

# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

OUTUBRO/DEZEMBRO 1998 • BRASÍLIA • ANO 35 • Nº 140



SENADO FEDERAL  
SECRETARIA ESPECIAL DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES  
SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

# Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 35 • nº 140  
outubro/dezembro – 1998

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

Revista  
de  
Informação  
Legislativa

FUNDADORES

Senador Auro Moura Andrade

Presidente do Senado Federal – 1961-1967

Isaac Brown

Secretário-Geral da Presidência – 1946-1967

Leyla Castello Branco Rangel

Diretora – 1964-1988

---

ISSN 0034-835x

Publicação trimestral da

Subsecretaria de Edições Técnicas

Senado Federal, Via N-2, Unidade de Apoio III, Praça dos Três Poderes

CEP: 70.165-900 – Brasília, DF. Telefones: (061) 311-3575, 311-3576 e 311-3579

Fax: (061) 311-4258. E-Mail: ssetec@admass.senado.gov.br

DIRETOR: Raimundo Pontes Cunha Neto

REVISÃO DE ORIGINALS: Angelina Almeida Silva, Bernadete Aparecida de Carvalho e  
Dalcilene Rocha da Silva Furtado

REVISÃO DE REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Maria Celeste Ribeiro

REVISÃO DE PROVAS: Lizandra Nunes M. da Costa, Marcelle Carvalho Dela Bianca,  
Maria de Jesus Pimentel, Roberta Negromonte Vasconcelos e  
Teliana Maria Lopes Bezerra

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA: Paulo Henrique Ferreira Nunes e Angelina Almeida Silva

IMPRESSÃO: Secretaria Especial de Editoração e Publicações

CAPA: Paulo Cervinho e Cícero Bezerra

---

© Todos os direitos reservados. A reprodução ou tradução de qualquer parte desta publicação será permitida com a prévia permissão escrita do Editor.

Solicita-se permuta.

Pidese canje.

On demande l'échange.

Si richiede lo scambio.

We ask for exchange.

Wir bitten um Austausch.

---

Revista de Informação Legislativa / Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. --  
Ano 1, n. 1 (mar. 1964) – . . . Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de  
Edições Técnicas, 1964– . . .

v.

Trimestral.

Ano 1-3, nº 1-10, publ. pelo Serviço de Informação Legislativa; ano 3-9, nº 11-  
33, publ. pela Diretoria de Informação Legislativa; ano 9-, nº 34-, publ. pela Subsecretaria  
de Edições Técnicas.

1. Direito — Periódico. I. Brasil. Congresso. Senado Federal, Subsecretaria  
de Edições Técnicas.

CDD 340.05

CDU 34(05)

---

# Revista de Informação Legislativa

Brasília · ano 35 · nº 140 · outubro/dezembro · 1998

Josaphat Marinho	A nova ordem mundial e os direitos sociais 5
Rubens Pinto Lyra	Teorias clássicas sobre a democracia direta e a experiência brasileira 11
João Henrique Pederiva	<i>Accountability</i> , Constituição e Contabilidade 17
José Eduardo Sabo Paes	Fundações: origem e evolução histórica 41
Adilson Abreu Dallari	Contratação de serviços de advocacia pela Administração Pública 49
Alexandre de Moraes	Controle externo do Poder Judiciário – inconstitucionalidade 59
Derly Barreto e Silva Filho	O controle da legalidade diante da remoção e da inamovibilidade dos advogados públicos 65
Leon Frejda Szklarowsky	Prazos contratuais 79
Celso de Tarso Pereira	O Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (CIRCI - ICSID) 87
Mônica de Melo	Da incidência do ICMS na habilitação de telefone celular 95
José Carlos de Magalhães e Onofre Carlos de Arruda Sampaio	A concentração de empresas e a competência do CADE 109
Rodrigo Garcia da Fonseca	A responsabilidade civil do Estado e a denúncia da lide ao funcionário 123
Juarez Freitas	As organizações sociais: sugestões para o aprimoramento do modelo federal 133
Newton Paulo Teixeira dos Santos	COMUT, reprografia e direito autoral 139
Eduardo Talamini	Prova emprestada no processo civil e penal 145
Jorge Fontoura	A construção jurisprudencial do direito comunitário europeu 163
Otto Eduardo Vizeu Gil	A soberania absoluta e o Direito Internacional Público 171

