ou direitos difusos e coletivos (artigo 4º, incisos I e II, do anteprojeto) e a tutela se revista de interesse social. O Ministério Público e os órgãos públicos legitimados à ação coletiva ativa (art. 20, incisos III, IV, V e VI e VII do anteprojeto) não poderão ser considerados representantes adequados da coletividade, ressalvadas as entidades sindicais.

entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, bem como os órgãos do Poder Legislativo, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos transindividuais e individuais homogêneos; VII) as entidades sindicais e de fiscalização do exercício das profissões, restritas as primeiras à defesa dos interesses e direitos ligados à categoria; VIII) os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembléias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda, para a defesa de direitos e interesses ligados a seus fins institucionais; IX) as associações civis e as fundações de direito privado legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano (cujo requisito poderá ser dispensado pelo juiz), que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, dispensadas a autorização assemblear ou pessoal e a apresentação do rol nominal dos associados ou membros.

Na defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, qualquer legitimado deverá demonstrar a existência do interesse social e, quando se tratar de direitos coletivos e individuais homogêneos, a coincidência entre os interesses do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda.

Em caso de inexistência do requisito da representatividade adequada, o juiz notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados, a fim de que, querendo, assumam a titularidade da ação.

Os membros do Ministério Público poderão ajuizar a ação coletiva perante a Justiça federal ou estadual, independentemente da pertinência ao Ministério Público da União, do Distrito Federal ou dos Estados, e, quando se tratar da competência da Capital do Estado ou do Distrito Federal, independentemente de seu âmbito territorial de atuação.

Será admitido o litisconsórcio facultativo entre os legitimados, inclusive entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados.

Assim, Emerson Garcia e Robson Renault Godinho, como representantes do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, sugerem permissão para que a pessoa física também possa

defender direitos individuais homogêneos. Defendem também, no inciso terceiro, substituir *“interesse”* por *“dimensão”* e acrescentar, ao final do dispositivo, *“ou quando a tutela coletiva mostrar-se relevante”*, a fim de otimizar a legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos individuais homogêneos³⁹.

O inciso quarto prevê a legitimidade da Defensoria Pública, mas, segundo os referidos promotores de justiça, essa legitimidade deve ser balizada por seu perfil constitucional, que limita sua atuação à defesa dos necessitados. Dessa forma, sugerem a seguinte redação: *“a Defensoria Pública, para a defesa dos interesses ou direitos coletivos e individuais homogêneos, na forma do artigo 134 da Constituição da República”*. Conseqüentemente, sugerimos que no art. 32 inclua-se a expressão *“e, em caso de necessitados”*, antes de *“defensorias públicas”*, o que também deveria constar do art. 40.

No inciso sétimo, os promotores preferem a extensão da restrição às entidades de fiscalização e substituição de *“à categoria”* por *“a suas finalidades institucionais”*.

Quanto ao parágrafo quarto, acreditam ser melhor acrescentar-se a expressão *“ou dimensão”*, após *“características”* e antes *“do dano”*, na forma do artigo 82, §1º, do Código do Consumidor.

Por fim, a sugestão do Ministério Público no tocante ao parágrafo quinto é o acréscimo, em sua parte final, *“inclusive entre os Ministérios Públicos”*, a fim de evitar discussões sobre essa possibilidade, em razão da revogação de dispositivos do Código do Consumidor e da Lei da Ação Civil Pública.

Resta observar, ainda, mas não com o intuito de esgotar o tema - o que seria impossível nessas breves linhas, não sendo, ademais, o escopo do presente trabalho - uma questão extremamente interessante do anteprojeto. A competência territorial, constante do artigo 22.

Na mesma linha de sugestões realizadas pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, através de seus ilustres

39 Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor: Disponível em: <www.mpcon.org.br/site/portal/jurisprudencias_detalle.asp?campo=2551>.

representantes, Emerson Garcia e Robson Renault Godinho⁴⁰, que entendem que a iniciativa de concentração da competência nas capitais não nos parece adequada. Não vislumbramos razão para esse monopólio da competência, já que os danos podem tocar mais de uma localidade, sem que haja qualquer relação com a capital. Exemplos: dano que atinja quatro comarcas do norte do Estado de Minas Gerais, que ficam a mais de mil quilômetros de Belo Horizonte. Nada justifica que não seja utilizada a regra da prevenção e que se desloque a competência para a capital do Estado. No que se refere à concentração da competência no Distrito Federal, críticas semelhantes podem ser formuladas. Qual a *ratio* de se fixar tal competência no caso de danos que envolvam, por exemplo, os Estados da região norte do país? Ou os da região sudeste? Também não se justifica a concentração nas hipóteses de dano de âmbito nacional, sob pena de se transferir toda a atribuição para o Ministério Público do Distrito Federal e suprimir a atribuição dos Promotores Naturais. Justifica-se a concentração dos processos, mas não o monopólio da competência, razão pela qual sugerimos a adoção ampla do critério da prevenção. Sugere-se a supressão dos incisos III e V. O inciso II passaria a ter a seguinte redação: *“de qualquer das comarcas ou seções judiciárias, quando o dano for regional, aplicando-se no caso as regras de prevenção”*. O inciso IV (que passaria a ser o III) teria a seguinte redação: *“de uma das capitais do Estado ou do Distrito Federal, quando os danos tocarem mais de uma unidade federativa ou tiverem âmbito nacional, aplicando-se no caso as regras de prevenção”*.

Quanto ao parágrafo primeiro, afirmam que o dispositivo dá eficácia definitiva ao descrito na petição inicial. Para evitar inconvenientes daí decorrentes, como tratamentos distintos a hipóteses submetidas ao mesmo fato, por equívoco da inicial, sugere-se a substituição de *“indicada na petição inicial da demanda”* por *“sua real extensão”*. Já no parágrafo segundo, sugere-se a exclusão da parte final do dispositivo, que se encerraria com *“foro competente”*. Imagina-se, ainda, um novo parágrafo: em razão

40 Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor. Disponível em: <www.mpcon.org.br/site/portal/jurisprudencias_detalhe.asp?campo=2551>.

de célebre divergência jurisprudencial, sugere-se a elaboração de parágrafo que resolva a questão do julgamento de matéria federal em local em que inexistir seção federal, sugerindo-se a seguinte redação: “*Caso o local do dano não seja sede de Seção Judiciária Federal, nas hipóteses que seriam de sua competência, será competente para o julgamento da causa o juiz estadual sediado na comarca*”.

4 Da coisa julgada nas ações coletivas e no anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos

A temática da coisa julgada nas ações coletivas é uma das mais complexas e polêmicas de todo o exame da “tutela coletiva”.

4.1 Breves considerações acerca da coisa julgada

Como cediço, a coisa julgada é a indiscutibilidade do conteúdo de determinada decisão judicial, tornando a norma individualizada contida na decisão estável, ou seja, a parte dispositiva da decisão.

A doutrina divide a coisa julgada em material e formal. Esta é a indiscutibilidade da decisão no processo em que foi proferida (endoprocessual); aquela é a mencionada indiscutibilidade no processo em que a decisão foi proferida e em outros processos, que seria a verdadeira coisa julgada.

Para que a decisão faça coisa julgada (material), alguns pressupostos são exigidos: que a decisão seja jurisdicional, de mérito e fundada em cognição exauriente, além da necessidade de existir “coisa julgada formal”.

Quanto ao regime jurídico da coisa julgada material, tem-se que ela possui limites objetivos – questões *principaliter tantum* – e subjetivos – trata-se de saber quem está submetido à autoridade da coisa julgada. Nesse aspecto, a coisa julgada pode operar-se *inter partes*, *ultra partes* ou *erga omnes*.

A primeira é a regra geral em nosso ordenamento, consagrada no artigo 472, do CPC, sendo as duas últimas exceções.

A coisa julgada *ultra partes* é aquela que atinge também determinados terceiros e não apenas as partes do processo, podendo ocorrer em diversas hipóteses, dentre as quais, nas ações coletivas como se verá adiante.

Já a coisa julgada *erga omnes* é aquela que atinge a todos os jurisdicionados, tendo feito ou não parte do processo. Nas ações coletivas é o que ocorre quando se tutela direitos difusos ou individuais homogêneos⁴¹.

No que toca ao modo de produção, há três tipos de coisa julgada: a) coisa julgada *pro et contra* – forma-se independentemente do teor da decisão judicial, sendo a regra geral; b) coisa julgada *secundum eventum litis* – só é formada quando a demanda é julgada procedente; e c) *secundum eventum probationis* – só é formada em caso de esgotamento de provas.

Na coisa julgada *secundum eventum litis*, se a ação for julgada improcedente, ela poderá ser reproposta, pois a decisão ali proferida não produzirá coisa julgada material. Segundo afirma Fredie Didier Jr., este regime não é bem visto pela doutrina, pois trata as partes de forma desigual, colocando o réu em posição flagrante de desvantagem⁴².

Por outro lado, a coisa julgada *secundum eventum probationis* acontece se a demanda for julgada procedente, que é sempre com esgotamento de prova, ou improcedente com suficiência de provas. A decisão judicial só produzirá coisa julgada se forem exauridos todos os meios de prova. Se a decisão proferida no processo julgar a demanda improcedente por insuficiência de provas, não formará coisa julgada. No regime geral (*pro et contra*), a improcedência por falta de provas torna-se indiscutível pela coisa julgada. Como exemplos dessa espécie de formação de coisa julgada, há os artigos 103, I e III, CDC, 18, Lei nº 4717/65, 16, Lei nº 1.533/51.

41 A coisa julgada *ultra partes* e *erga omnes* não ocorrem somente nas ações coletivas, havendo outros casos. Todavia, por não ser o objeto do estudo, não se estenderá aqui nessa parte.

Observe-se apenas que há quem não diferencie esses dois tipos de coisa julgada, como é o caso de (GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.), para quem uma coisa julgada nunca submete todos em todos os lugares; só alguns terceiros que mantivessem algum vínculo com a causa.

42 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2009. v.2.

A coisa julgada ainda produz efeitos i) negativo, quando impede que a questão principal já definitivamente decidida seja novamente julgada como questão principal em outro processo; ii) positivo, que é o efeito que impõe a observância da coisa julgada quando ela é utilizada como fundamento do pedido (causa de pedir); e iii) eficácia preclusiva da coisa julgada, que ocorre por precluir toda possibilidade de rediscussão de todos os argumentos (“alegações e defesas”, nos termos do artigo 474, do CPC) que poderiam ter sido suscitados, mas não foram.

4.2 Coisa julgada nas ações coletivas: sistema atual

A disciplina da coisa julgada nas ações coletivas no direito brasileiro hoje é dada pelos arts. 103 e 104 do CDC para os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Isso porque, como já dito ao longo do presente, em razão do artigo 21 da Lei da Ação Civil Pública, há uma verdadeira simbiose entre esses dois diplomas legais, perfazendo, junto com legislações esparsas, o micro sistema de tutela coletiva.

O artigo 103 disciplina, de forma diversa e de acordo com a espécie de direito coletivo (*lato sensu*), a coisa julgada.

Relembre-se, apenas, que em se tratando de sentença terminativa na ação coletiva, não se aplica artigo acima mencionado, já que só se pode falar em coisa julgada (material) em face de sentenças definitivas.

Quanto à coisa julgada para os direitos difusos, não poderia ter outro efeito senão *erga omnes*, uma vez que, se o direito pertence a todos, a solução da lide sobre ele (que é transindividual e indivisível) só pode abranger a todos⁴³. Aqui ocorre, fugindo à regra geral, a coisa julgada *secundum eventum probationis*, a depender do sucesso da prova, pois se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento.

43 Vale trazer aqui observação feita por Marinoni, segundo o qual : “para quem não tem legitimidade para propor a ação – no caso, por se tratar de direito transindividual, nenhuma pessoa física poderia fazê-lo, mas apenas os legitimados contemplados em lei, por expressa determinação legal (art. 82 do CDC e art. 5º da Lei 7.347/85) -, a imutabilidade da decisão não decorre da coisa julgada, mas sim, apenas, da impossibilidade concreta de discutir judicialmente a questão, por falta de legitimidade para agir” MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Já no que tange aos direitos coletivos (*stricto sensu*) do artigo 103, II, do CDC, a coisa julgada se opera *ultra partes* – ressaltada a hipótese de improcedência por insuficiência de provas – isto é, para além das partes do processo, de forma a atingir todo o grupo, categoria ou classe a quem pertence o direito discutido⁴⁴.

Tanto a coisa julgada na ação que tutela direitos difusos, como na que protege direitos coletivos em sentido estrito, será *secundum eventum litis*, posto que se opera apenas diante das circunstâncias da causa.

No concernente à coisa julgada relativa às ações que tutelam direitos individuais homogêneos – que não são direitos transindividuais; ao revés, têm sujeito determinado e unitário –, a situação é diferente. A sentença que julga esse tipo de ação coletiva examina pretensões individuais, sendo a coisa julgada, nos termos do artigo 103, III, do CDC, *erga omnes*, somente no caso de procedência da ação, de modo a beneficiar todos os sujeitos titulares dos direitos individuais postulados, bem como seus sucessores. Vê-se aqui nova modalidade de coisa julgada *secundum eventum litis*, tendo em vista que só operada quando a sentença for de procedência. No caso de improcedência, a coisa julgada não será *erga omnes*.

O regime da coisa julgada nas ações coletivas ainda possui uma inovação: o transporte da coisa julgada *in utilibus* para as ações individuais que versem sobre o tema, diante do artigo 104, do CDC. Esse dispositivo possui o intuito de tornar viável o ajuizamento da ação individual, ainda quando pendente ação coletiva para a tutela de direito difuso, coletivo ou individual homogêneo e, ainda de deixar evidente que a tutela coletiva não irá trazer benefícios para aquele que não requerer a suspensão do processo individual no prazo de trinta dias após obter a ciência do ajuizamento da ação coletiva.

44 Novamente, vale trazer elucidação de Marinoni: "a mesma objeção pode ser oposta: não é, na verdade, a coisa julgada que se estende para além das partes no processo. Na verdade, é o efeito direto da sentença que opera em relação aos titulares do direito de maneira imutável, pela singela circunstância de que eles não detêm *legitimidade ad causam* para discuti-la". MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Por fim, vale suscitar inconstitucionalidade do artigo 16 da Lei nº 7.347/85. Sua atual redação, dada pela Lei nº 9.494/97 assim dispõe:

“Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.”

Segundo Marinoni, houve, em relação às ações coletivas que não dizem respeito a relações de consumo – uma vez que estas seriam especificamente regidas pelo CDC, que não tem nenhuma previsão nesse sentido –, tentativa de limitação dos efeitos da sentença – já que limitar a abrangência da coisa julgada seria impossível, descaracterizando o próprio instituto. Nesse sentido:

“Os efeitos concretos da decisão (que se operam no mundo real) operam-se em sentidos imprevisíveis e não podem ser contidos pela vontade do legislador. Assim como uma pessoa divorciada não pode ser divorciada apenas na cidade onde foi prolatada a sentença de seu divórcio (passando a ser casada em outros municípios), uma sentença proferida em ação coletiva não pode ter seus efeitos limitados a certa porção do território nacional. Os efeitos da sentença operam onde devem operar, e não onde o queira que eles se verifiquem”⁴⁵.

Não se pode olvidar a característica marcante dos direitos coletivos *lato sensu* (já discutidos no presente trabalho), fato que reforça a conclusão de que outorgar limites à coisa julgada ou aos efeitos da sentença seria, indubitavelmente, conferir a um só direito a possibilidade de dois tratamentos diferenciados, em que pese tal regra ser aplicada pelos tribunais.

45 MARINONI, Luiz Guilherme ; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 819.

4.3 Coisa julgada nas ações coletivas: anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos

Nas ações coletivas de que trata o anteprojeto, a coisa julgada encontra-se disciplinada em seu artigo 13.

A sentença fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova.

Tratando-se de interesses ou direitos individuais homogêneos, em caso de improcedência do pedido, os interessados poderão propor ação a título individual.

Os efeitos da coisa julgada nas ações em defesa de interesses ou direitos difusos ou coletivos não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos artigos 34 e 35 do anteprojeto, aplicando-se, inclusive, essa lógica à sentença penal condenatória.

Mesmo na hipótese de sentença de improcedência, fundada nas provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, no prazo de 2 (dois) anos contados do conhecimento geral de descoberta de prova nova, superveniente, que não poderia ser produzida no processo, desde que idônea, por si só, para mudar seu resultado. Essa faculdade, nas mesmas condições, fica assegurada ao demandado da ação coletiva julgada procedente.

Por derradeiro, importa dar relevo ao fato de que o art. 13, § 4º, do anteprojeto prevê que a competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada *erga omnes*, o que confirma a tese de que a criticada alteração levada a efeito no art. 16 da Lei de Ação Civil Pública pela Lei 9.494/97 é flagrantemente inconstitucional, desprovida de qualquer razoabilidade, como visto no tópico anterior.

Nesse diapasão, andou bem o anteprojeto ao destacar a impossibilidade de limitação à coisa julgada *erga omnes*, produto da própria natureza dos interesses e direitos em jogo.

5 Conclusão

Em uma sociedade de massa, como é a nossa, os mesmos problemas ocorridos com algumas pessoas são compartilhados por outras, posto que são oriundos de uma só origem ou decorrem do fato que os interesses não podem ser titulados exclusivamente por um indivíduo, pois pertencem a toda a coletividade. Para lidar com esses conflitos, necessária é uma tutela que se mostre adequada a proteger tais interesses, de modo a permitir que a sociedade, e não mais o indivíduo possa buscar essa defesa. Esse é um dos motivos pelo qual se pode falar em direito fundamental à tutela jurisdicional, que é aquele que possibilita a efetivação dos demais direitos fundamentais.

Desse modo, como visto ao longo do estudo, é possível enxergar uma relação de integração, interdependência entre direito processual e direito material (mais um princípio interligado ao da efetividade: princípio da instrumentalidade), ou seja, o processo serve ao direito material e é servido por ele, devendo se estruturar tecnicamente de modo a possibilitar a prestação das formas de tutela asseveradas pelo direito material.

É nesse sentido que o processo se mostra um grande aliado à concretização dos direitos transindividuais e individuais homogêneos.

Assim, a modernização do sistema processual coletivo decorrerá da adoção, em caso de aprovação do anteprojeto, de diretrizes que se afastam de opções tradicionais do processo civil individual, levando-se em conta a especificidade do processo coletivo e ajustando-o às peculiaridades decorrentes da própria essência dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Em outras palavras, através, não apenas do processo, mas de uma tutela jurisdicional efetiva, adequada ao tipo de direito (difuso, coletivo ou individual homogêneo), consegue-se concretizar a força normativa da Constituição, protegendo-se os direitos e garantias fundamentais inerentes à pessoa humana.

6 Referências

ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva: temas atuais de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 6.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional: direitos fundamentais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. A ideologia no processo civil. Tradução Athos Gusmão Carneiro. *Ajuris*, v. 8, n. 23, p. 16-33, nov. 1981.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 1.

_____. (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 5. ed. rev e ampl. Salvador: JusPodivm, 2007.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 2.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual*. 4. ed. rev. ampl e atual. Salvador: Jus Podivm, 2009. v. 4.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2004.

GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito processual coletivo*. Material da 8ª aula da Disciplina Processo Civil, ministrada no Curso de Especialização TeleVirtual de Direito Processual: Grandes Transformações – UNISUL - REDE LFG.

_____. *Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos*. Material da 8ª aula da disciplina Processo Civil, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Processual: Grandes Transformações – UNISUL/REDE LFG.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro ; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LEONEL, Ricardo de Barros. Causa de pedir e pedido nos processos coletivos: uma nova equação para a estabilização da demanda. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. (Coords.) *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Ação civil pública, o direito social e os princípios*. Material da 8ª aula da Disciplina Processo Civil, ministrada no Curso de Especialização TeleVirtual de Direito Processual: Grandes Transformações – UNISUL - REDE LFG.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MELO, Debora Fernandes de Souza. Breves considerações acerca do direito à tutela jurisdicional efetiva. *Revista Prática Jurídica*, Brasília: Consulex, v. 9, n.98, p.34 – 36.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

1.8

NOÇÕES FUNDAMENTAIS SOBRE O DANO EXISTENCIAL

HIDEMBERG ALVES DA FROTA*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Conceito. 3 Os danos ao projeto de vida e à vida de relações. 4 Possíveis eventos que podem resultar em dano existencial. 5 Precedentes judiciais emblemáticos. 6 Conclusão. 7 Referências.

1 Introdução

O presente estudo tem a finalidade de propiciar à comunidade jurídica aportes teóricos basilares acerca do dano existencial, a fim de franquear aos profissionais do Direito elementos preciosos, por meio dos quais possam compreender a essência de tal construção jurídica e, ao mesmo tempo, obtenham subsídios sobre quais seriam as circunstâncias em que o referido constructo se revelaria, eventualmente, aplicável, ao contrastarem o conceito de dano existencial e suas espécies com circunstâncias ilustrativas de sua ocorrência.

2 Conceito

O *dano existencial* constitui espécie de *dano imaterial* ou *não material* que acarreta à vítima, de modo *parcial* ou *total*, a *impossibilidade* de executar, dar prosseguimento ou reconstruir o seu *projeto de vida* (na dimensão familiar, afetivo-sexual, intelectual, artística, científica, desportiva, educacional ou profissional, dentre outras) e a dificuldade de retomar sua *vida de relação*¹ (de âmbito público ou privado, sobretudo na seara da convivência familiar, profissional ou social).

* Advogado em Manaus-AM. Autor da obra "O princípio tridimensional da proporcionalidade no direito administrativo: um estudo à luz da principiologia do direito constitucional e administrativo, bem como da jurisprudência brasileira e estrangeira". Rio de Janeiro: GZ, 2009. 286 p.).

1 "[...] o dano existencial, este ligado sobretudo à vida de relação, nomeadamente, familiar." Cf. PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. Acórdão de 28 de Setembro de 2009 (Processo nº 518/06.1TTOAZ. P1). Relatora: Juíza Desembargadora Albertina Pereira. Porto, 31 de Março de 2009 (votação unânime). Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/89f98413823bf7c4802576c600503c48?OpenDocument>>. Acesso em: 06 ago. 2010.

3 Os danos ao projeto de vida e à vida de relações

O dano existencial se subdivide em *dano ao projeto de vida* e em *dano à vida de relações*.

Em outras palavras, o *dano existencial* se alicerça em dois eixos:

- (a) De um lado, na ofensa ao *projeto de vida*, por meio do qual o indivíduo se volta à própria *autorrealização*² *integral*, ao direcionar sua *liberdade de escolha* para proporcionar concretude, no contexto espaço-temporal em que se insere, às metas, objetivos e ideias que dão *sentido* à sua existência.

Por dano existencial (também chamado de dano ao projeto de vida ou *prejudice d'agrément* – perda da graça, do sentido) compreende-se toda lesão que compromete a liberdade de escolha e frustra o projeto de vida que a pessoa elaborou para sua realização como ser humano. Diz-se existencial exatamente porque o impacto gerado pelo dano provoca um vazio existencial na pessoa que perde a fonte de gratificação vital.

Por projeto de vida entenda-se o destino escolhido pela pessoa, o que decidiu fazer com a sua vida. O ser humano, por natureza, busca sempre extrair o máximo das suas potencialidades. Por isso, as pessoas permanentemente projetam o futuro e realizam escolhas no sentido de conduzir sua existência à realização do projeto de vida. O fato injusto que frustra esse destino (impede a sua plena realização) e obriga a pessoa a resignar-se com o seu futuro é chamado de dano existencial.³

O *dano ao projeto de vida* refere-se às alterações de caráter não pecuniária nas condições de existência, no curso normal da vida da vítima e de sua família. Representa o reconhecimento de que as violações de direitos humanos muitas vezes impedem a vítima de desenvolver suas aspirações e vocações,

2 "A autorrealização é todo um lento e complexo processo de despertar, desenvolvimento e amadurecimento psicológicos de todas as adormecidas potencialidades íntimas, que estão latentes no ser humano, como suas experiências e realizações ético-morais, estéticas, religiosas, artísticas e culturais. Equivale esclarecer que é todo um esforço bem direcionado para a realização do *Eu* profundo e não da superficialidade das paixões do ego." Cf. FRANCO, Divaldo Pereira. *O despertar do espírito*: obra ditada pelo espírito de Joanna de Ângelis. 5. ed. Salvador: LEAL, 2003. p. 19.

3 BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial): breves considerações. *Revista LTR: legislação do trabalho*, São Paulo, v. 73, n. 1, p.28, jan. 2009.

provocando uma série de frustrações dificilmente superadas com o decorrer do tempo. O dano ao projeto de vida atinge as expectativas de desenvolvimento pessoal, profissional e familiar da vítima, incidindo sobre suas liberdade de escolher o seu próprio destino. Constitui, portanto, uma ameaça ao sentido que a pessoa atribui à existência, ao sentido espiritual da vida.⁴ (destaque da autora)

[...] Todos vivemos no tempo, que termina por nos consumir. Precisamente por vivermos no tempo, cada um busca divisar seu projeto de vida. O vocábulo “projeto” encerra em si toda uma dimensão temporal. O conceito de projeto de vida tem, assim, um valor essencialmente existencial, atendo à ideia de realização pessoal integral. É dizer, no marco da transitoriedade da vida, que a cada um cabe proceder às opções que lhe parecem acertadas, no exercício da plena liberdade pessoal, para alcançar a realização de seus ideais. A busca da realização do projeto de vida revela, pois, um alto valor existencial, capaz de dar sentido à vida de cada um. [...] É por isso que a brusca ruptura dessa busca, por fatores alheios causados pelo homem (como a violência, a injustiça, a discriminação), que alteram e destroem, de forma injusta e arbitrária, o projeto de vida de uma pessoa, reveste-se de particular gravidade, — e o Direito não pode se quedar indiferente a isso. A vida — ao menos a que conhecemos — é uma só, e tem um limite temporal; e a destruição do projeto de vida acarreta um dano quase sempre verdadeiramente irreparável, ou uma vez ou outra de difícil reparação.⁵

4 NUNES, Raquel Portugal. Reparações no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. In: OLIVEIRA, Márcio Luís de Oliveira (Org.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: interface com o direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. cap. 9, p. 166.

5 Cuida-se de tradução livre do trecho principal dos itens 3 a 4 do voto articulado pelo Juiz Augusto Cançado Trindade, no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Gutiérrez Soler versus Colombia*: “[...] 3 - Todos vivimos en el tiempo, que termina por consumirnos. Precisamente por vivimos en el tiempo, cada uno busca divisar su proyecto de vida. El vocablo ‘proyecto’ encierra en sí toda una dimensión temporal. El concepto de proyecto de vida tiene, así, un valor esencialmente existencial, ateniéndose a la idea de realización personal integral. Es decir, en el marco de la transitoriedad de la vida, a cada uno cabe proceder a las opciones que le parecen acertadas, en el ejercicio de plena libertad personal, para alcanzar la realización de sus ideales. La búsqueda de la realización del proyecto de vida desvenda, pues, un alto valor existencial, capaz de dar sentido a la vida de cada uno. 4 - Es por eso que la brusca ruptura de esta búsqueda, por factores ajenos causados por el hombre (como la violencia, la injusticia, la discriminación), que alteran y destruyen de forma injusta y arbitraria el proyecto de vida de una persona, revístese de particular gravedad, - y el Derecho no puede quedarse indiferente a esto. La vida - al menos la que conocemos - es una sola, y tiene un límite temporal, y la destrucción del proyecto de vida acarrea un daño casi siempre verdaderamente irreparable, o una u otra vez difícilmente reparable.” (grifo do autor) Cf. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Gutiérrez Soler Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C n° 132. Voto razonado del Juez A. A. Cançado Trindade. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_cancado_132_esp.doc>. Acesso em: 09 abr. 2010.

- (b) E, de outra banda, no prejuízo à *vida de relação*⁶, a qual diz respeito ao conjunto de *relações interpessoais* nos mais diversos ambientes e contextos, que permite ao ser humano estabelecer a sua *história vivencial* e se *desenvolver* de forma ampla e saudável ao comungar com seus pares a experiência humana, compartilhando pensamentos, sentimentos, emoções, hábitos, reflexões, aspirações, atividades e afinidades, e crescendo, por meio do contato contínuo (processo de diálogo e de dialética), em torno da diversidade de ideologias, opiniões, mentalidades, comportamentos, culturas e valores ínsita à humanidade.

O dano existencial representa, em medida mais ou menos relevante, uma alteração substancial nas relações familiares, sociais, culturais, afetivas etc. Abrange todo acontecimento que incide, negativamente, sobre o complexo de afazeres da pessoa, sendo suscetível de repercutir-se, de maneira consistente — temporária ou permanentemente — sobre a sua existência.

[...] O dano existencial materializa-se como uma renúncia involuntária às atividades cotidianas de qualquer gênero, em comprometimento das próprias esferas de desenvolvimento pessoal.

[...] O dano existencial pode atingir setores distintos: a) atividades biológicas de subsistência; b) relações afetivo-familiares; c) relações sociais; d) atividades culturais e religiosas; e) atividades recreativas e outras atividades realizadoras, porque qualquer pessoa tem o direito à serenidade familiar, à salubridade do ambiente, à tranquilidade no desenvolvimento das tarefas profissionais, ou de lazer etc.

[...] É afetado pelo dano existencial aquele que é injustamente privado de sua liberdade, privação essa que pudesse [sic] ter ceifado a possibilidade de convívio familiar, durante alguns meses, tempo esse precioso, principalmente, considerando a eventualidade de um familiar próximo dessa pessoa estar

6 “[...] vida de relação: funções que põem o ser vivo em comunicação com o mundo exterior.” Cf. DICIONÁRIO PRIBERAM DA LÍNGUA PORTUGUESA. Disponível em: <<http://www.priberam.pt>>. Acesso em: 07 abr. 2010.

doente, com risco de morte e, ainda, sem ter condições de compartilhar de confraternizações, de ir ao cinema, de participar de atividades religiosas, acadêmicas etc.

[...] Os sacrifícios, as renúncias, a abnegação, a clausura, o exílio, o prejuízo do cotidiano, uma interação menos rica do lesado com as outras pessoas, coisas e interesses, provisórias ou definitivas, todos esses elementos constituem dano existencial.⁷

Não há projeto de vida sem a vida de relação: as pessoas, como *seres-no-mundo-com-os-outros*⁸ ou *seres coexistenciais*⁹, precisam interagir, de modo que sejam concebidos, modelados, planejados, materializados, adaptados e readaptados os objetivos, as metas e as atividades que fornecem propósito às suas existências.

Como foi expresso, a coexistencialidade é um dos pressupostos existenciais do “projeto de vida”. Embora o projeto seja uma decisão livre, só pode se realizar com a contribuição dos demais seres, no seio da sociedade. O “projeto de vida” se formula e decide para sua realização em sociedade, em companhia dos “outros”. A constituição coexistencial do ser humano torna possível sua realização comunitária. Sem os outros não se poderia projetar.¹⁰

7 SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 44, 46, 47.

8 Expressão existencialista inspirada no pensamento do filósofo alemão Martin Heidegger (1889-1976) e adotada pela jusfilósofa Jeannette Antonios Maman, docente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Cf. MAMAN, Jeannette Antonios. *Fenomenologia existencial do direito: crítica do pensamento jurídico brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Quartir Latin, 2003. p. 84.

9 Locução adotada no singular (*ser coexistencial*) por um dos pioneiros, na filosofia italiana, no estudo do existencialismo, Nicola Abbagnano (1901-1990). Cf. ABBAGNANO, Nicola. *Introdução ao existencialismo*. São Paulo: Martins, 2006. p. 28. (Coleção Dialética).

10 Trata-se de tradução livre deste ensinamento doutrinário: “Como se ha expresado, la coexistencialidad es uno de los supuestos existenciales del “proyecto de vida”. Si bien el proyecto es una decisión libre, sólo se puede realizar con la contribución de los demás seres en el seno de la sociedad. El “proyecto de vida” se formula y decide para su realización en sociedad, en compañía de los “otros”. La consistencia coexistencial del ser humano hace posible su realización comunitaria. Sin ló “otros” no se podría proyectar.” Cf. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”, p. 35. Disponível em: http://www.pucp.edu.pe/dike/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_6.PDF>. Acesso em: 06 ago. 2010. Por meio do portal eletrônico *Diké*, a Pontifícia Universidade Católica do Peru homenageou o jusfilósofo peruano Carlos Fernández Sessarego (docente da plurissecular *Universidad Nacional Mayor de San Marcos* — UNMSN e nome de relevo nas pesquisas jurídicas hispano-americanas relacionadas ao *dano ao projeto de vida*), ao franquear aos usuários da Rede Mundial de Computadores trabalhos significativos de sua trajetória intelectual. Cf. PERU. Biblioteca de Autor de DIKE: selección de diez artículos del doctor Carlos Fernández Sessarego. Disponível em: <http://www.pucp.edu.pe/dike/?ba_fs.htm>. Acesso em: 10 abr. 2010.

Tendo havido ou não ataque à integridade física ou psíquica, à esfera do patrimônio material (lucros cessantes ou danos emergentes¹¹), à constituição biológica ou estética ou ao bem-estar psicológico da vítima, importa, do ponto de vista do dano existencial, que o ilícito tenha ocasionado ao *sujeito passivo* do dano a abusiva *privação* de componente significativo de seu *projeto de vida e/ou vida de relação*.

Salienta Guedes: “O dano existencial pode decorrer de atos ilícitos que não prejudicam a saúde nem o patrimônio da vítima, mas a impedem de continuar a desenvolver uma atividade que lhe dava prazer e realização pessoal”.¹²

4 Possíveis eventos que podem resultar em dano existencial

Podem resultar em *dano existencial* incidentes cuja repercussão seja de tamanha magnitude a ponto de inviabilizar relacionamentos de cunho familiar, afetivo-sexual ou profissional (*dano à vida de relação*) e/ou fulminar metas e objetivos de importância vital à autorrealização (*dano ao projeto de vida*), resultando no esvaziamento da perspectiva de um presente e futuro minimamente gratificantes.

Possíveis situações caracterizadoras de dano existencial (rol meramente exemplificativo):

- (a) A perda de um familiar¹³ ou o abandono parental¹⁴ em momento crucial do desenvolvimento da personalidade.
- (b) O assédio sexual.

11 No campo dos danos *materiais*, os danos *emergentes* aludem “ao efetivo prejuízo experimentado pela vítima, ou seja, ‘o que ela perdeu’”, ao passo que os *lucros cessantes* dizem respeito “àquilo que a vítima deixou razoavelmente de lucrar por força do dano, ou seja, ‘o que ela não ganhou’”. Cf. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3, p. 41.

12 GUEDES, Márcia Novaes. *Terror psicológico no trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 128.

13 PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão de 3 de Junho de 2004 (Processo nº 04B3527 — JSTJ000). Relator: Juiz Conselheiro Lucas Coelho. Lisboa, 3 de Junho de 2004. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj/0/22bbafa4ca2fadf080256ec20055bb19?OpenDocument>>.

14 CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Belo Horizonte, v. 8, n. 36, p. 93-95, jun./jul. 2006.

- (c) O terror psicológico no ambiente de trabalho¹⁵, no contexto escolar ou na intimidade familiar.
- (d) A violência urbana ou rural.
- (e) Atentados promovidos por organizações extremistas e o terrorismo de Estado.
- (f) Prisões arbitrárias ou fruto de erro judiciário¹⁶.
- (g) Guerras civis, revoluções, golpes de Estado e conflitos armados multiétnicos e internacionais.
- (h) Acidentes de trânsito¹⁷ ou de trabalho¹⁸.

De acordo com as peculiaridades do caso concreto, tais acontecimentos podem ter o condão de impedir a prática de atos de suma importância para a *autorrealização pessoal* (a exemplo do exercício de um trabalho, uma profissão, um ofício, uma atividade ou uma ocupação, bem como da possibilidade de se estabelecer ou manterem vínculos afetivos e de se fundar um núcleo familiar) e tornar facetas do cotidiano que, até então, pareciam triviais ou corriqueiras, um momento de profunda angústia, tensão, dificuldade e frustração, como ir e vir, dirigir um automóvel, tomar um ônibus, manter relações sexuais com o marido ou a esposa, o companheiro ou a companheira, deixar os filhos no colégio, ler um livro, entabular uma tertúlia despreziosa com

15 GUEDES, Márcia Novaes. *Terror psicológico no trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 128-130.

16 SOARES, Fláviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 84- 85.

17 *Ibid.*, p. 47 e 85. Nesse sentido: PORTUGAL. Tribunal da Relação de Guimarães. Acórdão de 23 de Maio de 2004 (Processo nº 1152/04-2). Relator: Juiz-Desembargador José M. C. Vieira e Cunha. Guimarães, 23 de Maio de 2004. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/05b2dd012966b8e180256ed7003dea47?OpenDocument>>. Acesso em: 05 abr. 2010; PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. Acórdão de 31 de Março de 2009 (Processo nº 3138/06.7TBMTS.P1). Relator: Juiz-Desembargador José Manuel Cabrita Vieira e Cunha. Porto, 31 de Março de 2009. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/7d5d7974a6af84cd802575af003ccbf d?OpenDocument>>. Acesso em: 05 abr. 2010; PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. Trecho do item 4 da ementa e do item 4 do Capítulo V da fundamentação do Acórdão de 20 de Abril de 2010 (Processo nº 5943/06.5TBVFR.P1). Relator: Juiz Desembargador José Manuel Cabrita Vieira e Cunha. Porto, 20 de Abril de 2010. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/c73f871aa8d85f3880257729003caad3?OpenDocument>>. Acesso em: 05 ago. 2010.

18 *Ibid.*, p. 77,88,89.

amigos e parentes, andar na rua sem estar em estado de alerta ou entrar em um espaço fechado sem se sentir asfixiado.

5 Precedentes judiciais emblemáticos

Colhem-se do Poder Judiciário de Portugal¹⁹ didáticos exemplos²⁰ do campo de incidência do dano existencial:

- (a) Supremo Tribunal de Justiça (STJ). Acórdão de 18 de março de 2003 (Relator, Juiz Conselheiro Lucas Coelho). Reconheceu que a morte de genitor, devida a acidente de trânsito, quando a filha mais nova era recém-nascida, proporcionou “um dano existencial de relevo na personalidade moral da criança”²¹.
- (b) Tribunal da Relação de Guimarães (TRG). Acórdão de 23 de maio de 2004 (Relator, Juiz Desembargador José M. C. Vieira e Cunha). Vislumbrou *dano existencial e psíquico* decorrente de sequelas de acidente de trânsito do qual adveio, para o jovem vitimado (à época estudante de curso politécnico, estudo que não pôde prosseguir depois do acidente viário), a incapacidade laboral permanente estimada em 50% (cinquenta por cento). Sob o prisma do dano existencial e psíquico, o TRG constatou a dificuldade de o autor da ação judicial enfrentar o fato de que, após o sinistro, adquiriu expressiva incapacidade para protagonizar todos os aspectos da sua vida:

19 Em Portugal (Estado unitário), conforme a Constituição Nacional de 1976 (art. 210, nº 4), a segunda instância do Poder Judiciário é exercida, em regra, pelos *Tribunais da Relação* (compostos por *Juizes Desembargadores*), denominação que, no Brasil, ao longo do Império, possuíam os atuais *Tribunais de Justiça* dos Estados-membros (então *Províncias*), período em que o Brasil era Estado unitário. Cf. PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. VII Revisão Constitucional (2005). Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 05 abr. 2010.

20 Na citação de fragmentos de decisões judiciais portuguesas, manteve-se a ortografia do português europeu.

21 PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Trechos do Item 4 da ementa e item 2 do Capítulo III da fundamentação Acórdão de 3 de Junho de 2004 (Processo n. 04B3527 – JSTJ000). Relator: Juiz-Conselheiro Lucas Coelho. Lisboa, 3 de Junho de 2004. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/stj.nsf/0/22bbafa4ca2fadf080256ec20055bb19?OpenDocument>>. Acesso em: 06 abr. 2010.

[...] revelando os autos a incapacidade actual de completar qualquer formação e um fortíssimo dano existencial, que torna o Autor fortemente dependente de terceiros, designadamente de familiares próximos [...]

[...] na vertente do dano existencial e psíquico (o dano da vida de relação, com base na dificuldade de “coping” do Autor, na dificuldade em lidar com a sua actual incapacidade, bem como o *id quod plerumque accidit*: a dificuldade de realização do Autor, portador de grande incapacidade, em todas as vertentes das respectivas relações sociais, para futuro).

[...] os autos patenteiam um sofrimento notório do Autor, acompanhado de um dano existencial e de relação (a incapacidade de exprimir a força vital orientada para a realização do eu e a incapacidade que para o Autor resultou de se tornar protagonista da sua própria existência – cf. M^a Gloria Campi, in Molinari, op. cit., pg.390) de que apenas tenuamente poderemos acompanhar as consequências futuras.²²

- (c) Tribunal da Relação do Porto (TRP). Acórdão de 31 de março de 2009 (Relator, Juiz Desembargador José Maria Cabrita Vieira e Cunha). No tocante aos reflexos de acidente de trânsito sobre a integridade psíquica e existencial de mulher de meia-idade (empregada doméstica acometida de incapacidade geral para o trabalho de 25%), o TRP teceu considerações seguindo a linha de raciocínio esposada no supracitado precedente do TRG (ambos os julgados da relatoria do Juiz Desembargador Vieira e Cunha), ao atinar com os efeitos deletérios do sinistro para a esfera das relações interpessoais e o campo de atividades da vítima:

[...] na vertente do dano existencial e psíquico (o dano da vida de relação e o dano da dificuldade de “coping”, ou seja, da dificuldade em lidar com a sua actual incapacidade, bem

22 PORTUGAL. Tribunal da Relação de Guimarães. Trechos do item V da Emenda e do Capítulo III da fundamentação do Acórdão de 23 de Maio de 2004 (Processo n^o 1152/04-2). Relator: Juiz-Desembargador José M. C. Vieira e Cunha. Guimarães, 23 de Maio de 2004. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/05b2dd012966b8e180256ed7003dea47?OpenDocument>>. Acesso em: 05 abr. 2010.

como a dificuldade nas relações sociais, a incapacidade para o desempenho da actividade profissional de empregada doméstica que sempre desempenhou; o prejuízo sexual — fixável num grau 3 em 5)²³

- (d) Tribunal da Relação do Porto. Acórdão de 20 de abril de 2010 (novamente na qualidade de Relator, o Juiz Desembargador Vieira e Cunha). Consiste em caso judicial que ilustra como o dano existencial (também, *in casu*, decursivo de acidente de trânsito), mais do que afetar o projeto de vida da pessoa humana e seus círculos de relações intersubjetivas, faz com que atos tão intrínsecos à rotina pretérita da vítima se convertam, após a prática do ilícito, em tarefas árduas de executar:

[...] o dano da vida de relação e o dano da dificuldade de “coping”, ou seja, da dificuldade em lidar com a sua actual incapacidade, bem como a dificuldade nas relações sociais, a *incapacidade para o desempenho das actividades diárias, de cultivo ou agrícolas, de carpinteiro, ou outras, de utilidade permanente, e próprias do passado de vida de qualquer cidadão e de qualquer estrato social, a dificuldade em realizar as tarefas tão simples de vestir, calçar ou tomar banho, em suma, o prejuízo de afirmação pessoal [...]*.²⁴ (destaque nosso)

No âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos (*Corte IDH*)²⁵, destaca-se, recorda Nunes²⁶, o caso *Benavides versus Peru*, julgado em 3 de dezembro de 2001.

23 PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. Trecho do Capítulo III da fundamentação do Acórdão de 31 de Março de 2009 (Processo nº 3138/06.7TBMTS.P1). Relator: Juiz Desembargador José Manuel Cabrita Vieira e Cunha. Porto, 31 de Março de 2009. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/7d5d7974a6af84cd802575af003ccbfd?OpenDocument>>. Acesso em: 05 abr. 2010.

24 PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. Trecho do item 4 da Ementa e do item 4 do Capítulo V da fundamentação do Acórdão de 20 de Abril de 2010 (Processo nº 5943/06.5TBVFR.P1). Relator: Juiz Desembargador José Manuel Cabrita Vieira e Cunha. Porto, 20 de Abril de 2010. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/c73f871aa8d85f3880257729003caad3?OpenDocument>>. Acesso em: 05 ago. 2010.

25 Instituição autônoma, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem como desiderato “a aplicação e interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos” (Pacto de San José da Costa, 1969), consoante prevê o art. 1º, 1ª parte, do seu Estatuto. Cf. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Estatuto de la Corte Interamericana e Derechos Humanos. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/estatuto.cfm>>. Acesso em: 09 abr. 2010.

26 NUNES, Raquel Portugal. Reparações no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. In: OLIVEIRA, Márcio Luís de Oliveira (Org.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: interface com o direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. cap. 9, p. 167.

No referido *decisum*, a Corte IDH, sob a presidência do Juiz Augusto Antônio Cançado Trindade²⁷, inferiu “dano ao projeto de vida”²⁸ de Luis Alberto Cantoral Benavides e, por conseguinte, impôs à República do Peru a concessão à vítima de “uma bolsa de estudos”²⁹ e o custeio dos “gastos de sua manutenção durante o período de seus estudos”³⁰.

Tal condenação do Estado peruano se originou de prisão provisória ilegal e arbitrária, realizada no domicílio da vítima pela Polícia Antiterrorista³¹ (*Dirección Nacional contra el Terrorismo*) do Peru (que, em verdade, procurava pelo irmão mais velho e, na ausência deste, prendeu aquele)³².

O encarceramento durou 4 (quatro) anos, durante os quais Benavides sofreu abusos físicos e psicológicos que ocasionaram problemas psiquiátricos perenes e o impeliram a se refugiar no Brasil após sua soltura, prejudicando a dimensão acadêmica do seu *projeto de vida* anterior à prisão (então com vinte anos de idade, cursando graduação em Biologia na Universidade Nacional Maior de São Marcos, instituição universitária sediada em Lima)³³.

Ao motivar sua decisão, salientou a Corte Interamericana:

É, de outra parte, evidente para esta Corte que os fatos deste caso ocasionaram uma grave alteração do curso que, normalmente, teria seguido a vida de Luis Alberto Cantoral Benavides. Os transtornos que esses fatos lhe impuseram, impediram a realização da vocação, das aspirações e potencialidades da vítima, em particular no que diz respeito à sua formação e ao seu trabalho como pro-

27 Presidente da Corte IDH no quadriênio 1999-2003, Cançado Trindade, na atualidade, encontra-se no desempenho de mandato (2009-2018) de Juiz da Corte Internacional de Justiça, sediada em Haia, nos Países Baixos.

28 *Ibid.*, p. 167

29 *Ibid.*, loc. cit.

30 *Ibid.*, loc. cit.

31 FUNDACIÓN ECUMÉNICA PARA EL DESARROLLO Y LA PAZ. Informe resumido de la situación jurídica de Luis Alberto Cantoral Benavides. Disponível em: <<http://www.derechos.org/nizkor/peru/fedepaz/cantoral.html>>. Acesso em: 09 abr. 2010.

32 *Ibid.*, loc. cit.

33 Informações colhidas dos itens 35 e 54 do supracitado aresto. Cf. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Inter-American Court of Human Rights. Cantoral Benavides Case, Judgment of December 3, 2001, Inter-Am Ct. H.R. (Ser. C) No. 88 (2001). Disponível em: <<http://www1.umn.edu/humanrts/iachr/C/88-ing.html>>. Acesso em: 09 abr. 2010.

fissional. Tudo isso tem representado um sério prejuízo para o seu “projeto de vida”.³⁴

Ao compulsar a jurisprudência italiana relativa ao dano existencial, Soares³⁵ menciona precedente da Corte de Apelação de Gênova, corporificada em sentença de mérito de 7 de fevereiro de 2003, por meio da qual o juízo monocrático de revisão, decorridos cerca de 7 (sete) anos de prisão, absolveu Daniele Barillà da acusação de prática de crime relativo a tráfico de drogas.

Sob a óptica do dano existencial, aquele juízo singular de segundo grau focou os desdobramentos dos anos de prisão sobre a vida social e familiar do acusado:

A indenização por dano existencial foi concedida, tendo em vista que o ofendido teve um comprometimento negativo em suas condições de vida, em razão da prisão injusta, tendo renunciado “involuntariamente aos próprios hábitos da vida”, não pôde constituir uma família, ficou privado do convívio da família e da noiva; não estava junto ao pai quando este faleceu, sofreu preconceito e privações por ser considerado traficante de drogas.³⁶

6 Conclusão

O *dano existencial* constitui espécie de *dano imaterial* que acarreta à vítima, de modo *parcial* ou *total*, a *impossibilidade* de executar, dar prosseguimento ou reconstruir o seu *projeto de vida* (na dimensão familiar, afetivo-sexual, intelectual, artística, científica, desportiva, educacional ou profissional, dentre outras) e a dificuldade de retomar sua *vida de relação* (de âmbito públi-

34 Tradução livre nossa do item 60, Capítulo VIII, do aresto em sede do caso *Benavides versus Peru*: “60. Es, por otra parte, evidente para la Corte, que los hechos de este caso ocasionaron una grave alteración del curso que normalmente habría seguido la vida de Luis Alberto Cantoral Benavides. Los trastornos que esos hechos le impusieron, impidieron la realización de la vocación, las aspiraciones y potencialidades de la víctima, en particular, por lo que respecta a su formación y a su trabajo como profesional. Todo esto ha representado un serio menoscabo para su ‘proyecto de vida’.” Cf. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Sentencia de 3 de diciembre de 2001 (Reparaciones y Costas). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_88_esp.doc>. Acesso em: 07 ago. 2010.

35 SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 84.

36 *Ibid.*, loc. cit.

co ou privado, sobretudo na seara da convivência familiar, profissional ou social).

Subdivide-se no *dano ao projeto de vida* e no *dano à vida de relações*. Em outras palavras, o *dano existencial* se alicerça em dois eixos: de um lado, na ofensa ao *projeto de vida*, por meio do qual o indivíduo se volta à própria *autorrealização integral*, ao direcionar sua *liberdade de escolha* para proporcionar concretude, no contexto espaço-temporal em que se insere, às metas, objetivos e ideias que dão *sentido* à sua existência. De outra banda, no prejuízo à *vida de relação*, a qual diz respeito ao conjunto de *relações interpessoais*, nos mais diversos ambientes e contextos, que permite ao ser humano estabelecer a sua *história vivencial* e se *desenvolver* de forma ampla e saudável, ao comungar com seus pares a experiência humana, compartilhando pensamentos, sentimentos, emoções, hábitos, reflexões, aspirações, atividades e afinidades, e crescendo, por meio do contato contínuo (processo de diálogo e de dialética) em torno da diversidade de ideologias, opiniões, mentalidades, comportamentos, culturas e valores ínsita à humanidade.

7 Referências

ABBAGNANO, Nicola. *Introdução ao existencialismo*. São Paulo: Martins, 2006. (Coleção Dialética).

BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial): breves considerações. *Revista LTr: legislação do trabalho*, São Paulo, v. 73, n. 1, p. 26-29, jan. 2009.

CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Belo Horizonte, v. 8, n. 36, p. 71-87, jun./jul. 2006.

DICIONÁRIO PRIBERAM DA LÍNGUA PORTUGUESA. Disponível em: <<http://www.priberam.pt>>. Acesso em: 07 abr. 2010.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”.

Disponível em: <http://www.pucp.edu.pe/dike/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_6.PDF>. Acesso em: 06 ago. 2010.

FRANCO, Divaldo Pereira. *O despertar do espírito: obra dita pelo espírito de Joanna de Ângelis*. 5. ed. Salvador: LEAL, 2003.

FUNDACIÓN ECUMÉNICA PARA EL DESARROLLO Y LA PAZ. Informe resumido de la situación jurídica de Luis Alberto Cantoral Benavides. Disponível em: <<http://www.derechos.org/nizkor/peru/fedepaz/cantoral.html>>. Acesso em: 09 abr. 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3.

GUEDES, Márcia Novaes. *Terror psicológico no trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.

MAMAN, Jeannette Antonios. *Fenomenologia existencial do direito: crítica do pensamento jurídico brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Quartir Latin, 2003.

NUNES, Raquel Portugal. Reparações no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. In: OLIVEIRA, Márcio Luís de Oliveira (Org.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: interface com o direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. cap. 9, p. 159-178.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C nº 132. Voto razonado del Juez A.A. Cançado Trindade. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_cancado_132_esp.doc>. Acesso em: 09 abr. 2010.

_____. _____. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Sentencia de 3 de diciembre de 2001 (Reparaciones y Costas). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_88_esp.doc>. Acesso em: 07 ago. 2010.

_____. Estatuto de la Corte Interamericana e Derechos Humanos. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/estatuto.cfm>>. Acesso em: 09 abr. 2010.

_____. Inter-American Court of Human Rights. Cantoral Benavides Case, Judgment of December 3, 2001, Inter-Am Ct. H.R. (Ser. C) No. 88 (2001). Disponível em: <<http://www1.umn.edu/humanrts/iachr/C/88-ing.html>>. Acesso em: 09 abr. 2010.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. VII Revisão Constitucional (2005). Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 05 abr. 2010.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão de 3 de Junho de 2004 (Processo nº 04B3527 — JSTJ000). Relator: Juiz Conselheiro Lucas Coelho. Lisboa, 3 de Junho de 2004. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/0/22bbafa4ca2fadf080256ec20055bb19?OpenDocument>>.

_____. Tribunal da Relação de Guimarães. Acórdão de 23 de Maio de 2004 (Processo nº 1152/04-2). Relator: Juiz-Desembargador José M. C. Vieira e Cunha. Guimarães, 23 de Maio de 2004. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/05b2dd012966b8e180256ed7003dea47?OpenDocument>>. Acesso em: 05 abr. 2010.

_____. Tribunal da Relação do Porto. Acórdão de 31 de março de 2009 (Processo nº 3138/06.7TBMTS.P1). Relator: Juiz Desembargador José Manuel Cabrita Vieira e Cunha. Porto, 31 de Março de 2009. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/7d5d7974a6af84cd802575af003ccbfd?OpenDocument>>. Acesso em: 05 abr. 2010.

_____. Tribunal da Relação do Porto. Acórdão de 28 de setembro de 2009 (Processo nº 518/06.1TTOAZ.P1). Relatora: Juíza Desembargadora Albertina Pereira. Porto, 31 de Março de 2009 (votação unânime). Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/89f98413823bf7c4802576c600503c48?OpenDocument>>. Acesso em: 06 ago. 2010.

_____. Tribunal da Relação do Porto. Acórdão de 20 de abril de 2010 (Processo nº 5943/06.5TBVFR.P1). Relator: Juiz Desembargador José Manuel Cabrita Vieira e Cunha. Porto, 20 de Abril de 2010. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3f-b530030ea1c61802568d9005cd5bb/c73f871aa8d85f3880257729003caad3?OpenDocument>>. Acesso em: 05 ago. 2010.

SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

1.9

TETO REMUNERATÓRIO: ASPECTOS CONTROVERTIDOS

HENRIQUE ROCHA FRAGA*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A instituição do teto remuneratório pela Emenda Constitucional n° 19/98. 3 A mudança de interpretação dos tribunais sobre o teto após a EC n° 41/03. 4 Características do teto remuneratório. 5 Controvérsias sobre teto remuneratório para os servidores públicos. 5.1 A instituição de um teto remuneratório e a violação a direitos adquiridos e a cláusulas pétreas. 5.2 O teto remuneratório e a violação ao princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos. 5.3 A autoaplicabilidade da Emenda Constitucional n° 41 e a desnecessidade de regulamentação. 5.4 Teto remuneratório e cumulação de cargos públicos. 6 Conclusões.

1 Introdução

A história do Brasil evidencia que o Estado Brasileiro tem um péssimo controle dos gastos públicos, com inúmeras distorções e deficiências que acabam por desperdiçar valiosos recursos que, de outra forma, poderiam ser mais bem aproveitados.

O controle dos vencimentos e proventos dos servidores públicos é uma das graves causas de desperdício de dinheiro público, e um dos motivos determinantes do crescimento dos gastos governamentais. Infelizmente, há um reconhecimento público de que o governo brasileiro gasta muito e gasta mal!

A partir desta constatação, inúmeras medidas têm sido adotadas pelo Governo, em todas as instâncias, buscando sanear esta situação e trazer uma maior eficiência e controle sobre os gastos governamentais.

Há grandes distorções no próprio funcionalismo. A maioria dos servidores tem salários defasados, enquanto uma pequena minoria gera enormes déficits nas contas públicas. O sistema

* Procurador do Estado do Espírito Santo. Advogado. Mestre em Direito Empresarial e Tributário pela Universidade Cândido Mendes - RJ. Professor Universitário. Ex-procurador do Município de Vitória.

remuneratório dos servidores públicos é absurdamente complexo e sem qualquer uniformidade. Muitas carreiras, em todos os níveis da federação, têm um sistema remuneratório próprio, dificultando uma uniformidade de tratamento em matéria remuneratória. Outro agravante pode ser citado: até 1998, os servidores públicos não contribuíam para a previdência social, embora possuam, em sua maioria, um regime próprio de previdência, o que lhes garante benefícios muito mais vantajosos que o regime geral de previdência social.

Parece irreal, mas há inúmeros exemplos de distorções do sistema remuneratório: servidores públicos ganhando R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais); servidores administrativos recebendo mais que a autoridade máxima do respectivo Poder... Tais distorções acontecem em todos os níveis de Governo (federal, estadual e municipal) e em todos os Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário). Graves distorções de um sistema que culminaram com enormes déficits para o Estado Brasileiro.

A instituição de um teto remuneratório máximo para os servidores públicos buscou exatamente criar um controle dos gastos com o funcionalismo público em todos os poderes e em todas as esferas governamentais. Buscou-se manter a remuneração dos servidores públicos dentro de um limite legal, de forma a permitir um correto e melhor controle dos gastos públicos com a remuneração de seus servidores, além de evitar distorções no sistema que permitiam servidores perceberem salários estratosféricos e totalmente distorcidos da realidade pública, e mesmo econômica.

2 A instituição do teto remuneratório pela Emenda Constitucional n° 19/98

O teto remuneratório dos servidores públicos foi introduzido pela Emenda Constitucional n° 19/98¹, que deu nova redação

1 BRASIL. Emenda Constitucional n.º 19, de 04 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>. Acesso em: 01 jul. 2009.

ao art. 37, XI da Constituição da República, bem como tratou do assunto no art. 29 da referida Emenda. Os referidos dispositivos estabeleciam como limite remuneratório único o subsídio do Ministro do Supremo Tribunal Federal - STF, mas subordinava sua aplicabilidade à edição de lei de iniciativa conjunta do Presidente da República, do Presidente da Câmara dos Deputados, do Presidente do Senado e do Presidente do Supremo Tribunal Federal- STF, *in verbis*:

“Art. 37

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal;” (Redação dada ao inciso pela Emenda Constitucional nº 19/98)

“EC 19/98

Art. 29. Os subsídios, vencimentos, remuneração, proventos da aposentadoria e pensões e quaisquer outras espécies remuneratórias adequar-se-ão, a partir da promulgação desta Emenda, aos limites decorrentes da Constituição Federal, não se admitindo a percepção de excesso a qualquer título.”

Sob a égide da Emenda nº 19/98, os tribunais divergiam quanto à vigência do teto remuneratório fixado, que tomava por base a remuneração dos Ministros do STF, bem como se ao teto estavam incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer natureza.

Em reunião realizada na 3ª Sessão Administrativa, em 24 de junho de 1998, para interpretar o art. 48, inciso XV, da Constituição da República, o STF, por 7 (sete) votos a 4 (quatro), vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Marco Aurélio e Ilmar Galvão, entendeu que o inciso XI do artigo 37 tratava-se de norma de eficácia limitada, de

maneira que os limites remuneratórios do STF só obrigariam a adequação pretendida pelo constituinte reformador depois de editada a lei de iniciativa conjunta do Presidente da República, do Presidente do Senado Federal, do Presidente da Câmara de Deputados e do Presidente do STF, conforme artigo 48, XV da Constituição.

Assim, decidiu-se que, enquanto não fosse editada a lei referida no artigo 48, XV, da Carta Magna, definidora do subsídio mensal a ser pago aos Ministros daquele Tribunal, prevaleceriam os três tetos estabelecidos para os três Poderes da República, tal como dispunha a redação do inciso XI do artigo 37 dada pelo constituinte originário, *in verbis*:

“ XI - a lei fixará o limite máximo e a relação de valores entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, observados, como limites máximos e no âmbito dos respectivos poderes, os valores percebidos como remuneração, em espécie, a qualquer título, por membros do Congresso Nacional, Ministros de Estado e Ministros do Supremo Tribunal Federal e seus correspondentes nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, e, nos Municípios, os valores percebidos como remuneração, em espécie, pelo Prefeito; (redação originária da Constituição da República)”²

Sob a vigência da Emenda Constitucional n° 19/98, o STF também não vislumbrou qualquer ofensa à instituição de teto local de vencimentos, desde que fixada por lei específica. Neste sentido, são os: RE 537.327/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 02/04/2007; RE 473.645/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 03/09/2007 e RE 557.851/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 13/09/2007³.

Ocorre que o STF, seguido pelos Tribunais Estaduais, entendia que, no período anterior à Emenda Constitucional n° 41/2003, as vantagens pessoais não integravam o cálculo da

2 BRASIL. Constituição 1988. *Constituição [da] República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão RE 537.327. 02 de abril de 2007*. Relator: Sepúlveda Pertence; *córdão RE 473.645. 03 de setembro de 2007*. Relatora: Cármen Lúcia; *Acórdão RE 557.851. 13 de setembro de 2007*. Relator: Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 jul. 2009.

remuneração dos servidores para efeito da aplicação do limite remuneratório previsto no art. 37, XI, da CF, estando excluídas do teto remuneratório previsto na Carta Magna. Neste sentido, são os: RE 483.097 - AgR/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJ 15/12/2006 e RE 500.376- AgR/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJ 01/08/2008⁴.

Por fim, proclamou o STF sua incompetência para, mediante ato administrativo interno, definir o valor do subsídio mensal de seus Ministros por entender que a matéria era reservada à lei.

Assim, até a publicação da Emenda Constitucional nº 41/03, que alterou a redação do art. 37, XI, da Carta Magna, era permitida a aplicação de três tetos remuneratórios estabelecidos para os Três Poderes da República, até que fosse definido o subsídio mensal a ser pago a Ministro do STF. O limite estabelecido, entretanto, excluía do cômputo as vantagens de caráter pessoal, conforme jurisprudências supra citadas.

3 A mudança de interpretação dos tribunais sobre o teto após a EC nº 41/03

Após a entrada em vigor da EC nº 41/03⁵, deu-se nova redação ao art. 48, inciso XV, bem como ao inciso XI do art. 37 da Constituição, e fixou-se o valor do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal em R\$ 19.115,19 (dezenove mil, cento e quinze reais e dezenove centavos), no dia 05 de fevereiro de 2004.

Com a alteração do art. 48, inciso XV, da Carta Magna, procurou-se eliminar a obrigatoriedade de lei de iniciativa conjunta. Para elucidar tal linha de raciocínio, é útil a comparação da antiga com a nova redação do dispositivo mencionado:

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão RE 483.097 AgR/SP. 15 de dezembro de 2006*. Relatora: Cármen Lucia; *Acórdão RE 500.376*. 01 de agosto de 2008. Relatora: Cármen Lucia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 jul. 2009.

5 BRASIL. *Emenda Constitucional n.º 41, de 19 de dezembro de 2003*. Modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do § 3 do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc41.htm>. Acesso em: 10 jul. 2009

“Art. 48.

XV – fixação do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, por lei de iniciativa conjunta do Presidente da República, do Presidente do Senado Federal, do Presidente da Câmara de Deputados e do Presidente do STF.(inciso acrescentado pela EC n° 19/98)”

“Art. 48

XV - fixação do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, observado o que dispõem os arts. 39, § 4º; 150, II; 153, III; e 153, § 2º, I. (NR) (Redação dada ao inciso pela Emenda Constitucional n° 41/03)”

Comparando-se as duas redações do art. 48, verifica-se que a Emenda Constitucional n° 41 não mais condicionou a fixação de um limite remuneratório à edição de lei de iniciativa conjunta. Ao mesmo tempo, em seu art. 8º, estabeleceu regra de transição, dispondo que o limite máximo a que se refere o inciso XI do artigo 37, até que sobrevenha a lei definidora do subsídio do Ministro do STF, a ser considerado como parâmetro para o teto remuneratório, será a maior remuneração fixada por lei para os Ministros do STF, a título de vencimento, representação mensal e adicional de tempo de serviço. Eis a literalidade do dispositivo:

“Art. 8º Até que seja fixado o valor do subsídio de que trata o art. 37, XI, da Constituição Federal, será considerado, para os fins do limite fixado naquele inciso, o valor da maior remuneração atribuída por lei na data de publicação desta Emenda a Ministro do Supremo Tribunal Federal, a título de vencimento, de representação mensal e da parcela recebida em razão de tempo de serviço, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento da maior remuneração mensal de Ministro do Supremo Tribunal Federal a que se refere este artigo, no âmbi-

to do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos.”⁶

O objetivo de nova alteração constitucional sobre o artigo 37, inciso XI, da Constituição era superar os entraves até então existentes para a efetividade da fixação de um teto remuneratório para os servidores públicos.

A partir da Emenda Constitucional nº 41/03, os limites máximos a serem obedecidos foram expressamente fixados no próprio texto constitucional, tornando desnecessária a edição de lei futura. Na verdade, a regra constitucional passou a ser completa no que determinava, sendo-lhe supérfluo o auxílio supletivo de lei para efetivar seus intentos normativos.

Os Tribunais passaram, então, a reconhecer que o limite remuneratório seria o valor mensal pago, incluído, no cômputo, as vantagens de caráter pessoal. Isso, por força, do caráter auto-aplicável da nova redação do artigo 37, XI, da Carta Magna:

“Art. 37

XI – a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Fe-

6 BRASIL. *Emenda Constitucional n.º 41, de 19 de dezembro de 2003*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc41.htm>. Acesso em: 10 jul. 2009.

deral, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite as membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores públicos.”

O grande avanço da Emenda Constitucional nº 41/03 foi estabelecer no próprio texto constitucional os limites máximos a serem respeitados como teto remuneratório. Com isso, na visão dos tribunais, tornou-se desnecessária a edição de lei infraconstitucional para regulamentar a disposição constitucional.

A Corte Suprema já teve oportunidade de se manifestar sobre a própria constitucionalidade do teto remuneratório estabelecido pela EC 41/2003. No julgamento do *leading case* MS 24.875-1/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence⁷, o Plenário do STF entendeu ser constitucional o teto remuneratório estabelecido pela EC 41/2003.

Analisada a constitucionalidade da referida Emenda, restou a análise da inclusão ou não das vantagens pessoais no teto remuneratório. O STF também já teve oportunidade de analisar a questão e concluiu que, após a edição da Emenda Constitucional nº 41/2003, as vantagens pessoais, de qualquer espécie, devem ser incluídas no redutor do teto previsto no art. 37, XI, da Constituição da República, independentemente de existir ou não legislação infraconstitucional a reger a matéria. Neste sentido, são os: RE 477.447 – AgR/MG, rel. Min. Eros Grau, DJ 24/11/2006 e RE 572.564/AM, rel. Min. Cármen Lucia, DJ 18/04/2008⁸.

4 Características do teto remuneratório

De acordo com as disposições do art. 37, inciso XI, da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, ao se fixar um teto remuneratório para o serviço público, na ver-

7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão MS 24.875-1. 06 de outubro de 2006*. Relator: Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 13 jun. 2009.

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão RE 477.447 24 de novembro de 2006*. Relator: Eros Grau; *Acórdão RE 572.564/SP. 18 de abril de 2008*. Relatora: Cármen Lucia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15 jun. 2009.

dade, a Constituição criou diversos subtetos a serem observados pelos diferentes níveis de Poder: Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como os diferentes entes da Federação: União, Estados e Municípios.

No âmbito do Poder Executivo, para os Municípios, o limite será o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador. Em âmbito federal, o teto é único e corresponde ao subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

No âmbito do Poder Legislativo, o limite seria o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais.

E no Poder Judiciário, o limite é o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a 90,25% (noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento) da maior remuneração mensal de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Este limite passou a ser aplicável também aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos.

Além disso, segundo jurisprudência predominante do C. TST, sedimentada na Orientação Jurisprudencial da SDI-I 339, a administração pública indireta, incluídas as sociedades de economia mista e empresas públicas, também estão submetidas ao teto constitucional: *“Teto Remuneratório. Empresa Pública e Sociedade de Economia Mista. Art. 37, XI, da CF/1988 (Anterior à Emenda Constitucional nº 19/1998). DJU 04.05.04 (nova redação). As empresas públicas e as sociedades de economia mista estão submetidas à observância do teto remuneratório previsto no inciso XI do art. 37 da CF/1988, sendo aplicável, inclusive, ao período anterior à alteração introduzida pela Emenda Constitucional nº 19/1998.”*

Assim, cada um dos entes da federação, além do teto geral do STF, possui um teto específico, que podem ser melhor visualizados de acordo com o seguinte organograma:

Em âmbito federal	- o teto é único, e corresponde ao subsídio dos Ministros do STF;
Em âmbito estadual e distrital	- os limites remuneratórios são diferenciados por poder: a) no Executivo, corresponde ao subsídio do Governador, b) no Legislativo, ao subsídio dos deputados estaduais e distritais. c) e quanto ao Judiciário, duas observações devem ser feitas: - relativamente aos magistrados, o teto remuneratório corresponde ao subsídio do Ministro do STF, por se tratar de um poder uno, como entendeu o STF na ADIn 3854 ⁹ ; - agora, quanto aos demais servidores do Judiciário, o teto é dos Desembargadores ou 90,25% do subsídio do STF, nesse último caso, se o subsídio dos Desembargadores estiver em patamar superior aos 90,25%. Com outras palavras, os servidores, em geral, não podem receber acima de 90,25% do subsídio do STF.
Em âmbito municipal	- o teto é único e equivale ao subsídio do Prefeito Municipal.

5 Controvérsias sobre teto remuneratório para os servidores públicos

A introdução de um teto remuneratório para o serviço público trouxe consigo inúmeras discussões, tanto em nível doutrinário, quanto em nível jurisprudencial. Os principais temas de conflito passam a ser abaixo apreciados.

5.1 A instituição de um teto remuneratório e a violação a direitos adquiridos e a cláusulas pétreas

Para afastar a aplicação de um teto remuneratório para o serviço público, rotineiramente suscita-se a violação a direito adquirido, na forma do art. 5º, inciso XXXVI, da Carta Magna, senão vejamos:

9 ADIn MC nº 3854/DF. STF, Rel. Ministro Cezar Peluso. Julgamento: 28/02/2007. DJ 29/06/2007. Resultado da decisão liminar: O Tribunal, por maioria, nos termos do voto do Relator, concedeu a liminar, conforme o artigo 010, § 003º, da Lei nº 9868, de 10.11.1999, para, dando interpretação conforme à Constituição ao artigo 037, inciso 0XI, e § 012, da Constituição da República, o primeiro dispositivo, na redação da EC nº 041/2003, e o segundo, introduzido pela EC nº 047/2005, excluir a submissão dos membros da magistratura estadual ao subteto de remuneração, bem como para suspender a eficácia do artigo 002º da Resolução nº 013/2006 e do artigo 001º, § único, da Resolução nº 014, ambas do Conselho Nacional de Justiça. (...)”

Art. 5º [...]

XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

E mais, ao suscitar a violação a direito adquirido, sustenta-se que a Emenda Constitucional que instituiu o teto remuneratório importaria na supressão de cláusula pétrea, e conseqüentemente importaria em inconstitucionalidade, por violação ao art. 60, § 4º, inciso IV da Constituição da República:

Art. 60 [...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

IV – os direitos e garantias individuais.

A Emenda Constitucional nº 41 tratou do tema em seu art. 9º, que assim dispõe:

“Art. 9º Aplica-se o disposto no art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias aos vencimentos, remunerações e subsídios dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza.”

Para melhor compreensão do tema, faz-se necessário a transcrição do art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, referido no art. 9º da Emenda Constitucional nº 41:

“Art. 17. Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes,

não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título.”

A partir da Emenda Constitucional nº 41, questionar o alcance ou não da instituição do teto remuneratório para o serviço público importa em discutir a inconstitucionalidade material do art. 9º da referida Emenda, que expressamente afastou a alegação de violação a direito adquirido na introdução do teto remuneratório, ao expressamente determinar a aplicação do art. 17 do ADCT.

O objetivo da Emenda, sem dúvida, foi estabelecer de maneira uniforme um teto remuneratório para o serviço público, alcançando, inclusive, aqueles que percebem acima deste limite.

A discussão surge na possibilidade ou não do poder constituinte reformador tratar da matéria, ou seja: é possível o poder constituinte reformador criar regra restritiva de direitos, alcançando inclusive direitos já adquiridos anteriormente a manifestação deste poder?

O art. 17 do ADCT, por ser manifestação do Poder Constituinte originário – cuja característica é ser incondicional, autônomo e inicial –, pode alterar situações já constituídas anteriormente à promulgação da Constituição. Como desempenha o papel de estabelecer uma nova ordem jurídica, tal manifestação de poder não se subordina a limites formais, temporais, circunstanciais ou materiais. Quanto a isso, parece não haver dúvida. O que se questiona é a possibilidade de uma emenda constitucional, como manifestação do poder constituinte reformador – subordinado, derivado e condicionado – alcançar direitos e garantias individuais do cidadão, dentre eles os chamados direitos adquiridos.

Vozes renomadas da doutrina firmaram suas posições doutrinárias sobre o assunto. A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP e a Associação dos Magistrados do Brasil - AMB, formulou uma consulta ao Eminentíssimo jurista José Afonso da Silva¹⁰ que, em parecer jurídico, assim se mani-

10 Parecer jurídico sobre a EC nº 41/2003 elaborado por José Afonso da Silva, em resposta à consulta da CONAMP.

festou sobre a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 41/2003:

“Emenda constitucional não pode desrespeitar o princípio da irredutibilidade de subsídio ou remuneração. Pois, trata-se de um princípio constitucional geral que protege todas as formas de estipêndios da relação de trabalho, tanto os das relações de trabalho privados como os das relações de trabalho público, sejam salários, vencimentos, remunerações ou subsídios (exceto os subsídios de mandato eletivo que não constituem estipêndios de relação de trabalho). Esse princípio hoje imanta todas as normas constitucionais relativas aos estipêndios da relação de trabalho (CF, arts. 7º, VI; art. 37, XVI; art. 42, § 1º c/c art. 142, §3º, VIII; art. 95, III; art.128, § 5º, I, c e art. 142, § 3º, VIII). Com relação a magistratura, o princípio já é secular, pois já constava do art. 57, § 1º, da Constituição de 1891. Ora, diminuir ou cortar remuneração, subsídios e vencimentos, com incidência apenas sobre alguns agentes públicos, por emenda constitucional não infringe apenas o princípio da irredutibilidade, mas também o princípio da igualdade de tratamento. A diminuição de proventos e pensões esbarra com uma situação jurídica subjetiva definitivamente constituída, e, como nos demais casos, é inconstitucional.”

O ilustre administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello¹¹ também respondeu à consulta das Associações acima referidas. Eis o teor da pergunta e a conclusão do culto jurista:

“II – Referida PEC, ao declarar, em seu art. 9º, aplicável o art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, tem o condão de fazer com que os novos limites que resultem da PEC, isto é, os estabelecidos na redação que eu art. 1º deu ao inciso XI do art. 37 da Constituição, sejam imediatamente impostos, ainda quando acarretem redução de vencimentos, proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza? Haveria nisto inconstitucio-

11 Parecer jurídico sobre a EC nº 41/2003 elaborado por Celso Antônio Bandeira de Mello, em resposta à consulta da CONAMP.

nalidade, por ofensa ao direito adquirido, ato jurídico perfeito ou coisa julgada?”

RESPOSTA:

“...II – Uma vez que a Emenda Constitucional não pode ferir direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, o artigo 9º da referida PEC não pode, pelo expediente de invocar a aplicação do artigo 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ganhar esta força jurídica que lhe é vedada. Donde, não lhe seria possível, sob pena de inconstitucionalidade, pretender extrapolar os efeitos previstos no mencionado preceptivo para disposições diferentes daquelas a que ele estava reportado, de maneira a subjugar e reduzir, vencimentos, proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, a novos limites que veio estabelecer.”

A par das manifestações doutrinárias sobre o tema, os Tribunais perceberam o escopo da instituição de um teto remuneratório para o serviço e não admitiram a tese de violação a direito adquirido. Segundo a maioria dos julgados dos Tribunais Superiores, a instituição de um teto remuneratório não importa em violação a direito adquirido, pois não há que se falar em direito adquirido a regime jurídico, nem a vencimentos. Assim, modificadas as regras referentes à remuneração dos servidores, os vencimentos incompatíveis com a nova legislação deverão se ajustar ao sistema.

O Superior Tribunal de Justiça - STJ, na linha de entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal (MS 24.875-1/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence), tem decidido que, a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 41/03, que deu nova redação ao art. 37, XI, da Constituição da República, não há que se falar em direito adquirido ou ato jurídico perfeito que se sobreponha ao teto remuneratório dos servidores públicos. Assim, a partir da edição da referida Emenda, a interpretação conferida pelo Pretório Excelso é no sentido de que nenhum tipo de subsídio, vencimento ou provento ultrapasse o teto fixado, pois a regra constitucional possui aplicabilidade imediata.

É de se registrar, inclusive, que os recursos relacionados com a matéria estão sendo julgados monocraticamente, com base no art. 557 do Código de Processo Civil, a partir do *leading case* julgado pelo Supremo Tribunal Federal na apreciação do MS 24.875-1/DF¹².

5.2 O teto remuneratório e a violação ao princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos

Principalmente a partir da edição da Emenda Constitucional n° 41, a aplicação de teto remuneratório para os servidores não viola a garantia constitucional da irredutibilidade salarial, pois tal alegação só pode ser oposta em face de leis infraconstitucionais, não sendo aplicável em face de norma constitucional.

Segundo o STF, o princípio da irredutibilidade de vencimentos não é violado quando a remuneração é reduzida para que seja observado o teto, ressaltando que “somente são irredutíveis os vencimentos e proventos constitucionais e legais”, conforme julgado no MS 21.659, Rel. Min. Eros Grau.

Na linha de entendimento dos Tribunais Superiores, pode-se concluir que a partir da Emenda n° 19 até a Emenda n° 41, as vantagens pessoais estariam fora do alcance do teto remuneratório constitucional. A partir da Emenda n° 41 não há mais que excluí-las pois, por força constitucional, as vantagens pessoais estão inseridas no teto remuneratório.

O Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo tem precedentes idênticos às conclusões até aqui apresentadas, e pela consonância do julgado com o entendimento majoritário dos Tribunais Superiores, merece destaque:

CONSTITUCIONAL. TETO REMUNERATÓRIO. LIMITE REMUNERATÓRIO IMPOSTO PELA LEI ESTADUAL 5.825/99 E PELAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS N°S 19 E 41. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. INCIDÊNCIA DO TETO REMUNERATÓRIO APÓS O ADVENTO DA EC 41/03. SEGURANÇA PARCIALMEN-

12 MS 24.875-1/DF, Rel. Min. Sepúlveda. *Informativo STF*, n. 426, maio 2006.

TE CONCEDIDA. 1 O ato coator se renova mensalmente, com a imposição do teto remuneratório, o que afasta a decadência da impetração. 2 As vantagens pessoais devem ser excluídas do vencimento para efeito de teto máximo de remuneração até o advento da Emenda Constitucional nº 41/2003, pois a Emenda Constitucional nº 19/1998 (que incluiu as vantagens pessoais no teto remuneratório), neste ponto, é norma de eficácia limitada que dependia da norma infraconstitucional (materializada na Lei nº 11.143/2005). Precedentes do STF. 3 A inclusão das vantagens de caráter pessoal no teto remuneratório encontra-se expressamente prevista na Constituição da República. As vantagens pessoais foram incluídas no teto remuneratório pela Emenda Constitucional nº 19/1998 e pela Emenda Constitucional nº 41/2003 (que fixou, no artigo 8º, o valor do subsídio para a incidência do teto, impondo a eficácia plena do art. 37, XI, com a sua promulgação). 4 O art. 17 do ADCT não impede que o constituinte derivado exclua as vantagens pessoais do teto remuneratório. O adicional por tempo de serviço chamado anuênio (rectius: uniênio), foi abolido pelo art. 15 da MP 2.225, de 4.9.2001, e sua inconstitucionalidade não foi argüida, por se tratar de vantagem imposta pelo legislador infraconstitucional. Ora, se a vantagem pode ser concedida – e retirada – pelo legislador infraconstitucional, com maior razão poderia ser incluída no teto remuneratório por uma Emenda Constitucional, que tem inclusive um procedimento mais rigoroso de promulgação (STF, MS 24.875/DF, relator Ministro Sepúlveda Pertence). 5 Não há violação à irredutibilidade de vencimentos, pois o Adicional por Tempo de Serviço foi absorvido pelo subsídio que compõe o teto remuneratório. Nos termos do art. 8º da EC 41/2003, o subsídio será composto pela soma do vencimento, da representação mensal e da parcela recebida em razão do tempo de serviço. 6 Segurança parcialmente concedida para excluir as vantagens pessoais do teto remuneratório somente até a promulgação da EC nº 41/2003.¹³

13 BRASIL. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. *Acórdão MS 10002005829. 25 de janeiro de 2007.* Tribunal Pleno. Relator: Samuel Meira Brasil Júnior. Disponível em: <<http://www.tj.es.gov.br>>. Acesso em: 20 jul. 2009.

5.3 A autoaplicabilidade da Emenda Constitucional nº 41 e a desnecessidade de regulamentação

Muito se questionou, outrossim, sobre a necessidade de regulamentação da Emenda Constitucional nº 41, através de edição de lei formal.

Isto porque, em alguns Estados, como o Espírito Santo, a Emenda Constitucional foi regulamentada por atos normativos de efeitos concretos, sem caráter de lei formal, como por exemplo: O Ministério Público do Estado do Espírito Santo, por meio de seu Procurador-Geral de Justiça, editou o ATO/PGJ/180-2004, regulamentando o teto constitucional. Já o Poder Executivo do Estado do Espírito Santo editou o Decreto nº 1267-R, de 2004, também com a finalidade de regulamentar o teto constitucional previsto na Carta Magna.

Segundo a jurisprudência dominante sobre o assunto, as disposições insertas na Emenda Constitucional nº 41 são autoaplicáveis, razão por que não se exige lei em sentido formal para regulamenta-las. Neste sentido: AgRg MS 24.668/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia, Quinta Turma, DJ 23/08/08; RMS 13.505/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJ 19/05/08; RMS 24.855/RS, Rel. Min. Jane Silva, Quinta Turma, DJ 07/02/08¹⁴.

5.4 Teto remuneratório e cumulação de cargos públicos

Importante controvérsia sobre o assunto surge nas hipóteses em que servidores públicos acumulem cargos públicos. A controvérsia gravita na forma de verificação do respeito ao teto remuneratório, nas hipóteses em que haja a cumulação de cargos públicos: deve haver um teto único de remuneração, mesmo nos casos excepcionais de acumulação de cargos previstos na Constituição (artigo 37, inciso XVI) ou o teto se aplica para cada um dos cargos a serem exercidos?

14 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão RMS 24.668/RJ. 23 de agosto de 2008*. Relator: Napoleão Nunes Maia; *Acórdão RMS 13.505/DF. 19 de maio de 2008*. Relatora: Maria Thereza de Assis Moura; *Acórdão RMS 24.855/RS. 07 de fevereiro de 2008*. Relatora: Jane Silva. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 jul. 2009.

A respeito do assunto, o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público, editaram resoluções, estabelecendo a possibilidade de acumulação de cargos, se prevista na exceção constitucional, sem que isso implique em limitação ao teto remuneratório. Neste sentido, é a Resolução n° 009/2006 do Conselho Nacional do Ministério Público:

“Art. 7°. Não podem exceder o valor do teto remuneratório, embora não sejam somados entre si, nem a com remuneração do mês em que se der o pagamento:

(...)

IV – remuneração ou provento decorrente do magistério, nos termos do art. 128, inciso II, alínea “d”, da Constituição Federal;”

Em conformidade com a Resolução supra citada, membros do Ministério Público podem exercer funções de magistério, observadas as limitações de carga horária, sem que a remuneração desta atividade esteja submetida ao teto constitucional.

O mesmo posicionamento está inserto na Resolução n° 14/2006, do Conselho Nacional de Justiça:

“Art. 2°. Estão sujeitos aos tetos remuneratórios previstos no art. 1° as seguintes verbas:

I – de caráter permanente:

(...)

k) percepção cumulativa de remuneração, proventos e pensões, de qualquer origem, nos termos do art. 37, inciso XI da Constituição Federal, ressalvado o disposto no art. 4° desta Resolução.

(...)

Art 4° Ficam excluídas da incidência do teto remuneratório constitucional as seguintes verbas:

(...)

II – de caráter permanente:

- a) remuneração ou proventos de magistrado decorrente do exercício do magistério, nos termos do art. 95, parágrafo único, inciso I, da Constituição Federal”.

Assim, não há que se falar em teto único de remuneração, nas hipóteses excepcionais de cumulação de cargos públicos, na forma do art. 37, inciso XVI, da Constituição da República. A análise de respeito ao teto remuneratório nas hipóteses de percepção de remuneração decorrente de cargos cumuláveis, desde que compatível com os termos da Constituição, deve ser analisada isoladamente para cada cargo exercido.

Estas premissas devem ser sempre verificadas nas hipóteses de cumulação de cargos. Inicialmente, deve-se verificar a legalidade da cumulação de cargos. Ultrapassada este primeiro requisito, verifica-se isoladamente o respeito ao teto remuneratório de forma individual.

Uma situação rotineiramente presente no serviço público serve como exemplo: um Promotor de Justiça ou um Defensor Público se aposentou e, antes da Emenda Constitucional nº 20/1998, foi aprovado em concurso para Magistratura e devidamente nomeado para o cargo de Juiz de Direito. Nesta hipótese, como fica a análise do teto remuneratório?

Inicialmente, deve-se verificar a legalidade da cumulação. Para responder tal questionamento, deve-se analisar o art. 37, § 10º da Carta Magna c/c art. 11 da Emenda Constitucional nº 20/98”:

“Art. 37

(...)

§ 10. É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do artigo 40 ou dos artigos 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração. (Parágrafo acrescentado pela Emenda Constitucional nº 20/98, DOU 16.12.1998)”

“EC 20/98

(...)

Art. 11. A vedação prevista no artigo 37, § 10, da Constituição Federal, não se aplica aos membros de poder e aos inativos, servidores e militares, que, até a publicação desta Emenda, tenham ingressado novamente no serviço público por concurso público de provas ou de provas e títulos, e pelas demais formas previstas na Constituição Federal, sendo-lhes proibida a percepção de mais de uma aposentadoria pelo regime de previdência a que se refere o artigo 40 da Constituição Federal, aplicando-se-lhes, em qualquer hipótese, o limite de que trata o § 11 deste mesmo artigo.”

Com base nos referidos acima citados, verifica-se que antes da Emenda Constitucional n° 20/98, era possível a cumulação de proventos de aposentadoria com o exercício de cargo efetivo, mediante o ingresso por meio de concurso público, sendo legal que um Promotor de Justiça ou um Defensor Público se aposente e ingresse novamente, por meio de certame público, em outro cargo, como o de Juiz de Direito.

Verificada a legalidade da cumulação, a análise do teto remuneratório, nesta hipótese, será feita isoladamente para cada cargo exercido.

Acerca do tema, assim se manifestou o professor José dos Santos Carvalho Filho¹⁵ na 17ª edição de sua obra Manual de Direito Administrativo:

“A EC 20/98, todavia, resguardou, no art. 11, o direito de acumulação de proventos com vencimentos para os membros de poder e os inativos, civis ou militares que, antes da publicação da Emenda (16/12/1998), tenham ingressado novamente no serviço público através de concurso público de provas ou de provas e títulos, ou pelas demais formas previstas na Constituição. Impôs, entretanto, duas condições: em primeiro lugar, não poderão perceber os proventos decorrentes de mais de uma aposentadoria; depois, em nenhuma hipótese poderão perceber ganhos que excedam o limite remuneratório geral, fixado no art. 37, XI, da CF. Desse modo, se um

15 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 604.

Promotor de Justiça ou um Defensor Público se aposentou e, antes da data acima, foi aprovado em concurso para Magistratura e devidamente nomeado para o cargo de Juiz de Direito (hipótese não raro ocorridas), fará jus à percepção simultânea dos proventos relativos ao cargo anterior e aos vencimentos do novo cargo.”

6 Conclusões

A instituição de um teto remuneratório para o serviço público foi uma medida extremamente útil para um melhor controle dos gastos com o funcionalismo público. Tal controle representa importante e eficaz solução para o monitoramento e diminuição dos próprios gastos públicos.

Instituído pela Emenda Constitucional n° 19/98, que deu nova redação ao art. 37, inciso XI, da Constituição da República, o teto remuneratório só pôde ser eficientemente implantado com a Emenda Constitucional n° 41/03, que modificou a redação ao art. 48, inciso XV, bem como novamente o próprio inciso XI do art. 37 da Constituição. A partir de então, fixou-se os limites máximos a serem obedecidos no próprio texto constitucional, tornando-o autoaplicável. Além disso, os Tribunais passaram a reconhecer que o limite remuneratório seria o valor mensal pago, incluído, no cômputo, as vantagens de caráter pessoal.

Apesar dos nobres objetivos da alteração constitucional e de inúmeras manifestações dos Tribunais e da doutrina sobre o assunto, sérias discussões ainda permanecem em aberto perante o Judiciário. A tendência é que os debates venham a se pacificar na medida em que forem sendo uniformizadas as discussões sobre o assunto. As principais controvérsias perante os Tribunais e as soluções até agora apresentadas podem ser abaixo elencadas:

- a) A instituição de um teto remuneratório para o serviço público, por meio das Emendas Constitucionais n° 19/98 e 41/03, é constitucional.
- b) A partir do julgamento do MS 24.875-1/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, os Tribunais Superiores tem decidido

que, a partir da promulgação da Emenda Constitucional n° 41/03, que deu nova redação ao art. 37, XI, da Constituição da República, não há que se falar em direito adquirido ou ato jurídico perfeito que se sobreponha ao teto remuneratório dos servidores públicos, não sendo possível que algum tipo de subsídio, vencimento ou provento ultrapasse o teto fixado.

- c) Os Tribunais Superiores também têm decidido que a partir da edição da Emenda Constitucional n° 41, a aplicação de teto remuneratório para os servidores não viola a garantia constitucional da irredutibilidade salarial.
- d) A jurisprudência também tem reconhecido que as disposições insertas na Emenda Constitucional n° 41 são autoaplicáveis, razão por que não se exige lei em sentido formal para regulamentá-las.
- e) Nas hipóteses excepcionais de cumulação de cargos públicos, desde que em conformidade com os termos da Constituição, a observância do teto remuneratório deve ser analisada isoladamente para cada cargo exercido.

1.10

A FUNÇÃO DE FOMENTO ESTADUAL AO DESPORTO: NOVOS RUMOS PARA O DIREITO ADMINISTRATIVO DESPORTIVO

HORÁCIO AUGUSTO MENDES DE SOUSA*

SUMÁRIO: 1 A hipótese. 2 A metodologia de exame. 3 Pré-compreensão da temática em exame. 4 A iniciativa governamental em exame à luz da Constituição da República de 1988: o marco regulatório constitucional do direito administrativo desportivo. 4.1 A atividade constitucional de fomento desportivo. 4.2 A jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal. 5 O marco regulatório federal do fomento desportivo. 6 A iniciativa governamental em exame à luz do ordenamento jurídico infraconstitucional: o marco regulatório estadual do direito administrativo desportivo. 7 Recomendações e ajustes substanciais e formais necessários à juridicidade e ao prosseguimento do processo seletivo em tela. 8 Proposições conclusivas: novos rumos para o direito administrativo desportivo. 9 Referências.

1 A hipótese¹

Cada vez mais a atividade desportiva, em quaisquer de suas modalidades, vem ganhando espaço na pauta de políticas públicas do Estado contemporâneo. Isto porque, dentre outras razões, ela se conecta e influencia diretamente a diversos e substanciais campos de preocupação e atuação estatal, notadamente a saúde, a educação, a assistência social e a segurança

* Procurador do Estado do Espírito Santo, em exercício funcional na Procuradoria da Consultoria Administrativa - PCA. Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Cândido Mendes-RJ. Professor de Direito Econômico, Administrativo e Municipal da Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Professor de Direito Administrativo da Pós-Graduação em Direito do Estado e da Regulação da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas.

1 As reflexões iniciais que ensejaram o presente estudo decorreram da emissão do parecer jurídico nº 0408/2010, de nossa autoria, no exercício da função de Procurador do Estado do Espírito Santo, no âmbito do processo administrativo nº 48645869, sendo o órgão consultante a Secretaria de Estado de Esporte e Lazer - SESPORT. O aludido parecer foi ementado nos seguintes termos: "EMENTA: Análise jurídica de proposta de edital de processo seletivo para a concessão de incentivo (Bolsa-Atleta) no Estado do Espírito Santo. Sugestões de ajustes formais e substanciais na proposta de edital encaminhada pelo órgão consultante. Inteligência do marco regulatório constitucional e infraconstitucional estadual do Direito Administrativo Desportivo. Constituição da República de 1988, arts. 6º, 23, II, V e X, 24, IX, XII, XIV e XV, 25, par. 1º, 30, I, II, VI e VII, 196, 205, 217 e 227 c/c as Leis nºs 9365/2009 e 9366/2009. Sugestões de ajustes no marco regulatório estadual. Possibilidade de prosseguimento no processo seletivo, desde que atendidas as recomendações jurídicas desta PGE. Considerações."

pública, posto que a prática do desporto dignifica e viabiliza a inclusão sócio-econômica do homem, independentemente da sua condição, aproximando o cidadão de uma vida saudável e equilibrada na sociedade.

Daí porque vem se intensificando a atividade estatal de fomento ao desporto como forma de promover, globalmente, um conjunto expressivo e relevante de metas de interesse público, notadamente nos setores sociais sensíveis acima aludidos, razão pela qual o presente estudo tem por finalidade investigar alguns limites e possibilidades para a concessão de incentivos, pelo Estado, à atividade desportiva.

Assim, dentre os diversificados instrumentos de fomento ao desporto, a presente análise cuida de proposta de edital para processo seletivo, cujo objeto consiste, em síntese, na concessão de incentivo econômico (Bolsa-Atleta) aos atletas que estejam em plena atividade esportiva, com reconhecidos índices e classificações em campeonatos nacionais e internacionais, e que se encontrem em fase de preparação para futuras competições, à luz da metodologia de exame adiante exposta.

2 A metodologia de exame

Neste contexto, sob o prisma metodológico, vale, desde logo, percorrer, ainda que brevemente, o marco regulatório constitucional do Direito Administrativo Desportivo, enquanto disciplina jurídico-administrativa da intervenção do Estado na atividade desportiva, passando pelo exame do marco regulatório federal e estadual da matéria para, a partir daí, tecer considerações e propor diretrizes jurídicas, de modo a revestir de plena juridicidade a iniciativa governamental em perspectiva.

3 Pré-compreensão da temática em exame

Em estudos e manifestações jurídicas anteriores, temos averbado que a pré-compreensão pode ser entendida como a valoração exegética e analítica da normatividade, pelo intérprete, a partir de certas premissas fáticas de índole histórica, políti-

ca, econômica, jurídica e moral que ele, o intérprete, adquire, a partir da observância e vivência em sociedade².

Cuida-se, pois, da atividade de captação da inteligência e finalidade da normatividade sob investigação, a partir de determinados dados da realidade e problemas concretos. Neste sentido, a abordagem da temática ora submetida a exame parte de algumas premissas que passamos a destacar.

- (i) O século XXI, incontroversamente, vem a consolidar todo o progresso e revolução das Ciências, das Tecnologias e das Informações, em nível planetário, fazendo com que o homem e a mulher contemporâneos avancem em direção à plenitude da vida nas sociedades.
- (ii) Essa plenitude da vida societária, a partir do homem e da mulher integrais, passa pelo bem-estar biopsíquico dos indivíduos, sendo certo que a prática das atividades desportivas, desde os tempos mais recuados na história das sociedades, constitui fundamental elemento para o alcance da saúde física, mental e espiritual da pessoa humana, em contínuo e gradual progresso.
- (iii) Neste contexto, o incentivo à prática desportiva constitui relevante e específico interesse público, a ser concretizado não só pelo Estado, mas, também, e sobretudo, pela própria sociedade civil organizada, como forma de promover a saúde, a educação e a integração solidária da pessoa humana, em seus diversos níveis de evolução e *status*, ou seja, desde a fase infantil, passando pela adolescência, pela idade adulta e idosa, para alcançar, inclusive, os segmentos sociais sensíveis, como os adolescentes infratores e as pessoas deficientes.

2 Na lição de Luís Roberto Barroso, a interpretação a ser empreendida "(...) é produto de uma época, de um momento histórico, e envolve os fatos a serem enquadrados, o sistema jurídico, as circunstâncias do intérprete e o imaginário. A identificação do cenário, dos atores, das forças materiais atuantes e da posição do sujeito da interpretação constitui o que se denomina de pré-compreensão". BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional: fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 5.

- (iv) Assim, diante da necessidade de concretização desses relevantes interesses públicos primários ligados à atividade desportiva, pode e deve o Estado contemporâneo, na medida das suas possibilidades econômico-financeiras, e em parceria com a sociedade civil organizada, formular e implementar políticas públicas setoriais destinadas ao fomento desportivo, como específica medida direcionada ao desenvolvimento da pessoa humana e do grupamento social como um todo, de modo a concretizar, ainda que parcialmente, os objetivos constitucionais fundamentais da República Federativa do Brasil, consoante se infere da Constituição da República de 1988, notadamente em seu art. 3º.

Fixadas essas premissas, passa-se à análise da temática sob investigação.

4 A iniciativa governamental em exame à luz da Constituição da República de 1988: o marco regulatório constitucional do direito administrativo desportivo

Como se sabe, a Constituição da República de 1988 tem como diretriz teleológica de preocupação substancial a promoção da dignidade da pessoa humana, em sua máxima amplitude, partindo-se do mínimo existencial, sem o qual não se pode cogitar da dignidade, e, nem tampouco, da liberdade³ (CR/88, art. 1º). A partir daí, poder-se-á pensar em desenvolvimento social e econômico do grupo societário, inclusive em nível local e estadual, em bases livres, justas e solidárias, consoante preconiza a Constituição da República de 1988 (CR/88, art. 3º).

3 Em sentido semelhante, o abalizado magistério doutrinário de Ricardo Lobo Torres que, em recente obra sobre a temática do direito ao mínimo existencial, averbou, com propriedade: "(...) O direito ao mínimo existencial, em síntese, é o núcleo essencial dos direitos fundamentais ancorado nos princípios da dignidade humana e do Estado Democrático de Direito e na busca da felicidade. Após a reserva do mínimo existencial, que garante a igualdade de chances, é que se iniciam a ação da cidadania reivindicatória e o exercício da democracia deliberativa, aptos a assegurar os direitos sociais prestacionais em sua extensão máxima, sob a concessão do legislador e sem o controle contramajoritário do Judiciário." TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. (nota prévia).

Esses objetivos fundamentais podem e devem ser concretizados pelas múltiplas possibilidades normativas conferidas aos entes políticos da federação (CR/88, arts. 18 a 32), pela própria matriz constitucional, por meio do desenvolvimento de intensa atividade normativa e administrativa (CR/88, arts. 23, II, V e X, 24, IX, XII, XIV e XV, 25, par. 1º, 30, I, II, VI e VII e 37), expressas em políticas públicas setoriais, como àquelas inerentes ao desporto.

Neste sentido, a formulação e a implementação de políticas públicas setoriais inerentes ao desporto, por todos os entes políticos da federação, observados os respectivos níveis de atuação federativa, vai se legitimar e encontrar justificação no próprio sistema constitucional.

Isto porque, o fomento ao desporto se constitui em mecanismo de densificação de diversificados valores e normas constitucionais, dentre eles, com especial relevo, o direito à saúde, à educação, ao trabalho, à proteção da infância e da adolescência, à integração social e econômica das pessoas deficientes e dos demais grupos sociais sensíveis e marginalizados (CR/88, arts. 6º, 23, II, V e X, 24, IX, XII, XIV e XV, 25, par. 1º, 30, I, II, VI e VII, 196, 205, 217 e 227)⁴.

Para tanto, todos os entes políticos da federação podem e devem estabelecer intensa disciplina normativa e administrativa a respeito do desporto, notadamente o seu incentivo, em verdadeira “concorrência de sistemas jurídicos desportivos”, que, sem se antagonizarem, apresentar-se-ão, à luz do federalismo brasileiro cooperativo e assimétrico, reciprocamente complementares, rumo ao atendimento dos diversos interesses públicos desportivos nacionais, estaduais e locais.

4 Em sentido semelhante, assevera Álvaro Melo Filho: “(...) Incluiu-se o desporto no novo Estatuto Fundamental face a sua importância quantitativa, sua dimensão estrutural, sua abrangência conjuntural e sua enorme transcendência para a qualidade de vida como objetivo maior de todo Estado Social de Direito, nos planos nacional e internacional. Vale dizer, a vida institucional do desporto já não pode andar indiferente aos homens e à própria Constituição do país, na medida em que o desporto, tábua de fatos sociais altamente valorizados, não se revela apenas como movimento social de massa, mas também como uma contínua manifestação da vida cultural, atuando na atmosfera social da Nação e integrando a vida de seu povo, como parte inseparável dos programas de desenvolvimento educacional, social e de saúde.” MELO FILHO, Álvaro. *O desporto na ordem jurídico-constitucional brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 38. No mesmo sentido CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1, p. 934 e MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 2161.

Significa dizer: a disciplina jurídico-administrativa do desporto comporta uma “concorrência de sistemas” legislativos e administrativos, respeitadas, frise-se mais uma vez, a amplitude dos interesses envolvidos e à luz das respectivas, assimétricas e diversificadas realidades dos múltiplos entes políticos da federação.

Nesta linha de raciocínio, com o pioneirismo incomum de sempre, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, no Prefácio da obra *Direito Administrativo Estadual*, da autorizada lavra de Marcos Juruena Villela Souto, assevera, com propriedade:

“(…) Um Direito Administrativo regional situado entre o nacional e o local, não obstante, vem ampliando seu espaço científico, impulsionado pelos acontecimentos políticos deste mundo pós-moderno. Nestes tempos, cunha-se até um neologismo – a *glocalização* – fundindo as expressões *globalização* e *localização*, pela qual, simultânea e paralelamente ao movimento de centralização das decisões políticas com repercussão continental ou mundial, exprime um outro, aparentemente antagônico, quando não paradoxal, de descentralização das decisões políticas de interesse regional, sub-regional e local. Esta é marca de um Direito Administrativo em plena expansão vertical, que acompanha ambos os movimentos de poder na atualidade – centrífugos e centrípetos -, produzindo uma riqueza conceptual cada vez maior, no que se tem denominado *concorrência de sistemas*, e tornando cada vez mais importante cultivar não apenas essa simultânea identidade e harmonia que se desenvolve em cada um dos três sistemas internos de Direito Administrativo do país, como, no plano externo, um quarto sistema, do Direito Administrativo subcontinental que já se prenuncia, e até mesmo um quinto, de um Direito Administrativo que rapidamente se mundializa em vários campos da atividade humana. Ao chamar a atenção para a abundância dos problemas que se apresentam em não mais que um, desses cinco sistemas – o do *Direito Administrativo Estadual* – Marcos Juruena não apenas provoca um constrangedor contraste com a escassez da literatura especializada, até mesmo se confrontada com a do sistema geograficamente menor, mas incomparavelmente muito mais bem trabalhado pelo *Direito Administrativo Municipal*, como nos faz pensar, mirando o plano externo que se

avoluma e se faz cada vez mais complexo em seus problemas, que nos veremos muito em breve ante a necessidade de proceder a abordagens integradas de todos os sistemas *concorrentes*".⁵

Nada obstante esse quadrante normativo sistêmico, de natureza constitucional, tendo em vista a relevância da atividade desportiva, a Constituição da República de 1988 foi mais além e dedicou um tratamento geral à matéria, de caráter principiológico⁶, assentando, de um lado, a obrigação de todos os entes políticos da federação, a partir da concorrência de sistemas reciprocamente complementares, como visto, de fomentar as práticas desportivas, formais e não-formais, e, de outro lado, o direito dos cidadãos ao desporto (CR/88, art. 217, *caput*). Pela pertinência, confira-se a dicção constitucional:

"Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados:

I - a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento;

II - a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento;

III - o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não-profissional;

IV - a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional.

§ 1º - O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.

5 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo estadual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. (Prefácio).

6 Neste sentido, assevera Álvaro Melo Filho: "(...) Outro aspecto relevante decorre do inescandível caráter principiológico dos dispositivos sobre desporto constitucionalizado que se encaixam em qualquer tipologia de Constituição (...)." MELO FILHO, Álvaro. *O desporto na ordem jurídico-constitucional brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 38-39.

§ 2º - A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final.

§ 3º - O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social.”

Assentadas tais premissas, a matriz constitucional estabeleceu as diretrizes para o cumprimento das obrigações dos entes políticos da federação, com vistas à efetivação do direito ao desporto. Assim, fixou a autonomia das entidades desportivas, dirigentes e associações, no que tange à sua organização e funcionamento, como decorrência da própria liberdade constitucional geral de associação (CR/88, art. 5º, XVII, XVIII, XIX, XX e XXI c/c art. 217, I).

Adiante, a Constituição da República de 1988 assentou a necessidade de destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional (CR/88, art. 217, I), o que se justifica, sobretudo, pela íntima conexão entre os serviços públicos de educação, de saúde e a instrumentalidade do desporto como relevante mecanismo de apoio à concreção dos processos de educação e da saúde da pessoa humana, como visto acima.

Nesta ordem de ideias, à luz da matriz constitucional, deverão os entes políticos da federação priorizarem, na formulação e implementação de suas políticas públicas setoriais desportivas, o desporto educacional, quando da destinação de recursos públicos para as atividades desportivas.

Essa diretriz constitucional, por certo, não impedirá os entes políticos da federação de promoverem, também, outras modalidades desportivas, como, por exemplo, o desporto de alto rendimento (CR/88, art. 217, II), o que, todavia, dependerá do atendimento prioritário do desporto escolar e, também, de motivação político-administrativa ponderada e tecnicamente justificada, para a promoção de outras modalidades desportivas.

Com efeito, na gravidade do momento, urge aos agentes públicos tomarem a ciência e a consciência de que a discricionariedade administrativa, fundada em juízos de oportunidade e conveniência da Administração Pública, longe de constituir crité-

rio meramente subjetivo, só é constitucional e legítima se fundada em motivação bem argumentada, ponderada e tecnicamente justificada, manifestada no devido processo legal administrativo, de modo a demonstrar, objetiva e cabalmente, o acerto da decisão pública, viabilizando o seu controle e revestindo a atuação do Estado de segurança jurídica.

Neste sentido, aliás, os abalizados magistérios doutrinários de Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Marcos Juruena Villela Souto, prefaciam a não menos autorizada tese de Doutoranda da lavra de Sérgio Guerra, recentemente publicada, a propósito dos novos rumos da discricionariedade administrativa, diante do modelo de Estado Democrático de Direito, consagrado como princípio constitucional estruturante da República Federativa do Brasil (CR/88, art. 1º, *caput*), com expressivo apoio da jurisprudência do E. STF e do C. STJ⁷. Confira-se:

“(…) as opções tomadas em decisões administrativas, outoradas por critérios meramente subjetivos, de conveniência e de oportunidade, devem hoje, nesta era de reafirmação de valores, se submeter a uma metodologia processualizada, em que instrumentos argumentativos essenciais, como a

7 Essas diretrizes já estão sendo concretizadas no âmbito da jurisprudência, notadamente do Egrégio Supremo Tribunal Federal e do Colendo Superior Tribunal de Justiça, consoante se infere dos trechos dos julgados adiante transcritos parcialmente. Confira-se: “(…) Cabe ao Poder Judiciário verificar a regularidade dos atos normativos e de administração do Poder Público em relação às causas, aos motivos e à finalidade que os ensejam. Pelo princípio da proporcionalidade, há que ser guardada correlação entre o número de cargos efetivos e em comissão, de maneira que exista estrutura para atuação do Poder Legislativo local.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE nº 365.368 - AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 22.05.07, DJ de 29.06.07 (destaquei). “(…) Trata-se de ação ordinária ajuizada por comunidade indígena que objetiva compelir a Funai e a União a demarcar terra indígena. Na contestação, a Funai alegou impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que a intervenção judicial para ordenar a demarcação e homologação do território indígena invadiria a esfera da discricionariedade da Administração Pública, não cabendo ao Poder Judiciário definir a prioridade e estabelecer políticas públicas. O juiz de primeiro grau rejeitou essa preliminar de impossibilidade jurídica, o que foi confirmado pelo Tribunal a quo. Na espécie, é preciso, também, verificar se o Poder Judiciário pode adentrar a análise e conveniência do ato administrativo discricionário, ou se apenas à Administração Pública foi concedido esse poder. Nesse panorama, a Turma, ao julgar o recurso especial, entendeu que, para reconhecer a impossibilidade jurídica do pedido, é necessário que o julgador, no primeiro momento de contato com a petição inicial, perceba que o pedido jamais poderia ser atendido, independentemente do fato e circunstâncias do caso concreto. Concluiu, ainda, que o mérito do ato administrativo não se revela da simples e isolada norma in abstracto, mas sim do confronto desta com os fatos surgidos no caso concreto, cuja peculiaridade pode reduzir, ou até eliminar, a liberdade que o administrador público tem para executar a conduta pretendida pela lei. Sendo assim, a possibilidade, ou não, do pedido contido na inicial que objetiva a demarcação de terra indígena será a conclusão a que o julgador chegará após a análise das circunstâncias que envolvem o caso concreto, não se podendo afirmar, de pronto, que o ordenamento jurídico veda tal possibilidade apenas por se tratar de ato que, em abstracto, possui características discricionárias. Assim, em razão da teoria da asserção (a análise das condições da ação é feita conforme a narrativa da petição inicial) e da necessidade de dilação probatória para análise dos fatos, no caso concreto, não houve violação do art. 295, I e parágrafo único, III, do CPC.” SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, REsp 879.188-RS, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 21.05.2009. Noticiado no *Informativo de Jurisprudência do STJ*, n. 395, maio 2009. (destaquei).

ponderação e a motivação técnica, ampliam tanto a probabilidade de acerto da decisão resultante, como, o que é ainda mais importante, as possibilidades de controle de direito, o que é um substancial reforço de segurança jurídica⁸.”

Ainda no exame das diretrizes constitucionais para a disciplina jurídico-administrativa da atividade desportiva, averbou a matriz constitucional a necessidade de tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não-profissional, assim como a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional (CR/88, art. 217, III e IV).

Destarte, essas intervenções estatais por certo exigirão dos entes políticos da federação uma atuação normativa e administrativa ponderada e tecnicamente justificada, fundada, sobretudo, em critérios de razoabilidade, impessoalidade e eficiência (CR/88, art. 5º, LIV c/c art. 37, *caput*), quando do aludido tratamento diferenciado e da fixação de incentivos, de modo a afastar eventuais arbítrios e desvios de finalidade. Na dicção de Álvaro Melo Filho, aprofundando a temática:

“(…) A palavra *fomento*, dentro da terminologia jurídico-administrativa, corresponde à ação de estimular, promover ou proteger uma coisa, ou, de modo mais genérico, a atividade de fomento é a que se encaminha para melhorar o nível espiritual ou material da nação. (...) A subvenção – na concepção de administrativistas é o instrumento capital na obra de configuração social em que a Administração Pública se torna rigorosamente comprometida – é, sem dúvida, a técnica mais usual na ação de *fomento* do desporto pelos poderes públicos. Acresça-se que aos princípios da igualdade, congruência de meio, finalidade na atuação administrativa, segurança jurídica, coordenação de medidas se somam outros dois fundamentais relativamente à subvenção: a) o poder de controle e comprovação da atividade subvencionada por parte da Administração outorgante; b) o princípio da afetação ao

8 GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade e reflexividade*: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2008. Prefácio.

fim, que proíbe que as subvenções se destinem a finalidade diversa da prevista no ato de concessão.”⁹

Dito isso, para o desfecho desse breve exame da normatividade constitucional inerente ao desporto, cabe investigar, ainda, a atividade constitucional de fomento desportivo, na medida em que os sistemas normativos e administrativos concorrentes, dos entes políticos da federação, encontram nessa técnica interventiva, quando bem utilizada, relevante instrumento de promoção da eficiência regulatória do sistema desportivo. É o que se passa a examinar no item seguinte.

4.1 A atividade constitucional de fomento desportivo

Desde logo, cabe situar o fomento desportivo como específica função constitucional de natureza administrativa, decorrente do ordenamento social (CR/88, art. 193 e ss. c/c art. 217), enquanto categoria de atividade administrativa do Estado, ao lado do poder de polícia, da prestação dos serviços públicos e do ordenamento económico (CR/88, art. 145, II c/c 170 c/c 175), consoante nos ensina Marcos Juruena Villela Souto, a partir do magistério de Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁰.

Com efeito, o ordenamento social significa, em apertada síntese, a preocupação estatal com o homem e, conseqüentemente, com todos aqueles segmentos sociais sensíveis, que se encontram sob os efeitos diretos dos processos económicos, tais como as crianças, os adolescentes, os idosos, os deficientes, os índios, entre outros. Sua base reside no primado do trabalho e na dignidade da pessoa humana, buscando-se o bem-estar e a justiça social (CR/88, art. 193 e ss.).

Daí, portanto, a fixação de tratamentos específicos na Constituição da República de 1988, referentes à seguridade social (CR/88, arts. 194 e ss.), à saúde (CR/88, arts. 196 e ss.), à previdência social (CR/88, arts. 201 e ss.), à assistência social

9 MELO FILHO, Álvaro. *O desporto na ordem jurídico-constitucional brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 42-43.

10 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo da economia*. 3. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. e MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 14. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

(CR/88, arts. 203 e ss.), à educação (CR/88, art. 205 e ss), à cultura (CR/88, art. 215 e ss.) e, em especial para o presente exame, ao desporto (CR/88, art. 217), tudo em caráter de instrumentalidade para o alcance dos objetivos traçados na própria matriz constitucional (CR/88, art. 3º). Na lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

“(...) O *fomento público social* tem como seu destinatário direto o *homem* e envolve a multiplicação de instrumentos de amplo alcance destinados a elevá-lo, a orientá-lo e a auxiliá-lo para o desfrute de uma vida condigna e produtiva. (...) Acertadamente, dando primado ao *homem*, a Constituição de 1988 fez proceder a *declaração de suas liberdades, direitos e garantias* às normas da *organização política*, ou seja: a *Carta do Homem*, antes da *Carta do Estado*. Assim deve ser, e assim nela efetivamente se dispôs, mas é necessário que esse conceito se radique nos corações e mentes e se reflita na vida nacional, sendo este, pois, o elevado móbil do *fomento público social*. Com efeito, a Constituição *abre com a pessoa humana e termina com ela*: desde a consideração genérica de sua dignidade (art. 1º, III), de seus direitos imanentes (art. 4º, II e art. 5º), e, de modo particular, de sua vida com a família, na infância, na adolescência e na velhice (art. 226 a 230), para encerrar com o homem que se quedou mais próximo da natureza e não pediu que lhe impusessem nossa civilização e, por isso merece mais que cuidado: o nosso respeito – o *indio* (arts. 231 e 232).¹¹

“(...) Não basta ao Estado contemporâneo estabelecer condicionantes do progresso econômico: exige-se-lhe também que volte suas atenções a certos setores de relacionamento não econômico da sociedade para imprimir-lhes, do mesmo modo que aos econômicos uma ordem idealizada, com a finalidade de dignificar a pessoa humana e proteger seus legítimos valores culturais.”¹²

11 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 532-533.

12 Id. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 377.

Essa atividade fomentadora dos entes políticos da federação, como visto, vai orientar as políticas públicas setoriais inerentes ao desporto, sendo que se infere do art. 217 da matriz constitucional, examinado acima. Nesta ordem de ideias, a atividade de fomento ou incentivo desportivo é a técnica constitucional de intervenção estatal no setor desportivo, por meio da qual os entes políticos da federação estimularão, na forma da lei, a iniciativa privada a aderir às metas e diretrizes fixadas nas políticas públicas desportivas. Cuida-se, pois, do real estímulo ao setor privado, pelo Poder Público, para a eficiência das atividades desportivas.

Neste aspecto, bem se percebe que o fomento desportivo pressupõe o consenso entre o Poder Público impulsionador e a iniciativa privada. Por meio do consenso (princípio da consensualidade), como nos ensina Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o Poder Público incentiva ações e soluções privadas de relevante interesse da sociedade, pois o Estado deve dar preferência à “interação horizontal e sadia com a sociedade”, de modo que as ações estatais persuasivas, sempre que possível, venham antes das condutas administrativas impositivas e sancionatórias¹³.

Assim, por exemplo, as gratuidades no transporte de passageiros para idosos¹⁴, as meias-entradas nos cinemas e eventos culturais, a bolsa-escola, a bolsa-família, entre outros incentivos sociais¹⁵, valendo destacar que, nessa categoria de fomento,

13 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 231, p. 129-156, jan./mar. 2003. Relacionando o princípio da consensualidade e a atividade estatal de fomento econômico, confira-se, também, ARAGÃO, Alexandre Santos de. A consensualidade no direito administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro: Renovar, v.1, n. 1, p. 155-173, jan./mar. 2006.

14 Em recente pronunciamento, o E. STF entendeu que a gratuidade no transporte rodoviário de passageiros prevista no art. 39 da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) é constitucional, pois concretiza a norma de gratuidade prevista no art. 230, § 2º, da CR/88, que é de eficácia plena e aplicabilidade imediata. No caso, o legislador infraconstitucional deu efetividade ao comando constitucional, de modo a garantir a qualidade de vida digna ao idoso, devendo a sociedade custear o incentivo social na impossibilidade econômica do idoso. Sob o prisma do prestador do serviço de transporte, entendeu o E. STF que a compensação pela gratuidade de transporte coletivo urbano aos idosos só seria admitida se fosse comprovado prejuízo real, o que não ocorreria, haja vista ser habitual, entre concessionários e permissionários, a previsão dos custos e dos lucros. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 3768 - DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, 19.9.2007, noticiado no *Informativo de Jurisprudência do STF*, n. 480, set. 2007.

15 Sobre o tema, ver, ainda, os exemplos de fomentos sociais previstos na própria CR/88, no texto de TORRES, Ricardo Lobo. O princípio constitucional orçamentário da não-afetação. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 2, n. 6, p. 229-246, abr./jun. 2007. Ver, também, SOUTO, Marcos Juvenia Villela, no texto denominado “Outras entidades públicas” e os serviços sociais autônomos. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro: Renovar, v.1, n. 1, p. 137-153, jan./mar. 2006.

também se enquadra o incentivo governamental objeto da iniciativa em exame (Bolsa-Atleta).

4.2 *A jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal*

Vale averbar, neste contexto, que o E. Supremo Tribunal Federal tem afirmado a constitucionalidade de leis estaduais de fomento ao desporto, como forma de concretização das diretrizes constitucionais examinadas^{16 17}.

Nada obstante, a Suprema Corte brasileira já entendeu ser inconstitucional a lei estadual que estabelece isenção de imposto às pessoas jurídicas que incentivem as práticas esportivas¹⁸.

Neste, do marco regulatório constitucional brevemente examinado, assim como da jurisprudência do E. STF, bem se percebe a legitimidade constitucional, de todos os entes da federação, inclusive do Estado, para, em regime de concorrência de sistemas complementares, intervirem, seja legislativamente, seja administrativamente, no setor social sensível do desporto, notadamente por meio da técnica constitucional de fomento desportivo (CR/88, art. 217).

16 Confira-se: "(...) O Tribunal, por maioria, julgou improcedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Governador do Espírito Santo contra a Lei estadual 7.735/2004, promulgada pela Assembléia Legislativa, que institui a meia entrada para doadores regulares de sangue em todos os locais públicos de cultura, esporte e lazer mantidos pelas entidades e pelos órgãos das Administrações Direta e Indireta do Estado. Entendeu-se que se trata, no caso, de norma de intervenção do Estado por indução, que visa tão-só ao incentivo à doação de sangue, conferindo um benefício àquele que adira às suas prescrições. Vencido o Min. Marco Aurélio que julgava o pleito procedente por considerar que a norma impugnada consiste em uma forma de remunerar a doação de sangue". SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI nº 3512-ES, Rel. Min. Eros Grau, D.J de 15.02.2006, noticiado no *Informativo de Jurisprudência do STF*, n. 416.

17 Na dicção da Suprema Corte: "Lei n. 7.844/92, do Estado de São Paulo. Meia entrada assegurada aos estudantes regularmente matriculados em estabelecimentos de ensino. Ingresso em casas de diversão, esporte, cultura e lazer. (...) A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da 'iniciativa do Estado'; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto [artigos 23, inciso V, 205, 208, 215 e 217, § 3º, da Constituição]. Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer, são meios de complementar a formação dos estudantes." SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 1.950, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 03.11.05, DJ de 02.06.06.

18 Confira-se o trecho do julgado: "É inconstitucional a lei complementar distrital que cria programa de incentivo às atividades esportivas mediante concessão de benefício fiscal às pessoas jurídicas, contribuintes do IPVA, que patrocinem, façam doações e investimentos em favor de atletas ou pessoas jurídicas. 2. O ato normativo atacado faculta vinculação de receita de impostos, vedada pelo artigo 167, inciso IV, da CB/88. Irrelevante se a destinação ocorre antes ou depois da entrada da receita nos cofres públicos." SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 1.750, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 20.09.06, DJ de 13.10.06.

Cabe, pois, no item seguinte, examinar brevemente o marco regulatório federal do Direito Administrativo Desportivo, dada a relevância das normas gerais federais para a estruturação da regulação desportiva estadual.

5 O marco regulatório federal do fomento desportivo

Assim, merece registro o expressivo tratamento, no âmbito federal, para o fomento ao desporto. Como se sabe, a disciplina jurídica geral nacional sobre o desporto, como previsto na matriz constitucional (CR/88, art. 24, IX), está inserida na Lei nº 9615/98 (Lei Pelé)¹⁹. Consoante a dicção normativa em exame, na perspectiva da atividade estatal de fomento ao desporto, a atuação incentivadora do Poder Público vai se respaldar na principiologia regente da prática desportiva.

Neste contexto, destacam-se, notadamente, a democratização das condições de acesso às atividades desportivas, sem quaisquer discriminações, a obrigação do Estado de fomentar as práticas desportivas formais e não-formais, o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional, o fomento prioritário do desporto educacional e a eficiência dos mecanismos de estímulo das competências desportivas e administrativas (Lei nº 9615/98, art. 2º, III, V, VII, VIII e XII)²⁰.

19 No âmbito federal, a referida norma foi regulamentada pelo Decreto nº 2574/98.

20 Na forma da Lei nº 9615/98: "(...) Art. 2º O desporto, como direito individual, tem como base os princípios: I - da soberania, caracterizado pela supremacia nacional na organização da prática desportiva; II - da autonomia, definido pela faculdade e liberdade de pessoas físicas e jurídicas organizarem-se para a prática desportiva; III - da democratização, garantido em condições de acesso às atividades desportivas sem quaisquer distinções ou formas de discriminação; IV - da liberdade, expresso pela livre prática do desporto, de acordo com a capacidade e interesse de cada um, associando-se ou não a entidade do setor; V - do direito social, caracterizado pelo dever do Estado em fomentar as práticas desportivas formais e não-formais; VI - da diferenciação, consubstanciado no tratamento específico dado ao desporto profissional e não-profissional; VII - da identidade nacional, refletido na proteção e incentivo às manifestações desportivas de criação nacional; VIII - da educação, voltado para o desenvolvimento integral do homem como ser autônomo e participante, e fomentado por meio da prioridade dos recursos públicos ao desporto educacional; IX - da qualidade, assegurado pela valorização dos resultados desportivos, educativos e dos relacionados à cidadania e ao desenvolvimento físico e moral; X - da descentralização, consubstanciado na organização e funcionamento harmônicos de sistemas desportivos diferenciados e autônomos para os níveis federal, estadual, distrital e municipal; XI - da segurança, propiciado ao praticante de qualquer modalidade desportiva, quanto a sua integridade física, mental ou sensorial; XII - da eficiência, obtido por meio do estímulo à competência desportiva e administrativa. Parágrafo único. A exploração e a gestão do desporto profissional constituem exercício de atividade econômica sujeitando-se, especificamente, à observância dos princípios: (Incluído pela Lei nº 10.672, de 2003) I - da transparência financeira e administrativa; (Incluído pela Lei nº 10.672, de 2003) II - da moralidade na gestão desportiva; (Incluído pela Lei nº 10.672, de 2003) III - da responsabilidade social de seus dirigentes; (Incluído pela Lei nº 10.672, de 2003) IV - do tratamento diferenciado em relação ao desporto não profissional; e (Incluído pela Lei nº 10.672, de 2003) V - da participação na organização desportiva do País. (Incluído pela Lei nº 10.672, de 2003).