Ana Clarice de Sá L. S. Ávila Paz	A competência para expedir e cassar salvo-conduto em direito eleitoral 175
Dilvanir José da Costa	O sistema da promessa de compra e venda de imóveis 179
Anildo Fabio de Araujo	Alimentos (noções e execução) 189
Jairo Gilberto Schäfer	A insuficiência dos paradigmas da teoria tradicional dos direitos constitucionais fundamentais 205
Danilo Alejandro Mognoni Costalunga	Sobre o exercício da advocacia por Juízes leigos dos Juizados Especiais. Para uma superação do conflito aparente de normas entre a Lei nº 8.906/94 e a Lei nº 9.099/95 213
Pinho Pedreira	A concepção relativista das imunidades de jurisdição e execução do Estado estrangeiro 227
Cláudio Brandão	Ontologia da ação penal 237
José Pitas	Estabilidade do servidor celetista da Administração Pública Direta ante a Emenda Constitucional nº 19, de 5 de junho de 1998 245
Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva	Conflito aparente de normas no descumprimento de ordem judicial pela Administração Pública 249
Antonio Carlos Wolkmer	Integração interamericana, comunitarismo jurídico e cidadania supranacional 259
Adhemar Ferreira Maciel	Observações sobre o controle da constitucionalidade das leis no Brasil 267
Leonardo Henrique Mundim Moraes Oliveira	Da inaplicabilidade do parágrafo único do art. 100 do CPC às companhias seguradoras 279
Gustavo Ferreira Santos	Excesso de poder no exercício da função legislativa 283
Frank Larrúbia Shih	A prescrição no contrato de seguro 295

# A nova ordem mundial e os direitos sociais

JOSAPHAT MARINHO

## SUMÁRIO

*1. Oportunidade do Encontro Nacional. 2. A Sociedade em mudança e os direitos. 3. O neoliberalismo no Brasil. 4. O regime neoliberal e os direitos. 5. O regime neoliberal e os direitos sociais. 6. O regime neoliberal e os direitos do trabalhador. 7. Consideração final.*

### 1. Oportunidade do Encontro Nacional

Realizais este Encontro Nacional dos Procuradores do Trabalho em momento excepcionalmente apropriado à reflexão coletiva: no ocaso do século e ao amanhecer de eleições gerais no País.

São fatos de dimensões diversas. Ambos, porém, interessam à população brasileira, e a cada indivíduo, por sua vinculação a direitos reconhecidos.

No fim da centúria, a sociedade experimenta densa sensação de insegurança sobre valores adquiridos e incorporados a seu patrimônio espiritual e material. A ordem jurídica geral, e não apenas a relativa aos direitos sociais, oscila, sem norte delineado. Entre a estrutura neoliberal, que não se consolidou, e declina, e a do Estado social ou socializante, que renasce, ou parece renascer, há fraturas visíveis e claridades indecisas.

Ao lado dessa perspectiva incerta, conjugam-se as perquirições que emanam das eleições nacionais recentes, de 4 de outubro. Consumadas num instante em que a crise financeira e fiscal amplia dúvidas preexistentes, essas eleições não facilitam divisar-se o destino das instituições internas, nem dos direitos e obrigações dos cidadãos. A políti-

Josaphat Marinho é Senador.

---

Exposição no Encontro Nacional dos Procuradores do Trabalho, em Comandatuba (Ilhéus), no dia 5 de novembro de 1998.

ca liberal e de sentido demasiadamente globalizante produziu efeitos perturbadores da ordem constitucional, da administração como um sistema e da economia do povo.

## 2. A sociedade em mudança e os direitos

No vértice dessa flutuação de diretrizes, pedistes-me um estudo, agradavelmente provocativo, sobre “A nova ordem mundial e os direitos sociais”.

Se me for permitido, tentarei uma análise do problema tendo mais em conta a *sociedade em mudança*, e não “a nova ordem mundial”. Parece que não se pode cogitar, ainda, de nova ordem mundial. O que se pretendeu criar com o neoliberalismo não chegou a cristalizar uma nova ordem, que pressupõe instituições e práticas estratificadas, em forma durável de constituir mudanças permanentes e em condições de produzir outras transformações.

O neoliberalismo, emergente com a queda do muro de Berlim e o desmoronamento dos regimes do socialismo real, perdeu-se na liberdade de mercado e na globalização desenfreada. Não tem conseguido soluções com características de durabilidade, sucedâneas do Estado presente aos conflitos sociais e econômicos. Despojando o mecanismo estatal de instrumentos normativos e de ação necessários a seu papel de equilíbrio entre forças sociais e econômicas de poder diferenciado, notadamente por um processo desmedido de privatização de órgãos públicos, o regime neoliberal corporificou a imagem da criação destinada a admitir e perpetuar desvios e desigualdades condenados. Irrupendo como catadupa, desfaz-se como miragem. Transferindo à iniciativa privada poderes e vantagens que deviam ser reservados ao domínio do Estado, o regime neoliberal concorre para maior desequilíbrio entre o capital e o trabalho, com as resultantes daí advindas, sendo as primeiras delas o desemprego crescente e o aumento da pobreza. O exemplo do Brasil é marcante na demonstração dessa tese, embora o quadro dirigente recuse o timbre de neoliberal. Mas a realidade, se dispensa designação, não a oculta.