Destarte, a atividade de fomento ao esporte vai se irradiar e se estender por todas as modalidades desportivas, especialmente o desporto educacional, o desporto de participação e o desporto de rendimento, havendo, inclusive, neste último caso, previsão específica de adoção de incentivos materiais e patrocínios ao desporto de rendimento não-profissional, o que, todavia, não impede o fomento estatal às demais espécies desportivas (Lei nº 9615/98, art. 3º)²¹. Com vistas ao cumprimento dessas metas incentivadoras, a normatividade nacional contempla uma estrutura geral de fomento ao desporto, inclusive com a previsão e vinculação de receitas para o cumprimento desses objetivos²².

Adiante, a Lei nº 11.438/2006, dispõe sobre os incentivos e benefícios para os estímulos às atividades de caráter desportivo. Neste contexto, dentre outras medidas de incentivo governamental, verifica-se a previsão de dedução do imposto de renda devido por pessoas físicas e jurídicas dos valores despendidos a título de patrocínio ou doação, no apoio a projetos desportivos e paradesportivos previamente aprovados pelo Ministério do Esporte²³.

21 Didaticamente, a Lei nº 9615/98 estabelece, dentre os objetivos do desporto, as linhas gerais conceituais de cada uma das espécies desportivas. Confira-se: "(...) Art. 3º O desporto pode ser reconhecido em qualquer das seguintes manifestações: I - desporto educacional, praticado nos sistemas de ensino e em formas assistemáticas de educação, evitando-se a seletividade, a hipercompetitividade de seus praticantes, com a finalidade de alcançar o desenvolvimento integral do indivíduo e a sua formação para o exercício da cidadania e a prática do lazer; II - desporto de participação, de modo voluntário, compreendendo as modalidades desportivas praticadas com a finalidade de contribuir para a integração dos praticantes na plenitude da vida social, na promoção da saúde e educação e na preservação do meio ambiente; III - desporto de rendimento, praticado segundo normas gerais desta Lei e regras de prática desportiva, nacionais e internacionais, com a finalidade de obter resultados e integrar pessoas e comunidades do País e estas com as de outras nações. Parágrafo único. O desporto de rendimento pode ser organizado e praticado: I - de modo profissional, caracterizado pela remuneração pactuada em contrato formal de trabalho entre o atleta e a entidade de prática desportiva; II - de modo não-profissional, identificado pela liberdade de prática e pela inexistência de contrato de trabalho, sendo permitido o recebimento de incentivos materiais e de patrocínio. (Redação dada pela Lei nº 9.981, de 2000)."

22 Considerando a amplitude da temática, a estrutura do fomento ao desporto será objeto de estudo específico, não sendo contemplada, pois, neste trabalho.

23 Na forma da Lei nº 11.438/2006: "(...) Art. 3º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se: I - patrocínio: a) a transferência gratuita, em caráter definitivo, ao proponente de que trata o inciso V do caput deste artigo de numerário para a realização de projetos desportivos e paradesportivos, com finalidade promocional e institucional de publicidade; (Redação dada pela Lei nº 11.472, de 2007) b) a cobertura de gastos ou a utilização de bens, móveis ou imóveis, do patrocinador, sem transferência de domínio, para a realização de projetos desportivos e paradesportivos pelo proponente de que trata o inciso V do caput deste artigo; (Redação dada pela Lei nº 11.472, de 2007) II - doação: a) a transferência gratuita, em caráter definitivo, ao proponente de que trata o inciso V do caput deste artigo de numerário, bens ou serviços para a realização de projetos desportivos e paradesportivos, desde que não empregados em publicidade, ainda que para divulgação das atividades objeto do respectivo projeto; (Redação dada pela Lei nº 11.472, de 2007) b) a distribuição gratuita de ingressos para eventos de caráter desportivo e paradesportivo por pessoa jurídica a empregados e seus dependentes legais ou a integrantes de comunidades de vulnerabilidade social; (Redação dada pela Lei nº 11.472, de 2007) III - patrocinador: a pessoa física ou jurídica, contribuinte do imposto de renda, que apoie projetos aprovados pelo Ministério do Esporte nos termos do inciso I do caput deste artigo; IV - doador: a pessoa física ou jurídica, contribuinte do imposto de renda, que apoie projetos aprovados pelo Ministério do Esporte nos termos do inciso II do caput deste artigo; V - proponente: a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado com fins não econômicos, de natureza esportiva, que tenha projetos aprovados nos termos desta Lei."

Nada obstante, eventual patrocínio ou doação não poderá beneficiar, direta ou indiretamente, a pessoa física ou jurídica vinculada ao doador ou patrocinador (Lei nº 11.438/2006, art. 1º, *caput* e parágrafo 4º)²⁴.

Ademais, a normatividade fixa como diretriz para os incentivos governamentais a opção pelas modalidades de desporto educacional, de participação e de rendimento, sem prejuízo da destinação de recursos aos projetos desportivos voltados à inclusão esportiva de grupos sociais sensíveis, como, por exemplo, as comunidades em situação de vulnerabilidade sócio-econômica (Lei nº 11.438/2006, art. 2º, I a III e parágrafo 1º).

Vale frisar que os projetos aludidos ficam sujeitos à aprovação por um órgão colegiado (Comissão Técnica) formado por membros da União Federal e representantes do setor desportivo da sociedade civil, cuja atuação, organização e funcionamento deve ser definida em regulamento (Lei nº 11.438/2006, art. 4º e parágrafo único).

Além disso, a normatividade em exame prevê a disciplina do processo administrativo para a análise e aprovação dos projetos, acompanhados de documentação e orçamento analítico, prevendo-se que a sua procedimentalização deve ser definida em regulamento, inclusive a prestação de contas a cargo do proponente (Lei nº 11.438/2006, art. 5º c/c art. 6º)²⁵.

Vale destacar que a norma também prevê um regime de condutas e sanções administrativas para as hipóteses gerais de utilização indevida ou abusiva dos recursos voltados para o incentivo ao desporto. Destarte, em normatividade bastante aberta, constituem infrações ao respectivo marco regulatório federal, o recebimento de qualquer vantagem patrimonial pelo patrocinador ou doador, em razão do respectivo patrocínio ou doação;

24 Consoante a dicção do art. 1º par. 4º da Lei nº 11.438/2006: "(...) § 4º Não são dedutíveis os valores destinados a patrocínio ou doação em favor de projetos que beneficiem, direta ou indiretamente, pessoa física ou jurídica vinculada ao doador ou patrocinador. § 5º Consideram-se vinculados ao patrocinador ou ao doador: I - a pessoa jurídica da qual o patrocinador ou o doador seja titular, administrador, gerente, acionista ou sócio, na data da operação ou nos 12 (doze) meses anteriores; II - o cônjuge, os parentes até o terceiro grau, inclusive os afins, e os dependentes do patrocinador, do doador ou dos titulares, administradores, acionistas ou sócios de pessoa jurídica vinculada ao patrocinador ou ao doador, nos termos do inciso I deste parágrafo; III - a pessoa jurídica coligada, controladora ou controlada, ou que tenha como titulares, administradores acionistas ou sócios alguma das pessoas a que se refere o inciso II deste parágrafo."

25 Essa processualidade está prevista no Decreto nº 6180/2007.

agir o patrocinador, o doador ou o proponente com dolo, fraude ou simulação na utilização do incentivo; o desvio de finalidade no uso do incentivo; a mudança de planejamento, sem justa causa, na execução da atividade desportiva objeto do incentivo e o descumprimento de obrigações decorrentes do regulamento do incentivo em tela (Lei 11.428/2006, art. 10, I, II, III, IV e V)²⁶.

Ademais disso, se estabelece como sanções pelo descumprimento da normatividade incentivadora em perspectiva, sem prejuízo de outras sanções, o pagamento do tributo não recolhido, neste caso, em regime de solidariedade entre patrocinador, doador e proponente, bem como multa correspondente a duas vezes o valor da vantagem auferida indevidamente (Lei nº 11.438/2006, art. 11 e parágrafo único).²⁷

Por fim, merecem destaque, no que tange ao controle dos incentivos, a necessidade de abertura de conta específica, em banco estatal, em nome do titular do projeto aprovado pela Administração Pública, a obrigatoriedade de previsão de publicidade dos incentivos na rede mundial de computadores, a fixação, por ato do Poder Executivo, dos limites anuais dos incentivos desportivos e a prestação de contas específicas dos incentivos deferidos, por meio de relatórios, ao Poder Legislativo (Lei nº 11.438/2006, art. 12 c/c art. 13-A c/c art. 13-C).

Prosseguindo nas considerações, também vale destacar a instituição, no âmbito federal, do Programa Bolsa-Atleta, destinado aos atletas praticantes do desporto de rendimento, em modalidades olímpicas e paraolímpicas, assim como às modalidades desportivas vinculadas ao Comitê Olímpico Internacional (Lei nº 10.891/2004, art. 1º).

26 Consoante a dicção legal: "(...) Art. 10. Constituem infração aos dispositivos desta Lei: I - o recebimento pelo patrocinador ou doador de qualquer vantagem financeira ou material em decorrência do patrocínio ou da doação que com base nela efetuar; II - agir o patrocinador, o doador ou o proponente com dolo, fraude ou simulação para utilizar incentivo nela previsto; III - desviar para finalidade diversa da fixada nos respectivos projetos dos recursos, bens, valores ou benefícios com base nela obtidos; IV - adiar, antecipar ou cancelar, sem justa causa, atividade desportiva beneficiada pelos incentivos nela previstos; V - o descumprimento de qualquer das suas disposições ou das estabelecidas em sua regulamentação."

27 Consoante a dicção legal: "Art. 11. As infrações aos dispositivos desta Lei, sem prejuízo das demais sanções cabíveis, sujeitarão: I - o patrocinador ou o doador ao pagamento do imposto não recolhido, além das penalidades e demais acréscimos previstos na legislação; II - o infrator ao pagamento de multa correspondente a 2 (duas) vezes o valor da vantagem auferida indevidamente, sem prejuízo do disposto no inciso I do caput deste artigo. Parágrafo único. O proponente é solidariamente responsável por inadimplência ou irregularidade verificada quanto ao disposto no inciso I do caput deste artigo."

Neste caso, o incentivo mensal é concedido em vista das categorias previamente definidas pela norma federal, notadamente os atletas estudantis, atletas nacionais, atletas internacionais, atletas olímpicos e atletas paraolímpicos (Lei nº 10.891/2004, art. 1º, parágrafo 2º)²⁸.

Para a obtenção do incentivo, o atleta deverá preencher uma série de requisitos fixados em lei, relacionados, em especial, ao desenvolvimento regular da prática desportiva e a ausência de outra fonte de incentivo (Lei nº 10.891/2004, art. 1º, parágrafo 2º).²⁹ Uma vez selecionado, perceberá os incentivos em forma de parcelas mensais e sucessivas, pelo período inicial de 12 (doze meses), com o dever de prestar contas dos recursos recebidos, na forma do regulamento federal respectivo (Lei nº 10.891/2004, art. 11 c/c art. 13).

Essas diretrizes, na hipótese, também foram disciplinadas no âmbito do Estado, como se pretende demonstrar no item seguinte.

6 A iniciativa governamental em exame à luz do ordenamento jurídico infraconstitucional: o marco regulatório estadual do direito administrativo desportivo

Considerando o já examinado regime de concorrência de sistemas complementares do desporto, em matéria legislativa e administrativa, no âmbito do Estado, foram editadas as Leis

28 Confira-se a dicção legal: "Art. 1º (...) § 2º Para efeito do disposto no § 1º deste artigo, ficam criadas a Categoria Atleta Estudantil, destinada aos estudantes que participem com destaque dos Jogos Escolares e Universitários Brasileiros; a Categoria Atleta Nacional, relativa aos atletas que tenham participado de competição esportiva em âmbito nacional; a Categoria Atleta Internacional, relativa aos atletas que tenham participado de competição esportiva no exterior, e a Categoria Atleta Olímpico e Paraolímpico, relativa aos atletas que tenham participado de Jogos Olímpicos e Paraolímpicos."

29 Confira-se a dicção legal: "(...) Art. 3º Para pleitear a concessão da Bolsa-Atleta, o atleta deverá preencher, cumulativamente, os seguintes requisitos: I - possuir idade mínima de 14 (quatorze) anos para a obtenção das Bolsas Atleta Nacional, Atleta Internacional Olímpico e Paraolímpico, e possuir idade mínima de 12 (doze) anos para a obtenção da Bolsa-Atleta Estudantil; (Redação dada pela Lei nº 11.096, de 2005) II - estar vinculado a alguma entidade de prática desportiva, exceto os atletas que pleitearem a Bolsa-Atleta Estudantil; (Redação dada pela Lei nº 11.096, de 2005) III - estar em plena atividade esportiva; IV - não receber qualquer tipo de patrocínio de pessoas jurídicas, públicas ou privadas, entendendo-se por patrocínio todo e qualquer valor pecuniário eventual ou regular diverso do salário; V - não receber salário de entidade de prática desportiva; VI - ter participado de competição esportiva em âmbito nacional e/ou no exterior no ano imediatamente anterior àquele em que tiver sido pleiteada a concessão da Bolsa-Atleta; e VII - estar regularmente matriculado em instituição de ensino pública ou privada, exclusivamente para os atletas que pleitearem a Bolsa-Atleta Estudantil. (Redação dada pela Lei nº 11.096, de 2005)."

n.ºs 9365 e 9366, ambas de em dezembro de 2009. A primeira cuida da criação do Programa de Incentivo ao Esporte e Lazer e da instituição do Fundo de Incentivo ao Esporte e Lazer. A segunda institui o Programa Bolsa-Atleta Capixaba e dá outras providências.

Neste sentido, a normatividade aludida assevera que o programa de incentivo em perspectiva tem por finalidade geral o desenvolvimento e a promoção de práticas nos campos do esporte, do lazer e da atividade física, nas suas diversas dimensões (Lei nº 9365/2009, art. 1º), sendo certo que, para o alcance de tais finalidades, o sistema normativo em tela fixa algumas diretrizes gerais a serem obrigatoriamente observadas na formulação e implementação de políticas públicas setoriais do desporto (Lei nº 9365/2009, art. 2º) notadamente:

- (i) a execução do programa pela Secretaria de Estado de Esportes e Lazer – SESPORT;
- (ii) a celebração de parcerias público-públicas e público-privadas, em sentido amplo, para a execução do programa desportivo em exame;
- (iii) a descentralização das ações administrativas pertinentes à execução do programa;
- (iv) o incentivo às federações esportivas;
- (v) a promoção prioritária do desporto escolar;
- (vi) o incentivo ao desenvolvimento do esporte e do lazer entre as crianças e os adolescentes em situação de risco, as pessoas com deficiência e os idosos;
- (vii) a profissionalização do desporto, por meio da formação continuada dos profissionais do setor desportivo;
- (viii) o incentivo à população para a prática habitual de esportes;
- (ix) a construção, ampliação e recuperação de infraestruturas desportivas no Estado;
- (x) o incentivo aos atletas de rendimento e
- (xi) o incentivo a projetos desportivos específicos.

As pautas normativas aludidas, sob o ponto de vista económico-financeiro e orçamentário, serão financiadas pelo citado Fundo de Incentivo ao Esporte e Lazer, por meio da previsão de diversificadas fontes de receitas (Lei nº 9365/2009, arts. 3º, 4º), com vistas ao alcance das seguintes finalidades gerais: (i) o treinamento e a participação de atletas e equipes esportivas em competições; (ii) a criação de incentivos pela adoção de boas práticas desportivas no âmbito do Estado e (iii) a concessão de incentivo (Bolsa-Atleta) aos atletas praticantes do desporto (Lei nº 9365/2009, art. 5º, I a III).

Ademais, em decorrência do mencionado fundo, o Estado, por meio da SESPORT, publicará editais de incentivo ao esporte e ao lazer, com critérios objetivos de seleção dos projetos, contando, ainda, com a participação de especialistas da sociedade civil no aludido processo seletivo, sendo beneficiárias as pessoas físicas e jurídicas de direito privado, com ou sem fins lucrativos, de caráter estritamente esportivo (Lei nº 9365/2009, art. 6º, parágrafo 1º, I a IV e 2º).

Uma vez selecionados os projetos, os recursos do fundo serão aplicados mediante instrumentos jurídicos firmados entre o Estado e a iniciativa privada, como, por exemplo, acordos, contratos, termos de compromisso, convênios, ajustes, protocolos e patrocínios (Lei nº 9365/2009, art. 7º).

Vale destacar, também, que a SESPORT será a gestora do fundo (Lei nº 9365/2009, arts. 8º e 9º), sem prejuízo da atuação do órgão consultivo (Lei nº 9365/2009, arts. 10 e 11) e do controle interno da Administração Pública e externo do Tribunal de Contas (Lei nº 9365/2009, art. 12).

A partir dessa normatividade geral, como dito anteriormente, foi criado o Programa Bolsa-Atleta Capixaba, com a finalidade de incentivar atletas praticantes do desporto de rendimento, em modalidades olímpicas e paraolímpicas, bem como nas modalidades vinculadas ao Comitê Olímpico Internacional - COI e ao Comitê Paraolímpico Internacional, prevendo-se o investimento público no valor anual global de até 750.000 (setecentos e cinquenta mil) Valores de Referência do Tesouro Estadual - VRTEs, de modo a possibilitar a continuidade de treinamento aos atletas

que tenham obtido destaque em suas modalidades esportivas (Lei nº 9366/2009, art. 1º).

Consoante a dicção legal, a seleção dos atletas dar-se-á a partir da colocação dos mesmos no *ranking* estadual, nacional e/ou internacional, de cada modalidade (Lei nº 9366/2009, art. 1º, parágrafo único). Nada obstante, também poderão pleitear o incentivo em tela os atletas de reconhecido destaque, das modalidades não olímpicas ou não paraolímpicas, que não sejam vinculados ao COI ou ao Comitê Paraolímpico, mediante indicação dos dirigentes das entidades dos respectivos esportes, que deverá ser referendada por histórico de resultados e exame da situação no *ranking* estadual, nacional e/ou internacional da respectiva modalidade (Lei nº 9366/2009, art. 2º).

Uma vez selecionado o atleta, será firmado um termo de adesão, que é o instrumento jurídico que disciplina e estabelece os direitos e obrigações do Estado e do atleta beneficiado com a Bolsa-Atleta, visando à fruição do incentivo, de modo possibilitar a continuidade do treinamento e à plena atividade esportiva pelo atleta beneficiado.

O instrumento aludido deve disciplinar, além das obrigações aludidas, outros aspectos da parceria entre o Estado e o atleta, dentre eles, a vigência do pacto, os casos de extinção, a obrigação de prestar contas e as sanções pelo descumprimento do pacto (Lei nº 9366/2009, arts. 3º a 7º).

7 Recomendações e ajustes substanciais e formais necessários à juridicidade e ao prosseguimento do processo seletivo em tela

Nada obstante o marco regulatório constitucional e infraconstitucional brevemente examinados, a operatividade do sistema desportivo estadual requer, desde logo, algumas considerações gerais. Assim, convém averbar que a juridicidade das políticas públicas setoriais desportivas, a serem formuladas e implementadas pela Administração Pública estadual, como se sabe, pressupõe que as mesmas estejam em consonância com as diretrizes, os limites e as possibilidades fixadas e extraídas do marco regulatório infraconstitucional estadual.

É dizer, a validade das medidas administrativas a serem executadas – como o processo seletivo para o incentivo desportivo em exame (Bolsa-Atleta) – exige a conformação simultânea e sistêmica dos atos, procedimentos e processos administrativos realizados em relação a ambas as normas legais aludidas, pois, só assim se confere a necessária sistematicidade ao ordenamento desportivo estadual.

Além disso, considerando que a normatividade estadual em tela não estabelece a processualidade administrativa aplicável para a restrição de direitos e, nem tampouco, as sanções para o descumprimento dos seus comandos - o que deve demandar adequações normativas no futuro – nada obsta a aplicabilidade subsidiária do marco regulatório das licitações e contratações administrativas, notadamente as Leis nºs 10.520/2002 e 8666/93.

Esse entendimento se justifica, na hipótese, em primeiro lugar, porque o incentivo desportivo em exame (Bolsa-Atleta) se concretizará por meio de instrumento jurídico negocial – termo de adesão – que se aproxima, em sua essência, do convênio administrativo ou mesmo do contrato administrativo.

Em segundo lugar, porque o marco regulatório das licitações e contratações administrativas, como se sabe, contempla não só a disciplina do controle do processo seletivo (licitação), mas, também, estabelece as sanções administrativas em caso de inadimplemento das obrigações negociais (convênios e contratos administrativos) dos parceiros da Administração Pública.

Em terceiro lugar, esse entendimento viabiliza que a presente atividade administrativa do Estado de fomento ao desporto (Bolsa-Atleta) se aproveite da experiência da Administração Pública estadual em sede de licitações, contratos e convênios anteriormente firmados.

Assim, à luz do marco regulatório constitucional e infraconstitucional aplicável na espécie, recomenda-se a adoção da minuta de edital regente do certame, disciplinando, em linhas gerais, dentre outros aspectos:

- (i) tornar mais transparentes e objetivos os critérios de seleção dos atletas, a partir da fixação de diversos con-

- ceitos, que se apresentam bastante abertos e vagos, razões pelas quais devem ser fixados pela SESPORT;
- (ii) vincular o incentivo ao atleta da categoria estudantil à comprovação do seu rendimento escolar;
 - (iii) tornar mais transparentes os procedimentos administrativos a serem adotados no vertente processo seletivo, em especial, a objetivação de critérios para a apresentação dos documentos, pedidos de esclarecimentos e impugnações ao edital;
 - (iv) inserir a previsão de especialistas representantes da sociedade civil na Comissão de Avaliação do processo seletivo dos candidatos (Lei nº 9365/2009, art. 6º, parágrafo 2º);
 - (v) tornar mais transparentes os procedimentos administrativos a serem adotados no vertente processo seletivo, em especial, o processo e procedimento de classificação dos candidatos;
 - (vi) estabelecer mecanismos de controle do processo seletivo, notadamente a previsão de recurso administrativo em face das decisões administrativas adotadas no procedimento;
 - (vii) estabelecer o adequado detalhamento dos direitos e obrigações do Estado, por meio da SESPORT, e dos atletas beneficiados no processo seletivo, por meio do termo de adesão decorrente do art. 7º da Lei nº 9365/2009 c/c o art. 4º, parágrafo único do Decreto nº 2461-R/2010, em especial, a vigência do pacto, os casos de sua extinção e as sanções pelo descumprimento do pacto (Lei nº 9366/2009, arts. 3º a 7º) e
 - (viii) ainda no termo de adesão, o adequado detalhamento do sistema de prestação de contas trimestrais dos recursos públicos transferidos, com a previsão de requisitos

mínimos, de modo a assegurar a transparência na utilização dos recursos públicos, a partir do detalhamento simplificado das despesas realizadas, acompanhadas das respectivas notas fiscais e/ou recibos comprobatórios;

Nada obstante as recomendações supramencionadas, deve-se atender, ainda, algumas diligências, prévias e necessárias, à plena juridicidade da iniciativa governamental em exame, dentre elas, em especial, a elaboração das justificativas e atendimento das providências abaixo relacionadas, decorrentes do marco regulatório do desporto estadual, notadamente as Leis nºs 9365/2009 e 9366/2009:

- (a) a justificativa para o não atendimento prioritário, no primeiro processo seletivo, do desporto escolar, nos termos do art. 2º, II da Lei nº 9365/2009. Em caso de adoção de outras medidas governamentais, em andamento, visando o atendimento do desporto escolar, informar detalhadamente as medidas adotadas;
- (b) a justificativa para a ausência de incentivo, no primeiro processo seletivo, aos atletas que disputem campeonatos no âmbito do Estado do Espírito Santo, na forma do art. 1º, parágrafo único da Lei nº 9366/2009;
- (c) a justificativa, para fins de concessão do incentivo pretendido, no processo seletivo em análise, da idade mínima de 14 (quatorze) anos, tendo em vista tal critério limitador da competição não constar da Lei nº 9366/2009, bem como por não se coadunar, em princípio, com o disposto no art. 2º, III da Lei nº 9.365/2009;
- (d) a justificativa para a não adoção, como critério de desempate, no presente processo seletivo, da colocação do atleta no *ranking* estadual, nos termos do art. 1º, parágrafo único da Lei nº 9366/2009;
- (e) a necessidade de implementação do Fundo de Incentivo ao Esporte e Lazer previsto no art. 3º da Lei nº 9365/2009

ou, para o presente processo seletivo, a previsão orçamentária necessária ao atendimento das despesas pretendidas;

- (f) a justificativa para a não utilização das receitas do Fundo de Incentivo ao Esporte e Lazer previsto no art. 3º da Lei nº 9365/2009;
- (g) a justificativa para a vedação de participação na Comissão de Avaliação do processo seletivo de membro que tenha vinculação com a modalidade esportiva do atleta pleiteante (item 8.4 do edital), pois, salvo melhor juízo, esse critério é fundamental para a eficiente avaliação das condições do atleta pleiteante do incentivo e
- (h) a manifestação da Secretaria de Estado de Controle e Transparência - SECONT sobre os aspectos econômico-financeiros do respectivo processo seletivo e edital, nos termos do art. 74 da CR/88 c/c arts. 2º, 3º e 4º, todos da LC nº 295/2004 c/c arts. 2º, 3º e 4º, todos da LC nº 478/2009.

8 Proposições conclusivas: novos rumos para o direito administrativo desportivo

Em face do que foi sinteticamente exposto, é possível alinhar algumas proposições conclusivas, em vista dos novos rumos do direito administrativo desportivo brasileiro e estadual, como se passa a explicitar adiante.

A ampliação do nível de desenvolvimento sócio-econômico atualmente vivenciado pelo Brasil tem ensejado, dentre outros aspectos positivos, a possibilidade do Estado e da sociedade civil organizada destinar maior atenção, recursos e esforços ao aprimoramento das práticas desportivas, em vista da sua notória fundamentalidade ao desenvolvimento integral da pessoa humana.

Assim, a atividade desportiva, em quaisquer de suas modalidades, vem ganhando força no campo das políticas públicas

do Estado contemporâneo, na medida em que ela se conecta e influencia diretamente a diversos e substanciais setores sensíveis de preocupação e atuação estatal, notadamente a saúde, a educação, a assistência social e a segurança pública, posto que a prática do desporto dignifica e viabiliza a inclusão sócio-econômica do homem, independentemente da sua condição, aproximando o cidadão de uma vida saudável e equilibrada na sociedade.

Daí porque vem se intensificando a atividade estatal de fomento ao desporto, como forma de promover, globalmente, um conjunto expressivo e relevante de metas de interesse público, notadamente nos setores sociais sensíveis acima aludidos.

Neste contexto, o presente estudo se destinou ao exame de alguns limites e possibilidades para o regular exercício, pelo Estado, da relevante função de fomento ao desporto estadual, a partir da análise de proposta de edital para processo seletivo para a concessão de incentivo econômico (Bolsa-Atleta) aos atletas em plena atividade esportiva, com reconhecidos índices e classificações em campeonatos nacionais e internacionais, e que se encontrem em fase de preparação para futuras competições.

Nesta ordem de ideias, a partir da investigação do marco regulatório constitucional e infraconstitucional do Direito Administrativo Desportivo, enquanto disciplina jurídico-administrativa da intervenção do Estado na atividade desportiva, pretendeu-se demonstrar que a função de fomento ao desporto se constitui em mecanismo de densificação de diversificados valores e normas constitucionais, dentre eles, com especial relevo, o direito à saúde, à educação, ao trabalho, à proteção da infância e da adolescência, à integração social e econômica das pessoas deficientes e dos demais grupos sociais sensíveis e marginalizados.

Por tal razão, todos os entes políticos da federação podem e devem estabelecer intensa disciplina normativa e administrativa a respeito do desporto, notadamente o seu incentivo, em verdadeira “concorrência de sistemas jurídicos desportivos”, que, sem se antagonizarem, apresentar-se-ão, à luz do federalismo brasileiro cooperativo e assimétrico, reciprocamente complementares, rumo ao atendimento dos diversos interesses públicos desportivos nacionais, estaduais e locais.

Nada obstante, essas intervenções estatais por certo exigirão dos entes políticos da federação uma atuação normativa e administrativa ponderada e tecnicamente justificada, fundada, sobretudo, em critérios de razoabilidade, impessoalidade e eficiência (CR/88, art. 5º, LIV c/c art. 37, *caput*), quando do aludido tratamento diferenciado e da fixação de incentivos, de modo a afastar eventuais arbítrios e desvios de finalidade.

Assim, o fomento desportivo se constitui em específica função constitucional de natureza administrativa, decorrente do ordenamento social, enquanto categoria de atividade administrativa do Estado, ao lado do poder de polícia, da prestação dos serviços públicos e do ordenamento econômico. É a técnica constitucional de intervenção estatal no setor desportivo, por meio da qual os entes políticos da federação estimularão, na forma da lei, a iniciativa privada a aderir às metas e diretrizes fixadas nas políticas públicas desportivas. Cuida-se, assim, do efetivo estímulo ao setor privado, pelo Poder Público, para a eficiência das atividades desportivas.

Do marco regulatório constitucional e infraconstitucional do Direito Administrativo Desportivo, assim como da jurisprudência do E. STF, bem se percebe a legitimidade constitucional de todos os entes da federação, inclusive do Estado para, em regime de concorrência de sistemas complementares, intervirem, seja legislativamente, seja administrativamente, no setor social sensível do desporto, notadamente por meio da técnica constitucional de fomento desportivo, o que promoverá a dignidade da pessoa humana rumo ao alcance dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, em nível estadual.

9 Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A consensualidade no direito administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro: Renovar. v. 1, n. 1, p. 155-173, jan./mar. 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional: fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. v. 2.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 879.188-RS, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 21.05.2009. *Informativo de Jurisprudência do STJ*, n. 395, maio 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3768 - DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, 19.9.2007, *Informativo de Jurisprudência do STF*, n. 480, set. 2007.

_____. ADI nº 3512-ES, Rel. Min. Eros Grau, D.J de 15.02.2006, *Informativo de Jurisprudência do STF*, n. 416, fev. 2006.

_____. ADI 1.950, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 03.11.05, *DJ* de 02.06.06.

_____. ADI 1.750, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 20.09.06, *DJ* de 13.10.06.

_____. RE nº 365.368 - AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 22.05.07, *DJ* de 29.06.07.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1.

GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MELO FILHO, Álvaro. *O desporto na ordem jurídico-constitucional brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1995.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 231, p. 129-156, jan./mar. 2003.

SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. Parecer Jurídico nº 0408/2010, proferido nos autos do processo administrativo nº 48645869, sendo o órgão consultente a Secretaria de Estado de Esporte e Lazer do Estado do Espírito Santo – SESPORT.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo da economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. *Direito administrativo estadual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. “Outras entidades públicas” e os serviços sociais autônomos. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro: Renovar, v.1, n.1, p. 137-153, jan./mar. 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. O princípio constitucional orçamentário da não-afetação. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 2, n. 6, p. 229-246, abr./jun. 2007.

1.11

CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES E A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA ARGUMENTATIVA DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

JASSON HIBNER AMARAL*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O dever de fundamentação das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro: disciplina normativa. 3 O significado do dever de fundamentação. 4 Para que serve a fundamentação das decisões judiciais. 5 A fundamentação das decisões na jurisprudência brasileira: análise e crítica. 5.1 Critérios para uma fundamentação suficiente. 6 Conclusão. 7 Referências.

1 Introdução

O que há de mais fascinante no Direito, e que se tornou mais irrefutavelmente claro após a laicização do Estado e, principalmente, com os desenvolvimentos do constitucionalismo moderno – que reúne elementos das filosofias jurídica e política, bem como da sociologia – é que este constitui a prova cabal de que os homens tornaram-se senhores de seu próprio destino.

Como afirmara Canotilho, a partir de inspiração hobbesiana, “a ordem dos homens é uma *ordem artificial*, “constitui-se”, “inventa-se” ou “reinventa-se” por acordo entre os homens”¹.

A própria ideia de Constituição está enraizada na necessidade de ubicar o homem no centro do mundo, como produtor e

* Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor de Direito Constitucional em cursos de graduação e pós-graduação em Vitória-ES e Brasília-DF. Procurador do Estado do Espírito Santo.

Este breve trabalho sintetiza seminário apresentado pelo autor na UERJ como um dos requisitos para aprovação na disciplina Segurança dos Direitos Fundamentais, ministrada pelos Professores Doutores Humberto B. Ávila e Ricardo Lobo Torres na Pós Graduação Stricto Sensu – Mestrado – daquela instituição. Referência fundamental para a pesquisa desenvolvida foi a tese de doutoramento de José Carlos Vieira de Andrade na Universidade de Coimbra, acerca do dever de fundamentação expressa dos atos administrativos (vide referências).

1 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, p.57-58.

inventor das relações sociais, do Direito e do Estado. Este é o *telos* justificador do constitucionalismo que inaugurou o Estado Democrático de Direito.

Não obstante a sofisticada elaboração teórica que embasa estas ideias, o dia a dia do Estado de Direito, para confirmá-las, requer o fortalecimento das instituições políticas e democráticas, a ampliação da cidadania ativa e o desenvolvimento dos instrumentos de deliberação pública, sob pena da teoria convolar-se, na prática, em mecanismo de camuflagem de um Estado arbitrário, que impõe sem justificar, que legisla, executa e julga no interesse de poucos como se o fizesse em nome e para o bem de todos, legitimado por um “consenso” artificialmente conquistado.

Embora reconhecendo a importância do discurso, da argumentação e do debate constante para o estabelecimento do necessário consenso legitimador da atividade do Estado², em quaisquer ramos de atuação, as breves linhas a seguir traçadas abordarão exclusivamente o dever de fundamentação das decisões judiciais, como requisito legitimador da atividade jurisdicional no seio do Estado Democrático de Direito. Neste diapasão, analisar-se-á, num primeiro momento, o modo como o ordenamento jurídico disciplina o dever de fundamentação das decisões judiciais. Em seguida, a partir dos contornos delineados pela disciplina normativa, e com apoio inestimável da produção doutrinária ao final elencada, tentar-se-á responder o que significa e para que serve a fundamentação das decisões para, enfim, com amparo numa análise e crítica da jurisprudência brasileira, traçar um desprezioso esboço de critérios para uma fundamentação suficiente.

2 O dever de fundamentação das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro: disciplina normativa

A Constituição de 1988 representa, na conturbada história constitucional brasileira, o primeiro encontro real entre poder

2 Sobre o tema vide HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

constituente e poder popular³, de modo que somente a partir dela é que se pode falar, entre nós, num legítimo Estado Democrático de Direito.

Preocupado com a legitimação dos atos estatais e firme no propósito de apagar práticas autoritárias e arbitrárias de um passado recente, o legislador constituinte atribuiu especial relevo ao dever de fundamentação dos atos do Estado, em quaisquer funções que desempenhe.

Notadamente em relação ao Poder Judiciário, único cujos representantes não são democraticamente eleitos⁴, e levando-se em conta que se está sob a égide de um Estado Democrático que tem como pilares e instrumentos de realização, dentre outros, a transparência e publicidade de seus atos, o dever de fundamentação é condição *sine qua non* para a própria validade das decisões judiciais. Em outras palavras, é requisito essencial das decisões.

Neste sentido, dispõe o inciso IX ao artigo 93 da Constituição Federal que:

Art 93: _____

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes;

Note-se que da norma em comento pode-se inferir duas regras constitucionais (ambas facilmente reconduzíveis, a título de reforço argumentativo, ao princípio democrático e ao Estado de Direito⁵), a saber: uma atinente ao dever de fundamentação das

3 SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*: estudos sobre a Constituição. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 107 e ss.

4 Conforme vêm lecionando vários autores, dentre os quais Gustavo Binembojm, no Estado Democrático de Direito, a legitimidade do Judiciário – único Poder cujos representantes não são democraticamente escolhidos pelo povo – é argumentativa, o que lhe impõe o ônus de convencer a sociedade sobre a correção de suas decisões e submeter-se às críticas, o que se faz por meio da fundamentação. BINEM-BOJIM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*: legitimidade democrática e instrumentos de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

5 Em razão da conexão com o Estado Democrático de Direito, servindo mesmo como um dos instrumentos que confere concretude ao estado ideal de coisas por este visado, a fundamentação das decisões judiciais é arrolada por Daniel Sarmento, em suas aulas, como exemplo de direito constitucional fundamental fora do elenco do artigo 5º da Constituição Federal.

decisões judiciais, que é incondicional e cuja falta enseja a nulidade do ato jurisdicional decisório⁶; e outra tocante à publicidade dos atos do Poder Judiciário, que pode ser condicionada pelo interesse público⁷.

Esclareça-se que, enquanto a segunda norma tem eficácia restringível, a primeira é de eficácia plena e incondicionada. Aliás, seu cumprimento é imprescindível até mesmo quando não se deva aplicar a segunda. Nestes casos, diga-se, o dever de fundamentação é duplamente exigível: primeiramente é necessário fundamentar/justificar a existência do interesse público ensejador do caráter mais restrito da publicidade de determinados atos jurisdicionais e, no momento seguinte, é necessário fundamentar/justificar a decisão em si, prolatada no processo cujo número de conhecedores autorizados é restrito. Logo, uma eventual publicidade restrita apenas significa uma limitação quantitativa dos potenciais conhecedores do processo, restando incólume o dever de fundamentar a decisão. Este, como visto, até ganha mais uma etapa.

Além do tratamento específico no inciso IX ao artigo 93 da Constituição Federal, o dever de fundamentação das decisões aparece ainda como requisito ou pressuposto lógico para o exercício de alguns direitos fundamentais previstos no artigo 5º, como no caso da ampla defesa e do direito de recorrer (Como se defender ou recorrer de uma decisão sem conhecer as razões de decidir?).

Descendo ao campo do direito processual, observa-se no Código de Processo Civil uma gama de regras que visam estabelecer e balizar o dever de fundamentação das decisões judiciais.

6 Ter-se-ia, na classificação entre nós difundida por José Afonso da Silva, uma norma constitucional de eficácia plena. Já na classificação de Luís Roberto Barroso, tratar-se-ia de uma norma definidora de direito.

7 Neste caso, trata-se de regra geral que admite exceções em favor do interesse público, entendido este de forma ampla (albergando, por exemplo, o segredo de estado, investigações que correm sob sigilo e a proteção à família ou à privacidade – nas causas em que aspectos da vida íntima de um casal vêm à tona). Este nosso entendimento encontra amparo na própria carta constitucional, mais especificamente no inciso LX ao artigo 5º, que estabelece que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem” (destaques nossos). Na classificação de José Afonso da Silva, esta regra figuraria entre as normas de eficácia contida (que, como adverte Michel Temer, melhor teriam sido chamadas de normas de eficácia restringível, na medida em que são normas que operam seus efeitos desde que promulgadas e publicadas, podendo estes serem restringidos por legislação futura).

Assim é, que no Capítulo VIII – *Da sentença e da coisa julgada* –, Seção I – *dos requisitos e dos efeitos da sentença*, o artigo 458, tratando dos requisitos essenciais da sentença, assim estabelece:

Art. 458: São requisitos essenciais da sentença:

II – *os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; (destaques nossos).*

Deste dispositivo decorre, como já havia prescrito o inciso IX ao artigo 93 da Constituição (supra referenciado), que a falta de fundamentação – requisito essencial da sentença – enseja a nulidade da decisão e que esta, para ser suficiente, deve albergar as questões fáticas e jurídicas.

O artigo 459, por sua vez, estabelece que:

Art. 459. "o juiz proferirá a sentença, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor. Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, o juiz decidirá em forma concisa. (destaques nossos)

Ao contrário do que pode aparentar uma leitura apressada, este artigo, antes de limitar o dever de fundamentação das decisões, o reforça: prescreve ao juiz o dever de fundamentar por que acolhe e por que rejeita o pedido do autor. E na parte em que trata da decisão em forma *concisa*, não quer significar que o dever de fundamentação é menor. Pelo contrário, significa que mesmo nos casos em que não haverá julgamento de mérito, o juiz deverá fundamentar para demonstrar a incorrência dos pressupostos de admissibilidade da ação.

Além destes, um grande número de artigos relacionados ao dever de fundamentação das decisões, e que ajudam a estabelecer seus contornos, podem ser elencados, como os artigos 460, 128 e 131.

Em relação ao artigo 460⁸, a fundamentação da decisão é crucial para a análise sobre a relação de vinculação necessária

8 Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

entre o que foi levado a juízo e o que foi decidido. Em outras palavras, a fundamentação da decisão permitirá avaliar se a decisão se deu nos limites da lide proposta ou se foi *extra, ultra, ou infra petita*. Mais: dependendo do conhecimento do julgador acerca do ordenamento jurídico e de sua capacidade criativa de estabelecer relações entre as normas conexas, um mesmo dispositivo (parte final da decisão) que possa parecer, por exemplo, um julgamento *extra petita*, embasado sob outra fundamentação poderá ser visto como adequado aos limites da lide.

Em relação ao artigo 128⁹, nada melhor que a análise da fundamentação da decisão para saber se o juiz ateu-se ao julgamento da lide nos limites em que ela foi proposta. No caso do 131¹⁰, somente a exposição dos motivos (fundamentação) que levaram o julgador ao seu convencimento, em cotejo com os elementos dos autos, é que permitirá aferir se este se limitou aos fatos e circunstâncias constantes no processo. E se isso não ocorreu, estar-se-á ferindo uma série de normas não só de caráter processual, como também de caráter constitucional, como a garantia da ampla defesa.

Ainda demonstrando a essencialidade do papel desempenhado pelo dever de fundamentação das decisões judiciais, o artigo 165 o estende a todos os atos judiciais que tenham caráter decisório, não o limitando apenas às sentenças e acórdãos. Como dito linhas acima, é a fundamentação da decisão que viabiliza o direito de recurso, pois não há como questionar uma decisão cujas razões se desconhece (embora seja certo o direito de anulá-la, em virtude desta não demonstração).

Também corroborando para estabelecer os contornos de uma fundamentação suficiente, os artigos 535 e seguintes tratam do recurso de embargos de declaração, destinados a sanar vícios de contradição, obscuridade ou omissão na decisão judicial. *A contrário senso, portanto, pode-se afirmar que o julgamento de uma demanda não pode ser contraditório, obscuro ou*

9 Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

10 Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

omisso, o que exige uma fundamentação coerente (sem erros grosseiros de lógica), clara e que enfrente os fundamentos aduzidos pelas partes.

Por fim, resta concluir provisoriamente que o ordenamento jurídico brasileiro confere crucial importância ao dever de fundamentação das decisões judiciais, prescrevendo a sanção de nulidade para os julgados que não o satisfaçam. O dever de fundamentação, como se não bastasse ser norma constitucional de eficácia plena, pode ser conduzido ao princípio do Estado Democrático de Direito, que lhe serve de suporte argumentativo a conferir especial relevo.

Neste sentido, pode-se afirmar que as regras atinentes ao dever de fundamentação das decisões judiciais visam estabelecer, na seara do Judiciário, os comportamentos necessários à promoção do estado ideal de coisas visado pelo referido sobreprincípio¹¹. Nas palavras de Antônio Cavalcanti Maia, no Estado Democrático de Direito, “*o ouvinte tem o direito de obter de quem fala a justificação daquilo que se está falando*”¹²

3 O significado do dever de fundamentação

Delineados os contornos normativos acerca do dever de fundamentação das decisões judiciais, resta concluir que, não obstante tratá-lo de forma incisiva e com a robustez necessária a assegurar o seu cumprimento, o legislador – constituinte e ordinário – optou por não defini-lo conceitualmente, embora tenha deixado à doutrina as diretrizes básicas para que o fizesse.

Resta, portanto, responder à pergunta: *Mas, afinal, o que significa fundamentar uma decisão?*

Conforme leciona ATIENZA, ao diferenciar contexto de descoberta de contexto de justificação, “*de modo geral os órgãos jurisdicionais ou administrativos não precisam explicar as suas*

11 Acerca das categorias normativas e da distinção entre sobreprincípios, princípios, regras e postulados aplicativos, vide ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003. Vide ainda, do mesmo autor, *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004.

12 Anotações de aula na disciplina Retórica e Argumentação Jurídica, ministrada no Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

*decisões; o que devem fazer é justificá-las.*¹³ Neste sentido, valendo-se das lições de NINO, esclarece o autor que as razões explicativas se identificariam com os motivos; os estados mentais que são antecedentes causais de certas ações (normalmente a razão explicativa ou motivo é dada por uma combinação de crenças e desejos). Já as razões justificadoras ou objetivas, que são exigências impostas aos julgadores no Estado Democrático de Direito, embora não sirvam para entender por que se realizou uma ação ou tomou certa decisão, servem para avaliá-la, para determinar se ela foi boa ou má segundo diferentes pontos de vista.

Com base nisso, pode-se concluir, à guisa de exemplo, que uma determinada decisão judicial, ainda que tenha sido tomada em razão da crença religiosa do magistrado que a prolatou (razão explicativa), não está nestes termos justificada, cabendo a ele encontrar um fundamento capaz de suportá-la no ordenamento jurídico – elemento objetivo que estabelece o vínculo entre os participantes do debate. Assim, deverá mostrar que a extraiu de determinada(s) norma(s) do ordenamento jurídico, devendo ainda persuadir os interlocutores de que a interpretação feita é não só formalmente correta (justificação formal), como materialmente aceitável (justificação material).

É neste contexto que deve se situar o dever de fundamentação das decisões judiciais, isto é, no contexto de justificação, prescrevendo ao julgador o dever formal de justificação, sempre com vistas à correção da decisão (justificação material), obtida mediante a prova de sua aceitabilidade pelos interlocutores no processo.

Inserido no âmbito da teoria da argumentação jurídica, o estudo do contexto de justificação tem pretensões tanto descritivas – mostrar como as decisões de fato se justificam –, quanto prescritivas – mostrar como elas deveriam ser justificadas.

Partindo do fato de que as decisões podem e devem ser justificadas, as teorias da argumentação refutam as ideias de que (i) as decisões não precisam ser justificadas porque partem de

13 ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003. p.20.

uma autoridade legítima ou são simples resultados de aplicação de normas gerais (determinismo metodológico) e (ii) de que as decisões não podem ser justificadas porque são puros atos de vontade (decisionismo metodológico).

A primeira ideia – determinismo metodológico – resta há muito superada, primeiro porque no Estado Democrático de Direito a legitimidade da decisão judicial é argumentativa, devendo-se justificá-la para torná-la aceitável pela sociedade pluralista – que já não tem na tradição e na autoridade fontes de legitimidade. Segundo, pela própria constatação de que a aplicação do Direito exige muito mais do que podem fornecer os processos dedutivos típicos das operações de silogismo formal.

No tocante à ideia do decisionismo metodológico, leciona ATIENZA¹⁴ que a defesa da desnecessidade do dever de justificação a partir da afirmação de que os juízes decidem voluntariamente para depois “procurar” uma fundamentação no ordenamento jurídico se dá em virtude da confusão entre os citados contextos de descoberta e contexto de justificação. Ora, ainda que esta afirmação possa ser pertinente, ela não suprime a necessidade nem a relevância do dever de justificação. Do contrário, como assevera o autor “*seria preciso negar também que possa ocorrer a passagem das intuições às teorias científicas*”¹⁵.

JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE¹⁶, valendo-se de termos distintos para exprimir basicamente as mesmas ideias acima expostas, define o dever de fundamentação como “*uma exposição enunciativa das razões ou motivos da decisão, ou ainda como recondução do decidido a um parâmetro valorativo que o justifique*”.

Como exposição enunciativa das razões da decisão, privilegia-se o aspecto *formal* da operação, associando-a a transparência da perspectiva decisória (o que acima denominou-se justificação formal). Como recondução do decidido a um parâmetro valorativo que o justifique, dá-se relevo à idoneidade *substancial*

14 ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003. p.22-23.

15 *Ibid.*, p. 23.

16 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1992. p. 11

do ato praticado, integrando-o num sistema de referência em que encontre bases de legitimidade (justificação material).

A análise da disciplina normativa feita acima demonstra que o dever de fundamentação é, antes de tudo, um dever formal – é um procedimento de exposição de razões que visa dar racionalidade à decisão. Esse dever formal, que é requisito da decisão, está ligado ao fim de obtenção da correção da decisão (justificação material), a partir da imposição de racionalidade ao agir do julgador.

Logo, o dever de fundamentação, ao contrário do que comumente se pensa – e como veremos no tópico seguinte – não visa tão somente à controlabilidade das decisões – ao contrário, se dirige imediatamente ao autor da decisão, pretendendo assegurar a *reflexão* de um poder decisório.

Segundo Vieira de Andrade¹⁷, é um dever instrumental que visa, em última análise, conseguir a correção material da decisão.

Tal dever, para ser cumprido, deve mostrar não apenas a legitimidade das conclusões do julgador (*justificação interna*), mas também a validade das premissas por ele adotadas (*justificação externa*).

Esclareça-se, portanto, que o até aqui exposto leva a reconsiderar a tradicional distinção entre motivação e justificação – que levava à distinção entre pressupostos e motivos.

Explica-se: por justificação, entendia-se o dever de demonstração dos pressupostos fáticos, a identificação da norma aplicada e dos fatos justificativos da aplicação. Tal momento, tradicionalmente foi associado a um momento de cognição, de vinculação do aplicador, e por isso de fundamentação desnecessária.

Já a motivação é associada ao momento volitivo do aplicador, onde discricionariamente ele apresenta os seus pontos de vista, os interesses que levou em consideração, e os motivos que julga relevantes para desencadear determinada decisão.

Hoje, sabe-se que não é possível separar perfeitamente o que é cognição e o que é volição na aplicação do direito. Esses

17 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1992. p. 13.

momentos ditos cognitivos também são interpretados pelo aplicador, e toda aplicação tem um quê de subjetividade¹⁸. Basta lembrar, como é sabido, que o fato é um construído – a partir do evento – e não um dado. Daí porque dizer-se que a argumentação visa intersubjetivar o subjetivo¹⁹, possibilitando um controle (conhecimento crítico) da decisão.

Portanto, o dever de fundamentação engloba o dever de fazer referência aos pressupostos fixados na lei, devendo o julgador mostrar concretamente que no seu entender se verificam na realidade as circunstâncias que correspondem ao quadro normativo, explicitando, inclusive, as considerações em que se baseia para qualificar essas circunstâncias em termos de as subsumir nos pressupostos abstratamente definidos (justificação externa); e também o dever de desenvolver uma cadeia argumentativa coerente a desencadear na decisão (justificação interna). Será suficiente, como veremos, revelar critérios ou pontos de vista idôneos a determinar aquele tipo de conteúdo, e não ignorar interesses necessariamente implicados.

Apenas a título de esclarecimento, cumpre fazer referência à diferenciação feita por alguns autores entre *justificação e fundamentação*, no sentido desta ser a exposição ou a permissão do acesso interpessoal às razões que levaram a determinada decisão, e aquela ser a tentativa de convencimento – ou persuasão – de que a decisão tomada era a melhor para aquele caso – o que aqui convencionamos denominar justificação material.

4 Para que serve a fundamentação das decisões judiciais

Seguindo as diretrizes traçadas por José Carlos Vieira de Andrade, na obra que serviu de base para as linhas ora escritas, pode-se afirmar que o dever de fundamentação das decisões

18 ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 19, p.157-180, mar. 2001.

19 *Ibid.*, p. 180

judiciais, além das funções já genericamente aduzidas, cumpre três funções principais, a saber:

- 1 - *assegurar o cuidado na formação da vontade decisória* – que seria conseguido pela imposição de um procedimento racional para a tomada de decisão. Neste sentido, o dever de fundamentação, reforçado pela garantia da publicidade do processo, visa obrigar uma ponderação mais cuidadosa dos interesses em jogo e uma maior atenção à racionalidade intersubjetiva na escolha da melhor solução para o caso concreto, o que deve trazer uma melhoria da qualidade e legitimidade da decisão.
- 2- *possibilitar o controle das decisões* – tanto o controle intersubjetivo pelos jurisdicionados, pelo acesso às razões de decidir; quanto o controle de legitimidade das decisões, permitindo que se faça uma opção consciente entre a sua aceitação ou a impugnação via recurso.
- 3 - *garantir a transparência das decisões*, que é uma exigência do Estado de Democrático de Direito, e que possibilita, por exemplo, o controle da igualdade de tratamento.

Para atender a estas funções, e ainda seguindo-se os ensinamentos de Vieira de Andrade, o dever de fundamentação deve conter uma estrutura que lhe permita ser uma *declaração de autoria, explícita e contextual*.

Não obstante esses aspectos estruturais pareçam óbvios, a prática, como veremos a seguir, revela que não são e nem sempre estão presentes, o que prejudica o alcance dos objetivos mencionados.

Por *declaração de autoria* entenda-se a o dever de responsabilidade do órgão decisório para com o exercício de seu poder, e sua *auto-vinculação*. Não que o órgão esteja totalmente vinculado às suas próprias decisões, mas para modificá-las, sem constranger os imperativos de igualdade de tratamento dos casos similares (ou de imparcialidade), terá um ônus argumentativo maior.

Por *explícita* entenda-se que a fundamentação deve ser expressa, não se devendo admitir as fundamentações “per relationen” como ocorre muitas vezes. Assim, se há referência a um precedente, deve-se explicitar as razões que levaram à consideração daquele caso como precedente – que aspectos fazem aquele caso ao qual se remete ser considerado um precedente. Caso assim não seja, tem-se por prejudicado o principal objetivo do dever de fundamentação, que é justamente fazer que a decisão venha acompanhada de uma racionalidade – o que aumenta sua chance de correção.

Por *contextual* entenda-se que não basta que a decisão seja expressa, ela deve estar no mesmo documento formal que comporta a decisão em si (o dispositivo). Também parece óbvio, mas trata-se aqui de uma garantia de que o momento da fundamentação coincida com o momento decisório, evitando-se as fundamentações póstumas ou outros tipos. Se isso não garante que a exposição de razões apresentada sejam realmente as razões que desencadearam a decisão, pelo menos diminui as possibilidades de falseamento.

Abusando da lição de Vieira de Andrade, pode-se dizer que a contextualidade da decisão gera uma imposição de *contemporaneidade*, excluindo fundamentos total ou parcialmente sucessivos, e um imperativo de *unicidade ou unicidade formal*, excluindo as fundamentações autônomas relativamente à decisão. Como dito, pela contemporaneidade pretende-se assegurar a probabilidade causal dos fundamentos invocados pelo autor da decisão, bem como facilitar seu conhecimento pelos interessados. Além disso, visa garantir que a declaração de razões seja emitida no *momento* da tomada de decisão.

Além disso, ela reforça ainda mais a importância da autoria, promovendo a ligação ou a unidade física entre os fundamentos e o conteúdo da decisão. O autor do ato tem de declarar quais as verificações, apreciações ou ponderações de que partiu para tomar aquela decisão, *na mesma forma concreta*, no mesmo texto, em que exterioriza a decisão tomada.

5 A fundamentação das decisões na jurisprudência brasileira: análise e crítica

A análise da jurisprudência brasileira no tocante à fundamentação das decisões judiciais permite, de plano, as seguintes constatações:

- 1 - há casos cuja fundamentação faz referência a precedentes totalmente desvinculados da questão litigiosa, e que nenhum poderiam ser considerados precedentes, não havendo sequer esforço do órgão julgador em demonstrar/justificar por que aquele caso pode ser considerado um precedente para a decisão de outro, ou seja, em que medida os casos são análogos e as razões de decidir de um, nesta medida, devam ser as razões de decidir do outro.

Nestas hipóteses, e a partir do delineamento do dever de fundamentação das decisões proposto acima, a não justificação do precedente ensejaria vício de fundamentação, por insuficiência.

- 2 - há casos em que, não obstante a existência de precedentes, a fundamentação das decisões sequer os leva em conta. Muitas vezes, o precedente é superado como se jamais houvesse existido, sem qualquer aumento no esforço justificativo para sua superação.

Nestas hipóteses, em que a fundamentação da decisão não leva em conta as razões de decidir ou a decisão de interpretação eleita anteriormente para os casos análogos, avilta-se o princípio do igual tratamento. Não que um precedente não possa ser superado. Pode, mas sua superação requer o enfrentamento das razões de decidir utilizadas anteriormente e uma carga argumentativa alta o suficiente para justificar esta superação.

- 3 - para não ficar apenas no terreno da crítica, pode-se verificar também em nossa jurisprudência decisões muito

bem fundamentadas, que não deixam nada a dever aos principais órgãos jurisdicionais do Ocidente.

Sendo mais específico na análise jurisprudencial e evidenciando as disparidades qualitativas no trato do dever de fundamentação das decisões, podemos citar, positivamente, os Resp 26.543-9-PR-EDcl, da 3ª Turma do STJ, e Resp17.010-CE, da 2ª Turma do STJ, em que por votação unânime deram provimento aos recursos que visavam à anexação, aos autos, da fundamentação de julgados anteriores que foram adotadas como razões de decidir dos casos em questão.

Como dito linhas atrás, embora a estrutura do dever de fundamentação delineada neste breve trabalho parecesse óbvia, nem sempre é cumprida pelo órgão jurisdicional. Nos dois casos ora colacionados, o provimento dos recursos garantiu muito mais que a obediência a uma mera estrutura formal – tornou efetiva, mediante a garantia da unicidade formal acima traçada, a possibilidade de conhecimento integral das decisões, contribuindo para efetivar os imperativos de publicidade e transparência, e assegurando a possibilidade de controle das decisões (permitindo sua aceitação ou a utilização das vias recursais para questioná-las).

Caso sempre fosse assim, não correr-se-ia o risco, como se está sempre correndo, de um órgão jurisdicional adotar, como fundamento de determinada decisão, outra decisão cujos fundamentos sequer foram publicados, impossibilitando, dentre outros, a própria formulação de recurso (como recorrer de uma decisão cujos fundamentos não se conhece?).

Embora pareça uma hipótese absurda, tal situação ocorreu no Supremo Tribunal Federal - STF, no julgamento do RE 216259 AgR/CE, em 09 de maio de 2000, de relatoria do Min. Celso de Mello, que versava sobre a constitucionalidade de Taxa de Fiscalização cobrada pela Comissão de Valores Mobiliários - CVM.

O Agravo Regimental em comento impugnava decisão monocrática do Ministro Relator porquanto este havia, dentre outras questões impugnadas, adotado como precedente para o julgamento do feito, decisão plenária que sequer havia sido publicada – decisão esta que havia, por maioria qualificada, reconhecido a constitucionalidade da taxa impugnada.

Apoiado no artigo 101²⁰ do Regimento Interno do STF, o eminente Ministro Relator declarou-se vinculado àquela decisão, adotando-a como precedente sem ver maiores problemas no fato de sua não publicação.

Não obstante a alegação da parte agravante de que a não publicação da decisão impedia que o precedente fosse utilizado para fundamentar as razões de decidir do caso, na medida em que somente com a publicação é que seria possível levar ao conhecimento dos interessados os termos da decisão judicial prolatada (fls. 330 do AgR), o Agravo Regimental foi improvido por votação unânime.

Trata-se de caso paradigmático de total ofensa ao dever de fundamentação das decisões, praticado pela Suprema Corte sem qualquer cerimônia.

Ora, embora fundamentação e publicação das decisões sejam atos distintos, e que se dão em momentos distintos, a publicação é ato complementar indispensável à garantia do cumprimento das funções do dever de fundamentação – notadamente o de dar transparência à decisão e o de possibilitar o seu controle, além do fato de que a publicidade, por si só, opera no sentido de exigir do órgão julgador um maior esforço justificativo.

No litígio em exame, a não publicação da decisão do caso adotado como precedente, eximiu o STF do dever de demonstrar que realmente se tratava de um precedente (justificação externa), ao mesmo passo em que inviabilizou qualquer possibilidade de questionamento por parte do interessado – que se viu obrigado a somente discutir o vício patente do dever de fundamentação, ainda sem lograr êxito.

Por conta deste disparate, remeta-se, uma vez mais, à imperiosa necessidade de unicidade formal acima postulada, que não obstante pareça óbvia, nem sempre é cumprida.

Ainda como exemplo negativo, extrai-se da RJTJESP 115/207 que *“o juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente*

20 art. 101 – A declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pronunciada por maioria qualificada, aplica-se aos novos feitos submetidos às Turmas ou ao Plenário, salvo o disposto no artigo 103.

para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos” (destaques nossos).

Ora, dizer que o julgador não se obriga a analisar todos os argumentos aduzidos pelas partes pode até ser discutido – embora entendamos que um argumento sobre determinado dispositivo legal o transforma em um novo fundamento²¹ – mas dizer que ele não se obriga a responder todos os fundamentos indicados pelas partes é negar todo o esforço construtivo até aqui empreendido, abrindo-se amplo espaço à arbitrariedade e negando-se, em última análise, o próprio dever de fundamentação, pois dizer que cabe ao magistrado escolher quais fundamentos vai e quais não vai responder, equivale a dizer que ele não tem a obrigação de justificar que a decisão prolatada seja aceitável, podendo escolher, dentre as possíveis, a que melhor lhe convier (restando, portanto, eximido do dever de justificação material, na medida em que, mesmo que haja uma possibilidade de interpretação mais suportável pelo ordenamento jurídico que a decisão prolatada, o julgador não estará obrigado a contraditá-la).

Embora claramente absurdo, o entendimento acima é ainda corroborado por vários julgados do STJ, como, v.g. no AI 169.073-SP-AgRG, rel. Min. José Delgado, 1ª Turma.

21 Aqui tem-se como pressuposto a diferenciação entre texto (dispositivo legal) e norma, sendo esta construída a partir dos sentidos preliminares fornecidos por aquele. Ao nosso ver, a norma, assim como os fatos jurídicos, são construídos argumentativamente. Logo, dependendo dos argumentos lançados sobre determinados dispositivos legais, ter-se-ão construídas diferentes normas, devendo o operador do direito justificar a norma que pretende eleger (decisão de interpretação) como a mais suportável pelo ordenamento jurídico. Atente-se ainda, que o ordenamento jurídico também variará conforme a pré-compreensão daquele que o interpreta, de forma que, por mais que se argumente, sempre restará um quê de subjetividade que é ontologicamente impossível de se eliminar, em razão mesmo do instrumento de trabalho utilizado pelo operador do direito – a linguagem. Assim, admitindo-se a impossibilidade de eliminar a subjetividade, importa à teoria da argumentação jurídica evidenciá-la, submetendo-a a controle crítico. E ao intérprete do direito (que não é somente operador, mas também construtor da norma), impõe-se a necessidade de persuadir seus interlocutores de que a decisão de interpretação por ele proposta é aceitável e, de preferência, melhor que as outras decisões também possíveis.

Usando um exemplo banal para facilitar a compreensão, pode-se entender a relação teoria da argumentação e subjetividade analogamente à relação vírus de alta performance e antivírus no mundo cibernético. O antivírus, muitas vezes (e é nesses casos que cabe a analogia), não tem recursos para acabar com o vírus. No entanto, pode colocá-lo em quarentena, de modo a controlar os seus passos e manter protegidos outros setores do sistema. Do mesmo modo, como assevera o professor Humberto Ávila, “A argumentação jurídica não aniquila a subjetividade; mantém-na sob controle crítico”. ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 19, p.157-180, mar. 2001.

5.1 *Crítérios para uma fundamentação suficiente*

Como vimos, a fundamentação consiste numa externalização das razões de fato e de direito que estão na base da decisão.

Num Estado de Direito a fundamentação de uma decisão deve ser sempre *justificante*, um enunciado que vise e seja apto a exprimir a correção da decisão.

Recorrendo novamente às lições de Viera de Andrade²², a fundamentação, para que possa ser considerada como tal, deve ser *clara, congruente e suficiente*.

Por *clareza* entenda-se que a fundamentação deve ter um *conteúdo semântico*. Assim, se as formulações utilizadas são confusas ou indistintas, se a argumentação é dubitativa, ambígua ou obscura, então sequer é possível compreender o que determinou o julgador a escolher aquele conteúdo decisório. Ou seja, a fundamentação não é clara quando não estão identificadas as razões de fato ou de direito da decisão, posto que, no mínimo, não pode se determinar com segurança o sentido do que foi declarado pelo julgador como fundamento.

Para que se tenha clareza é muito importante que as palavras sejam usadas com conceitos bem definidos. Assim, poder-se-á chegar até à formulação de “acordos prévios²³” na comunidade jurídica.

Por *congruência* entenda-se que a fundamentação deve ser um discurso racional ou que, pelo menos, não contenha erros de raciocínio evidentes. A congruência se refere à relação entre a fundamentação e o conteúdo da decisão, devendo este ser uma consequência lógica (ou quase lógica) daquela.

Por *suficiência* entenda-se uma fundamentação que contenha elementos bastantes, capazes ou aptos a basear a decisão. No caso da suficiência está em causa recusar como fundamentação determinante fundamentações que sejam vagas, abstratas ou imprecisas. Isso para garantir uma verificação ou uma

22 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1992. p.227 e ss.

23 No sentido empregado por PERELMAN, significando um conhecimento do auditório que facilita a comunicação. Assim, o uso de palavras ou termos com significados pré-definidos no âmbito da comunidade jurídica facilitaria a clareza, contribuindo para o entendimento da decisão.

ponderação do julgador acerca das circunstâncias e da decisão a ser tomada.

A experiência mostra que é muito fácil recorrer abstratamente a um princípio, que só de longe guarde relação com o caso, ou a um princípio bem volátil como a dignidade humana. Fundamentações desta espécie geralmente partem da premissa de que determinados princípios já “falam por si”, deixando-os carentes de densificação, o que as torna claramente insuficientes.

Segundo Vieira de Andrade, a suficiência da fundamentação deve ser aferida da perspectiva do destinatário médio. Ela deve assegurar ao destinatário médio os elementos necessários à aceitação ou à contestação da decisão, ao mesmo tempo em que garanta um mínimo de transparência, uma base de informação para o controle da legitimidade e uma prova de que o julgador efetuou uma ponderação ou pelo menos decidiu com base num raciocínio inteligível.

Mas é muito difícil delimitar as fronteiras de uma fundamentação que seja suficiente. A declaração do julgador deve mostrar que este fez uma aplicação do direito, efetuando as verificações, avaliações ou ponderações adequadas ao julgamento do caso que lhe é submetido. No entanto, a grande dificuldade está em definir o que seja *o esclarecimento concreto suficiente de um discurso que se pretende justificativo*.

Esta dificuldade ocorre porque a determinação do conteúdo da fundamentação que seja suficiente é uma questão a ser verificada concretamente e depende de um conjunto complexo de fatores. Daí se poder afirmar que o conteúdo de uma fundamentação suficiente é variável. Em outras palavras, há graus de fundamentação exigíveis que variam de acordo com o caso em tela.

Uma tentativa de redução da dificuldade poderia ser tentada mediante a criação de estandartes. Assim, por exemplo, um critério para avaliar qual seria o grau de fundamentação suficiente seria a existência ou não de precedentes – e se há pretensão de modificá-lo ou não (para mantê-lo, desde que justificado que realmente se trata de um precedente, o grau de fundamentação exigível seria menor).

Um caso constitucional inédito e que implica a ponderação de direitos fundamentais, por exemplo, também requer uma fundamentação maior para ser suficiente.

Outro critério possível, a ser combinado com os demais, seria o fato da decisão ser baseada em regra ou princípio. Assim, para julgar consoante princípio o ônus argumentativo seria maior do que para julgar consoante regra (na medida em que esta, *per se*, constitui uma justificação institucional para ser obedecida).

Combinando-se estes critérios e outros a serem criados, continuar-se-á longe de resolver o problema da suficiência da fundamentação, mas ter-se-á dado um importante passo.

6 Conclusão

Como é sabido, o mesmo evento pode, dependendo do ângulo de análise e da pré-compreensão do observador, gerar diferentes fatos, com diferentes conseqüências jurídicas, o que deixa evidente que sem fundamentação o arbítrio torna-se inevitável.

Ainda assim, não se deve iludir advogando que a fundamentação seja “a cura para todos os males”. Ora, se a fundamentação se faz eminentemente pela via argumentativa e se o instrumento utilizado é a linguagem, forçoso reconhecer que se está no campo da *lógica do provável*, e não das certezas e verdades inequívocas²⁴. Citando Aristóteles, Paul Ricoeur²⁵ observa que nesta “*arte de utilizar argumentos prováveis no uso público da palavra*” há sempre espaço para um “mas”, na medida em que, em certo sentido, a formulação de argumentos é infinita – encontrando seus limites nas regras formais atinentes ao processo judicial (v.g.: as que estipulam prazos e limitam os recursos). Observa, ainda, Humberto Ávila²⁶ que “*no final, restará um quê de subjetivo na argumentação*”.

24 Se é que elas existem ou já existiram um dia.

25 RICOEUR, Paul. *Leituras 1: em torno ao político*. Rio de Janeiro: Loyola, 1995. p.107.

26 ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 19, p.157-180, mar. 2001.

Portanto, se é ontologicamente impossível, por mais e melhor que se fundamente, a partir das ferramentas utilizadas pelo operador do direito, determinar qual a *(única) decisão correta*, a explicitação das razões que motivaram determinada decisão permite controlá-la, gerando instrumentos hábeis a impedir o arbítrio e a propiciar previsibilidade e segurança jurídicas – mormente se se criar estandartes que permitam entrever a exigência de fundamentação necessária para cada grupo de casos, aliados a uma cultura de respeito às razões de decidir anteriores – coerência com os fundamentos elencados como preponderantes em casos análogos precedentes.

7 Referências

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1992. 399 p.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003.

_____. *Tras la justicia*. Barcelona: Ariel, 1995. 267p.

ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 19, p.157-180, mar. 2001.

_____. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Teoria dos princípios*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BINEMBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

RICOEUR, Paul. *Leituras 1: em torno ao político*. Rio de Janeiro: Loyola, 1995. p.107.

SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 378 p.

1.12

O REGIME ESPECIAL DE PAGAMENTO DE PRECATÓRIOS À LUZ DA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 62/2009

MARCELO AMARAL CHEQUER*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Regime permanente de pagamento de precatórios. O novo art. 100, da CF/88. Principais mudanças. 2.1 Art. 100, § 2º - Crédito preferencial. 2.2 Art. 100, § 4º - Fixação de um piso para a Obrigação de Pequeno Valor - OPV. 2.3 Art. 100, § 6º - Nova hipótese de sequestro de verbas públicas. 2.4 Art. 100, § 7º - Conselho Nacional de Justiça. 2.5 Art. 100, §§ 9º e 10 - Direito de compensação/abatimento. 2.6 Art. 100, § 11 - Aquisição de imóveis públicos com créditos de precatórios. 2.7 Art. 100, §§ 13 e 14 - Cessão de créditos em precatórios. 2.8 Art. 100, § 12 - Critérios para atualização de precatórios. 2.9 Art. 100, § 15 - Regime Especial. 2.10 Art. 100, § 16 - Assunção de débitos oriundos de precatórios pela União. 3 O art. 97 do ADCT e a instituição do Regime Especial de Pagamento de Precatórios. 3.1 O regime especial e a vinculação de recursos públicos. 3.2 Gestão das contas especiais. Distribuição de recursos entre os Tribunais. Unicidade de listas de precatórios. 3.3 Créditos preferenciais. Ordem cronológica própria. 3.4 Utilização dos recursos financeiros: vinculação e discricionariedade da Administração Pública. 3.5 Regime Especial e o sequestro de verbas públicas. 4 Conclusão.

1 Introdução

A Emenda Constitucional - EC n.º 62, de 09/12/2009, além de promover profundas alterações no art. 100 da Constituição Federal, introduziu o art. 97 nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, instituindo o regime especial de pagamento de precatórios.

Diante das modificações introduzidas pela EC n.º 62, a execução contra a Fazenda Pública passa a conviver com dois regimes precatórios, de aplicação simultânea e cujos critérios apresentam contornos bem distintos.

* Pós-graduado em Direito Público pela PUC/MG. Procurador do Estado do Espírito Santo. Procurador-chefe da Procuradoria de Serviços Jurídicos Setoriais Autárquicos e Fundacionais (Setorial de Execução e Precatórios) da PGE/ES.

O primeiro deles, ao qual denomino de regime permanente, tem as suas regras delineadas pelo art. 100 e seus parágrafos da Constituição Federal. Nota-se que a EC n.º 62 acresceu dez parágrafos ao art. 100, trazendo inovações importantes para os credores e para a Fazenda Pública.

Estão sujeitos às regras do regime permanente os Entes Federados que não estejam em mora no pagamento de seus precatórios ou que, estando em mora, não tenham feito a opção pelo regime especial a que alude o art. 97, do ADCT.

O segundo deles, ao qual denomino regime transitório ou regime especial, foi instituído e tem as suas balizas jurídicas definidas pelo art. 97 do ADCT. É transitório porque há previsão constitucional de prazo para o seu término e retorno do Ente Federado ao regime permanente. Estão sujeitos ao regime especial os Entes Federados que estejam em mora no pagamento de seus precatórios, incluídos os da Administração Direta e Indireta, e que tenham optado pelo ingresso no regime especial, na forma do art. 97, do ADCT.

Cabe registrar que a Emenda Constitucional n.º 62 é alvo de severas críticas advindas de juristas de escólio, já tendo sido ajuizada, inclusive, quatro ações diretas de inconstitucionalidade que apontam vícios formais e materiais que maculam o texto constitucional¹. A questão não será debatida no presente trabalho, tendo em vista que o objetivo aqui buscado é apresentar as mudanças promovidas no regime de precatórios.

Insta salientar, contudo, que dentre as Emendas Constitucionais que trataram do regime de precatórios (EC n.º 20, 30 e 37²), a de n.º 62 é a única que estabeleceu planejamento orçamen-

1 *ADI n.º 4357*, proposta em litisconsórcio pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB; Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB; Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONANP; Associação Nacional dos Servidores do Poder Judiciário - ANSJ; Confederação Nacional dos Servidores Públicos - CNSP; Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho - ANPT. *ADI n.º 4372*, proposta pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais - ANAMAGES. *ADI n.º 4400*, proposta pela Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas - ANAMATRA. *ADI n.º 4425*, proposta pela Confederação Nacional da Indústria - CNI. As ações foram distribuídas ao Ministro Ayres Brito, que adotou o rito simplificado do art. 12, da Lei n.º 9.868/1999. Nenhuma decisão meritória foi proferida, ainda que em cognição sumária (liminar).

2 As Emendas Constitucionais foram publicadas nas seguintes datas - EC n.º 20, de 15/12/1998; EC n.º 30, de 13/09/2000 e EC n.º 37, de 12/06/2002.

tário obrigatório, com vinculação de recursos públicos visando o início imediato do pagamento dos aludidos títulos judiciais.

O planejamento orçamentário, diante da vultosa dívida de precatórios acumulada ao longo de décadas, é imprescindível para o pagamento dos aludidos títulos, sob pena de comprometimento do funcionamento da máquina estatal, inclusive, de serviços públicos essenciais. Não se quer aqui justificar a dívida acumulada, mas não se pode falar de precatórios dissociado da realidade enfrentada por Estados e Municípios, fruto da omissão e ausência de planejamento do Poder Público.

Por fim, não podíamos deixar de informar que o Conselho Nacional de Justiça, preocupado com a implementação dos novos regimes de pagamento de precatórios (permanente e especial), aprovou, na Sessão Plenária do dia 29/06/2010, Resolução regulamentando o procedimento a ser observado pelos Tribunais. A Resolução foi publicada no Diário Oficial da União do dia 02/07/2010 e recebeu o número 115 (Resolução n.º 115, do CNJ). No âmbito do Poder Judiciário Estadual, o TJES publicou dois Atos Normativos já sob a égide dos novos regimes – o de n.º 26/2010, que estabelece critérios para atualização de cálculos dos precatórios; e o de n.º 29/2010, que estabelece os procedimentos para o pagamento de precatórios à luz do regime especial.

2 Regime permanente de pagamento de precatórios. O novo art. 100, da CF/88. Principais mudanças

Antes de adentrarmos no regime especial de pagamento de precatórios, é mister uma breve exposição das principais mudanças promovidas pela EC n.º 62, no art. 100 da CF/88 – regime permanente de pagamento de precatórios.

A partir da Emenda Constitucional n.º 37, de 12/06/2002, o regime permanente de pagamento de precatórios era regulamentado pelos seis parágrafos do art. 100, da CF/88, além dos artigos 86 e 87 do ADCT, que trataram dos precatórios de pequeno valor, que gozam de precedência de pagamento sobre os de maior valor.

Com o advento da Emenda Constitucional n.º 62, em 09/12/2009, as regras do regime permanente ainda encontram assento constitucional no art. 100, embora com nova roupagem. O dispositivo constitucional sob comento, velho conhecido dos que militam junto à Fazenda Pública, ganhou novas balizas jurídicas e novos institutos, regulamentados, agora, pelos seus dezesseis parágrafos. Pode-se afirmar que temos um *novo regime permanente* de pagamento de precatórios ao lado do *novíssimo regime especial* do art. 97 do ADCT.

Passamos, então, a elencar as principais mudanças promovidas no art. 100, da CF/88, o que justifica a denominação de *novo regime permanente*.

Antes, porém, cabe ressaltar que, por força do caput, do art. 97, do ADCT, alguns dispositivos do art. 100 são aplicáveis aos Entes Federados que optaram pelo Regime Especial de pagamento de precatórios, o que será destacado em cada um dos tópicos seguintes.

2.1 Art. 100, § 2º - Crédito preferencial

Previsão de preferência/precedência de pagamento aos débitos de natureza alimentícia sobre todos os demais débitos, cujos credores tenham 60 anos de idade ou mais na *data da expedição* do precatório ou sejam portadores de moléstia grave.

Importante frisar que o pagamento preferencial não engloba a totalidade do crédito, eis que está limitado ao valor equivalente ao triplo fixado na lei do Ente Federado para as Obrigações de Pequeno Valor - OPV (§3º, do art. 100). O que sobejar será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório ou na forma prevista no §8º, do art. 97 do ADCT.

Dúvidas surgiram em torno dos parâmetros e/ou referências legislativas seriam utilizados para fins de identificação da moléstia grave. A Resolução n.º 115, do CNJ, pôs fim à discussão ao estabelecer no art. 13, que serão considerados portadores de doenças graves os credores acometidos das moléstias indicadas no inciso XIV do artigo 6º da Lei n.º 7.713,

de 22 de dezembro de 1988, com a redação dada pela Lei n.º 11.052/2004.³

O CNJ também elevou o direito de crédito preferencial a que alude o § 2º do art. 100, à qualidade de direito personalíssimo, exercível mediante requerimento expresso do credor, com junta dos documentos necessários à comprovação da sua condição, antes da apresentação do precatório ao Tribunal competente, devendo o juízo da execução processar e decidir o pedido.⁴

A classificação do crédito como preferencial não importa em imediato pagamento, pois ele será ordenado em ordem cronológica própria, concorrendo com os demais credores preferenciais. Em caso de insuficiência de recursos para atendimento à totalidade dos pedidos de preferência, dar-se-á preferência aos portadores de doenças graves sobre os idosos em geral, e destes sobre os créditos de natureza alimentícia, e, em cada classe de preferência, à ordem cronológica de apresentação do precatório.⁵

Outra questão que merece destaque diz respeito à incidência de eventual contribuição fiscal ou previdenciária sobre o crédito preferencial. Ou seja, o valor equivalente ao triplo da OPV, para fins de pagamento preferencial, deve ser considerado o total líquido ou bruto? O fato gerador do IRRF é o pagamento, assim como a retenção da contribuição previdenciária (quota-empregado)

3 Art. 13. Serão considerados portadores de doenças graves os credores acometidos das seguintes moléstias, indicadas no inciso XIV do artigo 6º da Lei n.º 7.713, de 22 de dezembro de 1988, com a redação dada pela Lei n.º 11.052/2004:

- a) tuberculose ativa;
- b) alienação mental;
- c) neoplasia maligna;
- d) cegueira;
- e) esclerose múltipla;
- f) hanseníase;
- g) paralisia irreversível e incapacitante;
- h) cardiopatia grave;
- i) doença de Parkinson;
- j) espondiloartrose anquilosante;
- l) nefropatia grave;
- m) estado avançado da doença de Paget (osteíte deformante);
- n) contaminação por radiação
- o) síndrome da deficiência imunológica adquirida (AIDS);
- p) hepatopatia grave.

Parágrafo único. Pode ser beneficiado pela preferência constitucional o credor portador de doença grave, assim considerada com base na conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída após o início do processo.

4 Art. 10. § 2º O exercício do *direito personalíssimo* a que alude o § 2º do art. 100 *dependerá de requerimento expresso do credor*, com junta dos documentos necessários à comprovação da sua condição, antes da apresentação do precatório ao Tribunal competente, devendo o juízo da execução processar e decidir o pedido.

5 Resolução n.º 115, CNJ – *caput do art. 10 e do art. 14.*

deve ser feita do valor a ser pago ao exequente. Logo, não restam dúvidas que sobre o crédito preferencial deverá incidir eventuais exações fiscais e/ou previdenciárias. Assim, o crédito preferencial está limitado ao valor bruto equivalente ao triplo da OPV.

No caso do Estado do Espírito Santo, o valor da Obrigação de Pequeno Valor foi fixado pela Lei n.º 7.674/2003 como sendo o equivalente a 4420 VRTE's. Para o ano de 2010, a OPV estadual equivale a R\$ 8.872,71 (1 VRTE = R\$ 2,0074). Logo, o crédito preferencial está limitado a R\$ 26.618,13 (3 x R\$ 8.872,71). Assim, se na data de expedição de precatório no valor de R\$ 86.618,13, o credor contar com 60 anos de idade ou for portador de moléstia grave, será destacado, para pagamento preferencial, o valor bruto de R\$ 26.618,13, permanecendo o saldo remanescente na ordem cronológica de apresentação do precatório (R\$ 60.000,00).

O dispositivo sob comento também se aplica aos Entes Federados que optaram pelo Regime Especial de pagamento de precatórios, regulado pelo art. 97, do ADCT.

2.2 Art. 100, § 4º - Fixação de um piso para a Obrigação de Pequeno Valor - OPV

A nova redação do § 4º pôs fim à discussão travada nos Tribunais acerca da absoluta autonomia dos Entes Federados para fixarem os valores das suas Obrigações de Pequeno Valor, de acordo com a capacidade econômica de cada um deles.

A autonomia foi mantida, porém, foi relativizada, na medida em que impõe aos Entes Federados um piso, um valor mínimo para as Obrigações de Pequeno Valor - OPV. Nenhum Ente Federado (Estado, Distrito Federal ou Município) poderá ter a sua OPV fixada em patamar inferior ao valor do maior benefício do regime geral de previdência social⁶.

A fixação de um piso pelo texto constitucional é decorrente de debates levados ao STF questionando o pequeno valor fixado por alguns Estados para as OPV's. A decisão paradigma foi o julgamento da ADI n.º 2868, que apreciou a constitucionalidade de lei n.º 5.250, de 02 de julho de 2002, do Estado do Piauí, que

6 Em janeiro de 2010 o valor do maior benefício do regime geral da Previdência Social era de R\$ 3.416,54.

fixou a Obrigação de Pequeno Valor como o correspondente ao valor igual ou inferior a 5 (cinco) salários mínimos (na época a OPV correspondia ao valor de R\$ 1.000,00). O STF declarou a constitucionalidade da lei, reafirmando a autonomia absoluta dos Estados para a fixação dos valores das suas OPV's, com base na antiga redação do § 5º, do art. 100, da CF/88.

De acordo com o § 12, do art. 97 do ADCT, os Entes Federados terão o prazo de 180 dias, contados a partir da publicação da Emenda Constitucional n.º 62, para adequarem o valor das suas OPV's ao texto constitucional, sob pena de ser fixado o valor da OPV em 40 salários mínimos para Estados e para o Distrito Federal e de 30 salários mínimos para os Municípios.⁷

Com a nova redação do § 4º e a teor do disposto no § 12, do art. 97 do ADCT, uma indagação se impõe:

Há necessidade de nova lei definindo o valor da OPV? Mesmo para ratificar os valores já constantes de leis estaduais que regulamentam a matéria, e cujos valores observam o texto constitucional? Pode-se afirmar que as leis já existentes foram recepcionadas pelo novo texto da Constituição?

Entendo que não há necessidade de qualquer alteração legislativa no âmbito dos Entes Federados cujas legislações próprias já observam o piso fixado para a OPV pelo §4º, do art. 100, da CF/88, tendo em vista que foram recepcionadas pelo novo texto constitucional. Caso contrário, nova lei deverá ser publicada no prazo fixado no § 12, do art. 97 do ADCT, sob pena de suas OPV's serem executadas pelos valores ali indicados, o que poderá ensejar desequilíbrio nas contas públicas respectivas. Cabendo lembrar, que as Obrigações de Pequeno Valor não se sujeitam a precatório, a teor do disposto no § 3º, do art. 100, da CF/88, daí a necessidade de imediata adequação/observância do novo texto constitucional.

No caso do Estado do Espírito Santo, já existe lei estadual (Lei n.º 7674/2003) regulamentando e definindo qualitativa e quantitativamente o valor da OPV, que é superior ao mínimo fi-

7 Art. 97, ADCT. § 12. Se a lei a que se refere o § 4º do art. 100 não estiver publicada em até 180 (cento e oitenta) dias, contados da data de publicação desta Emenda Constitucional, será considerado, para os fins referidos, em relação a Estados, Distrito Federal e Municípios devedores, omissos na regulamentação, o valor de:

I - 40 (quarenta) salários mínimos para Estados e para o Distrito Federal;

II - 30 (trinta) salários mínimos para Municípios.

xado pelo texto constitucional. O valor da OPV em 2010 é de R\$8.872,70, ou seja, bem superior ao valor do maior benefício do regime geral de previdência social.

Registro, por necessário, que o § 4º, do art. 100, está com sua aplicabilidade suspensa aos Entes Federados que optaram pelo Regime Especial de pagamento de precatórios, por força do *caput*, do art. 97, do ADCT.

2.3 Art. 100, § 6º - Nova hipótese de sequestro de verbas públicas

Em razão da ausência de planejamento orçamentário e decisões equivocadas de administrações anteriores, os pedidos de seqüestro pela não observância do prazo constitucional para pagamento ou pela não inclusão do valor requisitado no orçamento (art. 100, §5º, CF/88) são questões cotidianas enfrentadas pelas Fazendas Públicas.

O texto anterior só previa a possibilidade de seqüestro nos casos de preterição do direito de precedência do credor, ocasionando a denominada quebra da ordem cronológica (hipótese de pagamento de precatório mais recente em detrimento aos expedidos em data anterior).

Esse entendimento, inclusive, restou cristalizado pelo STF no julgamento da ADI 1662⁸. A Suprema Corte sedimentou o en-

8 EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INSTRUÇÃO NORMATIVA 11/97, APROVADA PELA RESOLUÇÃO 67, DE 10.04.97, DO ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, QUE UNIFORMIZA PROCEDIMENTOS PARA A EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIOS E OFÍCIOS REQUISITÓRIOS REFERENTES ÀS CONDENAÇÕES DECORRENTES DE DECISÕES TRANSITADAS EM JULGADO. 1 Prejudicialidade da ação em face da superveniência da Emenda Constitucional 30, de 13 de setembro de 2000. Alegação improcedente. A referida Emenda não introduziu nova modalidade de seqüestro de verbas públicas para a satisfação de precatórios concernentes a débitos alimentares, *permanecendo inalterada a regra imposta pelo artigo 100, § 2º, da Carta Federal, que o autoriza somente para o caso de preterição do direito de precedência do credor*. Preliminar rejeitada. 2 *Inconstitucionalidade dos itens III e XII do ato impugnado, que equiparam a não-inclusão no orçamento da verba necessária à satisfação de precatórios judiciais e o pagamento a menor, sem a devida atualização ou fora do prazo legal, à preterição do direito de precedência, dado que somente no caso de inobservância da ordem cronológica de apresentação do ofício requisitório é possível a decretação do seqüestro, após a oitiva do Ministério Público*. 3 A autorização contida na alínea b do item VIII da IN 11/97 diz respeito a erros materiais ou inexatidões nos cálculos dos valores dos precatórios, não alcançando, porém, o critério adotado para a sua elaboração nem os índices de correção monetária utilizados na sentença exequenda. Declaração de inconstitucionalidade parcial do dispositivo, apenas para lhe dar interpretação conforme precedente julgado pelo Pleno do Tribunal. 4 Créditos de natureza alimentícia, cujo pagamento far-se-á de uma só vez, devidamente atualizados até a data da sua efetivação, na forma do artigo 57, § 3º, da Constituição paulista. Preceito discriminatório de que cuida o item XI da Instrução. Alegação improcedente, visto que esta Corte, ao julgar a ADIMC 446, manteve a eficácia da norma. 5 Declaração de inconstitucionalidade dos itens III, IV e, por arrastamento, da expressão "bem assim a informação da pessoa jurídica de direito público referida no inciso IV desta Resolução", contida na parte final da alínea c do item VIII, e, ainda, do item XII, da IN/TST 11/97, por afronta ao artigo 100, §§ 1º e 2º, da Carta da República. 6 Inconstitucionalidade parcial do item IV, cujo alcance não encerra obrigação para a pessoa jurídica de direito público. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente em parte. (ADI 1662, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2001, DJ 19-09-2003 PP-00014 EMENT VOL-02124-02 PP-00300).

tendimento de que o sequestro só seria admitido nos casos de preterição do direito de precedência do credor (quebra da ordem cronológica), afastando-se as hipóteses de não inclusão no orçamento ou de inclusão e não pagamento no exercício financeiro seguinte como ensejadoras de sequestro de verbas públicas. A única alternativa para o credor era ingressar com pedido de intervenção federal, com fulcro no art. 34, VI, da CF/88, o que, na prática, não surtiu o efeito pretendido (o pagamento).

A Emenda Constitucional n.º 62 constitucionalizou o debate jurídico que vinha sendo travado nos Tribunais, acrescentando ao texto constitucional a hipótese de não inclusão no orçamento do valor requisitado por precatório como ensejadora do sequestro da quantia respectiva⁹.

A ordem jurídica vigente estabelece, portanto, que o sequestro de verbas públicas em fase de precatório poderá ocorrer em duas situações, cabendo lembrar que para a efetivação da constrição é necessário o requerimento expresso do credor, nos termos do § 6º, do art. 100, da CF/88. Os Tribunais não podem determinar o seqüestro de ofício, sob pena de violação do dispositivo constitucional em apreço.

As duas situações jurídicas que dão ensejo ao seqüestro de verbas públicas em sede de precatórios restringe-se aos casos de preterimento do direito de precedência do credor e/ou de não alocação no orçamento do valor requisitado no exercício financeiro seguinte ao da expedição do precatório (na hipótese de ter sido expedido até 1º de julho).

A título de registro, ressalto que para os Entes Federados que ingressaram no Regime Especial de pagamento de precatórios (art. 97, do ADCT) a única hipótese que autoriza o seqüestro de recursos públicos, em sede de precatórios, é a destinação a des-tempo ou a menor dos recursos vinculados pelo regime especial (§ 10, do art. 97, do ADCT). Isto, porque o §6º, do art. 100 da Constituição Federal está com sua aplicabilidade suspensa aos Entes Federados que optaram pelo Regime Especial de pagamento de precatórios, por força do *caput*, do art. 97, do ADCT.

9 Art. 100, § 6º. As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento integral e autorizar, a *requerimento do credor* e exclusivamente para os casos de preterimento de seu direito de precedência ou de não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do seu débito, o sequestro da quantia respectiva.

2.4 Art. 100, § 7º - Conselho Nacional de Justiça

O atual § 7º corresponde ao antigo § 6º do art. 100, com as alterações promovidas pela Emenda Constitucional n.º 62. O texto anterior previa a incursão do Presidente do Tribunal em crime de responsabilidade nos casos de atos comissivos ou omissivos que retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatórios.

O novo texto constitucional além de manter a responsabilização do Presidente do Tribunal por crime de responsabilidade, inseriu o Conselho Nacional de Justiça como órgão de controle de liquidação dos precatórios, nos casos em que a demora ou a ausência de pagamento se dê por ato comissivo ou omissivo do Presidente do Tribunal competente¹⁰.

Pelo atual regime permanente de precatórios, o Presidente do Tribunal responderá por crime de responsabilidade e também perante o Conselho Nacional de Justiça, nas hipóteses previstas no § 7º, do art. 100, da CF/88.

Registro, contudo, que por força do *caput*, do art. 97, do ADCT, o §7º, do art. 100, está com sua aplicabilidade suspensa aos Entes Federados que estão sob a égide do Regime Especial de pagamento de precatórios.

O Conselho Nacional de Justiça, atento ao fato de que grande maioria dos Entes Federados optariam pelo Regime Especial, editou a Resolução n.º 115, publicada no Diário Oficial da União do dia 02/07/2010. A Resolução traz expressa previsão de responsabilidade do Presidente do Tribunal diante de eventual omissão na adoção de medidas de implantação do regime especial de pagamento de precatórios.¹¹

Uma indagação surgiu com a instituição do Regime Especial de pagamento de precatórios, que adotou lista unificada de precatórios, qual seja: O Presidente de qual Tribunal responderá por crime de responsabilidade e perante o CNJ?

10 § 7º. O Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatórios incorrerá em crime de responsabilidade e responderá, também, perante o Conselho Nacional de Justiça.

11 Resolução n.º 115, CNJ: "Art. 39. A caracterização de crime de responsabilidade praticado pelo Presidente do Tribunal na forma do art. 100, § 6º, da Constituição Federal, não prejudicará a abertura de procedimento administrativo adequado pelo Plenário do CNJ, por omissão na adoção das medidas previstas nesta Resolução". Observa-se que o §6º a que alude a Resolução diz respeito à redação anterior do art. 100, uma vez que com o advento da EC 62, o §6º foi renumerado (hoje §7º) e ganhou nova redação.

A Resolução n.º 115 do CNJ não esclarece a questão. Entendo que, em se tratando de omissão na liquidação de precatório sujeito ao regime especial, o Presidente do Tribunal de Justiça é o responsável, tendo em vista que compete a ele a gestão das contas especiais em que estão depositados os recursos vinculados.

Nos casos de precatórios sujeitos ao regime permanente (art. 100, da CF/88), o Presidente responsável é o do Tribunal de origem do precatório.

2.5 Art. 100, §§ 9º e 10 - Direito de compensação/abatimento

Trata-se de inovação da Emenda Constitucional n.º 62, aplicável tanto ao regime permanente quanto ao regime especial de pagamento de precatórios.

O direito de compensação, tratado nos §§ 9º e 10, do art. 100, da CF/88, permite ao Ente Público devedor de precatório abater, a título de compensação, “valor correspondente aos *débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra o credor original pela Fazenda Pública devedora, incluídas parcelas vincendas de parcelamentos, ressalvados aqueles cuja execução esteja suspensa em virtude de contestação administrativa ou judicial*”. O direito será exercido independentemente de regulamentação, ou seja, a norma é autoaplicável e já está sendo observada pelos Tribunais.

De plano já se pode extrair a assertiva de que o direito de compensação não se aplica nos casos de expedição de Requisições de Pequeno Valor - RPV. Assim, a Fazenda Pública não terá direito de compensação com os créditos cujos valores sejam classificados como obrigações de pequeno valor, pois o texto constitucional faz expressa referência a precatórios. Nos casos de OPV's, a execução é direta, dispensando o sistema precatorial, nos termos do §§ 3º e 4º, do art. 100, da CF/88, o que afasta a incidência do dispositivo constitucional em tela.

No tocante à desnecessidade de inscrição em dívida ativa, algumas ponderações merecem destaque.

O débito não inscrito em dívida ativa só será passível de compensação após transcorrido o prazo para defesa ou após decisão proferida no julgamento de eventual impugnação mane-

jada pelo contribuinte. A simples autuação, portanto, não seria suficiente para fins de compensação a que alude o § 9º, do art. 100, sob pena de violação do princípio constitucional do devido processo legal e da ampla defesa.

Nesse contexto, por CRÉDITO CONSTITUÍDO deve-se entender o crédito no momento em que findo o processo administrativo, após a intimação do contribuinte acerca da decisão final nele proferida, não mais sujeita a impugnação, ou, inexistindo defesa, depois de decorrido o prazo para tanto, incluídas também as parcelas vincendas de parcelamentos, e excluídos os débitos cuja execução esteja suspensa em virtude de contestação administrativa ou judicial.

O dispositivo sob comento faz expressa menção a débito constituído contra o credor original. Assim, no caso de cessão de crédito do precatório, a compensação será possível diante da existência de débitos constituídos contra o cedente (credor originário), ainda que já tenha sido efetivada a cessão. Inexistindo débito fazendário contra o cedente não será possível a compensação, ainda que o cessionário esteja em débito com a Fazenda Pública.

Vale registrar, que o § 4º, do art. 16, da Resolução n.º 115 do CNJ estabelece que a cessão de créditos em precatórios “não prejudicará a compensação, sendo considerado, para esse fim, o credor originário”.

A impossibilidade de compensação com débitos constituídos contra o cessionário não impede, contudo, que a Fazenda Pública requeira em Juízo a penhora dos créditos visando a satisfação de eventual execução fiscal em curso.

O § 10 estabelece que o Tribunal deverá intimar a Fazenda Pública devedora, para que, no prazo de 30 (trinta) dias, informe sobre a existência de débitos que preencham as condições estabelecidas no § 9º, sob pena de perda do direito de abatimento. Percebe-se, portanto, que o prazo fixado no novel dispositivo é decadencial. As informações deverão ser encaminhadas ao Tribunal com indicação dos valores, natureza e origem de eventuais débitos fazendários do credor originário do precatório, líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa, cuja execução não esteja suspensa em virtude de impugnações, administrativas ou judiciais, para o fim de se proceder ao abatimento com o crédito

constituído através de sentença judicial transitada em julgado (apta para a formação do precatório ou já formado).

A Resolução n.º 115 do Conselho Nacional de Justiça tratou do assunto no seu art. 6º, apresentando inovações, que homenageiam os princípios do contraditório e da ampla defesa, eis que garantiu ao credor do precatório o direito de resposta, no prazo de 10 dias.

Além de estabelecer o contraditório, a Resolução atribuiu ao Juízo da execução a competência para praticar os atos necessários visando à compensação de que tratam os §§ 9º e 10, do art. 100, CF/88. Percebe-se que o CNJ interpretou o termo TRIBUNAL, a que faz expressa menção o § 10 do texto constitucional, não como sendo apenas o Órgão de segunda instância, mas como uma unidade, o que engloba o Juízo da execução.

De acordo com o *caput*, do art. 6º da Resolução, “o Juízo da execução, antes do encaminhamento do precatório ao Tribunal, para os efeitos da compensação prevista nos §§ 9º e 10 do art. 100 da Constituição Federal, intimará o órgão de representação judicial da entidade executada para que informe, em 30 dias, a existência de débitos que preencham as condições estabelecidas no § 9º, sob pena de perda do direito de abatimento dos valores informados”.

Outra questão que merece destaque refere-se ao direito de compensação com créditos de precatórios já expedidos. E o tema, parece-me, restou esclarecido pelos §§ 2º e 3º, do art. 6º, da Resolução n.º 115 do CNJ. Prescreve o § 1º que “quando a intimação for realizada no âmbito do Tribunal, havendo pretensão de compensação pela entidade devedora, o Presidente determinará a autuação de processo administrativo e ouvirá a parte contrária, que deverá se manifestar em 10 (dez) dias, decidindo em seguida, valendo-se, se necessário, do exame pela contadoria do Tribunal e cabendo recurso na forma prevista no seu regimento interno.”

E o § 3º faz novamente menção ao Tribunal, o que nos leva crer que a compensação poderá ser efetivada com precatórios já expedidos. Prescreve o citado dispositivo que “tornando-se definitiva a decisão que determina a compensação dos valores a serem pagos mediante precatório, deverá a Vara ou o Tribunal, conforme o órgão que decidiu sobre a compensação, emitir os

documentos de arrecadação para fins de controle orçamentário e financeiro, juntando-os ao processo administrativo de expedição do precatório.”

O tema tem relevância para os Entes Federados que ingressaram no regime especial, assim como para os que estão sob a égide das regras do regime permanente, embora a prática nos revele que poucas compensações serão efetivadas, diante da ausência de débitos junto à Fazenda Pública da grande maioria de credores de precatórios.

Registro, por fim, que o art. 6º, da Emenda Constitucional n.º 62, convalidou “*todas as compensações de precatórios com tributos vencidos até 31 de outubro de 2009 da entidade devedora, efetuadas na forma do disposto no § 2º do art. 78 do ADCT*”, realizadas antes da promulgação da citada Emenda Constitucional.

O dispositivo sob comento aplica-se tanto aos Entes Federados que optaram pelo Regime Especial de pagamento de precatórios, regulado pelo art. 97, do ADCT, quanto aos que estão sujeitos ao regime permanente do art. 100, da CF/88.

2.6 Art. 100, § 11 – Aquisição de imóveis públicos com créditos de precatórios

O § 11, do art. 100, da CF/88, inova ao facultar ao credor a entrega de créditos em precatórios para compra de imóveis públicos do respectivo Ente Federado devedor.¹²

O dispositivo não é autoaplicável, havendo necessidade de lei regulamentadora, de competência do respectivo Ente Federado. Até que a lei seja editada, não é possível a aquisição de imóveis públicos com créditos constituídos em precatórios.

Em que pese ainda não se ter notícia da regulamentação do dispositivo por nenhum Ente Federado, certo é que a previsão de aquisição de imóveis públicos com créditos de precatórios garantirá maior liquidez ao título, eis que converteu crédito constituído por decisão judicial em moeda circulante.

¹² Art. 100, CF/88.

§ 11. É facultada ao credor, conforme estabelecido em lei da entidade federativa devedora, a entrega de créditos em precatórios para compra de imóveis públicos do respectivo ente federado.

Com a regulamentação do dispositivo, quando e se acontecer, é previsível que haja a implementação de “mercado” de aquisição de precatórios para fins de utilização do crédito na aquisição de imóveis públicos. Hoje, já se sabe que existem grandes escritórios que se dedicam à negociação/aquisição de precatórios com deságios exorbitantes, fomentados, justamente, pela ausência de expectativa do credor quanto ao pagamento do seu título judicial.

A questão ganha maior destaque e impulso com a Emenda Constitucional n.º 62, que garantiu ao credor, nos §§ 13 e 14, do art. 100, da CF/88, o direito à cessão, total ou parcial, de seus créditos em precatórios a terceiros. Com a possibilidade de cessão de créditos em precatórios, grandes grupos econômicos poderão se utilizar desse instituto para aquisição de precatórios para os fins do § 11 (compra de imóveis públicos). A prática, contudo, poderá ser maléfica aos credores na medida em que os leva à cessão de seus créditos por valores ínfimos.

Por força do *caput*, do art. 97, do ADCT, o § 11 do art. 100 se aplica tanto aos Entes Federados que optaram pelo Regime Especial de pagamento de precatórios, quanto aos que estão sujeitos ao regime permanente.

2.7 Art. 100, § 13 e 14 – Cessão de créditos em precatórios

O § 13 do art. 100 estabelece o regramento constitucional para a cessão, total ou parcial, de créditos em precatórios a terceiros, destacando que a operação independe da concordância do devedor.¹³

Trata-se do reconhecimento de prática comumente verificada na realidade do sistema precatorial, eis que se tem notícia da venda de precatórios com deságios variados. A prática tem suas raízes na ausência de efetivo pagamento de precatórios ao longo de décadas, o que gerou uma dívida vultosa para as Fazendas Públicas.

13 Art. 100, CF/88.

§ 13. O credor poderá ceder, total ou parcialmente, seus créditos em precatórios a terceiros, independentemente da concordância do devedor, não se aplicando ao cessionário o disposto nos §§ 2º e 3º.

§ 14. A cessão de precatórios somente produzirá efeitos após comunicação, por meio de petição protocolizada, ao tribunal de origem e à entidade devedora.

A parte final do § 13 reza que não se aplicará ao cessionário o disposto nos §§ 2º e 3º do art. 100 da CF/88. A vedação constitucional é indispensável para a preservação do instituto.

A medida se justifica, na medida em que a permissão de aplicação dos §§ 2º e 3º do art. 100 ao cessionário poderia estimular fraudes processuais. Imagine um processo em fase de execução, com apenas um credor no pólo ativo, cujo valor total do crédito importe em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). O credor poderia simular a cessão dos seus créditos a 10 pessoas, o que implicaria na divisão do crédito entre eles, ficando cada um com R\$5.000,00 (cinco mil reais). Se o texto constitucional permitisse a aplicação do § 3º do art. 100 ao cessionário, os créditos individualizados seriam considerados obrigações de pequeno valor, cuja execução prescinde de precatório. Ou seja, o credor originário (cedente) simulou a cessão e receberá o seu crédito de forma integral, sem expedição de precatório, burlando, portanto, a Constituição. O mesmo aconteceria no caso de aplicação do § 2º do art. 100 ao cessionário, que poderá simular cessão de créditos em precatórios a idoso (60 anos) e/ou portador de moléstia grave.

Diante da vedação constitucional imposta na parte final do § 13 do art. 100, deixo duas indagações para reflexão: Poderá o cessionário renunciar ao valor excedente para fins de enquadramento do crédito cedido na categoria de obrigação de menor valor, o que permitiria a conversão de precatório expedido após a promulgação da EC n.º 37/2002 em Requisição de Pequeno Valor? O crédito cedido parcialmente continuará a ser considerado como parte de um todo, sob a ótica jurídico-processual?

Em que pese a cessão se operar sem a necessidade de concordância da entidade devedora, o § 14 do art. 100 traz regra condicionante ao estabelecer que a cessão de créditos em precatórios somente produzirá efeitos após comunicação ao tribunal de origem e à entidade devedora. A comunicação deverá ser feita nos autos judiciais, por meio de petição protocolada no Tribunal responsável pela expedição do precatório, com reque-

rimento de intimação da entidade devedora para fins de ciência da cessão.

A redação do § 14 não é das melhores, eis que pode nos levar à precipitada conclusão de que é necessário duas petições, uma endoprocessual comunicando o tribunal de origem; e outra, via administrativa, comunicando a entidade devedora.

Não me parece, todavia, seja essa a determinação contida na norma constitucional. A petição deverá ser dirigida apenas ao tribunal, com requerimento de que seja dada ciência à entidade devedora da cessão de créditos em precatórios.

A cessão de créditos em precatórios, além de ganhar status constitucional, foi alvo de regulamentação pelo Conselho Nacional de Justiça.

No âmbito constitucional, além de previsão expressa no art. 100, §§ 13 e 14, conforme já exposto alhures, a cessão foi, igualmente, tratada no art. 5º da Emenda Constitucional n.º 62. De acordo com o novel dispositivo, todas as cessões de precatórios efetuadas antes da promulgação da citada Emenda foram convalidadas, independentemente da concordância da entidade devedora. A convalidação das cessões já efetuadas veio pacificar os conflitos judiciais em torno do tema. Trata-se do reconhecimento da constitucionalidade e legalidade das cessões de créditos em precatórios efetuadas antes do novo regime de precatórios (permanente ou especial) instituído pela Emenda Constitucional n.º 62, de 09/12/2009.

Na esfera do Conselho Nacional de Justiça a questão foi regulamentada pela Resolução n.º 115, de 29/06/2010.¹⁴

A Resolução dispõe no § 1º, do art. 16, que o crédito cedido não perde a sua natureza. Estabelece o dispositivo *in focu* que a não aplicação ao cessionário dos §§ 2º e 3º do art. 100, da CF/88, “*não obsta o gozo, pelo cessionário, da preferência de que trata o § 1º do art. 100, quando a origem do débito se enquadrar em uma das hipóteses nele previstas*”. Ou seja, se o crédito cedido tiver natureza alimentar, ele não perderá essa natureza após a cessão, continuando o cessionário a gozar da preferência

14 A Resolução n.º 115 do CNJ trata da cessão de créditos em precatórios nos seus artigos 16 e 17.

de pagamento sobre os de natureza comum. Na prática, a Resolução valoriza o crédito alimentar na hora da cessão, garantindo ao cedente desse tipo de crédito maior poder de negociação.

O § 4º, do art. 16, reafirma a imutabilidade da natureza do crédito cedido ao dispor que *“a cessão de créditos não alterará a natureza comum ou alimentar do precatório e não prejudicará a compensação, sendo considerado, para esse fim, o credor originário.”*

Prescreve ainda a Resolução, que o cessionário deverá integrar o pólo ativo da ação, sempre em conjunto com o cedente, seja no caso de cessão total ou parcial do crédito.¹⁵ A presença do cessionário e do cedente no pólo ativo é indispensável para fins de garantir aplicabilidade e concretude às vedações constitucionais que são impostas ao cessionário pela parte final do § 13 e para fins de garantir o direito de compensação prescrito no § 9º, ambos do art. 100, da CF/88.

Com já restou demonstrado, os normativos dos §§ 13 e 14 são aplicáveis tanto ao regime permanente quanto ao regime especial.

Uma questão para reflexão: o § 13 dispõe sobre a cessão de créditos em precatórios e estabelece que ao cessionário não se aplicam os §§ 2º e 3º, do art. 100. Se há necessidade do crédito estar constituído em precatório, o § 3º, do art. 100, que trata da prescindibilidade de precatório no caso de execução de Obrigação de Oequeno Valor (OPV), aplicar-se-á em qual hipótese?

O escopo da norma constitucional é impedir o fracionamento da execução. A cessão poderia ensejar a constituição de créditos que, individualizados, se enquadrariam como obrigações de pequeno valor, ocasionando a desconstituição de precatório expedido após a Emenda Constitucional n.º 37, em requisição de pequeno valor. Tal prática, conforme já exposto, poderia encorajar fraudes processuais.

15 Resolução n.º 115, CNJ: Art. 17. Nos precatórios submetidos ao regime especial de que trata o art. 97 do ADCT, poderá ocorrer cessão do crédito a terceiros, pelo credor, aplicando-se as normas do artigo 16, caput e seus §§ 1º e 2º, devendo a comunicação da cessão ser protocolizada junto ao Presidente do Tribunal de origem do precatório, que comunicará à entidade devedora e, após decisão, *promoverá a alteração da titularidade do crédito, sem modificação na ordem cronológica.*

2.8 Art. 100, § 12 – Critérios para atualização de precatórios

A matéria, a princípio, não demandaria grandes digressões jurídicas face à sua pseudo simplicidade.

Todavia, em razão do grande acúmulo de precatórios pendentes de pagamento, a atualização dos seus créditos revela, na prática, grandes debates jurídicos/contábeis.

E o debate jurídico se explica diante da sequência de alterações legislativas que regulam a matéria.

Na Justiça do Trabalho, por exemplo, podemos destacar os seguintes marcos legislativos aplicáveis na atualização dos créditos trabalhistas:

- 1- Art. 39, § 1º, da Lei n.º 8.177, de 01/03/1991: estabelece que “os débitos trabalhistas constantes de condenação pela Justiça do Trabalho ou decorrentes dos acordos feitos em reclamatória trabalhista, quando não cumpridos nas condições homologadas ou constantes do termo de conciliação, serão acrescidos, nos juros de mora previstos no caput juros de um por cento ao mês, contados do ajuizamento da reclamatória e aplicados pro rata die, ainda que não explicitados na sentença ou no termo de conciliação”;
- 2- Art. 1º-F, da Lei n.º 9.494/1997, introduzido pela MP 2.180-35, de 24/08/2001: estabelece que “os juros de mora, nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, não poderão ultrapassar o percentual de seis por cento ao ano. Nos casos de condenação subsidiária da Fazenda Pública, os juros de mora aplicáveis continuaram no percentual de 1% ao mês;
- 3- Art. 1º-F, da Lei n.º 9.494/1997, com alteração promovida pela Lei n.º 11.960, de 29/06/2009: estabelece que nas “condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação

da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.” A partir da Lei n.º 11.960, a correção dos valores devidos pela Fazenda Pública, independentemente da sua natureza, deverão observar os índices oficiais e os juros aplicados à caderneta de poupança;

Na Justiça Comum Estadual, os marcos legislativos aplicáveis na correção dos créditos inscritos em precatórios apresentam algumas peculiaridades, destacando-se, contudo, que a Lei n.º 9.494/1997 tem aplicação em todas as condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente da Justiça prolatora da decisão (se comum ou federal).

O Ato Normativo n.º 26/2010 do Tribunal de Justiça do Espírito Santo resume, com acerto, a evolução legislativa em questão, estabelecendo critérios a serem aplicados aos precatórios expedidos antes e depois do advento da Emenda Constitucional n.º 62. Percebe-se que o TJES fixou os critérios de correção dos créditos em precatórios de acordo com as novas regras do § 12 do art. 100, do § 16, do art. 97, do ADCT, e do regramento da Resolução n.º 115 do CNJ, razão pela qual pedimos vênua para utilizarmos como referência no presente trabalho.

Estabelece o citado Ato Normativo, no seu art. 2º, que “aos precatórios expedidos anteriormente ao advento da Emenda Constitucional nº 62, de 09 de novembro de 2009, a conferência dos valores dever ser realizados seguindo os seguintes critérios:

§ 1º. Até o advento da Emenda Constitucional nº 62/2010, ou seja, até 09.12.2009:

- I - Com relação à correção monetária, deverá a Central de Precatórios observar o índice adotado pela Egrégia Corregedoria Geral da Justiça (IPC/INPC) ou outro porventura consignado na sentença, decisão ou acórdão transitado em julgado, prevalecendo este último, se fixado.
- II - No que se refere à taxa de juros, deverá a Central de Precatórios, primeiramente, observar a taxa de juros fixada pela sentença, decisão ou acórdão, transitado em julgado, com a advertência de que:

- a) Não tendo sido fixada a taxa de juros na sentença, decisão ou acórdão transitado em julgado, deve ser verificada a possibilidade de incidência da Medida Provisória nº 2.180-35 (DOU 27.08.2001) ou da Lei nº 11.960/2009 (DOU 30.06.2009).
- b) Não tendo sido fixada a taxa de juros na sentença, decisão ou acórdão transitado em julgado, e não incidindo as hipóteses previstas na Medida Provisória nº 2.180-35 (DOU 27.08.2001) ou na Lei nº 11.960/2009 (DOU 30.06.2009), deverá a Central de Precatórios cindir o cálculo quanto ao período anterior e posterior ao Código Civil de 2002, aplicando, até 10/01/2003, a taxa de juros de 0,5% (meio por cento) ao mês, e, a partir de 11 de janeiro de 2003, a taxa de juros de 1% (um por cento) ao mês.

§ 2º. Após o advento da Emenda Constitucional nº 62/2009, ou seja, a partir de 10.12.2009:

- I - No que se refere à correção monetária, deverá ser utilizado o índice de remuneração básica das cadernetas de poupança (Taxa Referencial - TR).
- II - No tocante aos juros, deve ser aplicada a taxa devida nos depósitos da caderneta de poupança (0,5% - meio por cento ao mês), excluída a incidência de juros desde 02 de julho do ano da requisição do pagamento, até 31 de dezembro do ano subsequente, se o pagamento houver sido feito naquele interregno (prazo previsto no art. 100, § 5º, da CF).
- III - Não são devidos juros compensatórios a partir da Emenda Constitucional nº 62/2010 quanto aos precatórios que já haviam sido expedidos antes de seu advento.

Já o art. 3º estabelece os critérios aplicáveis aos precatórios expedidos posteriormente ao advento da Emenda Constitucional nº 62, de 09 de novembro de 2009:

§ 1º. Até o protocolo do ofício requisitório junto ao Tribunal correspondente, conforme art. 4º, da Resolução do CNJ aprovada no dia 29.06.2010, atender-se-á ao seguinte:

- I - Com relação à correção monetária, deverá a Central de Precatórios observar o índice adotado pela Egrégia Cor-

regedoria Geral da Justiça (IPC/INPC) ou outro porventura consignado na sentença, decisão ou acórdão transitado em julgado, prevalecendo este último, se fixado.

- II - No que se refere à taxa de juros, deverá a Central de Precatórios, primeiramente, observar a taxa de juros fixada pela sentença, decisão ou acórdão, transitado em julgado, com a advertência de que:
- a) Não tendo a sentença fixado a taxa de juros, deverá ser verificada a possibilidade da incidência da Medida Provisória nº 2.180-35 (DOU 27.08.2001) ou da Lei nº 11.960/2009 (DOU 30.06.2009).
 - b) Não tendo sido fixada a taxa de juros pela sentença, nem incidindo as hipóteses previstas na Medida Provisória nº 2.180-35 (DOU 27.08.2001) ou da Lei nº 11.960/2009 (DOU 30.06.2009), deverá a Central de Precatórios cindir o cálculo quanto ao período anterior e posterior ao Código Civil de 2002, aplicando, até 10/01/2003, a taxa de juros de 0,5% (meio por cento) ao mês, e, a partir de 11 de janeiro de 2003, a taxa de juros de 1% (um por cento) ao mês.

§ 2º. Após o protocolo do ofício requisitório junto ao Tribunal correspondente, conforme dispõe o art. 4º, da Resolução do CNJ aprovada no dia 29.06.2010, c/c o § 16, do art. 97, do ADCT, introduzido pela EC nº 62/2009, observar-se-á o seguinte:

- I - No que se refere à correção monetária, deverá ser utilizado o índice de remuneração básica das cadernetas de poupança (Taxa Referencial - TR).
- II - No tocante aos juros, deve ser aplicada a taxa devida nos depósitos da caderneta de poupança (0,5% - meio por cento ao mês), excluída a incidência de juros desde 02 de julho do ano da requisição do pagamento, até 31 de dezembro do ano subsequente, se o pagamento houver sido feito naquele interregno (Prazo do art. 100, § 5º, da CF).

Uma indagação merece ser feita. Tendo o § 12, do art. 100, e o § 16, do art. 97, do ADCT, fixado os mesmos critérios para

atualização dos valores inscritos em precatórios, porque razão os dois dispositivos são aplicáveis ao regime especial?

A primeira observação diz respeito ao momento de incidência dos dois dispositivos. O § 12, do art. 100, tem incidência sobre os precatórios ainda não expedidos, eis que o texto constitucional faz expressa menção da sua incidência após a expedição do precatório. Já o § 16, do art. 97, do ADCT, tem incidência sobre os precatórios pendentes de pagamento na data de promulgação da EC n.º 62.

A segunda, reforça a aplicação simultânea dos dois dispositivos na medida em que novos precatórios serão expedidos durante o regime especial, tendo os seus valores corrigidos na forma do § 12, do art. 100. Ademais, nem todos Entes Federados ingressaram no regime especial, razão pela qual estão submetidos às regra do regime permanente, entre elas, a do § 12, do art. 100, da CF/88.

Certo é que a definição dos elementos que compõem o índice oficial da caderneta de poupança será alvo de acaloradas discussões. O Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução n.º 115, regulamentou a questão ao estabelecer que “o índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança é o índice aplicado mensalmente à caderneta de poupança, excluída a taxa de juros que o integra”. E mais, o CNJ, com o fito de evitar a judicialização do tema, irá divulgar, “mensalmente, a tabela de atualização de precatórios judiciais, com índices diários a partir de 29/06/09, data da Lei 11.960/09, a qual integrará o Sistema de Gestão de Precatórios – SGP, e seu aplicativo de cálculo¹⁶”.

Esses, portanto, são os critérios aplicáveis na correção dos créditos inscritos em precatórios, considerando-se os marcos legislativos que trataram do tema.

2.9 Art. 100, § 15 – Regime Especial

De acordo com o § 15, do art. 100, lei complementar à Constituição Federal poderá estabelecer regime especial para paga-

16 Art. 37, §§ 1º e 2º, da Resolução n.º 115, do CNJ.

mento de crédito de precatórios de Estados, Distrito Federal e Municípios, dispondo sobre vinculações à receita corrente líquida e forma e prazo de liquidação.

Até que a lei seja publicada, o regime especial de pagamento de precatórios está inteiramente regulado pelo art. 97, do ADCT, que dispõe, inclusive, pela aplicabilidade simultânea de dispositivos do art. 100, conforme já exposto alhures.

O regime especial será abordado em tópico próprio.

2.10 Art. 100, § 16 – Assunção de débitos oriundos de precatórios pela União

Dispõe o § 16, do art. 100, que “a seu critério exclusivo e na forma de lei, a União poderá assumir débitos, oriundos de precatórios, de Estados, Distrito Federal e Municípios, refinanciando-os diretamente”.

Poderá então a União, na forma da lei que vier a ser publicada (se isso acontecer), assumir débitos oriundos de precatórios dos Entes Federados, tenham eles ingressado ou não no regime especial?

A aplicabilidade do dispositivo está suspensa em relação aos Entes Federados sujeitos ao regime especial de pagamento de precatórios, por força do *caput*, do art. 97, do ADCT. A União, portanto, somente poderá assumir débitos, oriundos de precatórios dos Estados, Distrito Federal e Municípios que estejam submetidos às regras permanentes do sistema precatório – art. 100, da CF/88. Ou seja, somente os Entes Federados que NÃO estejam em mora no pagamento de seus precatórios, incluídos os da Administração Direta e Indireta.

O dispositivo não é autoaplicável, eis que dependerá de regulamentação por Lei Ordinária, conforme determina o texto constitucional.

Ressalta-se, que não há dispositivo correlato para aplicabilidade aos Entes Federados sujeitos ao regime especial de pagamento de precatórios.

3 O art. 97 do ADCT e a instituição do Regime Especial de Pagamento de Precatórios

O principal alvo de discussão jurídica que envolve a Emenda Constitucional n.º 62 diz respeito, principalmente, ao art. 97, do ADCT, que instituiu o regime especial de pagamento de precatórios.

Antes mesmo da sua promulgação, a Proposta de Emenda Constitucional n.º 12, que deu origem à EC n.º 62, já sofria severas críticas, tendo sido denominada, inclusive, de PEC DO CALOTE.

Já no próprio mês de promulgação, foi proposta a primeira ação direta de inconstitucionalidade em face da Emenda Constitucional n.º 62, apontando vícios formais e materiais no processo legislativo que a originou¹⁷.

Os fundamentos das ações diretas de inconstitucionalidade propostas em face da EC n.º 62 não serão debatidos, tendo em vista que o objetivo aqui perseguido é contribuir para o entendimento do regime especial de pagamento de precatórios, do ponto de vista da prática forense.

Feita essa breve explanação, seguimos para o regime especial propriamente dito.

O art. 97, do ADCT, introduzido pela Emenda Constitucional n.º 62, instituiu o regime especial de pagamento de precatórios estabelecendo nos seus dezoito parágrafos as regras a que estarão sujeitos os Entes Federados que optarem pelo regime em apreço. Trata-se de regra transitória que prevalecerá até que seja editada a lei complementar de que trata o § 15 do art. 100 da Constituição Federal. Não acredito que aludida lei complementar será editada, tendo em vista que o art. 97, do ADCT, já regulamenta o tema, não tendo o Congresso Nacional, a meu ver, interesse e/ou vontade política para tal.

Dispõe o *caput*, do art. 97, do ADCT, que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que, na data de publicação da Emenda Constitucional n.º 62, estejam em mora na quitação de precatórios vencidos, relativos às suas administrações direta e

17 ADI n.º 4357, Ministro Relator Ayres Brito.

indireta, inclusive os emitidos durante o período de vigência do regime especial, farão os pagamentos dos títulos de acordo com as normas estabelecidas para o regime em questão, sendo inaplicável o disposto no art. 100 da Constituição Federal, exceto em seus §§ 2º, 3º, 9º, 10, 11, 12, 13 e 14, e sem prejuízo dos acordos de juízos conciliatórios já formalizados na data de promulgação da citada Emenda Constitucional.

O *caput*, já sinaliza as primeiras regras do regime especial, dentre as quais podemos destacar o direcionamento do regime especial somente aos Entes Federados que estejam em mora no pagamento de seus precatórios, incluídos os da Administração Direta e Indireta. A mora é a *conditio sine qua non* para ingresso no regime especial.

Outra peculiaridade do regime especial é a aplicação simultânea de dispositivos do regime permanente (art. 100, da CF/88), o que o caracteriza como um sistema precatorial híbrido. Pela simples leitura do *caput*, do art. 97, pode-se concluir que os Entes Federados que optarem pelo regime especial, além de se submeterem às normas estabelecidas para o regime especial nos parágrafos do dispositivo transitório, também se sujeitarão às diretrizes constitucionais dos §§ 2º, 3º, 9º, 10, 11, 12, 13 e 14 do art. 100, da CF/88.