Vendo o cenário geral e uma “crise de valores”, Alfonso Guerra acentua que,

“no fundo, estamos assistindo também a uma profunda crise do neoliberalismo e a um espetacular fracasso das idéias neoconservadoras, cujas conseqüências

mais notórias têm sido: o aumento enorme e perigoso dos déficits públicos em alguns dos países economicamente mais desenvolvidos, o fracasso no controle da inflação e a incapacidade para resolver os problemas da desocupação, da dualização social, da pobreza de importantes setores sociais, enquanto se permanece enredado numa desenfreada e incontrôável loucura monetarista, de efeitos narcotizantes, que desviam a atenção dos problemas sofridos pela humanidade”<sup>1</sup>.

Se, em alguns países, o controle da inflação afigurou-se eficaz, o conjunto das políticas adotadas não demonstrou descortino adequado, a julgar-se, de modo objetivo, pela extensão da crise ora instaurada, inclusive no Brasil.

Também a vitória dos partidos socialistas, na Inglaterra e na França, e, agora, a da social democracia, na Alemanha, indicam que um pensamento progressista ou avançado, e sem dogmatismo, retoma força de direção no plano do Estado.

Simultaneamente, busca-se uma “terceira via”, como a revelar que a idéia socialista e sua conseqüente prática sejam insuficientes, por si, para abrir clareiras definitivas no horizonte político. Cumpre apurar a conveniência dessa variação. Em princípio, não significa vacilação, antes propósito de fixar novos rumos à civilização e ao desenvolvimento, dentro do espírito de socialização e de justiça universal, superior a fetichismos e oposto às inclinações do liberalismo econômico, prisioneiro do modelo capitalista. É preciso ver, porém, se essa procura não acarretará retardamento na definição de políticas oportunas, quando as incertezas correntes no mundo aconselham ou reclamam decisões inovadoras, em face das necessidades coletivas e do declínio do neoliberalismo. Se a concepção socialista é a matriz, como forma de garantir a vida dentro de igualdade possível, talvez seja mais prudente flexibilizá-la desde já, dar-lhe conteúdo ou dimensão compatível com a realidade, e não cuidar da formulação de diretriz assemelhada, de experiência discutível.

Certo é que se vai firmando a convicção de que está em crise o próprio regime neoliberal, antes, portanto, que consolidasse uma ordem nova. Henry Kissinger, em artigo recente, assinalou que “o que foi tratado primeiramente como

<sup>1</sup> Alfonso Guerra, A Revolução Tecnológica e o Futuro do Trabalho, *in* O Socialismo do Futuro - Rev. de Debate Político - nº 6, 1993, p. 4

um desequilíbrio temporário se está tornando uma crise do sistema financeiro mundial”. Embora adepto do capitalismo de livre mercado, admitiu que, “da mesma forma que o capitalismo implacável do *laissez-faire* do século 19 gerou o marxismo, a globalização indiscriminada da década de 90 pode gerar um ataque mundial contra o próprio conceito de mercados financeiros livres”<sup>2</sup>. Jürgen Habermas, em extensa entrevista posterior às últimas eleições na Alemanha, pondera que “a política tem de se perguntar se deve seguir indefinidamente o caminho da desregulamentação”<sup>3</sup>. Mais minucioso e incisivo, Serge Halimi descreve o quadro “da loucura dos mercados à recessão”. Invoca o conceito segundo o qual “os capitais privados dos países desenvolvidos têm outras lógicas que as exigências geopolíticas da estabilidade mundial”. E prevê “o naufrágio dos dogmas liberais” – *le naufrage des dogmes libéraux*<sup>4</sup>.

Não é temeridade, pois, a afirmativa genérica de decadência do regime neoliberal. A fragilidade é de caráter mundial, bem como no domínio de cada Estado. Numa fase da história em que se propaga como idéia-força o princípio da solidariedade, não se há de prolongar regime que consagra a discriminação das pessoas, por efeito de fenômeno econômico.