Numa interpretação a *contrario sensu*, chega-se à conclusão de que o *caput* e os §§ 1º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 15 e 16 do art. 100, da CF/88, estão com sua aplicabilidade suspensa aos Entes Federados que ingressaram no regime especial, enquanto durar o regime.

No capítulo 2, algumas ponderações já foram apresentadas quanto à inaplicabilidade dos dispositivos ali tratados ao regime especial, razão pela qual remetemos o leitor ao capítulo citado.

Quanto aos dispositivos do art. 100 não tratados no capítulo 2, alguns destaques merecem nossa atenção.

O *caput*, do art. 100, que trata da observância da ordem cronológica de apresentação dos precatórios no momento do pagamento está com sua aplicabilidade suspensa ao regime especial. Diante da sua inaplicabilidade, o pagamento dos precatórios sujeitos ao regime especial far-se-á sem a obrigatoriedade de observância da ordem cronológica de apresentação? Em qualquer hipótese?

O pagamento de precatórios sujeitos ao regime especial será feito de acordo com o disposto nos §§ 6º e § 8º, do art. 97, do ADCT. De acordo com os dispositivos em comento, a ordem cronológica deverá ser observada pelo Tribunal, na utilização de pelos menos 50% dos recursos vinculados ao regime especial. Os outros 50% poderão ser utilizados de acordo com opção a ser feita pelo Ente Público devedor, não havendo, obrigatoriedade, *in casu*, de observância da ordem cronológica (§ 8º).

A questão foi regulamentada pelo Conselho Nacional de Justiça, ao estabelecer que *a inobservância da ordem cronológica de apresentação e das preferências configura preterição, implicando na responsabilização do Presidente do Tribunal responsável pela quebra da ordem*.¹⁸

No tocante aos critérios a serem fixados pelos Estado, Distrito Federal e Municípios para pagamento de seus precatórios, com a parcela dos recursos que lhes cabe, o Conselho Nacional de Justiça não impôs restrições, apenas ressaltou, que deverão ser observados os princípios da impessoalidade e da moralidade, entre outros.¹⁹

Outro dispositivo do art. 100 da Constituição Federal cuja aplicabilidade está suspensa é o § 5º, que obriga as entidades de direito público a incluir no orçamento verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais apresentados até 1º de julho, a fim de que o pagamento seja feito até o final do exercício seguinte. Diante da inaplicabilidade do § 5º, inexistente obrigatoriedade do ente federado sujeito ao regime especial incluir no orçamento os valores requisitados em precatórios?

Durante a vigência do regime especial inexistente obrigatoriedade de inclusão no orçamento. A obrigatoriedade imposta ao ente federado que optou regime especial é de vinculação de recursos para o pagamento de precatórios judiciais expedidos em face da Administração Direta e Indireta, sob pena de sequestro. Ademais, os precatórios expedidos durante o regime especial serão incluídos na lista unificada, em ordem cronológica de

18 Art. 9º, III, da Resolução n.º 115 do CNJ.

19 Art. 30, da Resolução n.º 115 do CNJ.

apresentação, conforme determina o próprio *caput* do art. 97, do ACT. O tema será tratado em capítulo próprio.

Com relação ao § 8º, do art. 100, que veda o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução para fins de enquadramento de parcela do total do crédito como obrigação de pequeno valor, o dispositivo não se aplica ao regime especial. Todavia, o § 11, do art. 97, do ADCT, admite, no caso de litis-consórcio ativo²⁰, o desmembramento do valor, realizado pelo Tribunal de origem do precatório, por credor, para fins de habilitação em leilão²¹ do valor total ou parcial a que tem direito. Não se permite, contudo, o desmembramento do valor da execução, por credor, para fins de enquadramento na regra do § 3º do art. 100 da Constituição Federal (obrigação de pequeno valor).

O *caput*, do art. 97 ainda preconiza que os acordos já formalizados perante Juízos Conciliatórios na data de promulgação da Emenda Constitucional n.º 62 devem ser preservados. A preservação dos acordos implica na observância da forma de pagamento, data e valores acordados. A fim de compatibilizar a preservação dos acordos com a instituição do regime especial, o § 15 da norma transitória estabelece que o saldo dos acordos judiciais e extrajudiciais ainda pendentes de pagamento ingressarão no regime especial²².

Quantos aos demais dispositivos do art. 100 inaplicáveis ao regime especial, remetemos o leitor ao capítulo 2.

20 A EC n.º 62 não contemplou os casos de substituição processual. Nesses casos, o substituído não poderá haver o desmembramento do seu crédito para fins de habilitação em leilão. Cabe frisar, que o entendimento que prevalece no Tribunal Superior do Trabalho é o da impossibilidade de individualização dos créditos dos substituídos para fins de expedição de enquadramento em obrigação de pequeno valor, o que permitiria o pagamento via execução direta, sem precatório. No caso de litis-consórcio, o TST já pacificou a questão por meio da OJ n.º 9 do Tribunal Pleno: PRECATÓRIO. PEQUENO VALOR. INDIVIDUALIZAÇÃO DO CRÉDITO APURADO. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA PLÚRIMA. EXECUÇÃO DIRETA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. DJ 25.04.2007 Tratando-se de reclamações trabalhistas plúrimas, a aferição do que vem a ser obrigação de pequeno valor, para efeito de dispensa de formação de precatório e aplicação do disposto no § 3º do art. 100 da CF/88, deve ser realizada considerando-se os créditos de cada reclamante.

21 O leilão é uma das formas de pagamento de precatórios permitidas pelo inciso I, do § 8º do art. 97 do ADCT, que poderá ser utilizada pela entidade pública devedora durante o regime especial.

22 Art. 97, ADCT, § 15: Os precatórios parcelados na forma do art. 33 ou do art. 78 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e *ainda pendentes de pagamento ingressarão no regime especial com o valor atualizado das parcelas não pagas relativas a cada precatório, bem como o saldo dos acordos judiciais e extrajudiciais. (destaque nosso).*

3.1 O regime especial e a vinculação de recursos públicos

O regime especial de pagamento de precatórios prevê, no § 1º, do art. 97 do ADCT, duas modalidades de vinculação de recursos para fins de pagamento dos precatórios judiciais, cuja opção será exercida por ato do Poder Executivo, *in casu*, por meio de Decreto.

Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios em mora no pagamento de seus precatórios, incluídos os da Administração Direta e Indireta, poderão optar pelo depósito em conta especial de percentual da receita corrente líquida (inciso I, do §1º) ou pelo parcelamento do débito total de precatórios em 15 anos (inciso II, do §1º). A opção por uma das modalidades de regime especial (vinculação à receita corrente líquida ou parcelamento em 15 anos) é de livre escolha do Chefe do Poder Executivo.

Optando pela vinculação de recursos à receita corrente líquida, o Ente Federado deverá observar qual o seu enquadramento nas regras do § 2º, para fins de definição do percentual que será utilizado no cálculo dos valores a serem destinados para saldar os precatórios vencidos e a vencer.

Nos casos dos Estados ou Distrito Federal, o valor a ser depositado, mensalmente, corresponderá a 1/12 avos do valor percentualmente calculado sobre as respectivas receitas correntes líquidas (1,5% ou 2%), apuradas no segundo mês anterior ao mês de pagamento.

O percentual a que estará sujeito o Ente Federado será determinado pelo total devido em precatórios na data da promulgação da EC n.º 62, incluindo os débitos da Administração Direta e Indireta, autarquias, fundações e universidades vinculadas à Unidade Devedora.

Na hipótese do inciso I, alínea 'a', do § 2º, do art. 97 do ADCT, o percentual será de, no mínimo, 1,5% e aplicar-se-á aos Estados das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, independentemente do valor total de suas dívidas com precatórios. Os Estados das demais regiões só estarão sujeitos ao percentual de 1,5% se, e somente se, os seus estoques de precatórios corresponderem a até 35% do total da receita corrente líquida.

Se o estoque de precatórios dos Estados das regiões sul e sudeste for superior a 35% do total da sua receita corrente líquida, o percentual será, no mínimo, de 2%, conforme determina a alínea 'b', do inciso I, do § 2º, do art. 97.

Com relação aos Municípios a única diferença para os Estados é o percentual, que será, no mínimo, de 1% ou 1,5%, de acordo com o inciso II, do §2º do art. 97.

Optando o Ente Federado pelo regime especial pelo prazo de 15 anos (inciso II, do §1º, do art. 97), o valor a ser depositado, anualmente, corresponderá ao saldo devedor total dos precatórios, atualizados de acordo o normativo constitucional, dividido pelo número de anos restantes. Ou seja, no primeiro ano do regime especial o valor a ser depositado corresponderá a 1/15 avos do saldo total de precatórios devidos. No segundo ano, a 1/14 avos; no terceiro a 1/13 avos; e assim sucessivamente durante quinze anos. Cabe registrar, que os precatórios expedidos durante a vigência do regime especial serão computados no saldo devedor para fins de apuração do valor a ser depositado.

Algumas indagações surgiram quanto à periodicidade dos depósitos no regime especial de parcelamento em 15 anos. Para o Ente Federado que optou pelo parcelamento em 15 anos, os depósitos na conta especial podem ser mensais, bimestrais ou semestrais? Ou deve ser feito um único depósito em dezembro de cada ano?

A Resolução n.º 115 estabelece que a entidade devedora que optar pelo regime especial anual, promoverá o depósito até dezembro de 2010. Presume-se, então, a periodicidade dos depósitos poderá ser mensal, bimestral ou de acordo com outra opção feita pela entidade devedora. Os recursos vinculados anualmente devem ser integralizados, contudo, até dezembro de cada ano.

Para cada Ente Federado sujeito ao regime especial deverão ser abertas 2 (duas) contas especiais, uma vinculada ao pagamento na ordem cronológica (§6º, art. 97), outra vinculada para pagamento mediante leilão, ordem crescente de valor por precatório ou acordo direto com credores (§8º, do art. 97).

Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que preencham os requisitos para ingresso no regime especial de paga-

mento de precatórios tiveram o prazo de 90 dias para exercerem a opção por uma das modalidades de vinculação de recursos, contados da publicação da Emenda Constitucional n.º 62, que ocorreu em 10/12/2009. Em 10/03/2010, portanto, encerrou-se o prazo para que os Entes Federados em mora com os seus precatórios adotassem o regime especial como regra para a quitação de seus débitos aludidos títulos judiciais.

Acaso o Ente Federado em mora no pagamento de precatórios não exerça a opção de que trata o art. 97, § 1º, do ADCT, estará obrigado à inclusão no orçamento de verbas necessárias ao pagamento de precatórios pendentes, nos termos do § 5º do art. 100 da Constituição Federal, ou sujeitos ao sequestro previsto no § 6º do mesmo artigo. Assim, não optando pelo regime especial, o Ente Federado em mora se sujeitará às regras do regime de precatórios do art. 100 da CF/88²³.

E poderá o Ente Federado optar por uma alternativa de regime especial (1,5% ou 15 anos) e, se necessário, modificar a opção em momento posterior? E mais: Um novo governador em 2011 pode preferir uma alternativa diferente da escolhida por seu antecessor?

A parte final do §2º, do art. 97, determina que o percentual incidente sobre a receita corrente líquida, calculado no momento de opção pelo regime, não poderá ser alterado durante a vigência do regime especial. O dispositivo fala apenas de percentual e se refere, tão-somente, ao regime de vinculação à receita corrente líquida. A EC n.º 62 não traz nenhuma vedação expressa para a mudança de modalidade de regime especial. A questão é polêmica e merece reflexão detida e cautelosa dos operadores do direito.

O regime especial de pagamento de precatório previsto no inciso I do § 1º, do art. 97 (vinculação ao percentual da receita corrente líquida), vigorará enquanto o valor dos precatórios devidos for superior ao valor dos recursos vinculados, ou pelo prazo

23 Inicialmente se pensou que o regime especial era obrigatório para todos os Entes Federados em mora no pagamento de precatórios, embora a Emenda Constitucional n.º 62 não tenha fixado nenhuma sanção pelo não exercício da opção de que trata o §1º, do art. 97 do ADCT. A questão foi pacificada pelo Conselho Nacional de Justiça, notadamente, no art. 18 da Resolução n.º 115, ao deixar claro que o regime especial é uma opção aberta aos Entes Federados, que poderão, caso queiram, continuar pagando seus precatórios sob a égide das normas do art. 100 da Constituição Federal.

fixo de até 15 (quinze) anos, no caso da opção prevista no inciso II do citado dispositivo.

Com o término do regime especial, o Ente Federado passará a observar o sistema precatorial estabelecido no art. 100 da Constituição Federal.

3.2 Gestão das contas especiais. Distribuição de recursos entre os Tribunais. Unicidade de listas de precatórios

A Emenda Constitucional n.º 62 atribuiu ao Tribunal de Justiça local o encargo de administrador das contas especiais abertas para o fim de acatamento dos recursos vinculados destinados ao pagamento de precatórios expedidos pelos demais tribunais (*in casu*, TRT e TRF).

O encargo conferido ao Tribunal de Justiça local é alvo de insatisfações dos demais tribunais, principalmente, dos Tribunais Regionais do Trabalho, que detêm uma parcela de precatórios pendentes de pagamento. A constitucionalidade do §4º, do art. 97 do ADCT, que fixou a competência do Tribunal de Justiça, é questionada, inclusive, pela Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4400, distribuída ao Ministro Ayres Brito, que adotou o rito simplificado do art. 12, da Lei 9.868/1999.

No propósito de amenizar a insatisfação dos Magistrados trabalhistas, o Conselho Nacional de Justiça estabeleceu que *a gestão das contas especiais compete ao Presidente do Tribunal de Justiça de cada Estado, com o auxílio de um Comitê Gestor integrado por um magistrado titular e suplente indicados pelos respectivos Presidentes de cada um dos Tribunais com jurisdição sobre o Estado da Federação respectivo e que tenham precatórios a serem pagos com os recursos vinculados do regime especial.*

O Comitê Gestor democratiza a administração dos recursos vinculados do regime especial de pagamento de precatório na medida em que há participação de representante do Tribunal Regional do Trabalho e do Tribunal Regional Federal com jurisdição sobre o Estado respectivo.

A administração das contas especiais por um único Tribunal também ensejou indagações quanto aos procedimentos que seriam adotados para o pagamento dos precatórios dos demais tribunais. Cada Tribunal possui listas próprias de precatórios, individualizadas para cada entidade da Administração Pública Direta e Indireta (autarquias, fundações etc...). O pagamento iniciar-se-ia por qual lista? De qual tribunal? Como será o pagamento dos precatórios expedidos pelos Tribunais Regionais do Trabalho e pelos Tribunais Regionais Federais? Deverão os tribunais solicitar verba ao Tribunal de Justiça? Como ficaria a divisão dos recursos entre os tribunais? A quem competirá a fixação do percentual que será destinado a cada tribunal? Competirá às Presidências dos Tribunais estabelecerem os critérios de divisão dos recursos vinculados, para pagamento dos precatórios expedidos no âmbito das suas respectivas jurisdições? Poderá o Chefe do Poder Executivo fixar o percentual que será destinado a cada tribunal, no momento de escolha do regime especial de pagamento, por meio de decreto, considerando-se o montante devido e a mora em cada tribunal? Para os 50% destinados às negociações (§8º, do art. 97), os recursos serão divididos igualmente entre os tribunais? Os recursos serão divididos proporcionalmente ao saldo devedor?

Em que pese as inúmeras indagações surgidas em torno da gestão das contas especiais e da distribuição de recursos entre os tribunais, a resposta dada pela Emenda Constitucional n.º 62 e pelo Conselho Nacional de Justiça é única: unificação de listas de precatórios de todos os tribunais, incluídos os da Administração Direta e Indireta.

Considerando que os recursos vinculados destinados ao pagamento em ordem cronológica são depositados em uma única conta, somente com a unicidade da listagem de precatórios do Ente Federado é possível operacionalizar o pagamento de precatórios à luz do regime especial instituído pelo art. 97 do ADCT.

Hoje, os tribunais trabalham com uma lista única de precatórios, em ordem cronológica de apresentação. A lista, portanto, é intercalada com precatórios de todos os tribunais com jurisdição sobre o Estado da Federação respectivo e que tenham pre-

catórios a serem pagos com os recursos vinculados do regime especial.

Em razão da unificação das listas de precatórios, poderá ocorrer a coincidência de datas de expedição entre dois precatórios de tribunais distintos. O § 7º do artigo 97 do ADCT, prevê o pagamento do precatório de menor valor primeiramente, quando entre dois precatórios não for possível estabelecer a precedência cronológica.

Os tribunais, contudo, devem manter o controle separado sobre as listas de precatórios de cada entidade da Administração Pública Direta e Indireta, tendo em vista que o regime especial é uma regra transitória. Com o seu término, o Ente Federado retorna ao cumprimento das normas do regime permanente do art. 100 da Constituição Federal, o que implicará na observância de listas distintas para cada tribunal, como acontecia no regime de precatórios anterior à Emenda Constitucional n.º 62.

3.3 *Créditos preferenciais. Ordem cronológica própria*

O direito de preferência no pagamento de precatórios é tratado no §2º, do art. 100 da Constituição Federal e nos §§6º e 18, do art. 97 do ADCT.

Pela nova redação do §2º do art. 100, uma lista de precatórios preferenciais foi instituída, englobando os credores idosos (60 anos ou mais na data de expedição do precatório) e os portadores de moléstia grave, tema já tratado no subcapítulo 2.1, ao qual remetemos o leitor.

O §2º do art. 100 tem aplicação direcionada aos precatórios alimentares que serão expedidos durante a vigência do regime. Para os precatórios já expedidos aplica-se o §18, do art. 97, do ADCT. Não há, assim, qualquer conflito entre o disposto no §2º, do art. 100, e o preceito do §18, do art. 97, do ADCT.

O §18 não faz qualquer restrição aos créditos de natureza alimentar, o que nos leva a crer que todos os credores com mais de 60 anos na data da promulgação da EC n.º 62, independentemente da natureza do crédito (comum ou alimentar) gozarão de preferência de pagamento até o valor equivalente ao triplo

do fixado na lei local do ente público devedor para a Obrigação de Pequeno Valor. O valor excedente manterá a posição original na ordem cronológica de pagamento e será quitado, durante a vigência do regime especial, na forma prevista nos §§ 6º e 7º (observância da ordem cronológica) ou nos incisos I, II e III do § 8º (leilão, pagamento à vista ou negociação), todos do art. 97 do ADCT.

Antes da Emenda Constitucional n.º 62, a questão acerca do direito de preferência de pagamento integral dos precatórios, cujos credores sejam portadores de moléstia grave, era tema recorrente no Tribunal Superior do Trabalho, que consolidou o entendimento de que a ordem cronológica deve ser rigorosamente observada, não havendo previsão constitucional para pagamento antecipado de tais precatórios. O pagamento antecipado caracterizaria quebra da ordem cronológica.

Com relação aos precatórios expedidos após a promulgação da EC n.º 62, cabe ressaltar, que se o credor não contar com mais de 60 anos na data de expedição de seu precatório, não terá direito ao pagamento preferencial. Não se aplica ao seu crédito o §2º, do art. 100, nem o §18, do art. 97, do ADCT.

Como já ressaltado alhures, o direito de preferência é personalíssimo e o seu exercício dependerá de requerimento expresso do credor, com juntada dos documentos necessários à comprovação da sua condição, antes da apresentação do precatório ao Tribunal competente, devendo o juízo da execução processar e decidir o pedido. Para os precatórios já apresentados ou expedidos, os pedidos de pagamento preferencial, previsto no § 2º do art. 100 da CF/88 ou no §18 do art. 97 do ADCT, devem ser dirigidos ao Presidente do Tribunal de origem do precatório, que decidirá, na forma do seu Regimento Interno, assegurando-se o contraditório e ampla defesa.

A Emenda Constitucional n.º 62 não esclarece se nos casos de credores idosos ou portadores de moléstia grave que litigam em litisconsórcio ativo ou na qualidade de substituídos (casos de substituição processual), haverá individualização dos seus créditos para fins de enquadramento como preferenciais.

Diante da ausência de vedação constitucional, não caberá ao intérprete afastar a aplicação do §2º do art. 100 da CF/88 ou

do §18 do art. 97 do ADCT, aos credores que atuam em litis-consórcio ou na qualidade de substituídos. O Conselho Nacional de Justiça posicionou-se nesse sentido ao estabelecer que o pagamento de crédito preferencial será efetuado por credor, sem discriminar a qualidade com que integra a relação jurídico-processual. Cabe ressaltar, contudo, que o CNJ fez menção, apenas, à preferência prevista no § 2º do art. 100 da CF/88, o que não se justifica²⁴.

De acordo com as normas constitucionais e as determinações do Conselho Nacional de Justiça, os créditos preferenciais serão pagos observando-se a seguinte ordem:

- 1 - doentes graves (até o limite de 3 OPV's);
- 2 - idosos (até o limite de 3 OPV's);
- 3 - alimentares (concorrem com os comuns no mesmo ano);
- 4 - comuns.

A definição, identificação, reclassificação e elaboração da lista dos precatórios com créditos preferenciais competem aos tribunais, tendo em vista que os recursos para pagamento de aludidos créditos serão deduzidos dos valores depositados na conta especial destinada à ordem cronológica, nos termos do §6º, do art. 97 do ADCT, e do §1º, do art. 10, da Resolução n.º 115 do CNJ.

E não é só esse fato a justificar a responsabilidade dos tribunais pela elaboração da lista dos créditos preferenciais. O CNJ reafirmou que a inobservância da ordem cronológica de apresentação e das preferências configura preterição, implicando na responsabilização do Presidente do Tribunal responsável pela quebra da ordem.

O Ente Federado não tem qualquer interesse jurídico/econômico capaz de justificar sua ingerência na elaboração da lista dos precatórios com créditos preferenciais.

A identificação dos créditos preferenciais se torna tormentosa nos casos de sucessão por morte do credor originário. O direito de

24 Art. 10, *caput*, da Resolução n.º 115 do CNJ.

preferência transmite-se aos herdeiros/sucedores? E se o herdeiro/sucessor tiver mais de 60 anos ou for portador de moléstia grave? Nesses casos, se ele preencher os requisitos do §2º, do art. 100 da CF/88, ou os do §18, do art. 97, do ADCT, terá direito ao pagamento do seu quinhão na qualidade de credor preferencial. A questão, contudo, deverá ser resolvida pelos tribunais.

3.4 Utilização dos recursos financeiros: vinculação e discricionariedade da Administração Pública

De acordo com o §6º, do art. 97 do ADCT, o Ente Federado deverá destinar, pelo menos, 50% dos recursos vinculados de que tratam os §§ 1º e 2º do mesmo dispositivo para pagamento de precatórios em ordem cronológica de apresentação, respeitadas as preferências definidas no § 1º, para os requisitórios do mesmo ano e no § 2º, do art. 100, da Constituição Federal, para requisitórios de todos os anos.

Com relação à preferência de pagamento garantida aos créditos de natureza alimentar pelo art. 100, § 1º, da CF/88, será apurada por ano, ou seja, dentro de um determinado ano, apurar-se-á todos os precatórios expedidos, tendo preferência de pagamento os de natureza alimentar sobre os de natureza comum.

Quanto aos credores com 60 anos idade ou mais na data da expedição do precatório e os portadores de moléstia grave, nos termos do art. 100, § 2º da CF/88, deverão ser considerados todos os precatórios já expedidos e os que vierem a ser durante a vigência do regime especial.

Os outros 50% dos recursos serão destinados ao pagamento de precatórios, por meio dos instrumentos previstos nos incisos do § 8º, do art. 97 do ADCT, cuja opção será feita por ato discricionário do Poder Executivo, com exceção do inciso III, cuja regulamentação exige edição de lei no sentido formal.

O §8º prevê três formas de pagamento de precatórios, que poderão ser utilizadas de maneira isolada ou simultaneamente.

A primeira é a utilização de leilão, que consiste no pagamento do precatório cujo credor ofertar o maior deságio para quitação de seu título. Trata-se, na verdade, de leilão às inver-

sas, pois quem irá ofertar o lance (deságio) é o credor. Para a realização dos leilões, os Tribunais deverão firmar convênios com entidade autorizada pela Comissão de Valores Mobiliários ou pelo Banco Central do Brasil.

O Conselho Nacional de Justiça, tudo indica para evitar quitação de precatórios com deságios exorbitantes, estabeleceu que o lance mínimo para aquisição do título será de 50% (cinquenta por cento) do valor do precatório.

A segunda é o pagamento à vista dos precatórios que não foram quitados pela ordem cronológica ou pelo leilão, a partir de uma ordem única e crescente de valor por precatório. O precatório de menor valor terá preferência de pagamento sobre os de maior valor.

A terceira consiste no pagamento por meio de negociação direta com os credores, na forma estabelecida por lei da entidade devedora. A lei poderá ainda criar Câmara de Conciliação para o fim de acordo direto com credores no ambiente extrajudicial, que deverá ser, posteriormente, homologado pelo Tribunal respectivo. No âmbito dos Tribunais, os acordos, via de regra, são realizados perante Juízos Auxiliares de Conciliação em Precatórios.

Cabe ressaltar, que o pagamento de precatórios na forma do §8º não obriga o Ente Federado à observar a ordem cronológica de apresentação, desde que seja respeitado, entre outros, os princípios da moralidade e da impessoalidade.²⁵

3.5 Regime Especial e o sequestro de verbas públicas

Conforme já ressaltado no subcapítulo 2.3, a única hipótese que autoriza o seqüestro de recursos públicos durante a vigência do regime especial, em sede de precatórios, é a destinação a destempo ou a menor dos recursos vinculados ao regime (§§ 10 e 13, do art. 97, do ADCT).

A matéria foi objeto de regulamentação pelo Conselho Nacional de Justiça, que instituiu o Cadastro de Entidades Devedoras

²⁵ A única restrição imposta pelo Conselho Nacional de Justiça na utilização do §8º, do art. 97 do ADCT, foi a observância, pelo Ente Federado, dos princípios da moralidade e de impessoalidade, entre outros (art. 30 da Resolução n.º 115).

Inadimplentes – CEDIN, no qual constarão as entidades devedoras que não realizarem a liberação tempestiva dos recursos de que tratam o inciso II do § 1º e os §§ 2º e 6º do art. 97 do ADCT.

A entidade devedora que for inserida no CEDIN não poderá contrair empréstimo externo ou interno, receber transferências voluntárias enquanto nele figurar, bem como receber os repasses relativos ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal e ao Fundo de Participação dos Municípios.

O Chefe do Poder Executivo também sofrerá sanções, podendo vir a responder na forma da legislação de responsabilidade fiscal e de improbidade administrativa, em razão da omissão na liberação dos recursos vinculados ao regime especial.

Constatada a omissão ou a irregularidade nos valores depositados, a autoridade competente será oficiada – Presidente da República, Governador ou Prefeito, conforme o caso, para, em 30 dias, proceder à regularização dos pagamentos ou prestar as informações correspondentes. O CNJ, além de garantir efetiva aplicabilidade ao princípio constitucional do devido processo legal, concedeu ao Ente Federado prazo para regularização dos depósitos.

Havendo necessidade de sequestro de verbas públicas, o procedimento será realizado via BACEN-Jud, competindo ao Presidente do Tribunal de Justiça a expedição da ordem de sequestro.

A interpretação do inciso II, do §10, do art. 97 do ADCT, contudo, nos permite concluir que o credor poderá optar pelo seqüestro ou pela sanção alternativa prevista no citado dispositivo.

Prescreve o dispositivo sob comento, que o valor não depositado “constituir-se-á, alternativamente, por ordem do Presidente do Tribunal requerido, em favor dos credores de precatórios, contra Estados, Distrito Federal e Municípios devedores, direito líquido e certo, autoaplicável e independentemente de regulamentação, à compensação automática com débitos líquidos lançados por esta contra aqueles, e, havendo saldo em favor do credor, o valor terá automaticamente poder liberatório do pagamento de tributos de Estados, Distrito Federal e Municípios devedores, até onde se compensarem.

Assim, poderá o credor optar pelo seqüestro ou pelo direito de compensação com débitos lançados pela Fazenda Pública

em seu desfavor. Esse, a meu ver, é o alcance do inciso II, do §10, do art. 97 do ADCT.

4 Conclusão

A Emenda Constitucional n.º 62 estabeleceu uma nova realidade para o pagamento de precatórios, sedimentada na vinculação de recursos públicos e no parcelamento dos débitos.

Não se pode negar que houve avanços e retrocessos, que são perceptíveis aos olhos de todos os operadores do direito que militam em face da Fazenda Pública e que aguardavam há anos o pagamento de precatórios, ficando a mercê da vontade política das autoridades constituídas.

Não se pode negar, também, parcela de culpa do Poder Judiciário pelo acúmulo de grande estoque de precatórios pendentes de pagamento. A ação direta de inconstitucionalidade proposta em face do parcelamento instituído pelo art. 78 do ADCT, introduzido pela Emenda Constitucional n.º 30, de 13/12/2000, até hoje não foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal.

Em que pese todos os argumentos contrários ao regime especial de pagamento de precatórios instituído pelo art. 97 do ADCT, o que se constata, na prática forense, é que as Emendas anteriores, que trataram de precatórios, acrescentaram ao texto constitucional apenas o parcelamento do débito, ao passo que a EC n.º 62, ao lado do parcelamento, trata do efetivo pagamento, o que está ocorrendo em todos os Entes da Federação.

A vinculação de recursos públicos é medida que está permitindo o planejamento do pagamento de precatórios, situação há muito tempo não vivenciada pelos credores.

O modelo pode não ser o ideal, mas diante do montante da dívida acumulada com precatórios, somente com planejamento e vinculação de recursos a entidade pública devedora poderá (e deve) iniciar a quitação imediata de seus precatórios.

Não se pretende justificar o injustificável, todavia, a determinação imediata de sequestro dos valores devidos ensejaria desequilíbrio nas contas de Estados e Municípios, o que afetaria toda a sociedade, incluindo, devedores e credores.

1.13

A RACIONALIDADE DOS PRINCÍPIOS SEGUNDO ROBERT ALEXY

MÔNICA PIMENTA JÚDICE*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Postulado da proporcionalidade. 3 Adequação do meio utilizado para a persecução do fim desejado. 4 Necessidade desse meio utilizado. 5 Ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito. 6 Referências.

1 Introdução

O objetivo de Robert Alexy com sua teoria sobre direitos fundamentais não é alcançar exatamente uma homogeneização de cada ordem jurídica fundamental. Seu objetivo, na verdade, é o de descobrir as estruturas dogmáticas e revelar os princípios e valores que se escondem atrás das codificações e da jurisprudência. Isto porque em qualquer lugar que existam direitos fundamentais colocam-se problemas semelhantes como, por exemplo, as diferenças estruturais entre os direitos sociais e os políticos. Neste caso, ele indaga: Quem seria o titular desses direitos fundamentais? Poderiam ser restringidos? Qual deve ser a intensidade do controle da Corte Constitucional sobre o legislador?¹

A teoria de Alexy procura dar resposta a essas indagações com pretensão de cientificidade. Para isso, defende que os direitos fundamentais possuem caráter de princípios e, nessa condição, eles eventualmente colidem, sendo assim necessária uma solução ponderada em favor de um deles.² Para tanto, considera os princípios como um mundo de dever ser ideal, isto é, não diz como as coisas são, mas como se as deve pensar, com o objetivo de evitar contradições.

* Mestre em Direito Marítimo pela Universidade de Oslo e Advogada-sócia do Escritório de Advocacia Ricardo Júdice Advogados Associados - RJAA.

1 ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Palestra proferida na Casa Rui Barbosa, em 10.12.1998. p.1

2 Id. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p.112.

Este entendimento assume papel decisivo em sua teoria, já que os princípios são conceituados por ele como “mandados de otimização”, sendo que mandados (proibição e permissão) fazem parte da deontologia, ou seja, fazem parte do que é obrigatório. Desde logo se vê, portanto, que os princípios são tratados já como uma categoria deontológica, e não axiológica ou antropológica.³

Diante disso, podemos considerar que regras e princípios são normas, uma vez que ambos dizem o que *deve ser*. Os princípios, como as regras, são fundamentos para os casos concretos, mas com aplicações distintas.

Assim, a distinção apontada pelo autor é a que se refere às regras como normas que podem ser cumpridas ou não, e aos princípios como normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas.

Nesta mesma linha de raciocínio, as colisões de direitos fundamentais devem ser consideradas como uma colisão de princípios, sendo que o processo para a solução de ambas as colisões é a ponderação.⁴

Com efeito, quem empreende a ponderação no âmbito jurídico pressupõe que as normas entre os quais se faz ponderação sejam dotadas de estrutura de princípios. Totalmente diversa a dimensão do problema no plano das regras, onde o que se faz é a subsunção, visto que contêm determinações no contexto fático e juridicamente possível, sendo aplicáveis ou não.

Ocorre que o autor não diz que os direitos fundamentais não contêm regra, isto é, que não contêm definições precisas e definitivas. Afirma apenas que os direitos fundamentais enquanto balisadores de definições precisas e definitivas possuem estrutura de regras, como também acentua que o nível de regras pre-

3 As categorias da deontológica são os mandados de proibição, permissão e obrigação. Por isso dizem o que deve ser. Em contrapartida, a axiologia é ligada ao valor, ou seja, o que é bom, seguro, econômico, democrático, liberal, próprio do Estado de Direito. Por último, a antropologia se refere aos interesses, necessidades, decisão e ação. Partindo dessas definições, Alexy relata que é possível constatar facilmente a diferença entre o conceito de princípio e valor: “Os princípios são mandados de um determinado tipo, é dizer, mandados de otimização. Mandados pertencem ao âmbito deontológico. Ao invés, os valores devem ser incluídos ao nível axiológico”.

4 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p.112: “Los principios son mandatos de optimización con respecto a las posibilidades jurídicas y facticas. La máxima de la proporcionalidad em sentido estricto, es decir, el mandato de ponderación, se sigue de la relativización con respecto a las posibilidades jurídicas”.

cede ao nível dos princípios, devido ao seu alto nível de generalidade.

Então, enquanto as regras pertencem ao mundo do juridicamente existente e do peremptoriamente válido, os princípios estão no indefinido mundo do possível ou do concomitantemente possível. No conflito de regras, uma elimina a outra, por questão de invalidade. Na colisão entre princípios, um apenas afasta o outro no momento da resolução do embate, quando as possibilidades jurídicas e fáticas de um deles forem maiores do que as do outro.

Alexy, em sua obra "*Teoría de los Derechos Fundamentales*", apresenta a Lei de Colisão para solucionar a colisão de princípios utilizando um julgado do Tribunal Constitucional, que diz respeito à não realização da audiência oral tendo em vista a saúde delicada do acusado que sofre risco de infarto. Neste caso, há uma colisão entre o principio da aplicação do direito penal (P1 – que obriga a audiência oral) com o princípio de proteção do direito à vida e integridade do acusado (P2 – que proíbe a audiência oral).

A partir de então é que Robert Alexy passa a adentrar em sua teoria, apoiando-se, essencialmente, no postulado da proporcionalidade. A grande vantagem desse caminho escolhido é poder impedir o esvaziamento dos direitos fundamentais sem introduzir uma rigidez excessiva.

Logo, do mandado contido nos enunciados das normas de direitos fundamentais se deduz o caráter de princípio⁵ dos direitos fundamentais, e desse caráter se deduz a máxima da proporcionalidade, como critério de solução de eventual colisão entre princípios de direitos fundamentais.

Passemos então, a aplicar a máxima da proporcionalidade.

2 Postulado da proporcionalidade

A máxima da proporcionalidade é verificada pelos critérios da adequação do meio utilizado para a persecução do fim, necessidade desse meio utilizado e a aplicação estrito senso da

5 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p.54. Muito embora, "no todo enunciado normativo es um enunciado deôntico, pero todo enunciado normativo puede ser transformado em um enunciado deôntico".

proporcionalidade, isto é, da ponderação. Assim, quando se estiver diante de uma colisão entre direitos fundamentais, primeiramente, para solucioná-la utiliza-se da adequação do meio, posteriormente, utiliza-se a necessidade desse meio, e em seguida, se ainda não solucionada a colisão, a ponderação.

3 Adequação do meio utilizado para a persecução do fim desejado

Significa utilizar-se do meio mais adequado para a persecução do fim desejado. Adequado no sentido de que seria o meio que conseguisse promover o fim almejado, não infringindo tanto o outro princípio como outros meios poderiam vir a infringir.⁶

Mais claro se torna o entendimento diante do exemplo citado pelo próprio Robert Alexy: o legislador introduz uma norma N para melhorar a segurança nacional (P1 = princípio do bem coletivo), mas ela não é adequada para promover este princípio, e ainda, infringe a liberdade de expressão (P2 = princípio da liberdade de expressão). Aqui, existiria a possibilidade de declarar inválida a norma N, pois ela não seria adequada para otimizar o princípio P1.⁷

4 Necessidade desse meio utilizado

Significa que não há outro meio menos restritivo com um custo menor. Ou seja, de acordo com Alexy, “o meio não é necessário se se dispõe de um mais suave ou menos restritivo.”, de tal modo que “*el fin no puede ser logrado de otra manera que afecte menos al individuo*”. Desse modo, a colisão se resolve em favor do princípio de meio menos gravoso.

6 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p.115, ver nota de rodapé nº 88, que relata que a essa dedução da máxima da proporcionalidade apresentada se aproxima E. Grabitz, “Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht”, p. 586: “*Si se concibe positivamente al principio subyacente a los derechos de libertad como la mayor oportunidad posible de despliegue de la personalidad otorgada al individuo por la Constitución, entonces toda regulación exagerada anula la posibilidad de maximización de oportunidades y es por ello constitucionalmente ilegítima*”.

7 Id. *Derecho y razón práctica*. México: Fontamara, 2002. p.36.

5 Ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito

Na ponderação deve-se ter em conta a intensidade e a importância da intervenção em um direito fundamental. Essas manifestações fazem referência a uma regra constitutiva para as ponderações do Tribunal Constitucional Alemão que pode ser formulada da seguinte maneira: “Quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção.”⁸

A bem da verdade, Alexy, através dessa máxima⁹, procurava explicar racionalmente o grau de importância das conseqüências jurídicas de ambos os princípios em colisão. Em outras palavras, na eventualidade de o embate não ter sido solucionado pelos critérios anteriores, coloca as conseqüências jurídicas dos princípios ainda em colisão numa balança (metáfora do peso), a fim de precisar qual delas é racionalmente mais importante naquele caso concreto.

Segundo a lei de ponderação, esta há de se fazer em três planos:

- 3.1 - Definir a intensidade da intervenção, ou seja, o grau de insatisfação ou afetação de um dos princípios.
- 3.2 - Definir a importância dos direitos fundamentais justificadores da intervenção, ou seja, a importância da satisfação do princípio oposto.
- 3.3 - Realizar a ponderação em sentido específico, i.e., se a importância da satisfação de um direito fundamental justifica a não satisfação do outro.

8 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p.160.

9 *Ibid.*, p.112, nota de rodapé n. 84. “La máxima de proporcionalidad suele ser llamada principio de proporcionalidad. Sin embargo, no se trata de un principio en el sentido aquí expuesto. La adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto no son ponderadas frente a algo diferente. No es que unas veces tengan precedencia y otras no. Lo que se pregunta más bien es si las máximas parciales son satisfechas o no, y su no satisfacción tiene como consecuencia la ilegalidad. Por lo tanto, las tres máximas parciales tienen que ser catalogadas como reglas”. Dessa forma, a proporcionalidade é um critério de decisão entre princípios colidentes, assim, não entra em colisão com nenhum princípio.

Percebe-se que, de acordo com o demonstrado, a precedência depende das conseqüências jurídicas dos princípios, sendo, pois, um pressuposto fático do princípio precedente, ou por outra, que os princípios não têm relação absoluta de precedência e não são quantificáveis. Logo, a dimensão do peso é apenas uma metáfora, já que não é possível quantificar os interesses em colisão de forma abstrata ou absoluta, mas apenas de forma concreta e relativa.¹⁰

A primeira tarefa da Teoria dos Direitos Fundamentais enquanto disciplina jurídica é uma interpretação dos direitos fundamentais constitucionais. Todavia, as regras de interpretação jurídica se esbarram rapidamente em determinados “limites”, devido às colisões de direitos fundamentais. Estas, por sua vez, podem ocorrer de duas formas: uma ampla, entre um princípio de direito fundamental individual e outras normas de interesse coletivo, e outra estrita, apenas entre princípios de direitos fundamentais.

Primeiramente, as colisões de direitos fundamentais em sentido estrito surgem sempre que o exercício ou realização do direito fundamental de um titular do direito produz efeitos negativos sobre os direitos fundamentais do outro titular. Pode-se tratar de direitos de caráter idêntico, como ocorre na hipótese se desferirem tiros sobre um seqüestrador com o objetivo de proteger a vida do refém, ou de direitos de caráter diversos, como ocorre entre a liberdade de imprensa e de opinião e os direitos fundamentais à honra e à vida privada dos atingidos pela manifestação da opinião.

Já as colisões de direitos fundamentais em sentido amplo ocorrem entre direitos fundamentais individuais e interesses fundamentais coletivos, sendo que não há uma relação de precedência incondicionada. Como exemplo, o famoso caso *LeBach*, julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão, onde quatro soldados do grupo de guarda de um depósito do Exército haviam sido assassinados, e armas haviam sido subtraídas, na cidade de

10 A relação de precedência (condicionada) diz respeito às condições sob as quais um princípio precede ao outro numa colisão resolvida no caso concreto. É concreta e relativa, porque só é utilizada no caso concreto. Não tem caráter absoluto, e, assim, não garante sempre o mesmo resultado.

LeBach. Após vários anos cumprindo pena, um dos condenados pelo crime estava para sair da prisão quando o Programa de Televisão alemão (ZDF) anunciou a projeção de um documento intitulado “o assassinato dos soldados de *LeBach*”. O preso pretendeu uma ordem proibitória de exibição do documentário, arguindo que seu direito individual à personalidade seria ferido, prejudicando sua ressocialização. O Tribunal Constitucional decidiu que, diante das circunstâncias fáticas e jurídicas, o princípio da proteção da personalidade, de índole individual, obteve melhor ponderação do que o princípio da liberdade de informação, de índole coletiva.

Ressalte-se que o autor em estudo alerta que os chamados bens coletivos não irão se apresentar apenas como adversários dos direitos individuais. Eles também podem significar o pressuposto ou meio de realização desses direitos. O que há na verdade é um caráter ambivalente do bem coletivo, quando temos, por exemplo, o fato de que as indústrias de tabaco devem informar os danos do cigarro à saúde, que é uma restrição à liberdade do exercício profissional, extraímos um valor coletivo da defesa da população contra os perigos à saúde, e um valor individual de proteção da vida e saúde do próprio indivíduo.

Hipótese curiosa é a da possibilidade de embate entre regras e princípios e, caso possível, qual seria a precedência entre eles. De acordo com Alexy, este embate é possível, sendo que ambas as normas devem estar sujeitas à Constituição. Assim, tendo as regras menos generalidade e mais grau de certeza do que os princípios, elas têm prioridade em um eventual embate.

Em conclusão, diz Alexy que: “*Por lo tanto, entre los dos niveles no existe una relación estricta de precedência. Más bien, vale la regla de precedência según la cual el nivel de lãs reglas precede al de los principios, a menos que lãs razones para determinaciones diferentes a lãs tomadas en el nivel de lãs reglas sean tan fuertes que también desplacen al principio de la sujeción al texto de la Constitución*”.¹¹

11 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p.134.

Vejamos como Robert Alexy explica, através de suas fórmulas, a questão do peso para que haja a aplicação da ponderação:

$$G_{pi, jC} = \frac{I_{Pi}C}{WP_{jC}}$$

Onde,

G é o peso final

I é o grau de intensidade da intervenção no outro direito fundamental

W é a importância do direito fundamental justificador da intervenção

C é a circunstância fática e jurídica

Pi é um direito fundamental

Pj é outro direito fundamental

Sendo que, os pesos atribuídos às variáveis são os seguintes:

2⁰ = 1 é considerado peso leve

2¹ = 2 é considerado peso médio

2² = 4 é considerado peso grave

Então, considerando que dois princípios estão em colisão:

Se o resultado for maior que 1 (um) o direito fundamental Pi precede Pj conforme a ordem em $G_{pi, jC}$.

Se menor, inverte-se a ordem em $G_{pi, jC}$ para $G_{pj, iC}$, o que quer dizer que o direito precedente será Pj e não Pi.

Supondo que:

I é o grau de intensidade da intervenção no direito fundamental

W é a importância do direito fundamental justificador dessa intervenção

C é a circunstância de ofender alguém o chamando de assassino¹²

Pi = direito fundamental que protege a liberdade de expressão

Pj = direito fundamental que protege a honra do indivíduo

$$G_{pi, jC} = \frac{|P_i C|}{W_{P_j C}} = \frac{1}{4} = 0,25$$

Isso significa que a intensidade da intervenção ao direito de liberdade de expressão, neste caso, foi leve (2°) e a importância da intervenção no direito à honra foi grave (2²), resultando a um montante final menor que 1, por isso, inverte-se a ordem em $G_{pi, jC}$, onde quem irá preceder é p_j , que é o direito à honra do indivíduo.

Para confirmar esse cálculo, invertem-se os fatores:

I é o grau de intensidade da intervenção no direito fundamental

W é a importância do direito fundamental justificador dessa intervenção

C é a circunstância de ofender alguém o chamando de palhaço

Pi = direito fundamental que protege a liberdade de expressão

Pj = direito fundamental que protege a honra do indivíduo

$$G_{pj, iC} = \frac{|P_j C|}{W_{P_i C}} = \frac{4}{1} = 4,0$$

Ressalte-se que o objetivo de Robert Alexy, com sua fórmula, foi a de possibilitar a aplicação da Máxima da Ponderação com uma maior cientificidade, sendo justamente este o grande mérito do autor que, além de oferecer um novo caminho para a solução de colisões entre direitos fundamentais, desenvolveu um método

12 Interessante dizer que ao explicar a utilização da fórmula, Robert Alexy utiliza em seus exemplos o fato de chamar alguém de assassino nato e aleijado. Talvez, por um erro de tradução, considerou assassino nato de natureza menos gravosa do que a de condição de aleijado. Independentemente do por quê, esta aí mais uma prova de que é extremamente sensível a operação de atribuir peso aos princípios.

a ser observado, conseguindo assim maior racionalidade em sua teoria.

Contudo, não se pode olvidar que o cálculo não passa de uma metáfora de peso, isto é, basta saber em que nível se reporta o direito fundamental – se leve, médio ou grave – para se saber o resultado final. Fato que deixa claro que ele não conseguiu se desvincular da forma sensitiva para se chegar ao peso da intervenção e importância dos direitos fundamentais.

Neste sentido, indaga-se: um mesmo bem tutelado poderia ter mais de um peso? Por exemplo, seria o mesmo peso dado ao se chamar de “bêbado” um alcoólatra, ex-alcoólatra ou alguém que beba “socialmente”?

Não obstante, há de se convir que nem sempre uma decisão possui o grau de certeza com a qual gostaríamos que tivesse. Diversas vezes nos encontramos em um dilema, buscando decidir em face de informações incompletas ou de incertezas jurídicas.

O fato é que, apesar de ser uma teoria essencialmente sensitiva, não invalida o raciocínio, pois mesmo metafórico permite nossa compreensão.

6 Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

_____. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Palestra proferida na Casa Rui Barbosa, em 10.12.1998.

_____. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 66, set./dez. 2002.

_____. *Derecho y razón práctica*. México: Fontamara. 2002.

1.14

COMENTÁRIOS ÀS SÚMULAS DO STJ SOBRE EXECUÇÃO FISCAL

RODRIGO KLIPPEL*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Súmula 58: “proposta a execução fiscal, a posterior mudança de domicílio do executado não desloca a competência já fixada”. 3 Súmula 66: “compete à Justiça Federal processar e julgar execução fiscal promovida por conselho de fiscalização profissional”. 4 Súmula 121: “na execução fiscal o devedor deverá ser intimado, pessoalmente, do dia e hora da realização do leilão”. 5 Súmula 128: “na execução fiscal haverá segundo leilão, se no primeiro não houver lanço superior à avaliação”. 6 Súmula 139: “cabe à Procuradoria da Fazenda Nacional propor execução fiscal para cobrança de crédito relativo ao ITR”. 7 Súmula 153: “a desistência da execução fiscal, após o oferecimento dos embargos, não exime o exequente dos encargos da sucumbência”. 8 Súmula 189: “é desnecessária a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais”. 9 Súmula 190: “na execução fiscal, processada perante a Justiça Estadual, cumpre à Fazenda Pública antecipar o numerário destinado ao custeio das despesas com o transporte dos oficiais de justiça”. 10 Súmula 314: “em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente. 11 Referências.

1 Introdução

Na prática forense é muito destacado o papel que as súmulas – principalmente as dos tribunais superiores – apresentam, pelo fato de indicarem, de antemão, qual o entendimento já pacificado sobre determinada questão, de cunho infraconstitucional ou constitucional.

Dessa forma, tornam-se um guia para todos os operadores do direito – advogados, magistrados, membros do Ministério Público – e terminam por agilizar as discussões jurisdicionais por expressa determinação das leis processuais (sendo exemplos

* Advogado. Mestre em Garantias Constitucionais Fundamentais – FDV. Professor de Graduação e de Pós-graduação – FDV. Professor da Escola de Magistratura do Espírito Santo. Professor da Escola Superior do MPES. Professor do PRAETORIUM/MG e do JUSPODIVM/BA.

disso as normas processuais contidas nos arts. 475, § 3º e 557, ambos do CPC).

Devido ao grande número de processos que envolvem o Estado (em suas três esferas de competência) como parte, verifica-se que existe uma quantidade expressiva de súmulas que envolvem a resposta a questões de seu interesse. E dentro desse quadro destacam-se os *enunciados relativos à execução fiscal*, que apresenta um papel decisivo na estrutura estatal federal, estadual e municipal por ser a *via adequada* para que se possa cobrar os tributos e encargos financeiros afins que tenham sido inadimplidos pelos devedores ou responsáveis.

Por essa sorte de considerações é preciso que todos aqueles que atuem nas *execuções fiscais* (advogados públicos e privados e magistrados) conheçam os entendimentos sumulados sobre o tema pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ, órgão jurisdicional encarregado de proferir a última palavra sobre a interpretação da lei federal infraconstitucional (como é o caso da Lei de Execuções Fiscais – Lei 6.830/80).

Mas muito mais do que simplesmente saber quais são as súmulas, é *essencial* compreender o *motivo* ou *motivos* que fizeram com que fossem instituídas. Com o passar do tempo, surge, sobre os enunciados sumulados, um fenômeno interessante: *parece que os mesmos se desconectam de suas razões e se tornam um ente auto-suficiente*.

Trata-se de uma realidade que deve ser evitada, por vários motivos:

- a) pode eternizar entendimentos que não mais se compatibilizam com a vida moderna e atual;
- b) pode esconder entendimentos já superados por súmulas mais novas referentes a assuntos análogos, criando uma contradição que não deve ser aceita;
- c) reduz o poder de crítica do operador do direito, que é traço marcante no desenvolvimento da ciência jurídica;
- d) retira do advogado e do magistrado uma importante arma para o exercício de suas funções: a *analogia*, pois

o desconhecimento da premissa que conduziu à súmula restringe a capacidade do operador do direito de demonstrar que o raciocínio que está a construir já foi implantado em situação semelhante.

Firme nas premissas acima lançadas, apresenta-se o presente estudo, cuja finalidade é dissecar (i) o conteúdo jurídico das súmulas do STJ sobre execução fiscal. (ii) suas origens, (iii) seus motivos e (iv) sua aplicação atual.

Serão objeto de análise as Súmulas nº 58, 66, 121, 128, 139, 153, 189, 190 e 314.

2 Súmula 58: “proposta a execução fiscal, a posterior mudança de domicílio do executado não desloca a competência já fixada”

A *Súmula 58 do STJ* foi publicada no Diário de Justiça de 06/10/1992 e tem como seus primeiros precedentes os Conflitos de competência nº 1.495, 1.196 e 2.127. Seu conteúdo jurídico está diretamente relacionado à aplicação da regra da *perpetuatio iurisdictionis*, prevista no art. 87 do CPC, que assim dispõe:

Art. 87. Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia.

A mudança de domicílio do executado, após o ajuizamento da demanda de execução fiscal, é uma alteração em um dos elementos fáticos, atinentes ao sujeito passivo da relação processual, com base no qual se fixou (concretizou) a competência (a demanda foi ajuizada na comarca onde, anteriormente, era domiciliado).

A alteração do domicílio do executado posteriormente ao ajuizamento da demanda é um fato que somente teria o condão de acarretar uma incompetência relativa, regida pelo critério territorial. Todavia, o citado art. 87 do CPC é muito claro ao determinar que somente se terá mudança superveniente da competência se a alteração posterior de fatos que influenciaram

a concretização da competência em determinado órgão judicial criar uma hipótese de incompetência absoluta, o que não é o caso da situação retratada na *Súmula 58 do STJ*, que é reedição da Súmula 189 do TFR.

No ano de 2003, o STJ tratou, em sede de embargos de divergência (REsp nº 178.233/SE), de uma situação um pouco distinta da que gerou a *Súmula 58*, demonstrando que, nessa nova hipótese, não deve a mesma ser aplicada. Explica-se o caso: imagine que uma empresa “X” mude de domicílio antes do ajuizamento da demanda de execução fiscal, mas que, por não saber de tal situação, o Poder Público ajuíze a inicial com base no domicílio antigo. Nessa hipótese, aplica-se o entendimento contido na *Súmula 58*, o que faria com que se mantivesse a demanda onde fora ajuizada, ou tem-se um caso de incompetência territorial, que deve ser acolhida, remetendo-se os autos ao juízo competente?

A resposta do STJ foi a de que não se aplica o teor da súmula em análise ao caso, o que é acertado, visto que (i) o art. 578 do CPC manda que a execução fiscal seja ajuizada no foro de domicílio do réu, bem como porque (ii) essa última situação não apresenta qualquer similitude com o tema da *perpetuatio iurisdictionis* e suas exceções, que é o cerne do entendimento sumulado.

Ao cabo, o que a *Súmula 58* faz é aplicar, ao caso concreto que especifica – mudança superveniente de endereço do réu de execução fiscal e seus influxos sobre a competência – o conteúdo jurídico do art. 87, sendo um entendimento atual e vigente na jurisprudência¹.

3 Súmula 66: “compete à Justiça Federal processar e julgar execução fiscal promovida por conselho de fiscalização profissional”

A *Súmula 66 do STJ* foi publicada em 04/12/1993 e alguns de seus primeiros precedentes são os Conflitos de competência nº 2.378, 2.419 e 2.516. O cerne da discussão que motivou a sua

1 Vide, nesse sentido: REsp 818.435/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 01/10/2008.

edição é a determinação da natureza jurídica dos conselhos de fiscalização profissional, como o CRM, o CRA, o CREA, o CRO etc. visto que, se considerados entidades de fim e de natureza públicos, suas demandas devem ser propostas ante a Justiça Federal, incidindo na espécie o art. 109, I da CF/88, que determina:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I – as causas em que a União, *entidade autárquica* ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.

O STF reafirmou, após o julgamento da ADIn nº 1.717/DF, que os serviços de fiscalização de profissões regulamentadas (CRM, CREA, CRF etc.) possuem natureza jurídica de direito público, sendo encartados como autarquias federais. Por isso, competente para apreciar demandas que os envolvam é a Justiça Federal.

Sobre a Ordem dos Advogados do Brasil, é considerada pela jurisprudência pacífica do STJ² como “autarquia profissional de regime especial ou *sui generis*” e também possui foro na Justiça Federal, por esse motivo.

Todavia, quando se trata de regular a execução das anuidades, aplica-se a ela um regime jurídico distinto daquele que é empregado para os demais conselhos de fiscalização profissional acima listados³, entendendo-se que o *modus operandi* da execução é aquele descrito no Código de Processo Civil e não o que preconiza a LEF (Lei 6.830/80). Em suma: *a execução das anuidades devidas a OAB será feita perante a Justiça Federal, mas por meio da técnica processual do CPC*⁴.

2 Vide, por todos, REsp 829.366/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 17.08.2006, DJ 02.10.2006 p. 312.

3 “Embora definida como autarquia profissional de regime especial ou *sui generis*, a OAB não se confunde com as demais corporações incumbidas do exercício profissional”. (REsp 572.080/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 03/10/2005).

4 “As anuidades pagas à Ordem dos Advogados do Brasil não têm natureza tributária e a execução segue o rito do Código de Processo Civil, não se aplicando a execução fiscal regida pela Lei 6.830/80. 2. Considerando a natureza jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil (autarquia *sui generis* que exerce Serviço Público Federal), a competência para processar e julgar a execução é da Justiça Federal”. (REsp nº 898.826/RS, Relatora Ministra Denise Arruda, 19/11/2008).

Ao se deparar com essa informação, naturalmente surge no operador do direito a dúvida: *se a OAB exerce, no plano da advocacia, a mesma função pública relevante que exercem o CRM, o CRA, o CREA, etc, quais são os motivos que determinam o descabimento da execução fiscal especificamente para a cobrança das anuidades devidas à Ordem dos Advogados do Brasil?*

Analisando o teor do REsp nº 572.080, que declinou os diversos argumentos segundo os quais *não se poderia* utilizar a técnica da execução fiscal para cobrar as anuidades inadimplidas pelos advogados vinculados à Ordem, pode-se fazer a seguinte lista:

- a) a OAB não se enquadraria perfeitamente no conceito de autarquia, sendo por isso considerada “autarquia de regime especial”, já que sua função extravasa – e muito – a de simples órgão fiscalizador da profissão. Embora ela faça o mesmo que os conselhos de fiscalização fazem, seu alcance excede tais atividades, dada sua relevante função na manutenção da cidadania, dos direitos humanos e do Estado de Direito;
- b) segundo o Estatuto da OAB, a mesma *não mantém com órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico* (art. 44, § 1º, da Lei n.º 8.906/94), não estando coligada ao Ministério do Trabalho;
- c) não há como se qualificar como *tributo* a anuidade devida pelos advogados.

Trata-se, realmente, de uma entidade que não pode ser encarada como as outras, fazendo sentido a distinção de regime que possui, no que tange à execução de suas anuidades.

O teor da *Súmula 66 do STJ* mantém atual, como prova a recente jurisprudência do Pretório Superior que o utilizou, *in verbis*:

“O Conselho de Fiscalização Profissional atua no exercício delegado do poder de polícia, concedendo autorização para o exercício de profissão, não se consubstanciando tal ato relação de trabalho, a justificar o envio dos autos à Justiça Obreira, em face da nova redação do art. 114 da Constituição

Federal pela EC 45/2004. Prevalece o entendimento substanciado na Súmula 66 desta Corte, no sentido da competência da Justiça Federal para processar e julgar execução fiscal promovida por Conselho de Fiscalização Profissional”.

(CC 58.387/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, 14/06/2006, DJ 14/08/2006).

4 Súmula 121: “na execução fiscal o devedor deverá ser intimado, pessoalmente, do dia e hora da realização do leilão”

A *Súmula 121 do STJ* foi publicada no Diário de Justiça de 06/12/1994 e alguns de seus primeiros precedentes são os Recursos Especiais nº 17.105, 31.764 e 13.084. A questão jurídica que motivou a publicação do verbete sumular em análise é resumida de forma clara no voto condutor do primeiro precedente acima identificado: *nas execuções fiscais, é ou não indispensável a intimação pessoal do devedor, acerca da realização do leilão?*

O problema se instalou pelo fato de que a Lei 6.830/80, que regulamenta a execução fiscal, é omissa quanto à necessidade da providência (intimação pessoal do devedor), como se pode conferir por meio da leitura do art. 22, *in verbis*:

Art. 22. A arrematação será precedida de edital, afixado no local do costume, na sede do juízo, e publicado, em resumo, uma só vez, gratuitamente, como expediente judiciário, no órgão oficial.

§ 1º. O prazo entre as datas de publicação do edital e do leilão não poderá ser superior a 30 (trinta) dias, nem inferior a 10 (dez) dias.

§ 2º. O representante judicial da Fazenda Pública será intimado, pessoalmente, da realização do leilão, com a antecedência prevista no parágrafo anterior.

É extremamente interessante – para não se dizer outra coisa – que logo na Lei de Execuções Fiscais, procedimento instituído

para que o Estado cobre seus créditos inscritos em dívida ativa, o devedor, justamente aquele que necessita do contraditório com mais veemência, não seja protegido por norma específica que determine a sua intimação para o ato que tem o condão de extinguir seu direito de propriedade sobre um bem constante de seu patrimônio.

Uma nítida situação de desequilíbrio – de desvantagem – ou seja, uma quebra ao princípio da isonomia (art. 5º, *caput* da CF), principalmente em face da disposição que determina a intimação pessoal da Fazenda Pública, por meio de sua procuradoria.

Tomando-se em consideração o que afirmado no parágrafo anterior, torna-se óbvio que a única forma de não se instaurar uma situação inconstitucional, anti-isonômica, é garantir ao executado a mesma prerrogativa, utilizando-se os métodos de integração de lacunas, que a própria Lei de Execução Fiscal regula de modo parcial, ao dizer em seu artigo 1º que:

Art. 1º. A execução judicial para a cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.

Como o CPC é o diploma processual civil geral, mesmo que não estivesse expressa, no art. 1º da Lei de Execução Fiscal, a possibilidade de seu uso subsidiário, voltado a suprir lacunas, essa seria uma realidade perfeitamente cabível e aceitável. Com base nesse raciocínio, o STJ entendeu que a norma jurídico-processual que poderia ser invocada para integrar a lacuna seria o art. 687, § 3º do CPC, que até 1994 tinha a seguinte redação:

Art. 687. *Omissis*.

§ 3º. O devedor será intimado, por mandado, do dia e hora da realização da praça ou leilão.

Após algumas alterações, eis que a Lei 11.382/06 conferiu novas feições ao art. 687, deslocando o que antes estava previsto no § 3º para o § 5º, acrescentando, ainda, mais alguns detalhes pertinentes ao *modus operandi* da intimação:

Art. 687. *Omissis*.

§ 5º. O executado terá ciência do dia, hora e local da alienação judicial por intermédio de seu advogado ou, se não tiver procurador constituído nos autos, por meio de mandado, carta registrada, edital ou outro meio idôneo.

A nova redação do art. 687 acompanha a tendência de acelerar a comunicação dos atos processuais que se realizem após a instauração do contraditório pela citação, determinando que sejam feitas somente na pessoa do advogado, o que, no caso em tela, até aumenta a equiparação dos regimes de cientificação, em relação à Fazenda Pública, que terá ciência do ato expropriatório por meio de sua procuradoria.

Por fim, um detalhe que escapou à análise do STJ: *qual é a antecedência mínima da intimação do devedor? A mesma que se deve guardar em relação à Fazenda Pública, nos termos do § 2º do art. 22? Ou, na ausência de estipulação de prazo no art. 687, § 5º, utilizado como norma supletiva nesse caso, não se pode estabelecer qualquer limite nesse sentido?*

Para que se mantenha uma linha de raciocínio coerente com a principal premissa da *Súmula 121 do STJ*, que é a garantia ao *princípio constitucional da isonomia*, deve-se defender que a antecedência na intimação do devedor deve ser idêntica à antecedência garantida à Fazenda Pública. Ao se realizar a interpretação do ordenamento jurídico processual, seja por meio de técnicas de integração de lacunas ou não, deve-se ter em mente que a principiologia constitucional deve ser o norte do hermenêuta. Desse modo, seria essa a única solução que se apresentaria verdadeiramente adequada para o caso.

Todavia, há julgado recente do STJ que se inclina para o entendimento oposto, conforme se lê:

“Nem o § 5º do art. 687 do CPC nem o art. 22 da Lei n. 6.830/80 trazem qualquer previsão acerca do prazo mínimo de antecedência para a intimação do devedor sobre a arrematação. Assim sendo, basta que tal ato tenha se perfectibilizado antes da hasta pública. Ainda conforme apontado pelo Tribunal de origem, é de se notar que, no caso, não houve prejuízo provado por parte do devedor. Como se sabe, na

esteira do que dispõe o art. 250, p. ún., do CPC, só se impõe a nulidade se houver prejuízo à defesa”.

(REsp 1024376/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 06/11/2008).

Data maxima venia, discorda-se do primeiro dos argumentos utilizados pelo relator, Min. Mauro Campbell, em respeito ao princípio da isonomia, muito embora se reconheça que o segundo dos fundamentos do acórdão é perfeitamente aplicável ao caso, devendo ser analisado com bastante cautela, visto que o erro de forma, pura e simplesmente, não deve gerar nulidade e, portanto, a declaração de imprestabilidade dos atos processuais práticos, devendo-se pesquisar qual o prejuízo que o descumprimento do preceito normativo processual causou.

De toda sorte, deve-se encerrar dizendo que a *Súmula 121 do STJ* mantém-se atual, mesmo depois de todas as atualizações legislativas realizadas no Código de Processo Civil, primordialmente no regramento da execução⁵.

5 Súmula 128: “na execução fiscal haverá segundo leilão, se no primeiro não houver lanço superior à avaliação”

A *Súmula 128 do STJ* foi publicada no Diário de Justiça de 23/03/1995 e alguns de seus primeiros precedentes são os Recursos Especiais nº 4.093, 11.483 e 41.359. O problema que gerou a necessidade de publicação da *Súmula 128* é análogo ao que fundou a *Súmula 121*: a incompletude do art. 22 da Lei de Execução Fiscal (6.830/80) e a necessidade de integrá-la por meio do emprego de normas processuais contidas no CPC.

Dessa forma, aplica-se ao caso presente tudo aquilo que foi minuciosamente explicado quando dos comentários à *Súmula 121*: o CPC é o diploma processual subsidiário de outros mais

5 REsp 1077634/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 27/02/2009; AgRg no REsp 640.046/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 02/04/2007.

específicos como a Lei 6.830/80, o que decorre da própria formatação do sistema jurídico bem como de expressa previsão da LEF (art. 1º), fazendo com que se aplique ao presente caso o conteúdo do art. 686, VI, que assim decreta:

Art. 686. Não requerida a adjudicação e não realizada a alienação particular do bem penhorado, será expedido o edital de hasta pública, que conterà:

VI - a comunicação de que, se o bem não alcançar lance superior à importância da avaliação, seguir-se-á, em dia e hora que forem desde logo designados entre os dez e os vinte dias seguintes, a sua alienação pelo maior lance (art. 692).

As recentes reformas do processo de execução em nada alteraram a regra do inciso VI acima transcrito, o que acarreta dizer que o entendimento da *Súmula 128* mantém-se intacto e vigente, muito embora não haja, hoje em dia, uma constante frequência de acórdãos sobre o assunto, dada a sua pacificação⁶.

6 Súmula 139: “cabe à Procuradoria da Fazenda Nacional propor execução fiscal para cobrança de crédito relativo ao ITR”

A *Súmula 139 do STJ* foi publicada no Diário de Justiça de 19/05/1995 e alguns de seus primeiros precedentes são os Recursos Especiais nº 52.546, 52.452 e 41.650. A fim de que se entendam os motivos que levaram o Superior Tribunal de Justiça a editar o presente verbete sumular, faz-se breve esboço histórico do tema.

Antes de diversas alterações que vieram a culminar com a Lei 9.393/96, o INCRA era a autarquia federal responsável por arrecadar o Imposto Territorial Rural - ITR. Todavia, com o advento da nova Carta Constitucional e a reestruturação do

6 STJ - AI Nº 586.202 - SP, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, 01/06/2005; AgRg no Ag 343.800/RS, Rel. Ministro Fontes De Alencar, Sexta Turma, DJ 10/03/2003

aparelho fiscal estatal, novas diretrizes foram tomadas acerca da arrecadação, fiscalização, cobrança etc. dos débitos tributários.

No que tange especificamente ao ITR, tais modificações o atingiram paulatinamente, da seguinte forma:

- a) *Lei 8.022/90* – transfere do INCRA para a Secretaria da Receita Federal a administração das receitas arrecadadas pela autarquia federal; como consequência, determina ser incumbência da Procuradoria-geral da Fazenda Nacional apurar, inscrever e cobrar a dívida ativa oriunda de tais receitas (art. 1º);
- b) *Lei 8.383/91* – reitera os termos da lei anteriormente citada e completa que a representação judicial nas execuções fiscais relacionadas à dívida ativa, que era do INCRA, passam a ser incumbência da Procuradoria-geral da Fazenda Nacional.

Ante esse claro panorama legislativo *infraconstitucional*, que operacionaliza a regra do art. 131 da Constituição Federal, surgiu dúvida sobre a validade da Portaria 449/90, da Procuradoria-geral da Fazenda Nacional, que delegou à Procuradoria-geral do INCRA o dever de representar a União nas demandas de execução fiscal referentes ao ITR.

A resposta a esse conflito, por parte do STJ, foi acertada e, até mesmo, óbvia: inválida qualquer disposição a esse respeito, visto que, de uma só vez, viola a Constituição Federal e a legislação *infraconstitucional*, que fixaram claríssima competência da PFN. Qualquer outro entendimento representaria a violação ao princípio do *substantive due process of Law*, visto que se teria inovação inserida no ordenamento jurídico de modo inadequado.

A pacificação da questão fez com que não haja, nos dias de hoje, a discussão desse tema no STJ⁷.

7 O acórdão mais novo encontrado pelos autores no STJ é datado de 01/03/99. Trata-se do REsp 77090, relatado pelo Min. Francisco Peçanha Martins.

7 Súmula 153: “a desistência da execução fiscal, após o oferecimento dos embargos, não exime o exeqüente dos encargos da sucumbência”

A *Súmula 153 do STJ* foi publicada no Diário de Justiça de 14/03/1996 e alguns de seus primeiros precedentes são os Recursos Especiais nº 7.361, 8.589 e 19.085. O objetivo do presente verbete sumular é fixar os limites de incidência na norma processual do art. 26 da Lei de Execução Fiscal (Lei 6.830/80), que possui a seguinte redação:

Art. 26. Se, antes da decisão de primeira instância, a inscrição de Dívida Ativa for, a qualquer título, cancelada, a execução fiscal será extinta, sem qualquer ônus para as partes.

A dúvida que provocou a atividade uniformizadora do STJ foi a seguinte: *aplica-se a regra de isenção de ônus da Fazenda Pública mesmo que a desistência da execução fiscal se dê após o oferecimento dos embargos, o que pressupõe ter o executado realizado gastos para se defender?* A resposta do STJ foi *negativa*, pois entendeu que, no caso em análise, a Fazenda deve as verbas sucumbenciais, até porque as mesmas nasceram de relação processual distinta da executiva, que é aquela instaurada para a tutela da pretensão constitutiva negativa do título, que é a certidão de dívida ativa.

Se a Fazenda Pública deu causa à movimentação do embargante, que despendeu recursos e tempo para se proteger contra uma cobrança que se mostrou inidônea, é óbvio que deve a primeira ressarcir ao último o que despendeu. Qualquer entendimento em sentido diverso feriria de morte o princípio da isonomia, visto que não há qualquer justificativa plausível para conceder tamanha vantagem a um litigante, que possui o domínio da operação de instituição do título executivo (a certidão de dívida ativa) em face de outro, que é o pretense devedor do fisco. Dessa forma, é plenamente adequado o entendimento do STJ, expresso na *Súmula 153*, que continua vigente⁸.

8 REsp 670.932/RJ, Rel. Ministro Carlos Fernando Mathias, Segunda Turma, DJe 05/08/2008; REsp 899.934/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 12/05/2008; REsp 925.573/PR, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ 01/02/2008.

8 Súmula 189: “é desnecessária a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais”

A *Súmula 189 do STJ* foi publicada no Diário de Justiça de 23/06/1997 e alguns de seus primeiros precedentes são os Recursos Especiais nº 52.318, 63.529 e 48.771. A questão processual que o Superior Tribunal de Justiça decidiu e que culminou com a publicação do presente verbete sumular foi a seguinte: *existe relevante interesse público a justificar, nos termos do art. 82, III do CPC⁹, a intervenção do parquet como fiscal da lei, nas execuções fiscais, sob pena de nulidade (art. 246 do CPC)?*

A resposta dada pelo STJ foi *negativa* e, por esse motivo, entendeu-se que não há necessidade de que o Ministério Público atue como *custos legis* na Execução Fiscal. Os comentários à *Súmula 189* poderiam findar por aqui, visto que já se compreendeu porque não é necessário que o MP intervenha (não há interesse público relevante). Mas é importante avançar um pouco e perquirir: *como pode não existir interesse público se o objeto do executivo fiscal é satisfazer as dívidas que os particulares tenham para com o Estado (União, Estados Federados e Municípios), sendo que o dinheiro arrecadado será empregado em benefício da sociedade e no sustento da máquina pública?*

Em verdade, ante a pergunta feita no parágrafo anterior, deve-se responder que a locução “interesse público” pode ser tomada em várias acepções, que poderiam ser assim representadas:

- a) interesse público *lato sensu*;
- b) interesse público *primário*;
- c) interesse público *secundário*.

Renato Alessi¹⁰ distingue o interesse público de forma *lata* em duas vertentes, que são o interesse de toda a coletividade, que chama de interesse público primário, daquele interesse exclusivamente fazendário, que denomina de interesse público secundário. Essa distinção é muito importante para a análise do presente

9 “Art. 82. Compete ao Ministério Público intervir: III – nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte”.

10 ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1960. p.197-198.

verbete sumular pois, muito embora seus primeiros precedentes não se utilizem dessa terminologia, a motivação utilizada para se negar a necessidade da intervenção do *parquet* é essa. Como se trata de um interesse da Fazenda, de natureza patrimonial, que é defendida por sua Procuradoria, não haveria motivo para a participação do Ministério Público, que deve se concentrar na proteção aos interesses que transcendam a esfera da Fazenda Pública, ou seja, daquela parte processual especificada.

No fundo, a mensagem transmitida é a de que a presença do *interesse público secundário* – que é uma figura inserida no contexto maior do interesse público – não é o que, nos termos do art. 82, III do CPC, justifica a participação do MP como *custos legis*. Uma vez ditas essas palavras, é interessante a leitura de preciso acórdão da lavra do Ministro Teori Albino Zavascki, *in verbis*:

“Ordinariamente, a defesa judicial do patrimônio público é atribuição dos órgãos da advocacia e da consultoria dos entes públicos, que a promovem pelas vias procedimentais e nos limites da competência estabelecidos em lei. A intervenção do Ministério Público, nesse domínio, somente se justifica em situações especiais, em que se possa identificar, no patrocínio judicial em defesa do patrimônio público, mais que um interesse ordinário da pessoa jurídica titular do direito lesado, um interesse superior, da própria sociedade.” (REsp 246698/MG 1ª T., Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 18.04.2005) 3 No caso, por se tratar de ação de execução fiscal proposta por entidade autárquica, prescindível a participação do Ministério Público. Aplicação da Súmula 189 do STJ: “É desnecessária a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais”.

(REsp 885.551/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 24/05/2007).

É acertado o entendimento do STJ, que termina por direcionar o Ministério Público para a atuação em causas nas quais esteja em jogo o *interesse público primário*, em que é importante a figura do *parquet* para evitar desvios e conluíus. O entendimento constante da *Súmula 189 do STJ* mantém-se atual¹¹.

11 REsp 774.711/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 12/11/2008. Interessante notar que, caso a executada seja a massa falida, afasta-se a incidência da súmula 189. Nesse sentido: AgRg no REsp 665.414/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJ 10/09/2007.

9 Súmula 190: “na execução fiscal, processada perante a Justiça Estadual, cumpre à Fazenda Pública antecipar o numerário destinado ao custeio das despesas com o transporte dos oficiais de justiça”

A *Súmula 190 do STJ* foi publicada no Diário de Justiça de 23/06/1997 e o único precedente que o *site* do STJ cataloga é o Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 1.352, embora haja tantos outros, como os Embargos de Divergência nº 22.649 e 23.337. O objeto deste verbete sumular é verificar se a isenção do pagamento de custas e de emolumentos, por parte da Fazenda Pública, em sede de Execução Fiscal, alcança o valor gasto com o transporte de oficiais de justiça.

A fim de avaliar o teor do presente enunciado, transcreve-se o art. 39 da Lei de Execução Fiscal (Lei 6.830/80), que é a norma que necessitou ser interpretada pelo Superior Tribunal de Justiça:

Art. 39. A Fazenda Pública não está sujeita ao pagamento de custas e emolumentos. A prática dos atos judiciais de seu interesse independe de preparo ou de prévio depósito.

Parágrafo único. Se vencida, a Fazenda Pública ressarcirá o valor das despesas feitas pela parte contrária.

A dúvida que movimentou o STJ foi, basicamente, a seguinte: *a isenção do pagamento de custas e emolumentos para a Fazenda Pública, em sede de Execução Fiscal, alcança o numerário necessário ao transporte dos oficiais de justiça?* A resposta dada pelo STJ, como visto, foi *negativa*.

Os motivos para tanto foram, segundo se lê no voto condutor do Incidente de Uniformização nº 1.352, proferido pelo Min. Ari Pargendler:

- a) a interpretação das normas jurídicas não deve gerar injustiças, incoerências, devendo-se nelas buscar uma noção de justiça;
- b) com base nessa premissa tem-se que defender a isenção da Fazenda Pública de pagar as despesas com transporte de oficiais de justiça faria com que eles mesmos

tivessem que arcar com elas, o que seria flagrantemente anti-isonômico, pois confrontaria um profissional que recebe vencimentos limitados e o Estado, titular de alto orçamento;

- c) ademais, o valor das despesas de transporte dos oficiais de justiça estaria fora do conceito de custas e emolumentos, não podendo ser, portanto, objeto de isenção¹².

A interpretação dada pelo STJ, no presente caso, é digna de aplausos, visto que aprecia uma prerrogativa da Fazenda Pública de forma restritiva e com atenção ao critério de isonomia material que deve guarnecer toda interpretação do direito. O entendimento firmado na *Súmula 190 do STJ* mantém-se atual e vigente¹³.

Cf. Súmula 232 do STJ

10 Súmula 314: “em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente”

A *Súmula 314 do STJ* foi publicada no Diário de Justiça de 08/02/2006 e alguns de seus precedentes são os Embargos de Divergência nº 97.328 e 237.079. Seu objeto é regular o *modo* como se computa a prescrição intercorrente em sede de execução fiscal.

A dúvida que levou à publicação deste verbete sumular surgiu, basicamente, por conta do antigo teor do art. 40 da Lei de Execução Fiscal, que era composto, tão-somente, do *caput* e dos §§ 1º a 3º, da seguinte forma:

Art. 40. O juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os

12 “A Fazenda Pública não está sujeita ao pagamento de custas e emolumentos; já as despesas com transporte dos Oficiais de Justiça, necessárias para a prática de atos fora do cartório, não se qualificam como custas ou emolumentos, e devem ser antecipadas pela Fazenda Pública”. *Voto condutor do Min. Ari Pargendler*, proferido no IUJ nº 1.52.

13 EDcl no REsp 724.029/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 17/02/2009; REsp 964.319/GO, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJe 24/04/2008.

quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.

§ 1º. Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública.

§ 2º Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o juiz ordenará o arquivamento dos autos.

§ 3º Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.

O problema todo, que precisou ser solucionado pelo Superior Tribunal de Justiça, relacionava-se a uma aparente imprescritibilidade do crédito tributário que parecia emanar do teor do artigo, caso fosse suspenso o curso da execução fiscal. Explica-se:

Pelo teor do art. 40 da LEF, a execução fiscal deveria ser suspensa (*suspensão do processo*) caso ocorresse uma das seguintes hipóteses: (i) não for localizado o devedor; (ii) não forem encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora.

Caso a execução fosse suspensa, também seria paralisado o prazo prescricional, ainda nos termos do *caput* do art. 40. Tal suspensão duraria o prazo de 01 (um) ano, após o qual deveria ser arquivado o processo, desde que *não* fossem localizados bens penhoráveis ou o devedor.

Nesse ponto do procedimento de suspensão da execução fiscal, regido pelo art. 40 da LEF, é que se localizava o problema que foi enfrentado pela *Súmula 314*, diretamente afeto ao § 3º do citado artigo: *segundo a interpretação isolada e literal do § 3º, se em qualquer tempo fossem encontrados bens do devedor ou se fosse o mesmo localizado, os autos poderiam ser desarquivados, dando-se curso à execução fiscal.*

Tal regra, nitidamente, instituíra um regime de *imprescritibilidade* do crédito tributário. Basta pensar o seguinte: *a qualquer tempo*, mesmo após vinte anos, poderiam ser localizados bens do devedor, o que permitiria o desarquivamento dos autos e o prosseguimento da execução fiscal.

Tratava-se, pois, de um raciocínio que era possível extrair da dinâmica da Lei de Execução Fiscal, que possui natureza de lei federal ordinária, mas que *francamente* desrespeitava o teor do art. 174 do CTN, incorporado ao atual ordenamento jurídico com o *status* de *lei complementar*. Tal desrespeito estaria configurado pelo fato de que o aludido artigo de lei decreta a *prescrição quinquenal do crédito tributário*, nos seguintes termos:

Art 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

I – pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal;

II – pelo protesto judicial;

III – por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

IV – por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.

Uma lei ordinária federal não pode ir de encontro (ser contrária) a uma lei complementar, cuja intenção foi a de privilegiar o princípio da *segurança jurídica* e não eternizar lides, por isso prevendo o instituto da prescrição quinquenal.

Com base nessa premissa, fixou-se na jurisprudência do STF e do STJ a premissa de que, findo o prazo suspensivo de 01 (um) ano, começava a contar o prazo prescricional de cinco anos, após o qual estaria prescrito o crédito tributário.

A dúvida poderia ser dada por encerrada, satisfazendo-se, todos os jurisdicionados, com os termos claros da *Súmula 314*, não fosse o surgimento do § 4º do art. 40 da LEF¹⁴, que, no intuito de por fim à questão em debate pela via legal, terminou por criar outras dúvidas. A fim de explicar a afirmação feita, é necessário transcrever o texto legal:

14 A introdução do § 4º do art. 40 da LEF se deu por meio da Lei 11.051/04.

Art. 40. *Omissis*.

§ 4º. Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato.

O citado § 4º do art. 40 consagrou, simultaneamente, (i) a existência da prescrição intercorrente em sede de execução fiscal; (ii) a sua cognição *ex officio* e a (iii) necessidade de se dar prévio contraditório à Fazenda Pública antes de reconhecer a causa extintiva do crédito.

Todavia – e aqui reside o problema que precisa ser tratado – o § 4º do art. 40 determinou que o prazo quinquenal começa a correr da decisão que ordenar o arquivamento. *Aparentemente instalou-se uma discrepância entre o teor da Súmula 314 e a lei*, nos seguintes termos:

Termo inicial da contagem do prazo prescricional após suspensão da execução fiscal

<i>Súmula 314</i>	<i>Art. 40, § 4º da LEF</i>
<i>fim do prazo de um ano de suspensão</i>	<i>decisão que ordenar o arquivamento, após findo o prazo de suspensão</i>

Prezado leitor, são duas coisas *muito diferentes* estipular como *dies a quo* do prazo prescricional:

- a) o *fim do prazo de um ano de suspensão*;
- b) a *decisão que ordenar o arquivamento, após o fim do prazo de um ano de suspensão*.

Diz-se isso pelo seguinte: é possível que, por um erro judiciário, a decisão que ordene o arquivamento somente seja proferida seis meses ou um ano após da data que deveria ter sido dada. Sendo assim, seria retardado em seis meses ou um ano (nos exemplos dados) a contagem do prazo prescricional, caso se siga o teor literal do art. 40, § 4º da LEF, ao invés de se dar prestígio ao entendimento que *aparenta* decorrer da *Súmula 314*. E ainda mais: o prejuízo ao direito

subjetivo do devedor de ter iniciada, a seu favor, a contagem da prescrição intercorrente seria obstado pela demora da máquina judicial estatal.

Frente a tal discrepância, surge uma dúvida para o operador do direito: *como operacionalizar a regra da prescrição intercorrente?* Com base na interpretação dada pelo STJ, por meio da *Súmula 314*, cujos precedentes antecedem o advento do § 4º do art. 40 da LEF? Ou com base nos termos dessa última norma, incorporada ao ordenamento jurídico em 2004?

Lendo-se a mais recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, percebe-se a tendência em se dar rendimento ao literal teor do art. 40, § 4º da LEF, como se comprova por meio da leitura do seguinte aresto:

“O termo inicial da prescrição intercorrente em execução fiscal é a data do arquivamento do processo”.

(EDcl no Ag 1085462/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 29/04/2009).

Data maxima venia, a situação deve ser analisada de um modo um pouco distinto, com a principal intenção de evitar que a *demora* do Poder Judiciário em decretar o arquivamento do executivo fiscal não prejudique o devedor. Passa-se a explicar a ideia.

Quando se lê o art. 40, § 2º da LEF, percebe-se claramente que o devedor tem o *direito subjetivo processual* ao arquivamento dos autos *uma vez findo o prazo de um ano de suspensão do processo*. Dessa sorte, a única condição para que surja esse seu direito é o vencimento do lapso de um ano.

Sendo assim, a decisão judicial que arquivava os autos é *meramente declaratória* desse direito processual do devedor, o que faz com que seus efeitos sejam *ex tunc*. Por isso, deve retroagir à data em que venceu o prazo de um ano de suspensão o termo inicial do prazo da prescrição intercorrente.

Aplicando-se esse regime, ter-se-ia que o *ato processual* que desencadeia o prazo prescricional é a *decisão de arquivamento*, que possui eficácia *ex tunc*, retroagindo à data em que se completou um ano de suspensão do processo. Deve-se lem-

brar que não é estranha ao direito brasileiro a ideia de que um ato processual crie um marco regulatório para a prescrição com eficácia *ex tunc* (trata-se da citação).

Caso se decida dessa forma, dá-se rendimento maior ao art. 40 da LEF, em defesa dos interesses do devedor, impedindo-se que a demora do Poder Judiciário contribua para que um direito subjetivo seu seja violado. A *Súmula 314 do STJ* mantém-se atual¹⁵.

11 Referências

ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1960.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2007.

DIDIER JR., Fredie et. al. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2009. v. 5.

GÓES, Fábio T. F. Aspectos da execução fiscal. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JR., Fredie (Coords.). *Procedimentos especiais cíveis: legislação extravagante*. São Paulo: Saraiva, 2003.

KLIPPEL, Rodrigo. *Teoria geral do processo civil*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2009.

RODRIGUES, Marcelo Abelha . *Manual de execução civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009.

SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. São Paulo: Saraiva, 1997.

15 AgRg no REsp 1078302/PE, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 01/06/2009; REsp 1078394/PE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 11/11/2008.



2

PARECERES

2.1

REGIME JURÍDICO DAS LICITAÇÕES NO ÂMBITO DO ESTADO-MEMBRO

HORÁCIO AUGUSTO MENDES DE SOUSA

PROCESSOS: 27721353 (02 volumes) e 44779313. Parecer PGE/SCA nº 846/2009. Origem: Procuradoria Geral do Estado. Interessado: Secretaria de Estado de Gestão e Recursos Humanos - SEGER

SUMÁRIO: 1 A hipótese. 2 Da invalidade do processo licitatório. 3 Do novo marco regulatório dos procedimentos licitatórios no âmbito do Estado. 4 Uma proposta de nova normatividade. 5 Proposições conclusivas.

EMENTA: Análise jurídica de procedimento licitatório. Licitação, sob a modalidade tomada de preços, para a contratação de serviços de consultoria técnica para a elaboração de estudos e projetos relativos à eficiência energética no âmbito da Administração Pública Estadual. Invalidade do procedimento licitatório. Considerações. Exame da normatividade estadual a respeito da inversão das fases procedimentais das licitações promovidas pelo Estado. Possibilidade e legitimidade constitucional da legislação estadual dispor sobre a matéria. Inteligência dos arts. 1º, *caput*, 5º, LXXVIII, 22, XXVII, 24, parágrafos 1º e 2º, 37, *caput* e 70, *caput*, todos da Constituição da República de 1988. Necessidade de ajustes na normatividade estadual. Considerações.

Senhora Procuradora-Chefe da SCA,

1 A hipótese

Cuida-se de análise jurídica do procedimento licitatório referente à tomada de preços promovida pelo Estado, por meio da Secretaria de Estado de Gestão e Recursos Humanos - SEGER – cujo objeto é a contratação de sociedade empresária para a prestação de serviços de consultoria técnica para a elaboração de estudos e projetos relativos à eficiência energética no âmbito

da Administração Pública Estadual, consoante se extrai da descrição do objeto licitatório nas folhas 326 e seguintes dos autos do vertente processo.

Nesse contexto, realizada e concluída a licitação com vistas à contratação pretendida, os presentes autos são submetidos ao crivo desta PGE, antes da assinatura do respectivo instrumento contratual, de modo a atender o sistema normativo previsto no Decreto nº 1939-R/2007.

É o relatório. Passo a opinar.

Desde logo, cabe enfatizar que a presente análise se restringe ao caráter jurídico do procedimento licitatório ora submetido a exame, não sendo considerados os aspectos técnicos ou econômicos da avença, tais como a descrição do objeto licitatório e a capacidade técnica do licitante, aspectos esses que se presumem terem sido apreciados pelos órgãos técnicos competentes para tanto, tudo na forma do art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/93, em combinação com o art. 3º, inc. VII, da Lei Complementar Estadual nº 88/96.

Dito isso, cabe dizer, desde logo, que o procedimento licitatório é juridicamente inválido, pelas razões que passo a compendiar adiante.

2 Da invalidade do processo licitatório

Destarte, do exame dos autos, verificam-se vícios formais e substanciais que fulminam de manifesta invalidade o procedimento licitatório em perspectiva.

Em primeiro lugar, pela falta de justificativa adequada, proporcional e razoável para a realização do procedimento licitatório, em violação aos princípios jurídicos da legalidade, da razoabilidade, da eficiência, da economicidade e da motivação inerente às licitações, contratações e demais parcerias administrativas do Estado (CR/88, arts. 5º, LIV, 37, *caput*, 70, *caput*, 93, X c/c Lei nº 8666/93, arts. 3º e 14, *caput*, extensível aos serviços).

Com efeito, não há nos autos uma justificativa substancial, seja para afastar a execução direta dos serviços pelo próprio Estado, como sugerido pela autoridade competente do próprio órgão licitante (fl. 25), seja para refutar a possibilidade de cele-

bração de parceria com a Universidade Federal do Estado do Espírito Santo - Ufes – que se propôs a executar o serviço, *no âmbito da cientificidade e fora da lucratividade*, frise-se, por valor bem inferior àquele que se alcançou com o procedimento licitatório em exame (fls. 178 e 211). Tal conduta, com todo o respeito, não é razoável, principalmente quando a própria Administração Pública Estadual alega estar sob os efeitos da crise econômico-financeira ocorrida no âmbito do sistema financeiro dos Estados Unidos da América do Norte.

No tema, a propósito da necessidade de planejamento motivado das licitações, contratações e parcerias da Administração Pública, já tive oportunidade de dizer em trabalho específico que

(...) A necessidade de um projeto básico para a realização de obras e serviços da Administração Pública é aspecto específico de um contexto muito maior, ou seja, a indispensabilidade do prudente, eficiente e razoável planejamento das atividades administrativas estatais. Sendo a licitação procedimento formal e estando a sua dinâmica procedimental detalhadamente fixada na Lei de Licitações, não pode a autoridade administrativa, por ocasião da elaboração do Edital, deixar de observar ou se afastar das prescrições legais, principalmente pelo caráter predominantemente de ordem pública de tais normas, sob pena de nulidade do processo licitatório. De outro lado, a necessidade de conformação do Edital à Lei de Licitações, pelo administrador público, gera para o particular interessado em participar da licitação o direito de exigir a estrita adequação do Edital aos preceitos legais, consoante se infere do art. 4º do Estatuto Licitatório. Não significa dizer que a licitação, enquanto procedimento, seja um fim em si mesma, pois seu objetivo fundamental é selecionar a proposta mais vantajosa, ou seja, aquela que atenda a todas as necessidades da Administração Pública (CR/88, art.37, XXI). E para o atendimento das necessidades da Administração Pública, o licitante deve saber, exatamente, o que o Poder Público pretende contratar, o que só é possível, frise-se, com a clara, objetiva, precisa e incontroversa definição do objeto da licitação. Neste sentido, apresenta-se fundamental a adequada descrição do objeto licitatório no Edital da licitação, de modo que o licitante, ao analisá-lo, possa, de plano, saber, exata-

mente, qual é a necessidade do Poder Público e verificar a sua possibilidade de atendimento, a partir do preenchimento dos requisitos fixados no Edital, apreciar a viabilidade econômica e jurídica da contratação, estimar os custos envolvidos, além de outros aspectos, daí a nuclear preocupação da Lei de Licitações com a adequada e clara descrição do objeto licitatório, conforme se infere nitidamente dos arts. 6º, IX, art. 14, 40, I e § 2º, 47, 55, I, entre outros. Tal se justifica porque a deficiência na descrição do objeto da licitação enseja a formulação de proposta deficiente pelo licitante, eis que não revestida do conhecimento preciso da pretensão do Poder Público. Conseqüentemente, gera uma contratação e execução contratual deficiente e de insucesso, em última análise, frustrando-se o interesse público que fundamentou a própria licitação. O que foi exposto se aplica a qualquer licitação, independentemente do seu objeto. Com maior razão, portanto, quando se tratar de obras e serviços de alta complexidade técnica e vulto econômico. Daí ser o projeto básico o instrumento legalmente fixado para a adequada caracterização de obras e serviços de maior complexidade, funcionando como verdadeira bússola, quer para a Administração Pública – que deverá pautar seu julgamento objetivo das propostas a partir das exigências do projeto básico – seja para o licitante, que poderá nortear seguramente sua proposta com fundamento em descrição precisa, clara e detalhada do objeto da licitação, bem como se insurgir contra qualquer subjetivismo ou arbítrio na apreciação das propostas por parte da entidade licitante. Na abalizada doutrina de JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR¹, *verbis*: “(...) Neste mister, aos órgãos administrativos é imposto o uso de instrumentos técnicos que, ordenados segundo determinada cronologia, terão a função de assegurar padrão mínimo de nitidez e certeza na definição e na especificação do objeto. Padrão este essencial à observância dos princípios regentes da licitação, sobretudo os da igualdade, da moralidade e do julgamento objetivo. Sem o projeto básico da obra ou do serviço, o ato convocatório da licitação será deficiente para lastrear a formulação de propostas pelos licitantes, porquanto precário na caracterização

1 Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 74.

completa e exata do que pretende a Administração, cedendo espaços à dubiedade e à subjetividade.” Por tais motivos é que o projeto básico se apresenta como requisito indispensável à validade do procedimento licitatório, e a sua ausência ou deficiência gera a nulidade da licitação e da ulterior contratação, bem como a responsabilidade pessoal de quem tiver lhedado causa, conforme preceitua o disposto no art. 7º, §§ 2º e 6º da Lei de Licitações. Portanto, o êxito na realização da obra ou prestação do serviço depende, indissociavelmente, da precisa descrição de seu objeto, o que só se realiza com a apresentação pela Administração Pública de um projeto básico adequado. (...) Todavia, a descrição pormenorizada da Lei de Licitações acerca do *iter* para a concretização do projeto básico, a par de sua multidisciplinariedade, eis que constituído de elementos financeiros, técnicos, ambientais e jurídicos, revela a específica função do Direito de nortear o seu aspecto formal e disciplinar os seus efeitos fatuais, na hipótese de vício ou inexistência do planejamento licitatório, o que sobreleva a importância de seu estudo sob o ponto de vista jurídico².

Com efeito, na gravidade do momento, urge aos agentes públicos tomarem a ciência e a consciência de que a discricionariedade administrativa, fundada em juízos de oportunidade e conveniência da Administração Pública, longe de constituir critério meramente subjetivo, só é constitucional e legítima se fundada em motivação bem argumentada, ponderada e tecnicamente justificada, manifestada no devido processo legal administrativo, de modo a demonstrar objetiva e cabalmente o acerto da decisão pública, viabilizando o seu controle e revestindo a atuação do Estado de segurança jurídica.

Neste sentido, aliás, os abalizados magistérios doutrinários de Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Marcos Juruena Villela Souto, ao prefaciarem a não menos autorizada tese de Doutorado da lavra de Sérgio Guerra, recentemente publicada, a propósito dos novos rumos da discricionariedade administrativa diante

2 Ver nosso *Temas de licitações e contratos da administração pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 49-60.

do modelo de Estado Democrático de Direito consagrado como princípio constitucional estruturante da República Federativa do Brasil (CR/88, art. 1º, *caput*). Confira-se:

(...) as opções tomadas em decisões administrativas, outrora ditadas por critérios meramente subjetivos, de conveniência e de oportunidade, devem hoje, nesta era de reafirmação de valores, se submeter a uma metodologia processualizada, em que instrumentos argumentativos essenciais, como a ponderação e a motivação técnica, ampliam tanto a probabilidade de acerto da decisão resultante, como, o que é ainda mais importante, as possibilidades de controle de direito, o que é um substancial reforço de segurança jurídica³.

Essas diretrizes, como demonstrado, reconhecidas pela doutrina contemporânea administrativista, já estão sendo concretizadas no âmbito da jurisprudência, notadamente do Egrégio Supremo Tribunal Federal e do Colendo Superior Tribunal de Justiça, consoante se infere dos trechos dos julgados adiante transcritos parcialmente. Confira-se:

(...) *Cabe ao Poder Judiciário verificar a regularidade dos atos normativos e de administração do Poder Público em relação às causas, aos motivos e à finalidade que os ensejam.* Pelo princípio da proporcionalidade, há que ser guardada correlação entre o número de cargos efetivos e em comissão, de maneira que exista estrutura para atuação do Poder Legislativo local⁴.

(...) Trata-se de ação ordinária ajuizada por comunidade indígena que objetiva compelir a Funai e a União a demarcar terra indígena. Na contestação, a Funai alegou impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que a intervenção judicial para ordenar a demarcação e homologação do território indígena invadiria a esfera da discricionariedade da Administração Pública, não cabendo ao Poder Judiciário definir a prioridade e estabelecer políticas públicas. O juiz de primeiro grau rejeitou essa preliminar de impossibilidade jurídica, o que foi confir-

3 GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade e reflexividade*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. Prefácio.

4 RE nº 365.368 - AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 22.05.07, DJ de 29.06.07 (destaquei).

mado pelo Tribunal a quo. Na espécie, é preciso, também, verificar se o Poder Judiciário pode adentrar a análise e conveniência do ato administrativo discricionário, ou se apenas à Administração Pública foi concedido esse poder. Nesse panorama, a Turma, ao julgar o recurso especial, entendeu que, para reconhecer a impossibilidade jurídica do pedido, é necessário que o julgador, no primeiro momento de contato com a petição inicial, perceba que o pedido jamais poderia ser atendido, independentemente do fato e circunstâncias do caso concreto. Concluiu, ainda, que o mérito do ato administrativo não se revela da simples e isolada norma in abstracto, mas sim do confronto desta com os fatos surgidos no caso concreto, cuja peculiaridade pode reduzir, ou até eliminar, a liberdade que o administrador público tem para executar a conduta pretendida pela lei. Sendo assim, a possibilidade, ou não, do pedido contido na inicial que objetiva a demarcação de terra indígena será a conclusão a que o julgador chegará após a análise das circunstâncias que envolvem o caso concreto, não se podendo afirmar, de pronto, que o ordenamento jurídico veda tal possibilidade apenas por se tratar de ato que, em abstracto, possui características discricionárias. Assim, em razão da teoria da asserção (a análise das condições da ação é feita conforme a narrativa da petição inicial) e da necessidade de dilação probatória para análise dos fatos, no caso concreto, não houve violação do art. 295, I e parágrafo único, III, do CPC⁵.

Nesta ordem de ideias, ao agir em desacordo com os aludidos parâmetros e imperativos constitucionais, legais, doutrinários e jurisprudenciais, o Estado, por meio do órgão consulente, ensejou a nulidade do procedimento licitatório. Frise-se, por oportuno, que as considerações aludidas não dizem respeito ao controle propriamente dito do objeto licitatório a ser contratado pelo Estado, o que extrapolaria o âmbito de controle jurídico desta PGE, mas sim em relação à observância dos critérios fixados pelo ordenamento jurídico licitatório para a definição do aludido objeto e, respectivamente, a sua forma de execução eficiente e

5 REsp 879.188-RS, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 21.05.2009. Noticiado no *Informativo de Jurisprudência do STJ*, n. 395, maio 2009. (destaquei).

econômica. Essas balizas, como cediço, constituem típico controle de constitucionalidade e legalidade, próprios das atividades desenvolvidas pela PGE (CR/88, arts. 37, *caput* e 132 c/c Lei nº 8666/93, arts. 7º e 14).

Em segundo lugar, há flagrante violação ao princípio da legalidade, na perspectiva do devido processo legal licitatório, na medida em que o presente procedimento, em sua fase interna, notadamente a minuta utilizada no certame, não sendo padronizada, deveria ser prévia e obrigatoriamente aprovada pela PGE, nos termos do art. 132 da Constituição da República de 1988 c/c art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/93, em combinação com o art. 3º, inc. VII, da Lei Complementar Estadual nº 88/96.

Frise-se que, no caso vertente, a providência se apresentaria indispensável, principalmente por se tratar de procedimento licitatório realizado nos termos do novo marco regulatório das licitações no âmbito deste Estado, a partir de edital dotado de diversas peculiaridades e requisitos de qualificação técnica diferenciados (fl. 220 e ss.), o que não foi feito. Nestes casos, como cediço, é indispensável o prévio exame por parte do órgão jurídico. Sobre o tema, já tive a oportunidade de dizer, em trabalho específico sobre o papel da consultoria jurídica nas licitações e contratações administrativas, que:

(...) a Advocacia Pública tem por missão constitucional precípua, a representação judicial, a consultoria e o assessoramento jurídico dos entes políticos da federação (CR/88, arts. 131 e 132). Da mesma maneira, foi visto que a Constituição da República consagra, como direito fundamental do cidadão, o devido processo legal administrativo, que deve ter duração razoável (CR/88, art. 5º, LIV c/c LXXVIII). Tais normas têm por finalidade fazer com que os atos estatais, em geral, e os processos administrativos licitatórios, em particular, estejam plenamente conformes aos ditames previstos em lei, em atendimento aos princípios constitucionais regentes das atividades administrativas estatais. O princípio constitucional da celeridade processual administrativa está intimamente relacionado à atividade consultiva atribuída ao Advogado Público. Com efeito, no âmbito das atividades consultivas, em boa parte desenvolvidas no bojo do processo administrativo licitatório, é que o

princípio em foco terá grandes possibilidades de efetivação prática, com a conformação dos atos decisórios estatais à legalidade, à legitimidade e à justiça. Isto porque a lei, especialmente em matéria de licitações, é o ponto de partida e chegada do administrador, daí o detalhamento na descrição dos comportamentos a serem seguidos pelo Estado, concretizando o verdadeiro devido processo legal em sede administrativa⁶. Nesta ordem de ideias, pode-se dizer que o ponto fundamental de exame jurídico do Advogado Público se centra no edital regente do certame. Destarte, autorizada a despesa e elaborado o edital, que, geralmente, segue um padrão previamente definido pelos órgãos técnicos da entidade licitante, submete-se a sua análise ao órgão jurídico da entidade. Isto porque, sendo o edital um ato administrativo que retrata os anseios da Administração Pública numa contratação eficiente e economicamente vantajosa (em última análise, um interesse da sociedade), deve, também, estar em conformidade com a Lei de Licitações, que estabelece limitações à discricionariedade do administrador público no formato *processual da licitação e da contratação*. *Daí a lei estabelecer – como também visto anteriormente – que as minutas dos editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devam ser previamente examinadas e aprovadas pela consultoria jurídica da Administração Pública (Lei nº 8666/93, art. 38, § único)*. Neste sentido, sendo a licitação um procedimento formal, o não cumprimento da referida exigência pode ensejar a nulidade da licitação e da posterior contratação. Por tal motivo, a submissão ao órgão jurídico da minuta do edital e do contrato, depois de dada a publicidade do edital aos licitantes, pode trazer como consequência a nulidade do procedimento licitatório a partir da publicação, devendo-se, pois, submeter o edital ao órgão jurídico e remarcar a licitação, em contraveniência ao princípio da celeridade processual administrativa em estudo. Todavia, vale alertar que, em sede do exame jurídico a cargo do Advogado Público, o princípio da celeridade processual administrativa não significa pronunciamento jurídico conclusivo e exauriente a qualquer tempo e a qualquer custo. Significa dizer, a manifestação em tempo incompatível – como,

6 Neste sentido, confirmam-se: SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 16.

por exemplo, um dia ou horas – sem a adequada instrução processual, muito comum em diversas entidades federativas, efetivamente prejudica a mínima e necessária reflexão jurídica e prospectiva exigida do Advogado Público, cujo pronunciamento subsidiará a decisão final do administrador público. Consequentemente, pode ensejar – e normalmente ensejará – um efeito prático contrário ao objetivo fundamental do princípio da celeridade processual administrativa, que é a decisão estatal – cuja atribuição incumbe aos administradores públicos – apressada e divergente dos interesses públicos envolvidos. A problemática foi bem colocada pela então Procuradora Geral do Estado do Espírito Santo, Dr^a. CRISTIANE MENDONÇA⁷, ao averbar que: (...) A advocacia pública é mar aberto para aqueles que gostam de nadar na dúvida. A cada momento de sua atuação, o advogado estatal depara com um sem-número de problemas jurídicos distintos e inusitados de alta complexidade, que precisam ser resolvidos – normalmente em curto espaço de tempo – em prol da coletividade e do interesse comum. Muitas vezes não há sequer o tempo necessário para que a empreitada reflexiva conclua o seu ciclo. A sociedade – última destinatária dos serviços executados pelo aparelho estatal – espera uma solução! É dizer, não interessa ao licitante e ao administrado a decisão rápida – aparente e formalmente tempestiva – se o seu conteúdo é impreciso, ambíguo, contraditório ou imotivado. Isto porque, o tempo da decisão, aparentemente maximizado em sede de processo administrativo, não escapará da compensação temporal no âmbito do processo judicial, retirando-se a eficácia do princípio da celeridade processual administrativa, o que é de todo indesejado. Daí porque devem ser rechaçadas, na medida do possível, as urgências administrativas provocadas, mais voltadas ao atendimento de interesses pessoais dos requerentes – e, portanto, ilegais e ilegítimas – do que propriamente ao atendimento de qualquer situação emergencial dotada de relevante interesse público. No ponto, nem mesmo se leva em consideração as “urgências administrativas” que decorrem das “ineficiências administrativas” no desempenho da própria atividade administrativa pelo Estado o que, infelizmente, ainda é realidade as-

7 *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo*. Vitória: PGE/ES, v. 4, n. 4, 2005.

sente em muitas unidades da federação brasileira. É o caso, por exemplo, da falta de controle dos prazos de término dos contratos da Administração Pública, demandando uma análise jurídica de aditamentos contratuais que, muitas vezes, só se apresentam vantajosos ao Erário formalmente, vicissitudes que devem ser extirpadas da rotina de algumas Administrações Públicas no Brasil. Uma das soluções que se alvitra, sem a pretensão de esgotamento do tema, é que haja, assim como ocorre no âmbito do Poder Judiciário, um prévio juízo caracterizador da situação emergencial por parte do Advogado Público incumbido de certo exame jurídico no procedimento de licitação e da contratação administrativa. Assim, o caso concreto revelaria, a partir da adequada motivação por parte do administrador público, um quadro de emergência manifesta – *periculum in mora* administrativo – a justificar a mais rápida atuação consultiva própria dos Advogados Públicos. Noutro reverso, não configurada a urgência jurídica alegada pela autoridade administrativa competente, a partir de manifestação fundamentada do Advogado Público vinculado ao processo, o princípio da celeridade processual administrativa se efetivaria nos mesmos termos dos demais processos que envolvam as demais pretensões administrativas, afastando-se a emergência que, quando inexistente, compromete verdadeiramente a efetividade do princípio em exame. Frise-se que não se pretende sustentar que o Advogado Público, no exercício do seu *munus* constitucional, se substitua ao administrador público na decisão política, eis que a sua atuação é técnica, portanto, despolitizada. A urgência a ser examinada será de ordem jurídica – iminência de consumação de prescrição ou decadência administrativa, por exemplo – que se inclui, por evidente, no seu rol de atribuições funcionais. A sugestão alvitrada, ao que parece, nem mesmo necessita de expressa e específica previsão legal neste sentido, pois que decorre da natureza constitucional das próprias funções do Advogado Público, na medida em que atua no controle geral da legalidade e legitimidade dos procedimentos de contratação administrativa, encontrando respaldo, ainda, na própria Lei Geral de Licitações⁸ e constituindo lugar comum nas diversificadas Leis Orgânicas estrutu-

8 Lei nº 8666/93, art. 38, parágrafo único.

radoras da carreira. Como averba DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO: (...) Destarte, o *Advogado* ou *Procurador do Estado*, também neste caso, tanto quanto qualquer outro servidor público, não se pode esquivar, sob pretexto algum, de se opor a toda ordem que, por ciência e consciência próprias, tenha como atentatória à lei e ao Direito, ainda porque, este *espaço inviolável* se lhe estaria, desde logo, garantido, acima de qualquer outro motivo, pelo *princípio fundamental da dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III, da Constituição). Como *quarta regra, a fortiori* e, sobretudo, por se tratar de um dever constitucionalmente decorrente, o *Advogado investido em Procuratura constitucional especificamente destinada ao controle da juridicidade do segmento da Administração junto à qual atua*, tem o dever ético e funcional de se opor a todo ato da autoridade administrativa, seja de que nível provier, que lhe pareça, em ciência e consciência, atentatório à lei e ao Direito, ainda porque, enquanto no exercício da advocacia, inexistente qualquer hierarquia entre advogados, juízes, parlamentares ou administradores públicos, isso porque, se assim não fora, *não teriam independência para exercer sua função constitucionalmente essencial*.⁹ É dizer, se o Advogado Público, no legítimo exercício das suas funções, se manifesta juridicamente sobre o mais, que é a legalidade e legitimidade do procedimento licitatório em si, pode realizar o menos, neste particular, o juízo de urgência jurídica do exame pretendido, de modo a resguardar o princípio jurídico da celeridade processual administrativa aludido, estando a dita atuação preliminar em conformidade com o ordenamento jurídico pátrio. É nesse campo propício que o princípio constitucional da celeridade processual administrativa tende a ganhar concretude e efetividade, sendo, neste aspecto, como ressaltado, fundamental o resguardo do papel do Advogado Público enquanto guardião da legalidade, legitimidade, justiça e tempestividade dos atos e decisões administrativas estatais praticadas nos certames licitatórios¹⁰.

A não-observância da normatividade aludida ensejou a inserção de diversas ilegalidades e incongruências no edital e no

9 Advocacia de Estado revisitada. In: _____. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 215.

10 Ver nosso *Manual de técnica de parecer jurídico*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 39-42.

respectivo procedimento licitatório, como será demonstrado, em total prejuízo do interesse público consubstanciado na eficiente e econômica parceria administrativa entre o Estado e a iniciativa privada. Daí, pois, por mais esse fundamento, a invalidade do certame.

Em terceiro lugar, como decorrência da inobservância da prévia e indispensável manifestação do órgão jurídico de controle da juridicidade das licitações e contratações da Administração Pública, o edital regente do certame foi publicado, em seu extrato, trazendo ilegalidades e incongruências comprometedoras do certame, como se passa a destacar.

Neste contexto, além da previsão de vigência contratual superior à execução do objeto do contrato (item 5.1, fl. 273), merece destaque a previsão, no item 4.1, de visita técnica facultativa, em objeto licitatório de grande complexidade, onde se pode inferir, até mesmo por quem não tem formação específica em engenharia, acerca da necessidade de visita técnica, de modo a conhecer as instalações da Administração Pública, a partir das quais seria executada a consultoria, com a elaboração das respectivas propostas de otimização e racionalização do uso da energia na Administração Pública Estadual. Nada obstante, o próprio edital previa a visita técnica como requisito de habilitação (facultativa?), na forma do item 8.3.

Em trabalho anterior, a respeito da necessidade de visita técnica nos procedimentos de contratação complexos, averbamos:

(...) Outra exigência em matéria de qualificação técnica é a comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação¹¹. Trata-se de resguardo da Administração Pública para que o licitante, se vencedor, não alegue desconhecimento dos termos do edital e das condições em que o contrato deverá ser executado, notadamente nas obras e

11 Lei nº 8666/93, art. 30, III. Como lembrado por TOSHIO MUKAI, a exigência em tela não se confunde com o "recibo de compra do edital", ilegalmente exigido como mecanismo de afastamento de interessados no certame. MUKAI, Toshio. *Licitações e contratos públicos*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 53.

serviços de engenharia, em que o conhecimento do local onde será realizada a obra ou serviço é fundamental para a sua execução. É complemento, pois, do projeto básico (Lei nº 8666/93, art. 7º) que, a rigor, já traz todas as informações fundamentais ao licitante. Na prática, materializa-se por meio de declaração fornecida pelo licitante ou pela juntada na documentação de atestado fornecido pela entidade licitadora no sentido de que o licitante ou seu representante legal esteve no local e tomou conhecimento das condições necessárias à formulação das propostas. Além disso, o exame dos requisitos de qualificação técnica constantes do edital bem demonstra a existência de ilegalidades comprometedoras da eficiência e economicidade, a partir da competitividade, no certame licitatório em perspectiva¹².

Destarte, da análise do item 8.3 do edital (fl. 330), verifica-se a comprovação de aptidão por, ao menos, dois atestados de execução de serviços anteriores semelhantes ao pretendido pela Administração Pública, o que causa perplexidade. Com efeito, o licitante que apresente um único atestado, comprovando a execução plena de serviços similares aos pretendidos pela Administração Pública, será eliminado do certame. Ademais, o fracionamento de atestados, não demonstra, necessariamente, a capacidade técnico-operativa do licitante, qual seja, a de execução conjunta simultânea dos serviços pretendidos, o que, também, não é razoável.

Da mesma forma, a exigência de registro junto ao CREA-ES é ilegal, na medida em que não encontra respaldo na Lei Geral de Licitações e Contratações administrativas, como já tivemos a oportunidade de demonstrar em estudo específico sobre o tema. Confira-se:

(...) Exige a Lei de Licitações, em primeiro lugar, o registro ou inscrição na entidade profissional competente. Tal previsão visa à comprovação da capacitação técnica genérica

12 Ver nosso *Temas de licitações e contratos da administração pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 82.

do licitante para a execução do empreendimento¹³. Destarte, entidade profissional competente é aquela criada por lei, com a função de polícia administrativa da profissão que disciplina. Assim, é interdito à entidade licitadora criar ou eleger, no caso concreto, entidades que não têm a atribuição de polícia administrativa da respectiva profissão, sob pena de ilegalidade da previsão e nulidade do certame, caso algum licitante venha ser inabilitado por tal exigência indevida.¹⁴ O dispositivo melhor se amolda às obras e serviços de engenharia, prevendo a lei como presumida – presunção relativa – a capacitação genérica do licitante, caso se ache em dia com suas obrigações perante às respectivas entidades de classe¹⁵. No caso específico das entidades de classe no seg-

13 Veja-se o decidido pelo C. STJ: "ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EDITAL. HABILITAÇÃO. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA DO LICITANTE. EXIGÊNCIA LEGAL. REGISTRO OU INSCRIÇÃO NA ENTIDADE PROFISSIONAL COMPETENTE. PRECEDENTES. RECURSO PREJUDICADO. I - A habilitação do particular, antes denominada capacidade jurídica, é a aptidão efetiva do interessado, seja ele pessoa física ou jurídica, para exercer direitos e contrair obrigações, com responsabilidade absoluta ou relativa por seus atos, ligando-se visceralmente à pessoa partícipe do certame da licitação, e não às qualidades de seus funcionários. II - O art. 30, inc. I, da Lei n.º 8.666/1993, ao regular a habilitação dos interessados, dispõe que a qualificação técnica se limita à apresentação de registro ou inscrição na entidade profissional competente. Contempla-se, assim, a comprovação da aptidão da pessoa do licitante em cumprir com todas as obrigações atinentes à execução do objeto da licitação. III - A qualificação técnica do particular licitante é pressuposto indispensável ao adimplemento de sua habilitação no certame público, uma vez que a Administração somente poderá confiar-lhe a execução do objeto da licitação, se o interessado possuir e comprovar, nos termos da lei (art. 30, inc. I, da Lei n.º 8.666/1993), a sua habilitação jurídica plena. Precedentes do STJ. IV - Dado ao lapso de tempo transcorrido desde o ajuizamento do mandamus, vê-se que os serviços, objeto da licitação questionada, já foram realizados, tornando o recurso prejudicado pela perda do seu objeto. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, julgar prejudicado o recurso, nos termos do voto da Ministra-Relatora. Votaram com a Relatora os Ministros Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon e Franciulli Netto. Ausente, justificadamente, o Ministro Paulo Medina. TURMA nº 10736-BA, Relatora Ministra LAURITA VAZ, SEGUNDA TURMA, j. em 26.03.2002, DJ de 29.04.2002."

14 No sentido do texto, confira-se a doutrina de SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Licitações e contratos administrativos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Adcoas, 1999. p. 198.

15 Sobre o tema, assim já decidiu o C. STJ: "EMENTA: RECURSO ESPECIAL - MANDADO DE SEGURANÇA - LICITAÇÃO - ARTIGO 30, II, § 1º DA LEI N. 8.666/93 - CERTIFICAÇÃO DOS ATESTADOS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA - AUSÊNCIA DE REGISTRO NO CREA - VIOLAÇÃO À LEI DE LICITAÇÃO. O artigo 30, inciso II, § 1º da Lei de Licitações, determina a comprovação de aptidão técnica, no caso de licitações pertinentes a obras e serviços, por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente certificados pela entidade profissional competente. In casu, porém, a empresa recorrida foi excluída de processo licitatório, na fase de habilitação, por não ter registrado no CREA o atestado, fornecido por pessoa jurídica de direito privado, que comprovava a execução de estrutura metálica com vão livre superior a vinte metros, conforme determinava o Instrumento Editalício. É certo que o edital pode estabelecer exigências que particularizem as diretrizes elencadas pela lei, para que seja realmente aferida a capacidade técnica e operacional das empresas candidatas à execução da obra ou serviço. Não se pode, todavia, admitir a faculdade de excluir disposições legais que têm por finalidade justamente a garantia das informações apresentadas pelas licitantes por órgão oficial. A presunção de autenticidade de documento fornecido por empresa particular é meramente iuris tantum e cede em face de lei que determina a certificação por entidade profissional, com status de representante da categoria e, portanto, em condições de aferir questões alusivas à capacitação técnica. Recurso especial provido. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Castro Meira, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator. REsp nº 324498 - SC, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, j. 19.02.2004, DJ de 26.04.2004."

mento de engenharia e arquitetura, o fato da sua importância institucional para a comprovação da capacitação técnica genérica do licitante, prevista no dispositivo em comento, não significa que tais entidades possam criar condições, gerais ou específicas, para a participação das empresas e profissionais de engenharia e arquitetura nas licitações promovidas pela Administração Pública. Tais entidades, frise-se, não são competentes para tanto, e a elas é vedado criar mais entraves burocráticos, muitas vezes inviabilizadores do acesso ao certame licitatório, para a participação de empresas e profissionais do setor em licitações.

A advertência é válida tendo em vista que diversos entes da Administração Pública vêm exigindo, como requisito para a comprovação da capacitação técnica, a despeito de qualquer previsão em lei, a prova, por parte dos licitantes, de atendimento às regras criadas pelo CONFEA, e que, arbitrariamente, passam a ser exigidas como requisitos de habilitação nos certames licitatórios. Tal prática constitui ingerência indevida das entidades de classe em sede de licitações, desvirtuando seu papel institucional, que é a função de polícia administrativa do exercício das profissões, e não a criação entraves burocráticos e onerosos para a participação nos certames. Os excessos devem ser controlados pelo Poder Judiciário. Ainda no ponto, vem se apresentando, com certa frequência, nos certames licitatórios promovidos pelo Estado, o questionamento, por parte de Conselhos Regionais de Administração – CRA - ponderando a ausência, nos editais de licitação, de exigências relativas ao registro e quitação das sociedades empresárias e responsáveis técnicos junto às respectivas entidades, dos locais da realização do certame, ainda que o domicílio da licitante seja em outro Estado da federação. Aduzem, em síntese, que a locação de mão-de-obra é campo privativo da atividade do administrador e que a Lei exige o registro das sociedades empresárias e dos profissionais, no CRA, quando desenvolvam atividades de administrador, em todos os domicílios onde as atividades sejam desenvolvidas. Neste passo, sugerem que os editais passem a consignar a exigência no sentido de que tanto as sociedades empresárias licitantes quanto os respectivos profissionais administradores (responsáveis técnicos) comprovem, por ocasião do certame licitatório, o registro e a quitação dos mencionados agentes (sociedades empresárias e profissionais) junto ao CRA

do local da realização do certame. Desde logo, cabe registrar a ilicitude das mencionadas exigências sugeridas pelos Conselhos Regionais locais¹⁶, eis que, por determinação constitucional¹⁷, a imposição de registro nos conselhos profissionais somente é cabível quando a atividade exercida pelo agente econômico (sociedade empresária ou profissional) se encontre disciplinada em lei. Sob outro prisma, o registro exigido dos agentes econômicos deve ser efetuado na entidade fiscalizadora da atividade básica ou preponderante, consoante entende, inclusive, o E. STJ¹⁸. Ademais, a exigência de registro dos agentes econômicos no CRA, ainda que seus domicílios sejam em outros Estados, é vedada pelo art. 3º da Lei de Licitações, que proíbe, como regra geral, a distinção entre licitantes brasileiros. Destarte, os atos normativos infralegais que exigem o registro dos agentes econômicos no CRA local violam o princípio da legalidade, sendo certo que a exigência de comprovante de quitação dos agentes econômicos junto ao CRA local não encontra amparo no art. 30, I da Lei de Licitações, de modo que a imposição, de índole econômica, em nada contribui para a aferição da capacitação do licitante. Não bastassem tais fundamentos, deve-se lembrar que, por expressa determinação Constitucional (CR/88, art. 37, XXI), as exigências de qualificação técnica devem ser aquelas indispensáveis e adequadas à aferição da aptidão do licitante, não sendo o caso do registro, no local do certame, de agentes econômicos (sociedades empresárias e profissionais) que possuam domicílio em outro Estado e, muito menos, a comprovação de quitação das anuidades junto aos respectivos conselhos. Ressaltando a necessidade de adequação imposta pelo preceito constitucional em comento, averba

16 Neste sentido, o entendimento do Ilustre Procurador do Estado do Espírito Santo, ROBESPIERRE FOU-REAX ALVES, nos autos do processo nº 31764754, ano 2005, cujo objeto decorrente de consulta formulada pela Secretaria de Estado do Trabalho e Ação Social, era a análise da exigência de registro no CRA/ES por parte de licitantes e profissionais técnicos cujo domicílio fosse outro Estado da federação.

17 CR/88, art. 5º, XIII c/c art. 170, p. único.

18 Confira-se: INFORMÁTICA. INSCRIÇÃO. CONSELHO. ADMINISTRAÇÃO. A Resolução Normativa n. 125/1992 do Conselho Federal de Administração, ao exigir a inscrição, anuidades e fiscalização dos profissionais e pessoas jurídicas da área de informática, exorbitou do comando contido no art. 2º da Lei n. 4.769/1965, que enumera as atividades privativas do administrador de empresas. É certo que muitos dos sistemas desenvolvidos por profissionais de informática funcionam como aplicativos na área de administração, porém seu desenvolvimento se dá em base teórica específica, técnicas, metodologia e ferramentas próprias. Note-se que a jurisprudência firmou-se no sentido de se levar em conta a atividade preponderante dos profissionais para se determinar qual conselho procederá à fiscalização. Assim a malsinada resolução cria direito novo, sem respaldo em lei, chegando a impor sanções administrativas e pecuniárias, em verdadeira agressão ao princípio da legalidade. REsp 488.441-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 3.6.2004. *Informativo de Jurisprudência do STJ*, n. 211.