### 3. O neoliberalismo no Brasil

No Brasil, a reforma da ordem econômica da Constituição suprimiu garantias conferidas às empresas genuinamente brasileiras e ao capital nacional, extinguiu ou restringiu monopólios, que asseguravam a ação do Estado em setores estratégicos de exploração e produção de riqueza, assim enfraquecendo o poder da administração pública. Ao mesmo tempo, da cessação de atividades comerciais e industriais aos pedidos de concordata e de falência, ou às fusões de empresas, e da transferência de alunos de estabelecimentos particulares para escolas públicas, por deficiência de recursos da família, desdobraram-se múltiplos atos, forçados pela política

<sup>2</sup> Henry Kissinger, FMI não está apto a lidar com a crise, *in* O Estado de S. Paulo, 4-10-98.

<sup>3</sup> Jürgen Habermas, Entrevista, *in* O Estado de São Paulo, 18.10.98

<sup>4</sup> Serge Halimi, De la folie des marchés à la récession - *Le naufrage des dogmes libéraux*, *in* Le Monde Diplomatique, nº 535, Octobre 1998, p.p. 1 e 18-19.

de estrangulamento da economia, em grande parte por imposição de juros extorsivos.

Conquanto advertências houvessem sido feitas ao longo do triênio, a política de combate à inflação e de resguardo da equivalência artificial do real em relação ao dólar repeliu qualquer providência moderadora de sua determinação. Como essa orientação criava contenção dos preços, viveu parcela saliente da comunidade a ilusão de uma política acertada. Não atentou, ou não soube atentar na dimensão e variedade das relações econômicas e financeiras de caráter geral ou global, cujos contornos e fins estão além do poder nacional.

Daí economistas e estudiosos de diferentes formações terem ponderado a necessidade de medidas preventivas ou de equilíbrio, que transmitissem flexibilidade à política instituída, sem desprezar sua essência, e atenuassem os efeitos de fatores externos, na ocorrência de abalos previsíveis. Não atendidas as razões de prudência, por vezes consideradas, preconceituosamente, apreciações retrógradas, a crise sobreveio, e no curso da jornada eleitoral. O irrealismo teimoso não resistiu, como não podia resistir, ao peso de fatos de probabilidade irrecusável. Quem admitiu, porém, a globalização sem limites não podia ignorar a extensão de seus riscos.

Sobrevinda a crise aguda, o governo leva o País às portas dos organismos internacionais de socorro e empréstimo, ao tempo em que adota medidas de contenção de despesa, de criação e elevação de tributos, de encargos para servidores públicos em atividade e aposentados, de dispensa de servidores, todas com efeitos graves sobre a vida e a produção em geral. O objetivo é o extenso ajuste fiscal reclamado pelas agências internacionais de empréstimo. As conseqüências da crise e das providências anunciadas têm tal dimensão que o Presidente já revelou o intuito de criar o Ministério da Produção, na tentativa de compensar as ações restritivas de direitos e vantagens.

Em realidade, pois, à luz das repercussões apuradas, o abalo nas bolsas, sacudindo governos, exhibe a crise do regime neoliberal.

### 4. O regime neoliberal e os direitos

Outro não poderia ser o destino do regime neoliberal. Erguido sobre os destroços do muro de Berlim e do desmoronamento dos sistemas socialistas europeus e sobre as bases do de-



envolvimento tecnológico do capitalismo, não revelou nem coordenou forças para estruturar uma ordem estável e protetora dos direitos humanos. Enfraquecendo os vigamentos do Estado e privilegiando a economia privada, é natural que lhe faltassem instrumentos e inspiração suficientes para opor diques às distâncias e desigualdades sociais, criadas ou nutridas por iníqua distribuição da riqueza. Na medida em que fortalece os poderosos, constrange a classe média, relega os pobres até à exclusão social, o neoliberalismo perde a perspectiva da história, porque desabriga os direitos como patrimônio de todos. Protege-os como privilégios de parcialidades – parcialidades dominadoras, que ditam a extensão dos direitos da maioria.

Os sucessivos relatórios sobre o desenvolvimento humano, publicados para o Programa das Nações Unidas, referem a situação dos países e de suas populações, retratando as disparidades e exclusões, prejudiciais aos direitos em geral. O relatório de 1998 assinala que “o estado do desenvolvimento humano está a melhorar”. Acentua, porém, que “o progresso mundial está marcado por grandes desigualdades entre pessoas e entre países e está ameaçado por retrocessos”. Acrescenta que “a pobreza humana e a privação continuam a ser um enorme desafio, quer nos países ricos quer nos pobres”, e “entre urbanos e rurais e no seio dos grupos étnicos”<sup>5</sup>. As disparidades que separam as pessoas no Brasil são confirmação dolorosa dessas observações insuspeitáveis.