CARLOS AYRES BRITTO¹⁹: “É dizer, a Lei Maior estabelece uma relação de adequação entre as exigências de qualificação técnica e econômica dos proponentes e a estrita necessidade de garantia do cumprimento das obrigações a assumir pelo futuro contratado, de sorte a impedir que a exacerbação daquelas exigências venha a operar como fator de redução do número de interessados na participação licitatória.” Isto porque, a medida alvitrada, além de colidir com o mandamento constitucional mencionado (CR/88, art. 37, XXI), não atende ao princípio da razoabilidade (CR/88, art. 5º, LIV), em sua tríplice dimensão, como nos ensina o abalizado magistério doutrinário de LUÍS ROBERTO BARROSO²⁰, que didaticamente sugere o teste da razoabilidade. É dizer, seja porque o meio utilizado (exigência de registro dos agentes econômicos no local do certame e comprovação de quitação junto ao respectivo conselho fiscalizador) não é adequado ao fim pretendido (seleção de licitante tecnicamente qualificado para a execução do contrato), quer pelo fato de que a medida não é necessária e nem tampouco exigível, pois os conselhos profissionais dispõem dos meios legais para a cobrança das suas contraprestações pecuniárias, não sendo a licitação a sede própria. Ademais, a medida só traz malefícios ao Estado licitador, já que os gravames citados terão como prováveis conseqüências o afastamento de licitantes interessados e que possuam domicílios em outras unidades da federação, ou, ainda, a inserção dos “custos burocráticos do registro local” na proposta vencedora, desatendendo-se, pois, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Sob o ponto de vista do princípio da economicidade (CR/88, art. 70, *caput*), efetivado no procedimento licitatório por meio do postulado da vantajosidade (CR/88, art. 37, XXI), como enfatizado, os “custos burocráticos” decorrentes dos procedimentos de registro na entidade profissional do local da licitação, quando não afastam potenciais licitantes, acabam por ensejar que o próprio Estado absorva tais custos por ocasião da seleção da proposta. Na perspectiva do princípio da competitividade, se os entes políticos da federação não podem criar distinções entre brasileiros (CR/88, art. 19, III), com maior razão as entidades fiscalizadoras das profissões,

19 *O perfil constitucional da licitação*. Curitiba: ZNT, 1997. p. 139.

20 *Interpretação e aplicação da Constituição*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 213 e ss.

notadamente se a via utilizada é o ato normativo e não a lei, em prejuízo à isonomia que deve prevalecer nos procedimentos licitatórios. No âmbito infraconstitucional, também não se apresenta possível compatibilizar a exigência com o sistema da Lei de Licitações, em especial seu art. 30, I, como já enfatizado acima. Por tais razões, parece-me inconstitucional e ilegal a exigência no sentido de que tanto às sociedades empresárias licitantes quanto os respectivos profissionais administradores (responsáveis técnicos) comprovem, por ocasião do certame licitatório, o registro local, fora de seus respectivos domicílios e a quitação dos mencionados agentes (sociedades empresárias e profissionais) junto ao CRA local²¹.

No mesmo contexto, a exigência de vínculo empregatício, por período mínimo de 01 ano, também restringe, de maneira irrazoável, a competitividade do certame licitatório, não encontrando, nestes termos, respaldo na Lei Geral de Licitações e Contratos da Administração Pública. Sobre o tema, veja-se o que dissemos anteriormente:

(...) Avançando, cuida-se agora da capacidade técnico-profissional do licitante, que se dá por meio da comprovação do licitante de possuir, em seu quadro permanente, na data prevista para a entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos²². Ao contrário do que foi exposto nos itens acima mencionados, aqui não se trata da capacitação da empresa ou consórcio licitante, mas sim de um dos elementos fundamentais da estrutura empresarial da licitante, ou seja, seus recursos humanos. Trata-se de verificar se os profissionais técnicos que compõem a estrutura da licitante possuem a experiência necessária para a execução do empreendimento. A rigor, tal exigência apresentar-se-ia

21 Ver nosso *Temas de licitações e contratos da administração pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 75-79.

22 Lei nº 8666/93, art. 30, par. 1º, I.

excessiva, posto que o contratado, que é a empresa, e não os profissionais que a compõem, já se responsabiliza pelo êxito na execução do contrato, inclusive respondendo pelos atos de seus profissionais técnicos²³. Contudo, sendo tal requisito fundamental para o êxito nas contratações administrativas, notadamente nas obras e serviços que envolvam alta complexidade técnica, resolveu por bem o legislador perquirir separadamente tal específico aspecto da qualificação técnica²⁴. *Não obstante isso, merece crítica a necessidade de que os profissionais técnicos façam parte do quadro permanente da empresa, como se tal condição lhes conferisse a aptidão técnica requerida pela Administração Pública. Noutra sentido, cria-se um entrave aos direitos constitucionais fundamentais de livre exercício das profissões e à própria livre iniciativa (CR/88, art. 5º, XIII), inserindo-se mais um custo no exercício da atividade empresarial e que, em última análise, desaguará no custo da proposta a ser oferecida no certame*^{25, 26}

A não-observância desses parâmetros normativos, como se infere dos autos, ensejou, por mais esse fundamento, a invalidade do certame. Frise-se que a ilegalidade dos requisitos de capacitação técnica também ensejou a inabilitação de todos os licitantes no certame, além de ensejar diversos questionamentos pelos mesmos, a demonstrar, também, a vulnerabilidade do edital nesta temática (fls. 679 e ss. e fls. 692-696).

Em quarto lugar, nova violação ao devido processo legal, com vício no procedimento, violando-se a normatividade estadual regente da espécie. Com efeito, de acordo com a normatividade estadual disciplinadora do certame, a Administração Pública

23 Lei nº 8666/93, art. 70.

24 Confira-se o decidido pelo C. STJ: "LICITAÇÃO. COMPROVAÇÃO. EXPERIÊNCIA. QUANTIDADE MÍNIMA. A Administração, com o fito de implementar a inspeção regular da frota de veículos em uso no município, promoveu licitação, em cujo edital se menciona a necessidade de comprovação de experiência anterior, mediante a existência, nos quadros das empresas proponentes, de profissional que já tenha atuado na fiscalização de, no mínimo, 1 milhão de veículos. Correto o edital, visto que a melhor interpretação do art. 30, § 1º, I (parte final), da Lei n. 8.666/1993 (Lei de Licitações) permite inserirem-se no decreto editalício exigências relativas a quantidades mínimas para fins de comprovação de experiência, isso quando, vinculadas ao objeto do contrato, estiverem assentadas em critérios razoáveis, quanto mais se complexo o objeto a ser licitado, como no caso. REsp nº 466.286-SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 7.10.2003."

25 Na mesma linha, confira-se a doutrina de SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Licitações e contratos administrativos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Adcoas, 1999. p. 198-199.

26 Ver nosso *Temas de licitações e contratos da administração pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 85-86.

deveria classificar e examinar as três primeiras propostas, assim como os requisitos de habilitação, desclassificando as demais licitantes, abrindo-se a prazo de recurso respectivo, na forma do art. 1º, IV e V da Lei nº 9090/2008.

Nada obstante, diante da inabilitação das três primeiras colocadas, a Administração Pública promotora do certame, sem oportunizar o contraditório e a ampla defesa, convocou a quarta colocada que, ao final, sagrou-se vencedora do certame, o que não seria possível, à luz do art. 1º, V da Lei nº 9090/2008. Daí, pois, a invalidade do procedimento, por violação ao devido processo legal juridicamente estabelecido na norma mencionada.

Ainda que assim não se entenda, a complexidade do objeto licitatório, o vulto econômico-financeiro da futura contratação e, também, o baixíssimo grau de competição no certame licitatório, na medida em que somente uma proposta se mostrou classificada e habilitada, bem demonstram o insucesso do certame e o não-atendimento do escopo fundamental da licitação, que é a seleção de proposta mais vantajosa para a Administração Pública, *captada num ambiente de efetiva competição e, não, por falta de opção*, pela ausência de licitantes aptos, como no caso vertente.

Ademais, o valor ofertado pela licitante considerada vencedora é bem superior àquele ofertado pela Universidade Federal do Estado do Espírito Santo - UFES (fl. 114). Relembro que C. STJ reconheceu, em recente precedente, em hipótese semelhante, uma causa legítima de revogação do procedimento licitatório, consoante se infere do trecho do seguinte julgado:

PREGÃO. COMPETITIVIDADE. Não há regra que determine o número mínimo de participantes ou o valor mínimo da proposta na licitação mediante pregão. Porém, na espécie, o fato de apenas duas sociedades terem participado do pregão ao apresentarem ofertas quase iguais ao valor máximo estimado como possível pela Administração pode indicar a falta de competitividade, a justificar a revogação do certame em respeito ao interesse público. Note-se que só há a necessidade de contraditório antes da revogação quando há disputa de direito subjetivo, não mera expectativa, como na hipótese²⁷.

27 In: RMS 23.402-PR, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 18.03.2008 – destaquei. Noticiado no *Informativo de Jurisprudência do STJ*, n. 358, mar. 2008.

Por tais razões, entendo que o procedimento licitatório em tela é inválido, devendo-se promover a responsabilidade das autoridades e agentes públicos competentes que ensejaram a invalidade do certame, mediante o prévio e devido processo legal administrativo.

Nada obstante seja esse, no nosso entendimento, o lamentável desfecho para o procedimento em tela, em desatendimento ao interesse público consubstanciado na celebração de parceria eficiente e econômica entre a Administração Pública e a iniciativa privada, parece oportuno abordar, alguns aspectos da nova normatividade estadual, tendo em vista as controvérsias que a mesma vem ensejando, em sua aplicabilidade prática, inclusive no âmbito da própria PGE. É o que se passa a enfrentar no item seguinte.

3 Do novo marco regulatório dos procedimentos licitatórios no âmbito do Estado

Não custa lembrar que a Lei estadual nº 9.090/2008, vigente e eficaz na data da sua publicação, ou seja, 24.12.2008, pretendeu instituir normas específicas para os procedimentos licitatórios no âmbito da Administração Pública estadual.

Assim, a norma estadual em tela, consoante se extrai da sua própria *ementa*, em apertada síntese, tem por finalidade tornar efetiva a diretriz geral regente das Administrações Públicas contemporâneas, no sentido de desburocratizar a atividade processual administrativa, ou seja, tornar mais eficiente o devido processo legal licitatório, em matéria de procedimentos de contratações e parcerias estatais²⁸.

Neste contexto, num primeiro momento normativo, o diploma legal estadual pretende tornar mais célere e eficiente os procedimentos licitatórios realizados no âmbito do Estado, tal qual se infere da disciplina constante do art. 1º, seus diversificados

28 Sobre o tema, ver nosso estudo denominado O princípio constitucional da celeridade processual e o devido processo legal licitatório: proposições em busca da eficiência nos procedimentos de contratações estatais, constante do nosso *Temas de licitações e contratos da administração pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 3-48.

incisos e parágrafos. Num segundo momento, institui a disciplina jurídica do credenciamento na Administração Pública, sendo o que se verifica do tratamento constante do seu art. 2º e seguintes.

O exame ora empreendido se detém, nesta oportunidade, na normatividade estadual regente dos procedimentos de contratação administrativa trazidos pela Lei nº 9090/2008, cuja disciplina, como dito, encontra-se concentrada no art. 1º da aludida lei.

E, neste contexto, o presente exame jurídico se justifica, *em primeiro lugar*, na medida em que, como se pretendeu demonstrar acima, a falta de adequada aplicação do novo sistema normativo estadual, já ensejou a invalidade do procedimento licitatório objeto dos presentes autos, como visto na primeira parte deste parecer jurídico.

Ademais, em segundo lugar, vale registrar, também, que, com o advento da nova normatividade, já podem ser identificadas duas linhas diametralmente opostas, no âmbito da Subprocuradoria da Consultoria Administrativa, desta Procuradoria Geral do Estado - PGE/SCA – a respeito da juridicidade da Lei nº 9090/2008, notadamente no que diz respeito à disciplina pertinente à processualidade licitatória prevista na aludida lei.

Nesse sentido, existem, ao que parece, até o presente momento, no âmbito desta PGE/SCA, duas manifestações jurídicas a respeito da normatividade em exame. Uma, pela invalidade constitucional e legal da lei²⁹, outra, em sentido contrário, pela validade constitucional e legal da norma³⁰.

Assim, considerando a pertinência da temática para o caso em exame, assim como o pedido verbal formulado pela Ilustre Chefia desta SCA, Dr. Juliana Paiva Faria Faleiro, para a manifestação jurídica sobre a matéria, passo a empreender ao exame da nova disciplina jurídica, nos termos acima propostos. De início, confira-se a dicção da nova normatividade:

29 Neste sentido, confira-se o Parecer nº 694/2009, da lavra do Ilustre Procurador do Estado, Dr. Fabiano Giaquinto Herkenhoff, proferido nos autos do processo nº 34102337, sendo interessada a Secretaria de Estado da Fazenda.

30 Neste sentido, confira-se o Parecer nº 2.661/2008, da lavra do Ilustre Procurador do Estado, Dr. Emerson Luiz Faé, proferido nos autos do processo nº 43527078, sendo interessada a Secretaria de Estado de Gestão e Recursos Humanos.

Art. 1º A licitação poderá ser processada e julgada observadas as seguintes etapas consecutivas:

I - realização de sessão pública em dia, hora e local designados para recebimento dos envelopes contendo as propostas e os documentos relativos à habilitação, bem como da declaração dando ciência de que o licitante cumpre plenamente os requisitos de habilitação;

II - abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes;

III - verificação da conformidade e compatibilidade de cada proposta com os requisitos e as especificações do edital ou convite e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou os fixados pela Administração (Pública) ou pelo órgão oficial competente ou, ainda, com os preços constantes do sistema de registro de preços, quando houver, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;

IV - julgamento e classificação das propostas, de acordo com os critérios de avaliação do ato convocatório;

V - devolução dos envelopes fechados aos concorrentes desclassificados, com a respectiva documentação de habilitação, desde que não tenha havido recurso ou após a sua denegação;

VI - abertura dos envelopes e apreciação da documentação relativa à habilitação dos concorrentes cujas propostas tenham sido classificadas até os 3 (três) primeiros lugares;

VII - deliberação da Comissão de Licitação sobre a habilitação dos 3 (três) primeiros classificados;

VIII - se for o caso, abertura dos envelopes e apreciação da documentação relativa à habilitação de tantos concorrentes classificados quantos forem os inabilitados no julgamento previsto no inciso VII deste artigo;

IX - deliberação final da autoridade competente quanto à homologação do procedimento licitatório e adjudicação do objeto da licitação ao licitante vencedor, no prazo de 10 (dez) dias úteis após o julgamento.

§ 1º As licitações do tipo melhor técnica e técnica e preço terão início com a abertura das propostas técnicas, as quais serão analisadas e julgadas pela Comissão de Licitação;

§ 2º A autoridade competente poderá, por decisão fundamentada, determinar que o processamento da licitação obedeça a ordem prevista na legislação federal;

§ 3º Todos os documentos e propostas serão rubricados pelos licitantes presentes e pela Comissão;

§ 4º É facultado à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, promover diligência destinada a esclarecer ou complementar a instrução do processo licitatório, vedada a criação de exigência não prevista no edital.

§ 5º Para os efeitos do disposto no inciso VI deste artigo, admitir-se-á o saneamento de falhas, desde que, a critério da Comissão de Licitação, os elementos faltantes possam ser apresentados no prazo máximo de 3 (três) dias, sob pena de inabilitação do licitante e aplicação da multa prevista no edital;

§ 6º Os erros materiais irrelevantes serão objeto de saneamento, mediante ato motivado da Comissão de Licitação;

§ 7º É vedada a participação de uma única pessoa como representante de mais de um licitante;

§ 8º O disposto neste artigo aplica-se à concorrência e, no que couber, às demais modalidades de licitação;

§ 9º Não cabe desistência de proposta durante o processo licitatório, salvo por motivo justo decorrente de fato superveniente e aceito pela Comissão ou pelo pregoeiro;

§ 10. Ultrapassada a fase de habilitação dos concorrentes e abertas as propostas, não cabe desclassificá-los por motivo relacionado com a habilitação, salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento;

§ 11. Poderá a autoridade competente, até a assinatura do contrato, excluir o licitante ou o adjudicatário, por despacho motivado, se, após a fase de habilitação, tiver ciência de fato ou circunstância, anterior ou posterior ao julgamento da licitação, que revele inidoneidade ou falta de capacidade técnica ou financeira;

§ 12. O licitante que ensejar o retardamento do certame, não mantiver a proposta ou fizer declaração falsa, inclusive aquela prevista no inciso I deste artigo, garantido o direito prévio de citação e ampla defesa, ficará impedido de licitar e contratar com a Administração, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais;

§ 13. As licitações processadas por meio de sistema eletrônico e/ou presencial observarão procedimento próprio quanto ao recebimento de documentação e propostas, sessões de apreciação e julgamento e arquivamento dos documentos.

E, nesse sentido, começo pelo exame da argumentação jurídica formulada no sentido da inconstitucionalidade e ilegalidade da norma estadual em tela, a partir do atento exame do parecer jurídico da lavra do Ilustre Procurador do Estado, Dr. Fabiano Giaquinto Herkenhoff, acima aludido.

Assim, nesta perspectiva, o novel procedimento licitatório estadual seria inconstitucional e ilegal pelos seguintes fundamentos centrais:

- 1) A nova lei impõe obrigatoriamente, no âmbito da Administração Pública Estadual, a inversão das fases de habilitação e julgamento das propostas no procedimento licitatório, de modo que a adoção do procedimento clássico previsto na Lei nº 8666/93 (primeiro a habilitação e depois o julgamento das propostas) passa a ser exceção. Neste sentido, a inversão de fases dá ensejo à criação de novas modalidades licitatórias, em violação ao art. 22, XXVII e ao sistema da Lei nº 8.666/93;
- 2) A norma é de duvidosa constitucionalidade, tanto é assim que, no âmbito do E. STF, “a inversão das fases está sendo debatida na ADI 4116/08 - SP, na qual se questiona a Lei Estadual nº 13.121, de 07 de julho de 2008, do Estado de São Paulo, de redação bastante assemelhada à lei 9.090/08, do Estado do Espírito Santo, havendo pareceres da PGR e da AGU favoráveis, no mérito, ao provimento parcial da Ação”;

- 3) A norma é imprópria e incongruente, na medida em que não excepciona o leilão e o concurso, enquanto modalidades licitatórias cujos ritos procedimentais são incompatíveis com a inversão de fases pretendidas; ademais, apresenta contrariedade ao seu próprio sistema, ao prever, no par. 10 do art. 1º, uma norma já constante da Lei nº 8666/93 e voltada para o procedimento clássico, onde se opera a fase de habilitação e, depois, de julgamento das propostas; além disso, não empreende a necessária adaptação ao sistema recursal, de modo que a norma não poderia abranger a formulação de proposta “que dependa de delicada elaboração”; e
- 4) A modificação da regra geral de inclusão de documentos novos, a não ser na hipótese de todas as licitantes serem inabilitadas ou desclassificadas (Lei nº 8.666/93, art. 48, par. 3º), como pretendido pela norma estadual (Lei nº 9.090/2008, art. 1º, par. 5º), ofende o princípio constitucional da isonomia “porque, dentre os demais classificados (4º colocado em diante), pode haver algum com a documentação de habilitação irretocável, sendo, portanto, a verdadeira vencedora”, violando, também, o princípio da adjudicação compulsória.

Passa-se, pois, ao exame da fundamentação jurídica ofertada pelo Ilustre parecerista e que, com o devido respeito, dissentimos parcialmente, como se pretende modestamente demonstrar.

- 1) *A nova lei impõe obrigatoriamente, no âmbito da Administração Pública Estadual, a inversão das fases de habilitação e julgamento das propostas no procedimento licitatório, de modo que a adoção do procedimento clássico previsto na Lei nº 8.666/93 (primeiro a habilitação e depois o julgamento das propostas) passa a ser exceção. Neste sentido, a inversão de fases dá ensejo à criação de novas modalidades licitatórias, em violação ao art. 22, XXVII, e ao sistema da Lei nº 8.666/93;*

O argumento, neste particular, com todo o respeito, não é procedente. Destarte, não se controverte que os Estados-membros possam editar as suas respectivas normas específicas so-

bre licitações e contratações administrativas. É o que se infere da interpretação sistemática e teleológica da Constituição da República de 1988, seja como uma decorrência da autonomia administrativa dos entes da federação, para a disciplina dos seus processos e procedimentos administrativos, seja, ainda, a partir da dicção constitucional, no sentido de que, em matéria de licitações e contratos da Administração Pública, a competência da União Federal é voltada para o estabelecimento de normas gerais, cabendo aos demais entes políticos, suplementarem a legislação federal, adaptando-a às suas respectivas realidades regionais e locais (CR/88, art. 1º, *caput* c/c art. 18, *caput* c/c art. 22, XXVII c/c art. 24, parágrafos 1º e 2º).

Essa temática foi estudada, com a profundidade necessária, no parecer jurídico da lavra do Ilustre Procurador do Estado, Dr. Emerson Luiz Faé, acima mencionado, ao qual nos reportamos. Confira-se:

(...) De fato, o § 2º do art. 24 da Constituição Federal dispõe que *“A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados”*. Além disso, o §1º do mesmo artigo estabelece que *“No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais”*. Ora, a dicção do art. 22, XXVII é clara no sentido de outorgar à União a competência para editar “normas gerais” em matéria de licitações e contratos, de sorte que uma interpretação sistemática da Constituição conduz à inexorável conclusão de que esta competência é concorrente, não afastando, assim, a competência suplementar dos Estados. E este é o entendimento da doutrina majoritária, conforme se constata através das várias citações acima referenciadas. Vimos, assim, que à União compete legislar sobre normas gerais em matéria de licitações e contratos, cabendo aos Estados e Municípios a competência para expedir normas específicas sobre este tema³¹.

Nesta ordem de ideias, é certo que a inversão de fases do procedimento licitatório se insere, enquanto temática procedi-

31 Nesse sentido, confira-se o Parecer nº 2.661/2008, da lavra do Ilustre Procurador do Estado, Dr. Emerson Luiz Faé, proferido nos autos do processo nº 43527078, sendo interessada a Secretaria de Estado de Gestão e Recursos Humanos.

mental, no âmbito da competência legislativa concorrente dos Estados e Municípios, em matéria de licitações e contratações administrativas. Isto porque, não há criação de novas modalidades de licitações, pois o que se tem é a alteração das etapas procedimentais, a partir das modalidades licitatórias existentes.

É dizer, as características centrais das modalidades licitatórias previstas na normatividade nacional permanecem intocadas pela lei estadual, notadamente a fase interna, o modo de publicidade das licitações, os valores pertinentes a cada modalidade, os requisitos de habilitação e os critérios de julgamento das propostas.

Frise-se que a norma estadual em exame, com algumas ressalvas adiante mencionadas, reproduz, na maioria dos seus preceitos, as previsões já constantes do marco regulatório nacional das licitações, na modalidade pregão, e das concessões de serviços públicos comuns, administrativas e patrocinadas, que se formalizam por meio de licitações na modalidade concorrência, com a inversão de fases já consagradas (Lei nº 8.987/95, art. 18-A, Lei nº 10.520/2002, art. 4º c/c Lei nº 11.079/04, art. 13).

Em sentido semelhante, cite-se, novamente, o entendimento do Ilustre Procurador do Estado, Dr. Emerson Luiz Faé, que, fundado em ampla doutrina sobre o tema, averbou:

(...) De fato, a ordem cronológica das fases de habilitação e classificação de propostas não é algo que se possa classificar como norma geral em matéria de licitação. Seguindo a linha de raciocínio acima proposta, se a ordem cronológica destas fases fosse matéria realmente classificada como norma geral, seria necessária a sua aplicação indistinta e uniforme em todo o território nacional por todas as pessoas políticas e em todas as situações da mesma espécie. Mas na prática, o que se vê é que a própria União vem editando várias leis tornando obrigatória ou facultativa a inversão de fases, como é o caso da Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão Eletrônico) e da Lei nº 11.079/2004 (Lei das PPP's). Ora, em minha avaliação, se ordem cronológica das fases de habilitação e classificação de propostas tivesse de fato o status de norma geral, as Leis nº 10.520/2002 e nº 11.079/2004 deveriam manter, obrigatoriamente, a mesma ordem prevista originalmente na Lei nº 8.666/93,

pois, como visto, seria da essência da norma geral a sua aplicação para todas as modalidades de licitação, sem exceções. Em outras palavras, se existe exceção na própria norma geral (as Leis ns. 10.520/2002 e 11.079/2004 veiculam normas gerais, segundo a unanimidade da doutrina) ora obrigando e ora permitindo a inversão de fases, chega-se à conclusão de que não há qualquer rigidez nesta ordem, permitindo-se a sua seriação de acordo com as particularidades de cada ente político. É preciso recordar que o procedimento licitatório não se constitui em um fim em si mesmo. Nos termos do art. 3º da Lei nº 8.666/93, a licitação se destina a garantir a observância do princípio da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, e será processada em conformidade com os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo, e outros que lhe são correlatos. (...) Com efeito, ao avaliar a inversão das fases de habilitação e classificação das propostas à luz dos princípios consagrados no art. 3º da Lei nº 8.666/93, não se vislumbra qualquer risco de violação aos mesmos, até mesmo porque, se existisse risco de colisão com tais princípios, certamente não seriam editadas pela União leis veiculadoras de normas gerais onde se prevê a inversão das fases da licitação (caso das Leis nº 10.520/2002 e nº 11.079/2004). Aliás, a doutrina tem sustentando atualmente que a inversão de fases, longe de contrariar os princípios da lei e da Constituição, tem assegurado a observância dos mesmos. (...) Sem dúvida alguma, a inversão de fases é medida que não afeta, em absoluto, os objetivos da licitação, na forma prevista na Constituição e na Lei nº 8.666/93: não retira o caráter competitivo do procedimento, não discrimina interessados e além de tudo prestigia, com muito mais ênfase do que no sistema da Lei nº 8.666/93, os princípios da eficiência, da economicidade e também da moralidade. Conclui-se, portanto, que sob todos os aspectos, seja numa perspectiva eminentemente jurídica, seja do ponto de vista dos benefícios de ordem prática que a medida proporcionará, a inversão das fases de habilitação e classificação das propostas é perfeitamente aceitável, de forma que a o Es-

tado poderá, no exercício de sua competência legislativa suplementar, editar a lei com o conteúdo sob análise³².

Não se pode olvidar também que, com a consagração, na matriz constitucional, do princípio da celeridade processual administrativa, surge um expresse condicionamento para a edição e aplicação de normas processuais e procedimentais, no âmbito de todos os níveis federativos de Poder, em todos os Poderes República, visando à efetividade dos processos e procedimentos administrativos estatais (CR/88, art. 5º, LXXVIII). Sobre, o tema, já dissemos anteriormente, em obra específica sobre a matéria em exame:

(...) Como adiantado no item anterior, o Poder Constituinte Derivado resolveu inserir expressamente, no corpo permanente da CR/88, o princípio da celeridade do processo administrativo, também conhecido como princípio da celeridade processual. Assim, dispõe o art. 5º, LVXXIII: Art. 5º - *Omissis* (...) “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” De início, deve-se afastar o entendimento segundo o qual a inserção do princípio em tela no corpo permanente da CR/88 seria desnecessária. Busca-se justificar o argumento na premissa de que o princípio da celeridade processual já se encontrava presente no ordenamento jurídico pátrio, seja implicitamente, quer como decorrência do princípio constitucional da eficiência. Isto porque, a positivação de um princípio jurídico é sempre oportuna, na medida em que reforça a necessidade de sua observância pelos agentes públicos participantes dos processos administrativos estatais. A necessidade de seu acaatamento obrigatório, por seu turno, se incrementa na medida em que o princípio se apresenta como direito fundamental do cidadão, insuscetível de vulneração ou supressão por meio de Emenda à Constituição. Sob outro prisma, conferindo-se ao princípio em estudo o atributo de direito fundamental do cidadão, a consequência direta, extraída da própria matriz

32 Neste sentido, confira-se o Parecer nº 2.661/2008, da lavra do Ilustre Procurador do Estado, Dr. Emerson Luiz Faé, proferido nos autos do processo nº 43527078, sendo interessada a Secretaria de Estado de Gestão e Recursos Humanos.

constitucional, é a sua aplicabilidade imediata, inclusive nos processos administrativos em andamento. Ademais, a positividade constitucional do princípio em exame significa expresse condicionamento à atividade dos legisladores federais, estaduais, distrital-federal e municipais, na medida em que não poderão editar normas sobre processo administrativo em desconformidade com o princípio de celeridade processual administrativa. O mesmo diga-se em relação ao administrador público, que não poderá, na disciplina jurídica dos processos administrativos, editar normas infralegais contrárias ao princípio em foco. Outro efeito imediato irradiante da previsão constitucional é a revogação, por incompatibilidade com o Texto Constitucional, das normas processuais administrativas discrepantes do citado princípio, o que, por certo, exigirá o exame casuístico, em cada uma das realidades político-jurídicas brasileiras, de cada ente da federação³³.

Vale frisar, ainda, que a inversão das fases procedimentais é uma incontroversa realidade no âmbito dos Estados que adotam o pregão como regra geral para as suas respectivas contratações, atendendo-se, pois, ao princípio da realidade administrativa.

Ademais, a inversão de fases procedimentais, além de já ser uma realidade nacional legislada, como visto, e de grande incidência prática da Administração Pública brasileira, por meio do pregão, é, também, uma realidade ainda não legislada, à espera de deliberação do Congresso Nacional, por meio de propostas modificativas da Lei nº 8.666/93.

É o que se infere, por exemplo, do Projeto de Lei nº 7.709/2007, que tivemos a oportunidade de estudar, por ocasião da elaboração do nosso trabalho sobre licitações e contratações administrativas³⁴. É certo que outras proposições legislativas pretendendo a reforma do marco regulatório das licitações e contratações administrativas se encontram em trâmite no Congresso Nacional. Todavia, o exame empreendido recaiu sobre o

33 Sobre o tema, ver nosso *Temas de licitações e contratos da administração pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 249-262.

34 *Ibid.*, p. 249 e ss.

Projeto de Lei aludido, seja pelo seu tratamento inicial em regime de urgência constitucional, seja pelo contexto fático em que se insere, ou seja, medida de incremento ao atual Programa de Aceleração do Crescimento - PAC – deflagrado pela Administração Pública Federal.

Assim, sobre a inversão das fases procedimentais, pedimos vênua para a transcrição do que dissemos anteriormente. Confira-se:

(...) O *art. 43 da Lei nº 8.666/93*, que cuida da dinâmica do procedimento licitatório, é substancialmente modificado. Com efeito, uma vez prevalecendo as alterações pretendidas, o ordenamento processual licitatório passará a contemplar dois grandes grupos de procedimentos licitatórios, que podem ser assim nominados: 1) *procedimento licitatório clássico ou convencional*, que é o genericamente disciplinado pelo preceito em comento e que pode receber a nomenclatura apresentada, porque já integra a prática licitatória da Administração Pública brasileira e 2) *procedimento licitatório contemporâneo*, que é aquele onde se tem a *inversão das fases procedimentais* pertinentes à habilitação e julgamento das propostas dos licitantes, tal como previsto na Lei geral do pregão (Lei nº 10.520/2002). Neste último caso, sem dúvida, a medida constitui um avanço e sobre ela, no específico contexto do pregão e seu relacionamento com o princípio da celeridade processual administrativa, remetemos o leitor ao que foi dito no item 06 do estudo de nº 01 da presente obra. Registre-se que a norma estende a possibilidade de adoção do procedimento licitatório contemporâneo, substancialmente semelhante ao do pregão, para as outras modalidades de licitação, pois não faria nenhum sentido trazer a nova disciplina procedimental para o bojo da Lei geral de licitações se não fosse com o intuito de estendê-la às demais modalidades licitatórias. Assim, se estabelece o seguinte *iter* procedimental: a) abertura dos envelopes contendo as propostas de todos os participantes, verificando sua conformidade e desclassificando as propostas desconformes ou incompatíveis; b) julgamento e classificação das propostas de acordo com critérios de avaliação constantes do edital; c) abertura do envelope e verificação da documentação relativa à habilitação exclusivamente do primeiro classificado; d) inabilitado o primeiro classificado, a Administração analisará

a documentação relativa à habilitação do segundo classificado, e assim sucessivamente, na ordem da classificação, até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no edital; e) deliberação da autoridade competente quanto aos recursos interpostos; f) devolução dos envelopes aos licitantes inabilitados que não interpuseram recurso; e g) deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação. Outra consideração pertinente à nível normatividade: o procedimento licitatório, clássico ou contemporâneo, independentemente da modalidade de licitação, poderá ser processado pela via eletrônica ou presencial. Caso o procedimento licitatório, clássico ou contemporâneo, independentemente da modalidade de licitação, seja realizado pela via eletrônica, devem ser observadas as seguintes cautelas, consoante a norma em exame: a) o sistema eletrônico deve promover a comunicação pela via da internet; b) deve ser certificado digitalmente por autoridade certificadora credenciada, no âmbito da ICP-Brasil, garantindo a qualquer interessado o acesso ao processo; c) deverá utilizar recursos de criptografia e de autenticação que assegurem condições adequadas de segurança em todas as etapas do certame e d) os atos constantes dos arquivos e registros digitais serão válidos para todos os efeitos legais. Destaque-se, ainda, consoante a norma em exame, que, se o licitante vencedor não reunir os requisitos de habilitação necessários a sua contratação, será aplicada a sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, nos termos do inciso III do art. 87 da Lei nº 8666/93. Logo, poderemos ter, a partir da nova normatividade, as seguintes possibilidades procedimentais: 1) *procedimento licitatório clássico ou convencional, eletrônico ou presencial* e 2) *procedimento licitatório contemporâneo, eletrônico ou presencial*, tudo a depender da discricionariedade dos administradores públicos federais, estaduais e municipais, de acordo com as suas respectivas realidades administrativas, no que se atende, neste particular, aos princípios federativo e da realidade³⁵.

35 Sobre o tema, ver nosso *Temas de licitações e contratos da administração pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 249-262.

E, neste contexto, até mesmo em respeito e concretude ao princípio federativo, que é fundamental e estruturante da República do Brasil (CR/88, art. 1º, *caput* c/c art. 18), a injustificável inércia do Congresso Nacional, em deliberar sobre as proposições legislativas alteradoras da Lei Geral de Licitações e Contratos da Administração Pública (Lei nº 8.666/93), invariavelmente consagrando a inversão de fases procedimentais, como medida procedimental racionalizadora dotada de grande prudência, celeridade, eficiência e economicidade para o desenvolvimento dos procedimentos de contratação administrativa (CR/88, art. 5º, LXXVIII c/c art. 37, *caput* c/c art. 70, *caput*), não pode constituir um óbice ao aprimoramento dos procedimentos licitatórios no âmbito dos demais entes políticos da federação, sob pena de violação à essência do próprio princípio federativo.

2) *A norma é de duvidosa constitucionalidade, tanto é assim que, no âmbito do E. STF, “a inversão das fases está sendo debatida na ADI 4116/08 - SP, na qual se questiona a Lei Estadual nº 13.121, de 07 de julho de 2008, do Estado de São Paulo, de redação bastante assemelhada à Lei 9.090/08, do Estado do Espírito Santo, havendo pareceres da PGR e da AGU favoráveis, no mérito, ao provimento parcial da Ação”;*

O argumento, no ponto, com todo o respeito, não é procedente. Em primeiro lugar, porque a circunstância de haver um questionamento constitucional, no âmbito do E. STF, de norma estadual semelhante, sem provimento liminar suspensivo da eficácia da norma, não torna a inversão de fases licitatórias, já empreendidas nacionalmente, como visto acima, inconstitucional, quando adotada, por lei, no âmbito do Estado.

Em segundo lugar, porque a norma ostenta de presunção de constitucionalidade, até o pronunciamento definitivo do E. STF.

Em terceiro lugar, porque a opção já foi adotada, também, em outro Estado-membro da Federação, consoante se infere da Lei nº 9433/2005, do Estado da Bahia, sem notícias de questionamento judicial quanto à constitucionalidade da norma do referido Estado.

- 3) *A norma é imprópria e incongruente, na medida em que não excepciona o leilão e o concurso, enquanto modalidades licitatórias cujos ritos procedimentais são incompatíveis com a inversão de fases pretendidas; ademais, apresenta contrariedade ao seu próprio sistema, ao prever, no par. 10 do art. 1º, uma norma já constante da Lei nº .666/93 e voltada para o procedimento clássico, onde se opera a fase de habilitação e, depois, de julgamento das propostas; além disso, não empreende a necessária adaptação ao sistema recursal, de modo que a norma não poderia abranger a formulação de proposta “que dependa de delicada elaboração”; e*

Neste ponto, assiste razão parcial aos argumentos apresentados. Todavia, no primeiro caso, essa impropriedade pode ser resolvida com a interpretação sistemática do marco regulatório nacional das licitações e contratações administrativas, para se entender que a inversão de fases será aplicável onde for cabível, excluídas, portanto, as licitações nas modalidades concurso e leilão.

Realmente, no segundo caso, o parágrafo 10 deve ser revogado, seja em razão da sua palmar desnecessidade, posto já previsto na Lei Geral Nacional de Licitações e Contratações da Administração Pública (Lei nº 8.666/93, art. 43, par. 5º), seja pelo fato de discrepar, substancialmente, do sistema pretendido pela norma estadual, já que o dispositivo citado foi originalmente elaborado em vista do procedimento licitatório clássico (habilitação e posterior julgamento das propostas), o que não é o caso.

Da mesma forma, no terceiro caso, a sistemática recursal prevista na lei, embora não seja ilegal, posto ser aplicável a normatividade do art. 109 da Lei nº 8666/93, a partir da inversão das fases licitatórias pretendidas, realmente deve ser ajustada, na linha da necessidade de empreender a devida celeridade ao procedimento licitatório, pretendida pela matriz constitucional (CR/88, art. 5º, LXXVIII).

Neste particular, deve-se adotar uma sistemática recursal semelhante à da licitação na modalidade pregão. Isto porque, é cediço que, um dos grandes pontos de estrangulamento da celeridade processual licitatória está relacionado à possibilidade

de recurso administrativo a cada momento decisório do procedimento (habilitação e julgamento das propostas), prejudicando a eficiência da marcha processual. Assim, a solução recursal prevista para o pregão, consoante à Lei nº 10.520/2002, ao que parece, resolve a questão da processualidade recursal, no caso do Estado.

Todavia, no quarto caso, não procede o argumento no sentido de que a norma estadual não poderia abranger a formulação de proposta “que dependa de delicada elaboração”, pois, no âmbito federal, é sabido que as concessões comuns, administrativas e patrocinadas, respectivamente disciplinadas pelas Lei nº 8.987/95 e 11.079/2004, envolvem contratações bem mais complexas do que aquelas regidas pela Lei nº 8.666/93. Nada obstante, adotou-se, nacionalmente, a solução da inversão de fases, sem qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade, neste particular.

4) A modificação da regra geral de inclusão de documentos novos, a não ser na hipótese de todas as licitantes serem inabilitadas ou desclassificadas (Lei nº 8.666/93, art. 48, par. 3º), como pretendido pela norma estadual (Lei nº 9.090/2008, art. 1º, par. 5º), ofende o princípio constitucional da isonomia “porque, dentre os demais classificados (4º colocado em diante), pode haver algum com a documentação de habilitação irretocável, sendo, portanto, a verdadeira vencedora”, violando, também, o princípio da adjudicação compulsória.

O argumento, com todo o respeito, não é procedente. A norma estadual, no rumo evolutivo dos procedimentos de contratação da Administração Pública, consagra o princípio do formalismo moderado, sem qualquer mácula de inconstitucionalidade ou ilegalidade, ao prever a sanatória de eventuais irregularidades na documentação dos licitantes. Sobre o princípio do formalismo moderado no contexto das licitações e contratações da Administração Pública, já tivemos a oportunidade de dizer que:

(...) É corrente a afirmação de que a licitação se desenvolve por meio de um devido processo legal, de natureza formal, com normas vinculadoras do administrador público e dos

particulares licitantes e interessados no certame, com vistas à prolação, por parte do Estado, de um julgamento objetivo, que reflita a melhor proposta de contratação. Nem sempre é tarefa fácil, sem sacrifício de tempo, conferir eficácia plena aos princípios da formalidade, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo. Em razão disso, a doutrina e a jurisprudência, visando à efetividade do processo administrativo licitatório, têm admitido o abrandamento dos mencionados princípios, o que se legitima, ainda mais, com a previsão constitucional da celeridade processual administrativa.

Neste contexto, faz-se alusão ao princípio do formalismo moderado, que deve reger os procedimentos administrativos em geral - e os procedimentos licitatórios em particular - segundo o qual a licitação jamais pode ser considerada um fim em si mesma. Com efeito, é instrumento seletivo pautado nos postulados principiológicos que informam as condutas administrativas estatais, com a única e exclusiva finalidade de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública contratante. Nesta ordem de ideias, têm a doutrina e a jurisprudência admitido que pequenas falhas procedimentais, na habilitação dos licitantes ou na formulação das propostas, sejam desconsideradas, desde que não comprometam a finalidade e a essência competitiva do certame. Neste sentido, veja-se o trecho de acórdão proferido pelo E. STJ: “MS. LICITAÇÃO. EFEITO DECLARATÓRIO. O mandado de segurança é contra ato de Desembargador-Presidente do Tribunal de Justiça, objetivando a invalidação do ato que desclassificou do certame licitatório a outra empresa sob o argumento de falta de assinatura por técnico habilitado e pelo seu representante legal. Presume-se que o contrato já fora assinado e o serviço prestado pelas datas constantes dos autos, há mais de dois anos, o que pode parecer relevante para declarar o *mandamus* sem objeto. Embora considere a impetrante ser de absoluta desimportância esse fato, porque estavam as planilhas rubricadas pelo representante legal da empresa, não desmente uma realidade inarredável: deixou-se de cumprir um item do edital, a lei da licitação. Pergunta-se: a rubrica tem o mesmo valor que a assinatura, segundo o Código Civil? A jurisprudência desta Corte repudia o formalismo exarcebado. Este pode e deve ser afastado; relevante as-

pecto foi levantado em um voto vencido: é que a licitação se fez pela proposta do menor preço, e este foi o oferecido pela empresa impetrante. No entanto foi contratada uma empresa que ofereceu preço maior. O Tribunal de Justiça examinou o presente MS com muito cuidado, e o que chama atenção é que todos os julgadores ficaram sensibilizados pelo aspecto do fato consumado; todos os que pediram vista do volumoso processo votaram vencidos. A consequência da ação mandamental é o imediato desfazimento do ato impugnado, mas, na hipótese, é isso impossível, valendo o *mandamus* ora concedido para o só efeito declaratório. *RMS 15.530-RS*, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 14.10.2003. É certo, no entanto, que também existem julgados do E. STF e do C. STJ conferindo interpretação restrita do princípio da vinculação ao instrumento convocatório³⁶. Contudo, o primeiro entendimento acima citado se harmoniza com a interpretação constitucional a respeito da licitação enquanto procedimento administrativo voltado para a seleção de melhor proposta para o Estado³⁷, vedando-se rigorismos formais desnecessários nas disputas licitatórias realizadas pela Administração

36 Não obstante o mencionado princípio do formalismo moderado, o E. STF já entendeu que a proposta apresentada por licitante, sem assinatura, é eivada de vício insanável e a sua aceitação constituiria violação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, sendo voto vencido o eminente MIN. MARCO AURÉLIO, entendendo trata-se de vício sanável. Confira-se: "Concluído o julgamento de recurso ordinário em mandado de segurança contra a desclassificação da recorrente em concorrência pública - destinada a selecionar duas empresas para explorar, sob o regime de permissão, serviço rodoviário interestadual de transporte de passageiros - em face da ausência de assinatura da proposta financeira por ela apresentada (v. Informativo 197). A Turma, por maioria, acompanhando o voto do Min. Maurício Corrêa, relator, negou provimento ao recurso por considerar que o edital exigia expressamente que os documentos fossem apresentados com as páginas rubricadas, estando a administração pública a ele vinculada. Vencido o Min. Marco Aurélio que deferia a segurança, por entender que a falta de assinatura na proposta financeira configura mera irregularidade, sanada quando da lavratura da ata de abertura das propostas (assinada pelos demais participantes sem qualquer impugnação), e que o objetivo da licitação é alcançar o melhor preço (a proposta da empresa desclassificada é mais barata do que a vencedora). *RMS 23.640-DF*, rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 16.10.2001. p. DJ 05.12.2003." Noticiado no Informativo de Jurisprudência do STF nº 246. Na mesma linha, ao que parece, privilegiando a interpretação estrita do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, confirma-se trecho de decisões proferidas pelo E. STJ: "LICITAÇÃO. ATRASO. ENTREGA. HABILITAÇÃO. Na entrega da documentação relativa à habilitação do licitante, constitui motivo de exclusão do certame licitatório o atraso de dez minutos após o horário previsto no edital marcado para o início da sessão. Ponderou, ainda, o Min. Relator que, na lei não existem palavras inúteis ou destituídas de significação deontológica, verifica-se, assim, que o legislador, no art. 41 da Lei n. 8.666/1993, impôs, com apoio no princípio da legalidade, a interpretação restritiva do preceito, de modo a resguardar a atuação do administrador público, visto que esse atua como gestor da *res publica*. Daí a necessidade do vocábulo "estritamente" no artigo citado. Com esse entendimento, a Turma proveu o recurso da União, reformando a decisão do Tribunal *a quo* que aplicou o princípio da razoabilidade para afastar o rigor do horário previsto no edital licitatório. *REsp 421.946-DF*, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 7.2.2006." "LICITAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO. PREÇO SUPERIOR. Prosseguindo o julgamento, a Corte Especial, por maioria, entendeu que, se a proposta extrapolou o valor máximo fixado no edital, há que se desclassificar a proponente, pouco importando se a quantia extrapolada for igual a dez centavos de real. Precedente citado: *MS 4.222-DF*, DJ 18/12/1995. *MS 7.256-DF*, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 10.4.2003."

37 CR/88, art. 37, XXI.

Pública³⁸. (...) Desta forma, embora seja consagrado o princípio da vinculação ao instrumento convocatório³⁹, o mesmo não pode ser elevado ou potencializado ao ponto de sacrificar outros princípios também relevantes, como a economicidade, eficiência e, também, da celeridade processual nas contratações administrativas. Significa dizer que meras irregularidades não podem ser valorizadas pelos Colegiados de Licitações de modo a afastarem propostas potencialmente mais vantajosas para o Poder Público. Pequenas falhas não servem para alijar licitantes com capacidade técnica, jurídica, financeira e operacional e que satisfazem as exigências editalícias. Não se pode olvidar, por outro lado, que a norma constitucional preconizada no artigo 37, XXI, da Magna Carta, enfatiza que as exigências devem ser apenas técnicas e econômicas indispensáveis ao cumprimento do contrato a ser ulteriormente celebrado, devendo ser rechaçada qualquer exigência que atente contra o espírito e a literalidade do Texto Constitucional. Ademais, é cediço o entendimento de que a licitação visa proporcionar à Administração Pública a possibilidade de escolha da melhor proposta que possa ser ofertada por interessados capazes de realizarem a obra, o fornecimento ou a prestação do serviço. Daí concluir-se, sem qualquer discrepância que, quanto maior o número de licitantes capazes, maior a possibilidade de escolha da

38 Sobre o mencionado princípio, confira-se a abalizada doutrina de ODETE MEDAUAR: "Na doutrina é citado também com o nome de princípio do informalismo. Porém, este último termo parece inadequado, porque dá a entender que não há ritos e formas, inerentes a todo processo jurídico. Na verdade, o princípio do formalismo moderado consiste, em primeiro lugar, na previsão de ritos e formas simples, suficientes para propiciar um grau de certeza, segurança, respeito aos direitos dos sujeitos, o contraditório e a ampla defesa. Em segundo lugar, se traduz na exigência de interpretação flexível e razoável quanto a formas, para evitar que estas sejam vistas como fim em si mesmas, desligadas das verdadeiras finalidades do processo. Tal princípio há de nortear o legislador, no momento da elaboração de normas sobre um processo administrativo, para dotá-lo de formas simples. E há de inspirar o agente administrativo e o magistrado, quando se cogita da realização do processo ou de controvérsias a respeito, para que requisitos de forma não sejam interpretados de modo absoluto. Evidente que exigências decorrentes do contraditório e ampla defesa, tais como motivação, prazo para alegações, notificação dos sujeitos, ou estreitamente vinculadas a fins de interesse público (tais como transparência, garantia de igualdade, caracterização de provas em concurso) não podem ser consideradas "filigranas" ou formalidades dispensáveis como por vezes é invocado, ao se pretender ocultar a existência de razões pessoais subjacentes que a observância de formas legais visa a impedir. Portanto, o princípio do formalismo moderado não há de ser chamado para sanar nulidades ou para excusar o cumprimento da lei. Tem por objetivo impedir que minúcias e pormenores não essenciais afastem a compreensão da verdadeira finalidade da atuação administrativa. Exemplo de formalismo exacerbado, destoante desse princípio, encontra-se no processo licitatório, ao se inabilitar ou desclassificar participantes por lapsos em documentos não essenciais, passíveis de serem supridos ou esclarecidos em diligências; assim, agindo, deixa-se em segundo plano a verdadeira finalidade do processo, que é o confronto do maior número possível de propostas para aumentar a possibilidade de celebrar contrato adequado ao interesse público; o apego excessivo a minúcias, no caso, pode até ensejar a suspeita de alijamento propositado de certos licitantes, para beneficiar outros." MEDAUAR, Odete et al. *Processo administrativo: aspectos atuais*. São Paulo: Cultural Paulista, 1998. p. 22-23.

39 Lei nº 8666/93, art. 41.

melhor proposta econômica e tecnicamente mais vantajosa para a Administração Pública. Portanto, repita-se, o conceito da vinculação ao instrumento convocatório não permanece engessado ao formalismo excessivo, a ponto de recusar-se licitantes que cometeram pequenas falhas, que não tornam inexecutível a sua proposta, o que constituiria, também, violação ao princípio da celeridade processual administrativa, na medida em que se poderia cogitar no prolongamento do procedimento de contratação, com a comum e indesejada hipótese de realização de novo certame. Frise-se, pois, que o entendimento consagrado na doutrina e na jurisprudência é o de repudiar-se formalismos excessivos e rigorismos inúteis, o que – repita-se – legitima-se ainda mais na medida em todo procedimento licitatório que não seleciona a melhor proposta para o Estado enseja o refazimento, o que pode violar o princípio da celeridade do processo administrativo do Estado, em última análise, a tempestividade do atendimento de determinado interesse público pela via do processo licitatório e da contratação subsequente⁴⁰.

Essa orientação, aliás, como visto, já consta do marco regulatório nacional regente das licitações e contratações administrativas, como, por exemplo, a Lei Geral do Pregão, a Lei Geral de Parcerias Público-Privadas e o Estatuto das micro e pequenas sociedades empresárias (Lei nº 10520/2002, art. 4º, XIX c/c Lei nº 11.079/2004, art. 12, IV, c/c LC nº 123/2006, art. 43).

Avançando nas considerações, não há que se falar em violação ao princípio da isonomia, na medida em que as três melhores propostas não estão nas mesmas condições que as demais propostas apresentadas, nos termos da normatividade estadual. Frise-se que a Lei Geral do Pregão confere o mesmo tratamento preferencial aos licitantes melhores classificados, ao oportunizar o oferecimento de lances somente aos licitantes melhores classificados (Lei nº 10.520/2002, art. 4º, VIII), sem que haja questionamento de violação ao princípio constitucional da impessoalidade (CR/88, art. 37, *caput*).

40 Sobre o tema, ver nosso *Temas de licitações e contratos da administração pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 17-21.

Ademais, só há que se falar em adjudicação compulsória em vista de uma proposta considerada mais vantajosa, ofertada por um licitante considerado habilitado, o que não ocorre, como regra, com a quarta proposta, na forma da Lei estadual em exame (Lei nº 9.090/2008, art. 1º, VI). Logo, não se vislumbra violação ao princípio da adjudicação compulsória, na hipótese normativa em tela.

4 Uma proposta de nova normatividade

O que se sustenta, pois, nesta sede, com todo respeito ao entendimento constante do respeitável parecer jurídico, acima examinado, da lavra do Ilustre Procurador do Estado, Dr. Fabiano Giaquinto Herkenhoff, é que o Estado poderia legislar a respeito do específico procedimento licitatório estadual, invertendo as fases procedimentais da licitação, na linha de manifestação anterior desta PGE, por meio do parecer jurídico, antes citado, do Ilustre Procurador do Estado, Dr. Emerson Luiz Faé⁴¹.

Nada obstante isso, com todo o respeito, dissentimos do entendimento do Ilustre Procurador do Estado, Dr. Emerson Luiz Faé⁴², na medida em que, a nosso sentir, a normatividade estadual merece reparos, consoante passamos a sugerir adiante.

Isto porque, na forma como concebida a normatividade estadual, aliás, semelhante àquela adotada pelo Estado da Bahia⁴³, a norma poderá gerar estrangulamentos nos procedimentos licitatórios estaduais, perdendo-se a celeridade, a eficiência e a economicidade que espera das licitações realizadas pelo Estado (CR/88, art. 5º, LXXVIII c/c art. 37, *caput* c/c art. 70, *caput*), burocratizando-se o procedimento, o que não se pode conceber.

Assim, a proposta normativa abaixo apresentada deixa clara a discricionariedade do administrador público, que deverá ser exercida de maneira ponderada, razoável e tecnicamente justifi-

41 Neste sentido, confira-se o já citado Parecer nº 2.661/2008, da lavra do Ilustre Procurador do Estado, Dr. Emerson Luiz Faé, proferido nos autos do processo nº 43527078, sendo interessada a Secretaria de Estado de Gestão e Recursos Humanos.

42 *Ibid.*

43 Ver a já citada Lei estadual nº 9.433/2005.

cável, para realizar a licitação, sob a forma de inversão de fases procedimentais.

Da mesma forma, deixou-se de reproduzir, no texto proposto, àquelas normas já constantes da Lei nº 8.666/93, por ser desnecessário, em obséquio ao princípio da necessidade, salvo a reprodução da normatividade nacional essencial para o tratamento procedimental da matéria no âmbito do Estado, como, por exemplo, na disciplina recursal, aproximando-se, o mais possível, da normatividade já consagrada em âmbito nacional, notadamente nas já citadas Leis nºs. 8.987/95, 10.520/2002 e 11.079/04.

Ademais, pretendeu-se corrigir o procedimento previsto nos incisos III a VIII do art. 1º da Lei nº 9.090/2008, tendo em vista que, na forma como concebido, não atende ao escopo da normatividade estadual, no sentido de conferir mais celeridade, eficiência e economicidade ao procedimento licitatório estadual, em bases desburocratizadas.

Nessa ordem de ideias, dentro da competência constitucional do Estado para legislar a respeito de normas específicas sobre licitações e contratações administrativas, na linha, aliás, da já citada manifestação anterior desta PGE, por meio do parecer jurídico, do Ilustre Procurador do Estado, Dr. Emerson Luiz Faé⁴⁴, sugere-se, modestamente, algumas alterações na normatividade estadual, de modo a corrigir as impropriedades já apontadas e compatibilizá-las aos objetivos constitucionais e legais da licitação, enquanto atividade instrumental da Administração Pública, com finalidade regulatória, persecutória e promotora de interesses públicos, em busca da proposta mais vantajosa para o Estado, que é aquela que realiza o maior número de interesses públicos, por meio do procedimento licitatório (CR/88, art. 37, XXI).

Assim, sugere-se a seguinte redação para o art. 1º da Lei nº 9.090/2008:

44 Nesse sentido, confira-se o já citado Parecer nº 2.661/2008, da lavra do Ilustre Procurador do Estado, Dr. Emerson Luiz Faé, proferido nos autos do processo nº 43527078, sendo interessada a Secretaria de Estado de Gestão e Recursos Humanos.

Art. 1º A licitação poderá ser processada e julgada, observadas as seguintes etapas consecutivas:

I - o edital poderá prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, com a declaração do licitante dando ciência de que cumpre plenamente os requisitos de habilitação;

II – na hipótese do inciso anterior, encerrada a fase de classificação das propostas, será aberto o invólucro com os documentos de habilitação do licitante mais bem classificado, para a verificação do atendimento das condições do edital;

III – verificado o atendimento das exigências do edital, o licitante será declarado vencedor;

IV - inabilitado o licitante melhor classificado, serão analisados os documentos de habilitação do licitante com a proposta classificada em primeiro lugar, e assim sucessivamente, até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no edital;

V – Declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 05 (cinco) dias úteis para a apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contra-razões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos;

VI – a falta de manifestação imediata e motivada do licitante importará a decadência do direito de recurso, com a homologação e adjudicação do objeto licitatório, pela autoridade superior, ao licitante vencedor;

VII – o acolhimento do recurso importará a invalidação apenas dos atos insuscetíveis de aproveitamento;

VIII – decididos os recursos, a autoridade superior homologará o procedimento licitatório e adjudicará, ao licitante vencedor, o objeto da licitação;

§ 1º As licitações do tipo melhor técnica e técnica e preço terão início com a abertura das propostas técnicas, as quais serão analisadas e julgadas pela Comissão de Licitação;

§ 2º o edital poderá prever a possibilidade de saneamento de falhas, de complementação de insuficiências ou ainda correções de carácter formal no curso do procedimento, desde que o licitante possa satisfazer as exigências no prazo máximo de 03 (três) dias úteis, a contar da solicitação feita pela Comissão de Licitações;

§ 3º O licitante que for convocado, dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução do seu objeto, não manter a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

5 Proposições conclusivas

A partir do breve exame jurídico empreendido, podem ser alinhavadas as seguintes proposições conclusivas:

- 1) O procedimento licitatório em tela é inválido, em razão dos diversos vícios formais e substanciais apontados no presente pronunciamento jurídico;
- 2) Deve-se promover a responsabilidade das autoridades e agentes públicos competentes que ensejaram a invalidade do certame, mediante o prévio e devido processo legal administrativo;
- 3) Embora seja possível ao Estado editar lei ordinária fixando procedimentos processuais específicos em matéria de licitações e contratações administrativas, entendo que a normatividade específica estadual em vigor merece reparos, seja para se adaptar às tendências constantes dos marcos regulatórios nacionais das licitações e contratações administrativas, em vigor e constantes de propostas

legislativas nacionais, em trâmite no Congresso Nacional, seja para atender às diretrizes das Administrações Públicas brasileiras contemporâneas, no sentido de desburocratizarem os procedimentos licitatórios, sem perder a celeridade, a eficiência, a economicidade e a segurança jurídica que a sociedade espera dos processos e condutas da Administração Pública.

É o que me parece, s. m. j.

Vitória, 11 de junho de 2009.

2.2

ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS, ART 37, INCISO XVI, LETRA ‘B’ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

JOSÉ FERNANDO VESCOVI

PROCESSO: 41565665. Parecer: PGE/PCA nº 0891/2010. Origem: Procuradoria Geral do Estado. Interessado: Secretaria de Estado de Gestão e Recursos Humanos - SEGER.

EMENTA: Sindicância. Acumulação de cargos públicos. Art. 37, inciso XVI, letra “b” da Constituição Federal. Cargo de Auxiliar de Enfermagem com cargo de Professor de designação temporária. Cargo Técnico, definição. Jurisprudência dominante. Acumulação ilegal. Opção espontânea antes do Processo Administrativo. Pagamento do período trabalhado, face a ausência de comprovação de má-fé.

Trata-se de procedimento administrativo encaminhado pela Secretaria de Estado de Gestão e Recursos Humanos - SEGER, para análise e parecer sobre a acumulação de cargos públicos, sendo um de cargo (estatutário) de auxiliar de enfermagem e outro de professor de designação temporária, tendo em vista Sindicância instaurada para apurar irregularidade de acumulação ilegal de cargos de determinada servidora.

Iniciou-se o presente processo a partir de Sindicância instaurada para apuração de acumulação ilegal de cargos públicos, por uma servidora estadual, ocupante do cargo efetivo de auxiliar de enfermagem, ativo, vínculo 52, carga horária semanal de 40 (quarenta) horas, localizada no Hospital Dório Silva, que assumiu em designação temporária o cargo de professor da Secretaria de Estado da Educação do Estado do Espírito Santo - SEDU, tendo assinado formulários de Designação Temporária

- DT, marcando a declaração que não ocupava cargo/função na Administração Pública Federal, Estadual ou Municipal.

Consoante demonstram os autos, a servidora em questão por três ocasiões assumiu cargo de professor de designação temporária, assinando formulário preenchido por outro servidor, onde consta marcado que declara não ocupar cargo/função na Administração Pública Federal, Estadual ou Municipal. A Sindicância sobre o último período, assinado em 10.06.2008, conforme documento de fls. 01 dos autos, culminou na abertura deste processo visando apurar acúmulo ilegal de cargos, em desfavor da servidora em questão, obedecendo o art. 247 e § 3º do art. 222, ambos da Lei Complementar nº 46/94 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Espírito Santo).

Depoimento da Servidora citada, conforme fls. 34/35 dos autos, resume: é servidora estadual no vínculo 52, no cargo de auxiliar de enfermagem desde 1993, inicialmente como celetista contratada. No ano 1994 passou a estatutária no mesmo cargo; no ano de 2005 e 2006, exerceu o magistério público estadual, como DT, Professor Regente de Classe, não sendo informada a ilegalidade do acúmulo. Soube por terceiros da proibição de acumulação e que tão logo, comunicou à Diretora da escola, que a orientou para o afastamento do cargo de DT; que não solicitou o seu afastamento por escrito; que trabalhou por três meses no ano de 2008, e que não recebeu os vencimentos relacionados ao cargo de professor; que o formulário foi preenchido pela Secretária da escola, inclusive o item 91, do verso do aludido formulário (fls. 01 e verso); que não observou que tal item tratava de acumulação de cargos; que no ano de 2007 não exerceu cargo de DT; que não agiu de má-fé, pois não observou que havia sido preenchido no formulário que a mesma não ocupava cargo/função na Administração Pública Estadual, Municipal ou Federal.

Em seu depoimento, de fls. 40 dos autos, a Secretária da escola confirmou que preencheu o formulário e que não sabe informar se ela perguntou à Sindicada quanto ao item 91; que tão logo soube da ilegalidade, a Sindicada pediu a cessação da designação. Declarou ainda que encaminhou o documento de cessação da servidora para a SRE-Carapina; que na Secreta-

ria da escola há rotatividade de Secretária, o que a impede de afirmar com precisão se orientou a todas no que diz respeito às observações dos Art. 222 e 224 da LC 46/94.

No Relatório de Sindicância da Primeira Comissão Processante/Corregedoria/SEGER, de fls. 47/51 dos autos, encontra-se todo o relatório fático da questão, fundamentando, finalmente, que “tendo a servidora se afastado espontaneamente do cargo de DT, antes da abertura destes autos, entendemos estar caracterizado o acúmulo de cargos, e valendo-nos do princípio da economia processual, somos pelo arquivamento do processo; que há que se primar pelo espírito da justiça no que diz respeito à remuneração; conforme art. 7º, inciso X, da Constituição Federal, somos por sugerir o pagamento pelo período trabalhado”.

A conclusão foi: “De todo o exposto, somos por sugerir que seja providenciado o pagamento da servidora em questão vínculo 51, ocupante do cargo efetivo de Auxiliar de Enfermagem, localizada no Hospital Dório Silva, referente ao período em que esteve atuando na função de DT, no cargo de professora, com localização na EEEF “Francisco Alves Mendes”, município da Serra. Após as providências, que sejam os autos encaminhados para o arquivo.” Datado de 26/09/2008. (fls. 51).

Assim sendo, estando concluída a Sindicância, encaminhou-se os autos à Corregedoria/SEGER, conforme fls. 52 dos autos.

A Corregedoria da SEGER, por sua vez, não concordou com a conclusão da Sindicância e novo depoimento da servidora foi tomado, conforme fls. 67 dos autos, no qual afirma, em resumo, que foi aberta uma exceção no horário em favor da sindicalizada para que esta pudesse assumir a Designação Temporária como professor; que está em desvio de função desde 1994, por problemas de saúde; que realiza atividades burocráticas como Secretária; que periodicamente é avaliada pelos peritos do Instituto de Previdência e Assistência Jerônimo Monteiro - IPAJM; que se compromete em trazer cópias dos laudos médicos, que a afastam de suas atividades como Auxiliar de Enfermagem, e ainda, documento do Dório Silva comprovado que se encontra atuando desde 2004 como Secretária com prazo comprobatório até o dia 14/11/08.

O processo apresenta ainda:

Documento de fls. 69 dos autos, do Chefe do Núcleo de Trabalho de RH/HDDDS, declarando que a servidora em questão é funcionária da unidade Hospitalar desde 25/08/1994, com vínculo SESA/Estatutário, no cargo de Auxiliar em Enfermagem. Declarando, ainda, que a servidora em questão está afastada de suas funções de origem e atuando como secretária de clínica por determinação Médica.

Novo Relatório de Sindicância da Primeira Comissão Processante, conforme fls. 89/95 dos autos, datado de 20/11/2008, e assinado pelos 4 (quatro) membros da Comissão, concluindo novamente pelo pagamento do período atuado como DT, no cargo de professora e arquivamento da Sindicância.

Despacho em separado, conforme fls. 105/108 dos autos, com Relatório da situação da servidora, inclusive sobre os atestados médicos apresentados, solicitando mais rigor no assunto.

Ainda conforme documento de fls. 112/115 dos autos, datado de 13/03/2009, a Presidente da Comissão da Sindicância, explica a decisão da Comissão e expressa que a autoridade não poderá contrariar a conclusão da Comissão, mas que restará, sob fundamento, constituir uma nova comissão.

Sugere ainda a Presidenta que, se as faltas funcionais da servidora ocorreram envolvendo o Hospital Dório Silva, que seja instaurada sindicância com o intuito de apurar os fatos. Assim, ratificou a conclusão de fls. 95 dos autos (pagamento do período trabalhado e arquivamento da Sindicância).

Assim sendo, a Corregedoria da SEGER, conforme consulta de fls. 116, encaminhou os autos à Procuradoria Geral do Estado - PGE, que através do Despacho de fls. 118/119 dos autos, datado de 29/04/2009, da Procuradora do Estado, Dr^a Kátia Boina, solicitou diligências, principalmente aos peritos do IPAJM.

Desta forma, encontra-se às fls. 127 dos autos, Laudo Médico Pericial dizendo que o artigo que afastou a servidora em questão de suas funções no cargo de Auxiliar de Enfermagem

também a incapacita para a função de professora. Há lesão do ombro direito com incapacidade para esforços e elevação do ombro direito.

O Chefe do Núcleo de Trabalho de RH/HDS, em resposta ao OF/SEGER/COREG nº 05/10, informou que a servidora estatutária cumpriu normalmente sua escala de trabalho no período de 09/06 a 26/08/2008 quanto ao horário diferenciado que foi autorizado pela chefia imediata da servidora a pedido da mesma, com a observação de férias no mês de julho (fls. 133).

Consta às fls. 139 dos autos, atribuições do cargo de auxiliar de enfermagem, sendo o nível de escolaridade exigido de 1º Grau Completo, reportando à qualificação necessária: “diploma de conclusão de 1º Grau, expedido por Órgão Oficial, reconhecido por lei e registro profissional. Regulamentação: Cargos criados pelo decreto nº 1.523-N, de 16.03.81 e Lei nº 4.876, de 19.01.94. Últimas atribuições pelo Decreto nº 3.756-N, de 20.09.94.”

Na continuação da tramitação, às fls. 140 dos autos, a Presidente da Comissão faz um resumo do contexto do processo, anexando entendimento do Tribunal Superior do Trabalho - TST e do Supremo Tribunal Federal - STF, sobre a matéria, concluindo que, diante da incerteza que a questão está promovendo, sejam os autos encaminhados à PGE para análise e manifestação, visto que a servidora, até a presente data, não recebeu pelo seu contrato em DT no período de 09/06/2008 a 26/08/2008.

Assim sendo, a Corregedoria da SEGER consulta-nos, às fls. 152 dos autos: “em caso de não se enquadrar a situação da servidora nas exceções elencadas pela Carta da República, poderá ela perceber os vencimentos do período trabalhado em acúmulo ilegal de cargos? O pagamento ainda não foi creditado na conta corrente da servidora, aguardando dissipar a dúvida do caso em questão”.

Distribuído à Procuradoria de Consultoria Administrativa -PCA desta PGE-ES, coube-nos o exame e parecer.

É o relatório.

O deslinde do caso entelado nos autos é o objetivo da Consulta, mas para conclusão do mesmo, vamos nos aprofundar

na inteligência do Art. 37, inciso XVI, letra “b” da Constituição Federal, segundo a jurisprudência atual.

No material trazido aos autos, fls. 141/142, jurisprudência do TST (não se trata da servidora em questão), sobre equiparação salarial e não sobre acumulação de cargos, aproveita-se a informação de que a profissão de auxiliar de enfermagem é regulamentada pela Lei Federal nº 7.498/86, cujo exercício pressupõe habilitação técnica realizada pelo Conselho Regional de Enfermagem.

Portanto, nos termos da citada Lei Federal nº 7.498/86, temos:

“Art. 2º A enfermagem e suas atividades auxiliares somente podem ser exercidas por pessoas legalmente habilitadas e inscritas no Conselho Regional de Enfermagem com jurisdição na área onde ocorre o exercício.

Parágrafo único. A enfermagem é exercida privativamente pelo Enfermeiro, pelo Técnico de Enfermagem, *pelo Auxiliar de Enfermagem* e pela Parteira, *respeitados os respectivos graus de habilitação.*” Destacamos. ...

“Art. 8º São Auxiliares de Enfermagem:

I - o titular de certificado de Auxiliar de Enfermagem conferido por instituição de ensino, nos termos da lei e registrado no órgão competente;

II - o titular de diploma a que se refere a Lei nº 2.822, de 14 de junho de 1956;

III - o titular do diploma ou certificado a que se refere o inciso III do art. 2º da Lei nº 2.604, de 17 de setembro de 1955, expedido até a publicação da Lei nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961;

IV - o titular de certificado de Enfermeiro Prático ou Prático de Enfermagem, expedido até 1964 pelo Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia, do Ministério da Saúde, ou por órgão congênere da Secretaria de Saúde nas Unidades da Federação, nos termos do Decreto-lei nº 23.774, de 22 de janeiro de 1934, do Decreto-lei nº 8.778, de 22 de janeiro de 1946, e da Lei nº 3.640, de 10 de outubro de 1959;

V - o pessoal enquadrado como Auxiliar de Enfermagem, nos termos do Decreto-lei nº 299, de 28 de fevereiro de 1967;

VI - o titular do diploma ou certificado conferido por escola ou curso estrangeiro, segundo as leis do país, registrado em virtude de acordo de intercâmbio cultural ou revalidado no Brasil como certificado de Auxiliar de Enfermagem.”

No entanto, a matéria é constitucional, pois o dispositivo legal a ser apreciado na questão dos autos, sobre a acumulação de cargos, está prevista no *art. 37, inciso XVI, letra “b” da Carta Magna*, que traz:

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI. *(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*

a) a de dois cargos de professor; *(Incluída pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*

b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico; *(Incluída pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*

~~e) a de dois cargos privativos de médico; *(Incluída pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*~~

c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas; *(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 34, de 2001).*

XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público; *(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).*

Portanto, sendo a matéria constitucional, primeiramente temos que buscar a interpretação do STF, guardião da Constituição, pois nos termos do artigo 102 da Carta Magna, “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da constituição”.

Nota-se que na decisão do STF¹, trazida aos autos às fls. 143/148, o STF, não foi dado provimento ao Agravo Regimental por envolver a verificação de provas. Assim, o voto transcrito no Relatório e no voto do Relator Min. Nelson Jobim refere-se ao voto do Tribunal de Justiça de São Paulo e não ao do STF, que, mais uma vez, não apreciou o recurso interposto porque, além de depender de prévio exame de normas infraconstitucionais, exigiria o reexame de provas, o que é vedado pela Súmula 279.

Destarte, não se trata de decisão do STF a respeito do assunto, mas traz informação de decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, favorável a servidor público, com a possibilidade de acumulação de cargo de auxiliar de enfermagem com o de professor.

Em pesquisa realizada junto ao STF, no site do mesmo e até por e-mail, recebemos a resposta de que a posição do STF tem sido no mesmo sentido acima descrito:

DECISÃO: Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário do Município de Serra, Estado de Espírito Santo. Este é o teor da decisão ora agravada: "Trata-se de recurso extraordinário contra acórdão que decidiu pela procedência do pedido de acumulação remunerada de cargo técnico com cargo de professor, dada a compatibilidade de horários entre os cargos, conforme o disposto no art. 37, XVI, da *Constituição*. O acórdão porta a seguinte 'PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. PROFESSOR E TÉCNICO-PEDAGOGO. FUNÇÃO TÉCNICO-CIENTÍFICA. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. POSSIBILIDADE. 1. Havendo compatibilidade de horários, é possível acumular o cargo de professor com o de técnico-pedagogo pelo fato deste se enquadrar na categoria de cargo técnico-científico, hipótese excepcionada pelo inciso XVI do artigo 37 da *Constituição Federal*. 2. Recurso desprovido' (fl. 191). Neste RE, fundado no art. 102, III, "a" da *Constituição Federal* alegou-se ofensa

1 Ag. Reg. No Agravo de Instrumento 407.529-8 São Paulo.

ao art. 37, XVI, da mesma Carta. Preliminarmente, verifico não ser necessário examinar a existência de repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso. É que, nos termos do art. 323, primeira parte, do Regimento Interno do STF, redação dada pela Emenda Regimental 21/2007, a verificação da ocorrência de repercussão geral apenas se dará 'quando não for o caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão'. No caso dos autos, há outros fundamentos suficientes para a inadmissibilidade do recurso extraordinário. A pretensão recursal não merece acolhida. É que para se chegar à conclusão contrária à adotada pelo acórdão recorrido, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que atrai a incidência da Súmula 279 do STF. Nesse sentido, transcrevo ementas de julgados de ambas as Turmas desta Corte: 'ACÓRDÃO QUE CONCLUIU, EM CONFORMIDADE COM A ORIENTAÇÃO DO STF, NO SENTIDO DA IMPOSSIBILIDADE DE ACUMULAÇÃO DO EXERCÍCIO DO CARGO DE PROFESSOR COM CARGO NÃO TÉCNICO. A apreciação da alegada natureza técnica do cargo de auxiliar judiciário, exercido pelo agravante, já repudiada pelo tribunal a quo, exigiria ao revolvimento de matéria fática, procedimento que não pode ser tomado em sede de recurso extraordinário. Incidente a Súmula 279 do STF. Agravo regimental improvido' (AI 206.362-Agr/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma). 'CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO: ACUMULAÇÃO DE CARGOS. I. - Dizer se o cargo é técnico ou científico é questão de fato que exige, para o seu deslinde, o exame de fatos e prova, o que é inviável em sede de recurso extraordinário. Súmula 279-STF. II. - Precedentes do STF. III. - Agravo não provido' (AI 442.737-Agr/PI, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma). No mesmo sentido, cito, dentre outros, os seguintes precedentes 462.676/SP, Rel. Min. Carlos Britto; RE 565.442/SP, Rel. Min. Cezar Peluso; AI 676.597/SP, Rel. Min. Celso de Mello; RE 518.522/ES, Rel. Min. Eros Grau. Isso posto, nego seguimento ao recurso (CPC, art. 557, caput)". O agravante sustenta, em suma, que a decisão deve ser reformada, insistindo no argumento de que haveria a acumulação pela agravada de dois cargos de pedagogo, de natureza técnico-científica, o que seria vedado pelo art. 37, XVI da *Constituição Federal*. Afirmo, ainda, que a análise de tal

fato não demandaria o estudo do contexto fático-probatório dos autos, a ensejar a aplicação da súmula 279 do STF. Bem reexaminada a questão, verifica-se que a decisão não merece reforma, visto que o agravante não aduz novos argumentos capazes de afastar as razões expendidas na decisão ora atacada. Conforme já salientado na decisão agravada, o acórdão firmou expressamente que se trata de acumulação de um cargo de professor, com outro de natureza técnica-científica (pedagogo), o que não encontra óbice no citado dispositivo constitucional. Reavaliar tal conclusão seria, sim, revolver o contexto fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na súmula 279 do STF. Observe-se, também, que o Plenário deste Tribunal reconheceu a validade constitucional da norma legal que inclui, na esfera de atribuições do Relator, a competência para negar seguimento, por meio de decisão monocrática, a recursos, pedidos ou ações, quando inadmissíveis, intempestivos, sem objeto ou que veiculem pretensão incompatível com a jurisprudência predominante deste Supremo Tribunal: "A tese dos impetrantes, da suposta incompetência do relator para denegar seguimento a mandado de segurança, encontra firme repúdio neste Tribunal. A Lei 8.030/90, art. 38 confere-lhe poderes processuais, para, na direção e condução do processo, assim agir. Agravo regimental improvido" (MS 21.734-AgR/MS, Rel. Min. Ilmar Galvão). Nesse sentido, nos termos do art. 21, § 1º, do RISTF, poderá o Relator: "negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante ou a Súmula do Tribunal, deles não conhecer em caso de incompetência manifesta, encaminhando os autos ao órgão que repute competente, bem como cassar ou reformar, liminarmente, acórdão contrário à orientação firmada nos termos do art. 543-B do Código de Processo Civil" (grifei). Isso posto, nego seguimento ao agravo regimental (art. 21, § 1º, do RISTF). Publique-se. Brasília, 11 de fevereiro de 2010. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI - Relator. (STF - AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 581871 ES, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Julgamento: 11/02/2010, Publicação: DJe-069 DIVULG 19/04/2010 PUBLIC 20/04/2010).

DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário (art. 102, III, a, da Constituição) contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim do: “Mandado de Segurança. Servidor Público. Acumulação de proventos de aposentadoria com vencimentos de novo cargo. Admissibilidade, nas hipóteses das exceções mencionadas no art. 37, XVI, da Constituição Federal. O cargo de professor é acumulável com cargo técnico de Diretor de Escola, por ser este um cargo de natureza técnica. Por conseguinte, o professor aposentado pode acumular o cargo de Diretor de Escola, satisfeitos os demais requisitos para tanto. Segurança concedida. Recursos improvidos.”(Fls. 298)Sustenta-se que o acórdão impugnado viola o art. 37, XVI, da Constituição.O Tribunal *a quo*, analisando as qualidades de diretor de unidade educacional, concluiu que se trata de um cargo de natureza técnica. Ora, resta claro que uma eventual modificação desse entendimento implica, necessariamente, o reexame das provas que fundamentaram as conclusões do acórdão recorrido. Isso inviabiliza o processamento do recurso, ante a vedação contida no enunciado da Súmula 279 desta Corte.Do exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário.Publique-se. Brasília, 15 de março de 2010.Ministro JOAQUIM BARBOSA Relator. (STF - RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 357412 SP, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Julgamento: 15/03/2010, Publicação: DJe-063 DIVULG 09/04/2010 PUBLIC 12/04/2010).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS. CARÁTER TÉCNICO. SÚMULA 279. ARTIGO 37, XVI, “b”, CB/88. OMISSÃO. CONTRADIÇÃO. OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. 1. A conclusão sobre o caráter técnico do cargo que se pretende acumular com o de professor --- CB/88, artigo 37, XVI, “b” --- exige o exame dos fatos e provas da causa e a apreciação da legislação infraconstitucional pertinente. Súmula 279/STF. 2. Não se encontram configuradas no acórdão embargado a obscuridade, a contradição ou a omissão que autorizariam a integração do julgado com fundamento nos incisos I e II do artigo 535 do Código de Processo Civil. Embargos de declaração rejeitados. (STF. RE 379060 ED / DF - DISTRITO FEDERAL, EMB.DECL.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator(a): Min. EROS GRAU, Julgamen-

to: 04/11/2008 Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: DJe-227 DIVULG 27-11-2008 PUBLIC 28-11-2008, EMENT VOL-02343-03 PP-00543).

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 2. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. PROFESSOR. CARGO TÉCNICO. ADMISSIBILIDADE. PRECEDENTE. 3. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (STF. RE 285153 AgR / PI – PIAUÍ, AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Julgamento: 13/12/2005 Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: DJ 03-03-2006 PP-00086, EMENT VOL-02223-02 PP-00274, LEXSTF v. 28, n. 327, 2006, p. 214-222)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO: ACUMULAÇÃO DE CARGOS. I. - Dizer se o cargo é técnico ou científico é questão de fato que exige, para o seu deslinde, o exame de fatos e prova, o que é inviável em sede de recurso extraordinário. Súmula 279-STF. II. - Precedentes do STF. III. - Agravo não provido. (STF. AI 442737 AgR / PI – PIAUÍ, AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Julgamento: 06/12/2005 Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação : DJ 03-02-2006 PP-00037, EMENT VOL-02219-09 PP-01809).

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS. EC Nº 20/98. SUPERVENIÊNCIA. INAPLICABILIDADE. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal consolidou-se no sentido de somente ser permitida a acumulação de proventos de aposentadoria com os vencimentos de cargo público se os cargos forem acumuláveis na ativa (RE 163.204 rel. Min. Carlos Velloso, por maioria, DJ de 31/03/1995). Este entendimento tornou-se expresso na Constituição, com a promulgação da EC nº 20/98. 2. O Tribunal a quo indeferiu a pretensão da agravante assentando, entre outros fundamentos, que os cargos de Diretor de Escola e Supervisor Escolar, embora ocupados por profissionais da educação, são cargos técnicos e não de professor e, por isso, não podem ser exercidos simultaneamente por servidor da ativa. Argumento, não impugnado nas razões do recurso extraordinário, a atrair a incidência da Súmula STF nº 283.

3. Não tendo a agravante ingressado novamente no serviço público, antes da promulgação da EC nº 20/98, a ela não se aplica a norma do art. 11 da EC nº 20/98. Precedente: RE nº 245.200-AgR, rel. Min. Maurício Corrêa. 4. Agravo regimental improvido. (STF. RE 286107 AgR / SP - SÃO PAULO, AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Julgamento: 15/02/2005 Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: DJ 04-03-2005 PP-00033, EMENT VOL-02182-04 PP-00633).

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. I. - No caso, o acórdão recorrido decidiu no sentido de que o cargo de escriturário não é técnico ou científico. Daí porque não é acumulável com o de professor. Questão de fato que não pode ser reexaminada em sede de recurso extraordinário. II. - RE inadmitido. Agravo não provido. (STF. AI 200212 AgR / DF - DISTRITO FEDERAL, AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Julgamento: 16/12/1997 Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: DJ 06-03-1998 PP-00010, EMENT VOL-01901-07 PP-01364).

Diante do exposto, portanto, não temos, na jurisprudência recente, uma interpretação clara do STF sobre a inteligência do art. 37, inciso XVI, letra “b”, da Constituição Federal, sendo que na Constituição Anotada, disponibilizada no site do STF, temos apenas o seguinte:

“Acumulação de emprego de atendente de telecomunicações de sociedade de economia mista, com cargo público de magistrato. Quando viável, em recurso extraordinário, o reexame das atribuições daquele emprego (atividade de telefonista), correto, ainda assim, o acórdão recorrido, no sentido de se revestirem elas de ‘características simples e repetitivas’, de modo a afastar-se a incidência do permissivo do art. 37, XVI, b, da Constituição.” (AI 192.918-AgR, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgamento em 3-6-97, 1ª Turma, DJ de 12-9-97).

Desta forma, para se buscar a interpretação do art. 37, inciso XVI, letra “b”, da Constituição Federal, apesar de ser matéria constitucional, resta-nos a jurisprudência do Superior Tribunal de

Justiça, que acaba fornecendo a jurisprudência suprema sobre a matéria, sendo, então, a melhor fonte jurisprudencial para a Consultoria Administrativa expressar as suas conclusões sobre a questão, visando orientar a postura da Administração Pública Estadual.

No Superior Tribunal de Justiça encontramos as seguintes decisões sobre o art. 37, inciso XVI, letra “b”, da Constituição Federal, conforme nossas pesquisas e na resposta de pesquisa realizada junto ao STJ, nos enviada por e-mail:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. CARGO TÉCNICO. NÃO DEMONSTRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

- 1 O fato de o cargo ocupado exigir apenas nível médio de ensino, por si só, não exclui o caráter técnico da atividade, pois o *texto constitucional* não exige formação superior para tal caracterização, o que redundaria em intolerada interpretação extensiva, sendo imperiosa a comprovação de atribuições de natureza específica, não verificada na espécie, consoante documento de fls. 13, o qual evidencia que as atividades desempenhadas pela recorrente eram meramente burocráticas.
- 2 A recorrente não faz jus à acumulação de cargos públicos pretendida, apesar de aprovada em concurso público para ambos e serem compatíveis os horários, em razão da falta do requisito da tecnicidade do cargo ocupado, não merecendo reforma o acórdão vergastado.
- 3 Precedentes.
- 4 Recurso ordinário em mandado de segurança improvido.

(STJ - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA: RMS 12352 DF 2000/0086228-2, Relator(a): Ministro PAULO MEDINA, Julgamento: 30/05/2006, Órgão Julgador: T6 - SEXTA TURMA, Publicação: DJ 23/10/2006 p. 356RSTJ vol. 203 p. 5203);

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLI-

COS. PROFESSOR E TÉCNICO JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE.

- 1 A *Constituição Federal* vedou expressamente a acumulação de cargos públicos, admitindo-a apenas quando houver compatibilidade de horários, nas hipóteses de dois cargos de professor; de um cargo de professor e outro técnico ou científico; e de dois cargos privativos de profissionais de saúde.
- 2 E, para fins de acumulação, resta assentado no construído doutrinário-jurisprudencial que cargo técnico é o que requer conhecimento específico na área de atuação do profissional.
- 3 Não é possível a acumulação dos cargos de professor e Técnico Judiciário, de nível médio, para o qual não se exige qualquer formação específica e cujas atribuições são de natureza eminentemente burocrática.
- 4 Precedentes.
- 5 Recurso improvido.

(STJ - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA: RMS 14456 AM 2002/0020741-5, Relator(a): Ministro HAMILTON CARVALHIDO, Julgamento: 25/11/2003, Órgão Julgador: T6 - SEXTA TURMA, Publicação: DJ 02/02/2004 p. 364).

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. AGENTE DE POLÍCIA E PROFESSOR. DESCABIMENTO. NATUREZA DE CARGO TÉCNICO NÃO CARACTERIZADA. ART. 37, XVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

- 1 É vedada a acumulação do cargo de professor com o de agente de polícia civil do Estado da Bahia, que não se caracteriza como cargo técnico (art. 37, XVI, "b", da Constituição Federal), assim definido como aquele que requer conhecimento específico na área de atuação do profissional, com habilitação específica de grau universitário ou profissionalizante de 2º grau.
- 2 Recurso ordinário improvido.

(STJ - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA: RMS 23131 BA 2006/0249349-0, Relator(a): Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Julgamento: 18/11/2008, Órgão Julgador: T6 - SEXTA TURMA, Publicação: DJe 09/12/2008).

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. ACUMULAÇÃO ILÍCITA DE CARGOS. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. NÃO OCORRÊNCIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. OBSERVÂNCIA. ART. 37, INCISO XVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. PROFESSOR ESTADUAL E AGENTE ADMINISTRATIVO DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. IMPOSSIBILIDADE.

- 1 Na forma das disposições contidas no artigo 142 da Lei n.º 8.112/90, tem-se por afastada “a ocorrência de prescrição se, no momento da demissão do servidor, não tiverem transcorrido cinco anos do conhecimento dos fatos pela Administração”. (MS 8928/DF, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 07/10/2008)
- 2 No aspecto jurídico-formal, não há que se falar em ausência de cerceamento de defesa, tendo em vista que a autoridade coatora observou os princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, em obediência ao disposto no art. 133, incisos I e II, §§ 1º ao 7º, da Lei nº 8.112/90.
- 3 O art. 37, inciso XVI, da Constituição Federal possibilita a acumulação de um cargo de professor com outro técnico ou científico. Todavia, no caso em apreço, o cargo de Agente Administrativo do Quadro de Pessoal do Ministério da Saúde ocupado pela impetrante não possui natureza técnica, não sendo lícita, portanto, a sua acumulação com o cargo de professora estadual. Precedentes.
- 4 Segurança denegada.

(STJ. MS 8590/DF; MANDADO DE SEGURANÇA 2002/0106416-3, Relator(a) Min. OG FERNANDES (1139), Órgão Julgador, TERCEIRA SEÇÃO, Data de Julgamento,

24/06/2009 - (20090624), Fonte/Data de Publicação, DJE
DATA:04/08/2009 - (20090804).

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS. PROFESSOR E TÉCNICO JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTE. OPÇÃO. PROCEDIMENTO. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. NÃO-OCORRÊNCIA. OBSERVÂNCIA DA LEGISLAÇÃO ESTADUAL. RECURSO IMPROVIDO.

- 1 “Não é possível a acumulação dos cargos de professor e Técnico Judiciário, de nível médio, para o qual não se exige qualquer formação específica e cujas atribuições são de natureza eminentemente burocrática” (RMS 14.456/AM, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma).
- 2 A circunstância de o servidor público, em substituição, exercer funções para as quais se requer graduação em Direito não possibilita a acumulação, tendo em vista que o texto constitucional excepciona a regra de inacumulabilidade tão-somente para os titulares de cargos públicos, e não de funções, havendo nítida distinção a respeito.
- 3 Constatado o acúmulo indevido de cargos, o servidor público do Estado de Roraima deverá ser intimado para apresentar sua opção. A ausência de manifestação do interessado é que dará início ao processo administrativo disciplinar, em que deverão ser observados os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, nos termos da Lei Complementar Estadual 53/01.
- 4 Recurso ordinário improvido.

(STJ. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA, 2006/0013518-9, Relator(a), Min. ARNALDO ESTEVES LIMA (1128) Órgão Julgador, QUINTA TURMA, Data de Julgamento, 16/08/2007 - (20070816) Fonte/Data de Publicação, DJ DATA:01/10/2007 PG:00294 - (20071001)).

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. CUMULAÇÃO DE CARGO DE PROFESSOR COM ASSISTENTE TÉCNICO DO MINISTÉRIO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 11 E 14, I, DA LEI

8.691/93. NÃO-OCORRÊNCIA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.

- 1 Nos termos do art. 11 da lei 8.691/93, as atividades do cargo de Assistente Técnico do Ministério da Ciência e tecnologia cingem-se ao “apoio à direção, coordenação, organização, planejamento, controle e avaliação de projetos de pesquisa e desenvolvimento na área de Ciência e Tecnologia, bem como toda atividade de suporte administrativo dos órgãos e entidades referidos no art. 1º desta lei”.
- 2 Hipótese em que resta afastada a possibilidade de cumulação dos cargos pretendidos, tendo em vista que o cargo de Assistente em Ciência e Tecnologia, do Ministério da Ciência e Tecnologia, não tem natureza técnica ou científica capaz de excepcionar a cumulação constitucional, prevista no art. 37, XVI, “b”, da Constituição Federal.
- 3 Recurso especial conhecido e improvido.

(STJ. RECURSO ESPECIAL 2003/0179082-0, Relator(a) Min. ARNALDO ESTEVES LIMA (1128), Órgão Julgador QUINTA TURMA, Data de Julgamento: 03/04/2007 - (20070403), Fonte/Data de Publicação: DJ DATA:07/05/2007 PG:00349, LEXSTJ VOL.:00214 PG:00118 - (20070507)).

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. CARGO TÉCNICO. CONCEITUAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVAS. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. A despeito de o impetrante realmente não ter logrado demonstrar que o cargo por ele ocupado no respectivo instituto (Assistente de Administração) teria natureza técnica para os fins de acumulação com o cargo de professor por ele também exercido, a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que “cargo técnico” “...Requer familiaridade com a metodologia empregada no exercício do mister, a fim de demonstrar conhecimento específico em uma área artística ou do saber...” (RMS 7570/PB, DJ 22.11.99, Rel. Min. Gilson Dipp).

Nesse contexto, é inconstitucional a acumulação entre um cargo de natureza burocrática com outro de professor.

Recurso desprovido.

(STJ. RECURSO ORDINARIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2002/0159627-6, Relator(a) Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA (1106), Órgão Julgador: QUINTA TURMA, Data de Julgamento: 05/08/2003 - (20030805), Fonte/Data de Publicação: DJ DATA:01/09/2003 PG:00303 - (20030901).).

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. FUNCIONÁRIO PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. MAGISTÉRIO E FISCAL DE CONCESSÕES. INADMISSIBILIDADE. A Constituição da República consagra o princípio geral da inacumulação de cargos públicos, excepcionando apenas as hipóteses exaustivamente previstas, dentre elas a de um cargo de professor com outro técnico ou científico (art. 37, XVI, b). Cargo técnico ou científico, segundo o conceito legal, “é aquele para cujo exercício seja indispensável e predominante a aplicação de conhecimentos científicos ou artísticos de nível superior de ensino” (Dec. nº 35.956/54), não se ajustando a tal conceito o cargo de Fiscal de Concessões e Permissões, de natureza eminentemente burocrática. Recurso ordinário desprovido. (STJ. RMS nº 7.006–DF, Recorrente: Edylson Martins de Oliveira, Recorrido: Distrito Federal, T. Origem: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Impetrado: Secretário de Administração do Distrito Federal, Relator: Min. Vicente Leal)

O Tribunal de Contas da União² também já se manifestou sobre o assunto “Acumulação de Cargos – Conceito de Cargo Técnico. Interpretação do Art. 37, XVI, b, da Constituição Federal”, considerando ilegal a acumulação de cargo de professor (da UFES) com emprego de escriturário em empresa pública (CEF), constando no Relatório do Voto sobre o Parecer Parquet que:

“Relativamente à acumulação de cargos de professor com o de escriturário, aduz que tal situação reveste-se de ilegalidade, ante a jurisprudência pacífica desta Corte sobre a matéria (Decisão nº 87/02, 2ª C.), no sentido de que a simples exigência de escolaridade de nível secundário para investidura de um determinado cargo público não o configura como car-

2 BDA – Boletim de Direito Administrativo, São Paulo: NDJ, v.20, n.11, Nov. 2004 – Acórdão nº 408/04 – TCU – 1ª Câmara.

go técnico para efeitos do dispositivo constitucional referente a acumulações lícitas, sendo irrelevantes a definição do cargo e ser ou não o servidor detentor de diploma de grau superior.”

No Voto do Relator Min. Humberto Guimarães Souto do TCU consta:

“Manifesto minha anuência à proposição da insigne representante do Ministério Público, haja vista a conceituação de cargo técnico ou científico, para fins da acumulação permitida pelo texto constitucional, abranger os cargos de nível superior e os cargos de nível médio cujo provimento exige a habilitação específica para o exercício de determinada atividade profissional, a exemplo do técnico em enfermagem, do técnico em contabilidade, entre outros.”

Em tal decisão do TCU, também vale a pena transcrever o entendimento da Procuradora de Justiça Maria Alzira Ferreira, que aponta o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, sobre o assunto:

“No segundo caso, referente à acumulação de cargos de professor com de escriturário, opinamos pela ilegalidade ante a jurisprudência pacífica desta eg. Corte sobre a matéria. Observando-se a Decisão nº 87/02, da Segunda Câmara (DC-0087-09/02-2), verifica-se que há entendimento claro e preciso sobre o que caracteriza um cargo técnico ou científico – cargos em que se exija, para investidura, apenas a escolaridade de nível secundário (2º Grau completo), não configura cargo técnico para efeitos do dispositivo constitucional referente a acumulações lícitas.

O entendimento da questão de acumulação de cargos públicos deve levar em conta, além dos dispositivos constitucionais e legais, os parâmetros jurisprudenciais. A consideração da jurisprudência mostra-se de especial relevância quando da avaliação de regularidade de acumulação de cargo técnico com cargo de professor. Isto porque a definição do que seja cargo técnico já foi objeto de vários julgados no âmbito do Superior Tribunal de Justiça – STJ, havendo, como decorrência, consolidado entendimento daquela Corte em relação

ao assunto. A jurisprudência do STJ definiu, de forma pacífica, que o cargo público para cuja investidura seja exigida, tão somente, a escolaridade de nível secundário (2º Grau completo) não configura cargo técnico para efeitos do dispositivo constitucional referente às acumulações lícitas de cargos públicos, sendo irrelevantes a definição do cargo e o fato de o servidor ser ou não diplomado em grau de nível superior. São exemplos dessa jurisprudência os seguintes julgados: RMS nº 6.116–SC/95, ROMS nos 7.632–DF/96, 7.570–PB/96 (fls. 133/137, vol.1). Em seu voto no RMS nº 6.116–SC/95, o Exmº Sr. Ministro Fernando Gonçalves, ao se referir a cargos que exigem apenas escolaridade secundária, definiu claramente que “*verbis*” “não podem ser classificados (...) como técnicos ou científicos, por não exigirem conhecimento específico de nível superior ou profissional. Assim, a simples denominação técnico não configura o permissivo autorizado na ordem jurídica” (fl. 133, vol. 1) (ver também Dec. nº 259/01 – Plenário, TC-001.345/98-2). Ante o exposto, o Ministério Público manifesta-se pela ilegalidade dos atos de fls. 1 e 3 em razão de acumulação ilícita de cargos e pela legalidade dos demais atos, determinando-se à Universidade Federal do Espírito Santo que observe o disposto no Dec. nº 94.664/94, no Anexo II da Lei nº 8.460/92 e Portaria SAF nº 2.343/94, corrigindo-se o enquadramento dos servidores.

Brasília, 10 de julho de 2003. Maria Alzira Ferreira, Procuradora.”

Entretanto, *data venia*, na contra-mão das decisões do Superior Tribunal de Justiça e até mesmo da decisão do Supremo Tribunal Federal (AI 192.918-AgR, acima transcrita), nos Tribunais de Justiça de alguns Estados, além do TJSP (conforme fls. 144/147, dentro da decisão do STF) e em alguns Tribunais Regionais Federais, encontramos decisões, inclusive específicas e favoráveis sobre a acumulação de cargo de auxiliar de enfermagem com professor.

No entanto, tais decisões podem ainda não terem transitado em julgado (em virtude de recursos, inclusive junto ao STJ) e, além disso, não representam o posicionamento do STJ, pelas decisões acima transcritas, valendo destacar ainda que, sobre a

acumulação do cargo de auxiliar de enfermagem com professor, é quase totalmente certo que o STJ ainda não tenha se manifestado, diante da nossa pesquisa e da pesquisa realizada pelo próprio setor responsável do Colendo Órgão, conforme e-mail que recebemos dizendo que não localizaram precedentes que se referissem exatamente ao tema apresentado no pedido.

AÇÃO ORDINÁRIA – ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICO DE AUXILIAR DE ENFERMAGEM E PROFESSOR – POSSIBILIDADE – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 37, INCISO XVI DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - OFÍCIO CIRCULAR Nº 07 DA DRH/SAF – APLICABILIDADE (TJDF-APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA DE OFÍCIO:AC20010110811452 DF, Relator(a): ASDRUBAL NASCIMENTO LIMA, Julgamento: 03/05/2004, Órgão Julgador: 5ª Turma Cível, Publicação: DJU 01/07/2004 Pág. 45, Órgão: QUINTA TURMA CÍVEL)

MANDADO DE SEGURANÇA - APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO - ACUMULAÇÃO DE CARGOS - PROFESSOR E AUXILIAR DE ENFERMAGEM - POSSIBILIDADE - ARTIGO 37, INCISO XVI, ALÍNEA B, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - SEGURANÇA CONCEDIDA - DECISÃO UNÂNIME.

- O cargo de auxiliar de enfermagem possui natureza técnica, de modo que pode ser acumulado com um de professor, desde que haja compatibilidade de horários, nos termos do artigo 37, inciso XVI, alínea b, da *Constituição Federal*.

(TJPR - Mandado de Segurança: MS 1539319 PR Mandado de Segurança (OE) - 0153931-9, Relator(a): Antonio Lopes de Noronha, Julgamento: 03/12/2004, Órgão Julgador: Órgão Especial, Publicação: 14/02/2005 DJ: 6806).

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO - ACUMULAÇÃO DE CARGOS DE AUXILIAR DE ENFERMAGEM E PROFESSORA - POSSIBILIDADE - EXISTÊNCIA DE CARÁTER TÉCNICO OU CIENTÍFICO, NECESSÁRIO À PREVISÃO CONSTITUCIONAL - ARTIGO 37, XVI, DA CF/88.

1 O art. 37, inciso XVI, alínea b da CF/88 permite expressamente a acumulação remunerada de cargo público de professor com outro cargo público técnico ou científico.

2 Se as atribuições da autora, no exercício do cargo de Auxiliar de Enfermagem, demandam conhecimentos técnicos específicos, sendo necessária formação específica para a sua execução, a situação fática se enquadra à exceção prevista no dispositivo constitucional.

3 Apelação provida.

(TRF1 - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA: AMS 15499 DF 2001.34.00.015499-5, Relator(a): DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ AMILCAR MACHADO, Julgamento: 04/04/2005, Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Publicação: 09/05/2005 DJ p.32).

ADMINISTRATIVO. ART. 37, XVI, B, DA CARTA MAGNA. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS. VISITADORA SANITÁRIA E PROFESSORA. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA.

1 No caso dos autos, a vedação ao acúmulo de cargos públicos se renova a cada dia, não havendo, pois, que se falar em transcurso do prazo decadencial, com fulcro na Lei nº. 9.784/99. Além disso, o fato de a autora ter permanecido durante alguns anos exercendo a acumulação de cargos, posteriormente reconhecida indevida, não lhe assegura o direito de continuar nessa situação. A Administração Pública tem o poder-dever de anular seus atos quando ilegais.

2 Quanto ao cargo “técnico ou científico” mencionado no artigo 37, inciso XVI, alínea b, da *Constituição Federal*, a jurisprudência tem entendido que, para fins de cumulação, há a necessidade de conhecimento específico na área de atuação do profissional, com habilitação específica ou profissionalizante de 2º grau. Precedentes do STJ e desta Corte Regional.

3 In casu, é de se advertir que a escolaridade exigida para o cargo de Visitadora Sanitária é a “6ª série completa do 1º grau”, consoante se verifica dos documentos acostados aos autos. Ademais, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão entende que “[...] um cargo é considerado técnico desde que seja exigido de seu ocupante o 2º grau profissionalizante e/ou que possua formação técnica

em curso legalmente reconhecido pelo Ministério da Educação”.

- 4 Assim, resta evidente que o cargo de Visitadora Sanitária da FUNASA, ocupado pela apelante, não possui natureza técnica, motivo pelo qual não há que se falar em possibilidade de acumulação com o cargo de Professora como pretende a autora.
- 5 Por fim, ressalte-se que a natureza do cargo não será alterada pelo fato de a apelante ter realizado curso de auxiliar de enfermagem, tendo em conta que a avaliação é da natureza do cargo de Visitadora Sanitária e não das habilidades do ocupante do cargo, como bem observou o MM. Juiz a quo.

6 Apelação a que se nega provimento.” Acórdão. Unânime.

(TRF5 - Apelação Cível: AC 486311 AL 0005082-14.2008.4.05.8000, Relator(a): Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, Julgamento: 25/03/2010, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: Fonte: Diário da Justiça Eletrônico - Data: 12/04/2010 - Página: 258 - Ano: 2010).

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CUMULAÇÃO DE CARGO PÚBLICO FEDERAL COM CARGO DE PROFESSORA MUNICIPAL. ART. 37, XVI, 'B' DA CF/88. INEXISTÊNCIA DE PROVA ACERCA DA NATUREZA TÉCNICA DO CARGO DE AUXILIAR DE ENFERMAGEM, BEM COMO DA COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. PEDIDO DE EXONERAÇÃO. ALEGAÇÃO DE COAÇÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO.

No caso, a autora pretende acumular um cargo, que reputa técnico, de 'Auxiliar de Enfermagem', na esfera Federal, com outro de magistério, 'Prof. I de Educação Musical', que, ao que parece, era exercido no âmbito do ensino fundamental, requerendo a nulidade do ato que a exonerou do serviço público federal, alegando vício na formação da vontade manifestada, em decorrência de coação que teria sofrido por parte do Município. A jurisprudência dos Tribunais Superiores já firmou entendimento no sentido da possibilidade de acumulação, se demonstrada a natureza técnica ou científica do cargo, consistente na exigência de conhecimentos especifi-

cos na área de atuação do servidor, além da compatibilidade de carga horária entre ambos. Inexistência, nos autos, de elementos aptos a permitir a análise do pleito de acumulação, não sendo possível avaliar se os cargos que a autora pretende acumular preenchem os requisitos legais, quais sejam, tratar-se o cargo de 'auxiliar de enfermagem' de cargo técnico, bem como a compatibilidade de carga horária no desempenho de suas funções no âmbito Federal e Municipal, ônus que lhe incumbia. Ausência, ademais, de comprovação da invocada coação, que teria sofrido, como fator de vício de vontade, pelo que deverá subsistir o pedido de exoneração formulado pela autora, cabendo destacar que a mesma optou pelo cargo de maior remuneração. Apelação improvida.

(TRF2 - APELAÇÃO CIVEL: AC 285942 RJ 2002.02.01.016758-8, Relator(a): Desembargador Federal RALDÊNIO BONIFACIO COSTA, Julgamento: 29/04/2008, Órgão Julgador: OITAVA TURMA ESPECIALIZADA, Publicação: DJU - Data::13/05/2008 – Pág.:228).

Vale destacar que não encontramos no STJ decisão que permite qualquer acumulação de cargo técnico ou científico com o de professor, dizendo que a profissão do "cargo técnico" é a reconhecida por lei e que tenha registro em Conselho Federal ou Regional de Profissões. Portanto, esse não é o parâmetro para se permitir a acumulação de cargos, contida na ressalva da letra "b" do inciso XVI do art. 37 da Carta Magna, pelo menos por enquanto.

Cumpre destacar, ainda, que o auxiliar de enfermagem, nos termos do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 7.498/86, exerce a enfermagem, mas respeitado o grau de sua habilitação, tendo o Enfermeiro curso superior e o de Técnico de Enfermagem (profissionalizante), também descrito no dispositivo, muito mais respaldo para buscar a acumulação prevista na letra "b", do inciso XVI, art. 37 da CF, que trata-se de ressalva, ou seja, exceção à regra, já que a regra é a proibição de acumulação de cargos públicos, conforme primeira parte do citado inciso XVI.

Neste diapasão, a regra é a vedação da acumulação de cargos públicos, devendo, portanto, a interpretação das exceções serem restritivas.

Neste sentido, o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, tendo como Relator o Eminente e brilhante Desembargador ÁLVARO MANOEL ROSINDO BOURGUIGNON, decidiu:

APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS - PROFESSOR E TÉCNICO - ART. 37, XVI, B, CF - CARGO OFICIAL ADMINISTRATIVOS - FUNÇÃO MERAMENTE BUROCRÁTICA - NÃO CARACTERIZAÇÃO DE TÉCNICO - ACUMULAÇÃO IMPOSSÍVEL - SENTENÇA MANTIDA.

- 1 Não se considera técnico cargo cujo rol de atribuições envolve um sem número de atividades das mais diversas espécies e ramos, designando manifesto caráter burocrático, de apoio.
- 2 É essencial, à caracterização de determinado cargo como técnico, que seu exercício exija alguma sorte de conhecimento técnico/especializado para seu desempenho.
- 3 *A norma constitucional extraível do art. 37, XVI, “b”, da Constituição é exceção à regra de não acumulação; portanto, há de ser interpretada de maneira restritiva.*
- 4 Na hipótese de se requerer a acumulação de cargo técnico com professor, caso um deles não se caracterize como tal, vedada é a acumulação.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas. Conclusão à unanimidade, negar provimento ao recurso.

(TJES. Processo 13060029801 Classe: Apelação Cível Órgão: SEGUNDA CÂMARA CÍVEL Data de Julgamento: 22/04/2008 Data da Publicação no Diário: 28/05/2008 Relator: ÁLVARO MANOEL ROSINDO BOURGUIGNON Relator Substituto: RAIMUNDO SIQUEIRA RIBEIRO Origem: CASTELO - CARTÓRIO 1º OFÍCIO).

No mesmo sentido, a doutrina de Hely Lopes Meirelles³ ensina:

3 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 404.

“A proibição de acumular, sendo uma restrição de direito, não pode ser interpretada ampliativamente. Assim, como veda a acumulação remunerada, inexistem óbices constitucionais à acumulação de cargos, funções ou empregos do serviço público desde que o servidor seja remunerado apenas pelo exercício de uma das atividades acumuladas. Trata-se, todavia, de uma exceção, e não de uma regra, que as Administrações devem usar com cautela, pois, como observa Castro Aguiar, cujo pensamento, neste ponto, coincide com o nosso, “em geral, as acumulações são nocivas, inclusive porque cargos acumulados são cargos mal-desempenhados”. Destacamos.

Deste modo, não é razoável que todos os descritos no parágrafo único do art. 2º da Lei Federal nº 7.498/86 possam acumular cargos, simplesmente porque são Registrados no Conselho Regional de Enfermagem.

A questão da acumulação diz respeito ao cargo público, no caso de técnico ou científico, e não ao seu ocupante.

Portanto, diante de todo o exposto, não nos parece legal a acumulação do cargo de auxiliar de enfermagem com o de professor, inclusive porque o nível de escolaridade exigido é o *1º Grau Completo*, conforme fls. 139 dos autos, esbarrando até mesmo na única decisão da Constituição Anotada do STF, transcrita acima (AI 192.918 – Agr. Rel. Min. Octávio Gallotti).

Nossas Constituições Federais sempre estabeleceram, como regra geral, a vedação à acumulação de cargos públicos, cujo fundamento, de acordo com José dos Santos Carvalho Filho⁴, “(...) é impedir que o acúmulo de funções públicas faça com que o servidor não execute qualquer delas com a necessária eficiência.” Acrescenta ainda o referido autor que “(...) pode-se observar que o Constituinte quis também impedir a cumulação de ganhos em detrimento da boa execução das tarefas públicas”.

Neste sentido, ensina Hely Lopes Meirelles⁵ que:

“A proibição de acumulação remunerada de cargos, empregos e funções, tanto na Administração direta como nas autarquias,

4 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 538.

5 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 403.

fundações, empresas públicas, sociedades de mista, suas subsidiárias e sociedades controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público (CF., art. 37, XVI e XVII), visa a impedir que um mesmo cidadão passe a ocupar vários lugares ou a exercer várias funções sem que as possa desempenhar proficientemente, embora percebendo integralmente os respectivos vencimentos. As origens dessa vedação vêm de longe, ou seja, do Decreto da Regência, de 18.6.1822, da lavra de José Bonifácio, cuja justificativa tem ainda plena atualidade quando esclarece que por ele “se proíbe que seja reunido em uma só pessoa mais de um ofício ou emprego, e vença mais de um ordenado, resultando manifesto dano e prejuízo à Administração Pública e às partes interessadas, por não poder de modo ordinário um tal empregado público ou funcionário cumprir as funções e as incumbências de que duplicadamente encarregado, muito principalmente sendo incompatíveis esses ofícios e empregos; e, acontecendo, ao mesmo tempo, que alguns desses empregados e funcionários públicos, ocupando os ditos empregos e ofícios, recebam ordenados por aqueles mesmo que não exercitam, ou por serem incompatíveis, ou por concorrer o seu expediente nas mesmas horas em que se acham ocupados em outras repartições.

A própria Constituição, entretanto, reconhecendo a conveniência de melhor aproveitamento da capacidade técnica e científica de determinados profissionais, abriu algumas exceções à regra da não acumulação, para permiti-la expressamente quanto ao cargo de Magistério (art. 37, XVI, “a”), a de um deles com outro, técnico ou científico (art. 37, XVI, “b”), e a de dois cargos privativos de médico (art. XVI, “c”), contanto que haja compatibilidade de horários (art. 37, XVI). Todavia, mesmo nesses casos aplica-se o teto remuneratório previsto no art. 37, XI, da CF. A vedação é genérica e, ressalvadas as mencionadas exceções, prevalece entre quaisquer cargos – de nomeação ou eletivos –, ocupados a qualquer título, de quaisquer entidades estatais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, bem como, por força da EC 19, suas subsidiárias e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo Poder Público (CF., art. 37, XVII).”

Havendo compatibilidade entre o cargo público técnico ou científico com um cargo de professor, a possibilidade da acumulação em relação à questão de ser “técnico” ou não, nos termos do inciso XVI, letra “b”, da Constituição Federal, dependerá da análise no caso concreto, em alguns casos mais específicos, realizada pela respectiva Consultoria da Administração Pública, que deverá levar em consideração as decisões do STJ e do STF, deste último, se possível for, considerando o cenário atual da questão.

No caso concreto dos autos, concluímos pela não possibilidade de acumulação do cargo de auxiliar de enfermagem com o de Professor, por tudo que já foi exposto acima, salientando mais ainda, que a acumulação foi claramente e inegavelmente ilegal no caso da servidora em questão, pois estava exercendo funções burocráticas de secretaria de clínica (fls. 69), incompatível com possibilidade de acumulação prevista na letra “b”, inciso XVI do art. 37 da Constituição Federal, conforme decisões dos STJ e do STF trazidas aos autos. Lembrando ainda que, se a servidora ainda estivesse em acumulação de cargos, seria necessário enfrentar se realmente haveria compatibilidade de horários.

Quanto ao pagamento do período efetivamente trabalhado no cargo de professor DT, compreendido entre 09/06/08 a 26/08/08 (segundo informações nos autos, a ser efetivamente verificado), temos a dizer que a inteligência do art. 224 e seu parágrafo 1º da LC nº 46/94, permite concluir, neste caso concreto, que o pagamento deverá ser efetivado, já que a servidora em questão espontaneamente afastou-se das funções do cargo de professor DT, tendo em vista que o próprio art. 224 ressalva que a opção por um dos cargos será sem prejuízo do que houver percebido pelo trabalho prestado no cargo a que renunciar, sendo que não foi provada a má-fé da servidora, diante dos fatos narrados nos autos, conforme considerações do contexto do processo resumidas da Presidente da Comissão de Sindicância (fls. 140).

Diz o citado dispositivo da Lei Complementar Estadual que:

“Art. 224 Verificada em processo administrativo-disciplinar a acumulação proibida, e provada a boa-fé, o servidor público

optará por um dos cargos, sem prejuízo do que houver percebido pelo trabalho prestado no cargo a que renunciar.

§ 1º - *Provada a má-fé*, o servidor público perderá ambos os cargos, empregos ou funções e *restituirá o que tiver recebido indevidamente*.

Na Jurisprudência também encontramos amparo para ser realizado o respectivo pagamento da servidora.

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região⁶ já decidiu que:

“AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ACUMULAÇÃO DE CARGO PÚBLICO E EMPREGO PÚBLICO. DELEGADO DE POLÍCIA E EMPREGO DE ECONOMIÁRIO DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. OMISSÃO EM DECLARAÇÃO DE POSSE DE QUE EXERCIA EMPREGO PÚBLICO. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INCONSISTÊNCIA. PREJUÍZO AO ERÁRIO QUE NÃO RESTOU CONFIGURADO.

A conduta do réu não se subsume ao comando do art. 12, II e III, da Lei de Improbidade Administrativa, quer porque não decorreu do exercício de suas funções como agente público, *quer porque dela não resultou prejuízo ao erário público a justificar eventual ressarcimento*.

A prática de ato de improbidade administrativa não restou configurada na espécie.

Apelo improvido”.

(TRF-1. ApCv nº 1998.35.00.015743-3–GO, Apelante: Ministério Público Federal, Apelado: Edemundo Dias de Oliveira Filho, Relator: Des. federal Hilton Queiroz).

No mesmo sentido encontramos a decisão do STFI abaixo, tratando também da questão da restituição do salário pago: MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO QUE CONSIDEROU ILEGAL APOSENTADORIA E DETERMINOU A RESTITUIÇÃO DE VALORES. ACUMULAÇÃO ILEGAL DE CARGOS DE PROFESSOR.

6 BDA – Boletim de Direito Administrativo, v.20, out.2004

AUSÊNCIA DE COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. UTILIZAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PARA OBTENÇÃO DE VANTAGENS EM DUPLICIDADE (ARTS. 62 E 193 DA LEI N. 8.112/90). MÁ-FÉ NÃO CONFIGURADA. DESNECESSIDADE DE RESTITUIÇÃO DOS VALORES PERCEBIDOS. INOCORRÊNCIA DE DESRESPEITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E AO DIREITO ADQUIRIDO.

- 1 A compatibilidade de horários é requisito indispensável para o reconhecimento da licitude da acumulação de cargos públicos. É ilegal a acumulação dos cargos quando ambos estão submetidos ao regime de 40 horas semanais e um deles exige dedicação exclusiva.
- 2 O § 2º do art. 193 da Lei n. 8.112/1990 veda a utilização cumulativa do tempo de exercício de função ou cargo comissionado para assegurar a incorporação de quintos nos proventos do servidor (art. 62 da Lei n. 8.112/1990) e para viabilizar a percepção da gratificação de função em sua aposentadoria (art. 193, caput, da Lei n. 8.112/1990). É inadmissível a incorporação de vantagens sob o mesmo fundamento, ainda que em cargos públicos diversos.
- 3 O reconhecimento da ilegalidade da cumulação de vantagens não determina, automaticamente, a restituição ao erário dos valores recebidos, salvo se comprovada a má-fé do servidor, o que não foi demonstrado nos autos.
- 4 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem-se firmado no sentido de que, no exercício da competência que lhe foi atribuída pelo art. 71, inc. III, da Constituição da República, o Tribunal de Contas da União cumpre os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal quando garante ao interessado - como se deu na espécie - os recursos inerentes à sua defesa plena.
- 5 Ato administrativo complexo, a aposentadoria do servidor, somente se torna ato perfeito e acabado após seu exame e registro pelo Tribunal de Contas da União.
- 6 Segurança parcialmente concedida.

(STF. MS 26085 - MS - MANDADO DE SEGURANÇA,
Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Sigla do órgão: STF, Fonte:

DJe-107 DIVULG 12-06-2008 PUBLIC 13-06-2008 EMENT VOL-02323-02 PP-00269).

Portanto, pela jurisprudência citada, observamos que não há necessidade de devolução dos valores percebidos, que só deve ocorrer se houver má-fé comprovada. Então, no mesmo sentido, deve-se entender para realizar o respectivo pagamento.

No presente caso, a Comissão de Sindicância entendeu pela inexistência de má-fé, em duas oportunidades, fls. 47/51 e 89/95 dos autos. Sendo que não houve prejuízo para a Administração Pública, conforme informações de fls. 133 dos autos e considerando ainda que, se a servidora em questão não tivesse atuado como professora no período, outra teria, então o Estado pagaria a remuneração de qualquer forma, sendo, portanto, vedado o enriquecimento sem causa da Administração Pública.

Neste sentido, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região também já decidiu:

“ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MÉDICO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. INCOMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS.

I - A acumulação lícita de cargos exige que se atenda ao requisito da compatibilidade de horários, a teor do art. 119 da Lei 8.112/90.

II - As sanções do art. 12, da Lei 8.429/92 não são necessariamente cumulativas, cabendo ao magistrado a sua dosimetria.

III - *Não é devida a devolução dos valores percebidos a título de salários quando verificado que o trabalho foi efetivamente prestado, ainda que as nomeações tenham sido irregulares, visto que seria o mesmo que admitir enriquecimento sem causa da União.*

IV - Apelação provida em parte. Sentença reformada.

(AC 2003.41.00.005421-8/RO, Rel. Desembargador Federal Cândido Ribeiro, Terceira Turma, DJ p.30 de 21/09/2007).” Destacamos.

Finalmente, há que se reconhecer que a matéria da acumulação de cargos públicos, prevista na letra “b”, inciso XVI do art. 37 da CF, não é de fácil interpretação aos leigos, havendo até mesmo discordância na jurisprudência e doutrina sobre o assunto, razão também para se efetivar o respectivo pagamento do período trabalhado no cargo de Professor DT, pois não haveria possibilidade de se assegurar neste procedimento administrativo a má-fé da servidora, valendo aqui também a premissa do processo penal que, na dúvida, pró réu.

S. M. J. é como opinamos.

Vitória, 14 de maio de 2010.

ANEXO

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO



A Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo é uma publicação semestral de informações técnico-científicas na área do Direito e destina-se à divulgação de:

- I - artigos, ensaios e outros trabalhos doutrinários relacionados ao conhecimento jurídico;
- II - pareceres;
- III - resenhas ou traduções de artigos, ensaios ou livros jurídicos;
- IV - comentários de decisões jurisprudenciais;
- V - trabalhos forenses desenvolvidos pela Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo e
- VI - decisões jurisprudenciais.

Serão aceitos trabalhos confeccionados por membros da comunidade jurídica em geral.

Não serão aceitos os trabalhos que não obedecerem às normas e às instruções aprovadas pelo Conselho Editorial, entre as quais as dispostas nos artigos seguintes.

Os trabalhos deverão ser enviados em arquivos gravados em CD, acompanhados de uma cópia impressa e do termo de cessão gratuita de direitos autorais, conforme modelo em anexo. O material também pode ser encaminhado para o *e-mail* revista@pge.es.gov.br.

Na composição dos trabalhos deverá ser utilizado o processador de texto Microsoft Word 97, ou versão superior.

Será admitida a utilização de outro processador de texto, desde que os arquivos sejam gravados em RTF (Rich Text Format).

Os parágrafos devem ser alinhados à esquerda, não devendo ser utilizados recuos, deslocamentos, espaçamentos antes ou depois, nem o tabulador <TAB> para determinar os parágrafos: o próprio <ENTER> já determina, automaticamente, a sua abertura.

Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,5 cm e as laterais 3,0 cm.

O tamanho do papel deve ser A4.

Como fonte, deve-se usar o Arial, corpo 12.

Todo destaque que se queira dar ao texto impresso deve ser feito com o uso de *itálico*, não podendo se lançar mão dos recursos negrito ou sublinhado.

Os artigos científicos deverão ter entre 20 e 50 laudas.

Os trabalhos deverão ser precedidos por uma folha onde se fará constar: o título do trabalho, o nome do autor (ou autores), acompanhado de endereço, telefone, fax e *e-mail*, titulação acadêmica, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida.

O texto propriamente dito do artigo deverá conter:

- I - parte introdutória,
- II - corpo do trabalho com desenvolvimento livre,
- III - conclusões,
- IV - referências.

As citações deverão obedecer às normas estabelecidas na NBR 10520/2002 da ABNT.

As tabelas deverão ser confeccionadas com recursos próprios do Microsoft Word.

Todas as citações deverão aparecer ao final do texto nas referências, em ordem alfabética.

As referências deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2002 da ABNT.

Uma referência básica deve conter: sobrenome do autor em letras maiúsculas; *vírgula*; nome do autor em letras minúsculas; *ponto*; título da obra em *itálico*; *ponto*; número da edição (a partir da segunda); *ponto*; local; *dois pontos*; editora (não usar a palavra editora); *vírgula*; ano da publicação; *ponto*, como no exemplo a seguir:

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. <i>Código de Processo Civil Comentado</i> . 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
--

As citações e as referências são de inteira responsabilidade do(s) autor(es).

Os trabalhos deverão ser precedidos de um Sumário, no qual deverão constar os itens com até 3 dígitos, como no exemplo:

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Responsabilidade civil ambiental: legislação. 2.1 Normas clássicas. 2.2 Inovações. 2.2.1 Dano ecológico. 2.2.2 Responsabilidade civil objetiva...

Poderão ser destacadas as palavras-chave (palavras ou expressões que expressem as idéias centrais do texto), que possam facilitar posterior pesquisa ao trabalho, conforme exemplo a seguir:

PALAVRAS-CHAVE: Criminologia – Criminalidade organizada – Lavagem de dinheiro – Delinquência econômica, etc.

Todo trabalho será passível de revisão lingüística, formal e metodológica, pelo Conselho Editorial.

Não serão devidos direitos autorais ou qualquer outro tipo de remuneração pela publicação dos trabalhos na Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo, em qualquer tipo de mídia impressa (papel) ou eletrônica (Internet, *CD-Rom*, *e-book* etc.).

Os trabalhos que não se ativerem às normas previstas nesta resolução serão devolvidos a seus autores, que poderão reenviá-los, desde que efetuadas as modificações necessárias.

A seleção dos trabalhos para publicação é de competência do Conselho Editorial.

Os trabalhos recebidos e não publicados não serão devolvidos, podendo ser utilizados em edição futura.

Os casos omissos serão resolvidos pelo Conselho Editorial.

ANEXO

TERMO DE CESSÃO GRATUITA DE DIREITOS AUTORAIS

autoriza o CENTRO DE ESTUDOS E INFORMAÇÕES JURÍDICAS DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO a publicar, na Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo (RPGES), o trabalho de sua autoria intitulado _____

Submete-se, outrossim, ao disposto no Regulamento da Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo (RPGES), aprovado pela Resolução nº 203/2005.

Em conseqüência, firma o presente termo de cessão gratuita de direitos autorais, referente ao supracitado trabalho, reservando-se somente a observância relativa à propriedade intelectual.

Declara, ainda, serem de sua inteira responsabilidade as idéias e os conceitos nele emitidos, bem como manifesta concordância com as correções necessárias a critério do Conselho Editorial.

_____, _____ de _____ de 20 ____.

O Conselho Editorial se reserva o direito de publicar ou não qualquer dos artigos recebidos, mediante critérios por ele fixados para maior clareza e compreensão, sem interferência no significado do texto. Os originais não serão devolvidos, podendo ser utilizados em edição futura.