Examinando a crise do capitalismo, Henri Bartoli aponta, com profundidade, os males do sistema. Realça que “a fome não está reservada ao terceiro mundo. Cinco a 10% das populações dos países industrializados estão mais ou menos subalimentados, sobretudo em períodos de desemprego em massa”. Critica todas as carências e deformações, em busca de “uma política de civilização”, salienta que, “imerso no social, o económico deve receber dele seus fins, seus objetivos, suas regras, e não o inverso”. Entre outras conclusões merecedoras de reflexão, ressalta “a tendência à procura de um equilíbrio entre os determinismos da economia de mercado e a reivindicação, por meio de conflitos e negociações, de um modo de existência possível e aceitável por todos”<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Relatório do Desenvolvimento Humano - 1998. PNUD, Trinova Editora. Lisboa, 1998, p. 16.

<sup>6</sup> Henri Bartoli, *L'Économie, Service de la Vie*, Presses Universitaires de Grenoble, 1996, p.p. 43, 299 e 301.

Enquanto esse regime de equilíbrio, de difícil configuração, não se delinea, criam-se e prevalecem as desigualdades e injustiças. Segundo pesquisa promovida pela Folha de S. Paulo, publicada em 15 de julho de 1997, “entre cinco grupos sociais, apenas 8% dos brasileiros fazem parte da elite”, e os “excluídos são 59% da população do país”.

## 5. O regime neoliberal e os direitos sociais

Os direitos sociais, como prestações positivas do Estado, são os mais atingidos. Robustecida a ordem econômica privada, o que a empolga, de regra, é o lucro, donde reagir, com vantagens, às medidas que a alcancem, para proteger a saúde e a educação da coletividade. Enfraquecido com a política de livre economia e de privatização, o Estado não dispõe de forças suficientes para impor normas e procedimentos de sentido social, nem o anima a tanto a filosofia liberal, que o orienta. Direitos sociais ficam, assim, sujeitos a restrições originárias do poder capitalista e de seus interesses. Mas os direitos sociais, por sua índole, não devem sofrer essas restrições. Conforme sublinha o Professor Gomes Canotilho, implicam eles

“verdadeira imposição constitucional, legitimadora, entre outras coisas, de transformações econômicas e sociais, na medida em que estas forem necessárias para a efetivação desses direitos”<sup>7</sup>.

## 6. O regime neoliberal e os direitos do trabalhador

É na esfera dos direitos do trabalhador, porém, que mais incidem as limitações, porque o reconhecimento deles atinge diretamente os privilégios do capital. No confronto entre o capital e o trabalho, há interesses econômicos resistentes a concessões e limitações e direitos humanos requerendo reconhecimento e amparo. Os trabalhadores, mesmo organizados, não dispõem de força bastante para vencer a tenacidade do capital, que repousa no Estado, solidário com a resistência e os receios da riqueza. Identificam-se as posições do poder político e do poder econômico, para manter o mesmo regime de propriedade e de sua exploração.

<sup>7</sup> J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, 1987, p.p. 452-453.

Decerto, a atividade industrial crescente e o desenvolvimento tecnológico modificam a forma de uso e administração da propriedade. Já não é o dono que a dirige sempre, mas o executivo especializado. É um novo tipo de assalariado, com funções e poderes distintos e vantagens econômicas diversas das que goza o trabalhador comum. O proprietário perde uma parcela de comando, porém conserva amplos títulos de detenção do bem. No mesmo passo, esse executivo assalariado e outros tipos de prestador de serviço especializado concorrem para alterar os contornos tradicionais do contrato de trabalho. Essas variedades contratuais diversificam a relação de emprego e aos poucos dificultam a caracterização dos direitos do trabalhador comum. Aos contratos típicos somam-se cada vez mais contratos atípicos, e assim se multiplicam as formas de relação de trabalho, com singularidades manifestas. Daí Alain Supiot notar que “a uniformidade de estatuto do trabalhador assalariado cede a uma individualização sempre maior de sua condição jurídica”. Ou seja: “o direito do trabalho deixa de ser um bloco jurídico monolítico, definindo uma identidade profissional, para dar lugar a uma diversidade cada dia maior de estatutos jurídicos”<sup>8</sup>. E essa conformação diferenciada do contrato influi, evidentemente, na natureza dos direitos estabelecidos e no seu reconhecimento. Em sua edição de 24 de agosto de 1997, o jornal O Estado de S. Paulo, reproduzindo pesquisa do Instituto de Economia da Universidade de Campinas, informava: “o emprego assalariado está em extinção no país”. E acrescentou, de acordo com a mesma fonte: “de 1989 a 1995, de cada dez novas ocupações apenas duas são assalariadas e oito, não-assalariadas”.

Ocorre, mais, que o desenvolvimento tecnológico cria instrumentos e mecanismos que substituem o homem no trabalho, ou reduzem a necessidade de sua presença. A informatização extensiva, e sem cessar aperfeiçoada, dispensa gradualmente mão-de-obra. Conseqüência disso é o chamado “desemprego estrutural” crescente.

A revista “O Socialismo do Futuro”, em seu nº 6, de 1993, reuniu diversos estudos sobre “o futuro do trabalho”, visto precisamente à luz da revolução tecnológica. Variadas faces do problema são examinadas. Em conjunto, o que emerge deles é a apuração da influência do fator tecnológico na diminuição de emprego. Numa des-

<sup>8</sup> Alain Supiot, *Critique du Droit du Travail*, Presses Universitaires de France, 1994, p.p. 260 e 256.

sas colaborações, Jacques Robin observa que, “na realidade, sob o impacto da informatização generalizada da sociedade, temos que discutir a *questão da modificação necessária do conceito de trabalho*”. Indica o rumo da mudança: “É contra os abusos de *uma tecno-ciência submetida ao mercado* que nos dias atuais devem ser retomadas as lutas”. Adverte, entretanto, que as “transformações fundamentais não podem ser decretadas; elas devem ser negociadas e experimentadas em áreas bastante amplas, de acordo com os interesses dos vários ramos profissionais”. Entreabre “os caminhos para uma sociedade de “plena atividade e não mais de “pleno emprego””.

Os caminhos poderão ter essa ou outra direção. No trato de problema humano dessa natureza, e numa sociedade em transição, as estradas são rasgadas após longos diálogos e correção de pensamento. Essencial é que se assegure ao ser humano condição de sobrevivência digna, oportunidade de aplicar suas aptidões, com retribuição decente. Não cabe em nossa era a imposição, mas a conciliação de vontades. Se o indivíduo e o poder político não são titulares de mando absoluto no Estado Democrático de Direito, visto que este significa, superiormente, autoridade limitada, não há de ser lícita diretriz, decisão ou ordem que impeça o ser livre de dispor de trabalho para sua manutenção e de sua família. Se a evolução tecnológica gera situação dessa índole, cumpre rever os seus efeitos para definir a posição do homem, como portador de direitos superpostos à tirania dos fatos e à deformação da cultura.

Em longa e refletida entrevista a Philippe Petit, convertida em ensaio num pequeno e ilustrativo livro, Dominique Schnepfer fixou o drama do trabalho e do emprego, pesquisando a solução justa. Pondera que é preciso “reconstruir uma via mais republicana e cessar de dar aos simples cidadãos a impressão de que existem “dois pesos, duas medidas”. Essa reconstrução é imprescindível porque “a grandeza da sociedade moderna se funda na idéia de igual dignidade de todos os homens”. Tal situação requer “igualdade de oportunidades”, que “não significa igualdade de resultados”. É que estes dependem da medida de capacidade dos indivíduos. Mas, se “hoje, parte importante da po-

<sup>9</sup> Jacques Robin, *Os caminhos para uma sociedade de “plena atividade” e não mais de “pleno emprego”*, in *O Socialismo do Futuro*, Revista de debate político, nº 6, 1993, p.p. 139 e 142.

pulação não dispõe mais de estatuto de assalariado permanente, é preciso encontrar outras formas de estabelecer ou restabelecer o laço social”. Vale dizer: definir “outras formas de atividade, que não sejam o emprego assalariado”. Repelindo a idéia de “fim da sociedade de mercado, ou o fim do trabalho, ou da produção competitiva”, prevê a mudança das formas de trabalho e da estrutura dos empregos”. E conclui: “o problema, hoje, é de reconhecer plenamente a dignidade de outras formas de trabalho”<sup>10</sup>.

Dir-se-á que os estudiosos estão a formular teses e não, propriamente, a abrir caminhos. Mas os caminhos se constroem no cadinho das idéias, como foi o trabalho caracteristicamente assalariado, ou o complexo dos direitos sociais. Não há ação produtiva que não seja precedida de um pensamento dirigente. Ponto é ver, entre os pensamentos convergentes ou contrastantes, quais as linhas mestras indicativas da solução conveniente. Sem uma consciência firmada, não há inovações duradouras.

No atual momento do mundo, é imperioso pensar noutras formas de trabalho e de emprego, já que o desenvolvimento tecnológico provocou alterações sensíveis no tecido dos tipos de ocupação tradicionais, agravando os males do capitalismo. A realidade pede outra disciplina, sem prejuízo de garantias inerentes à sobrevivência digna do prestador de serviço. Mostrando como se modificou o perfil do emprego formal, Gilberto Dupas, professor da Universi-

dade de São Paulo, salienta que, “em poucas décadas, a realidade mudou radicalmente. Como sabemos, cerca de 60% do trabalho gerado no Brasil de hoje (exceto governo) não inclui carteira assinada. A nova maioria são os trabalhadores informais e os autônomos”. Estendendo a vista, assevera: “Tecnologia, automação e aumento da produtividade continuarão a gerar menos emprego por dólar adicional investido em expansão da economia real”<sup>11</sup>.

Normas e práticas inovadoras, portanto, corresponderão a reclamos dos fatos e à necessidade de proteger a pessoa do trabalhador, a sua condição humana.

## 7. Consideração final

Promover ou conquistar essas mudanças de forma e de substância da relação de trabalho não é tarefa comum e fácil, antes excepcional e tormentosa. Elas alteram costumes e interesses do capitalismo. Trata-se, porém, de encargo indispensável a conter ou diminuir a aflição de injustiçados e excluídos.

Nosso peculiar dever de servidores do direito, sobretudo dos que lavram o campo da legislação do trabalho, há de ser no sentido de que a sociedade, se não pode realizar a sublimação da idéia de justiça, diante de contrastes inevitáveis, reduza os desníveis e abusos inquietantes. Pelo menos, para que a felicidade coletiva seja uma esperança permanente.

---

<sup>10</sup> Dominique Schnapper, *Contre la fin du travail - Entretien avec Philippe Petit*, Collection Textuel, 1997, p.p. 27, 34, 79, 81 e 108.

---

<sup>11</sup> Gilberto Dupas, *O novo paradigma do emprego*, in *O Novo Paradigma do emprego e das relações trabalhistas*, Pesquisas, nº 10, 1998 (Centro de Estudos Konrad-Adenauer-Stiftung), p.p. 2 e 14.

\* Notas bibliográficas conforme original.

# Teorias clássicas sobre a democracia direta e a experiência brasileira

RUBENS PINTO LYRA

Raramente, em Ciência Política, um conceito terá assumido tanta elasticidade e multiplicidade de sentidos como o da democracia participativa.

Que o cidadão apenas vote, e existe quem entenda que, se o voto for livre, já está, *ipso facto*, configurada a democracia participativa, esta se confundindo com a própria democracia representativa.

Com efeito,

“o conceito de participação política consagrou-se nas formações liberal-democráticas em referência à participação institucional, isto é, aquela voltada à tomada de decisões de poder, por meio de representantes escolhidos pelo sistema eleitoral” (Cotta, 1979, apud Doimo, 1995: 34).

Os defensores da democracia representativa formal vão mais além, chegando a entender a participação direta da cidadania como negativa para a consolidação da democracia (Lamounier, 1991; Sartori; 1994, apud Silva<sup>b</sup>, 1997: 75)<sup>1</sup>.

Mas, para os que assim não pensam, só há participação política efetiva quando existe democracia participativa, quando o cidadão pode

“apresentar e debater propostas, deliberar sobre elas e, sobretudo, mudar o curso da ação estabelecida pelas forças

Rubens Pinto Lyra é Doutor em Direito, na área de política, pela Universidade de Nancy (França). Professor dos Programas de Pós-Graduação em Sociologia e em Direito da UFPB. Presidente do Conselho Estadual de Direitos Humanos da Paraíba (1992-1996) e 1º Vice-Presidente da Associação Brasileira de Ouvidores (1995-1997).

<sup>1</sup> Como esclarece Benevides, o cidadão, de acordo com tal concepção, “é titular de direitos e liberdades em relação ao Estado e a outros particulares – mas permanece situado fora do âmbito estatal, não assumindo qualquer titularidade quanto às funções públicas. Mantém-se, assim, a perspectiva do constitucionalismo clássico: direitos do homem e do cidadão são exercidos frente ao Estado, mas não dentro do aparelho estatal”. (Benevides, 1994:8).

constituídas e formular cursos de ação alternativos” (Fillia e Battini, 1993).

Ou seja, mais precisamente, sempre que houver formas de o cidadão participar, decidindo e (ou) opinando, diretamente, ou de forma indireta, por meio de entidades que integra, a respeito de uma gama diversificada de instituições, no âmbito da sociedade (famílias, empresas, mídia, clubes, escolas, etc) ou na esfera pública (orçamento participativo, conselhos de direitos, ouvidorias, etc).

Fica claro, portanto, que a democracia participativa, tal como a acabamos de definir, não abrange a democracia representativa, embora possa perfeitamente coexistir com ela, como aliás ocorre no Brasil.

Nas palavras de Silva<sup>a)</sup>:

“os constituintes optaram por um modelo de democracia representativa, com temperos de princípios e institutos de participação direta do cidadão no processo decisório governamental”. (1995: 145).

Por outro lado, é de se observar o envelhecimento precoce de teorias sobre a democracia e, mais especificamente, da sua modalidade mais destacada: a direta. E, também, *pari passu*, o surgimento de formas *sui generis* de participação, como as que estão em curso no Brasil. Transformações desse porte impõem uma redefinição do conceito de democracia participativa e de suas modalidades, assim como uma nova compreensão do seu significado político.

Com efeito, em que pese a diferenças profundas entre as concepções de democracia participativa de teóricos de destaque como Macpherson, Bobbio ou Poulantzas, suas análises têm em comum ou a destacada referência à Comuna de Paris e ao modelo soviético, e (ou) a associação entre mecanismos de democracia direta com a luta pela implantação do socialismo.

Ora, o desmoronamento do Muro de Berlim tornou ultrapassadas essas teorias. Macpherson, por exemplo, considerava o regime soviético uma forma de institucionalização, ainda que falha, da democracia direta. Mesmo se o estudo do caráter dos regimes ditos socialistas está longe de ter avançado, poucos sustentariam hoje que eles tenham configurado algum tipo de democracia. *A fortiori*, muito pouco teriam que ver as atuais experiências de democracia direta com os modelos conceituais formulados por Macpherson.

No seu livro *A Democracia Liberal*, esse renomado cientista político canadense mostra-

se favorável à democracia participativa, combinada com a representativa: “um sistema piramidal com democracia direta na base e democracia por delegação em cada nível depois dessa base” (Macpherson, 1977: 110). Trata-se de um

“sistema de delegação sequenciado para cima, com a organização de conselhos de cidades, de região, até o topo da pirâmide, com a organização de um conselho nacional.”

Esse sistema piramidal, de acordo com Macpherson, “existia, mesmo que no papel, na União Soviética”.

Todavia, no caso de uma democracia representativa, pluripartidária,

“seria mantida a atual estrutura de governo e os partidos operariam com o estilo de participação piramidal, passando a haver uma democracia participativa configurada pela democracia direta na base em convívio com a democracia representativa a cada nível sequencial superior”. (apud Brandão, 1997: 120).

Em seu livro sobre *Ascensão e Queda da Justiça Econômica*, Macpherson se rende às dificuldades para a construção de uma democracia participativa nos moldes das democracias ocidentais, estimando que os grupos de pressão organizados na sociedade civil, assim como os partidos políticos, não teriam condições de harmonizar a lógica interna de seu funcionamento e (ou) a defesa de seus interesses particulares, com o envolvimento de seus integrantes em práticas participativas voltadas para o bem comum. (Macpherson, 1991).

Tendo como referência a democracia direta formalmente existente na URSS, as formulações de Macpherson sobre o tema mostram-se bastante defasadas da democracia participativa na atualidade; em particular da que floresce no Brasil, profundamente distante do modelo soviético e caracterizada pela rica diversidade de suas experiências participativas.

No que diz respeito a Bobbio, suas concepções são largamente condicionadas pelo rescaldo da Guerra Fria e, em particular, pelo contexto de radicalização da vida política italiana com a ação dos grupos terroristas nos anos setenta, que culminou com o assassinato do *premier* Aldo Moro.

Preocupa-se Bobbio com uma democracia direta que viesse a exigir dos cidadãos a sua “participação em todas as decisões a eles perti-

mentes”. Temia que se configurasse, senão o “homem total”, de Marx, o “cidadão total” de Rousseau: “a outra face igualmente ameaçadora do Estado total”.

Segundo Bobbio, os partidários da democracia direta, conforme a “tradição do pensamento socialista”, colocam-na em oposição à democracia representativa, “considerada como a ideologia própria da burguesia mais avançada, como a ideologia ‘burguesa’ da democracia”. A democracia direta, assim concebida, tem como característica o mandato imperativo, na tradição marxiana e leniniana, e a representação de interesses, ou orgânica, “característica do pensamento inglês do século passado”.

Na verdade, Bobbio considera esse gênero de democracia “anfíbio”, sendo que a democracia direta, no sentido próprio da palavra, seria apenas a “assembléia dos cidadãos deliberantes sem intermediários e o *referendum*” (Bobbio, 1992: 42, 43, 48, 49, 52 e 53).

Segundo esse raciocínio, o único *modus operandi* da democracia direta – a ser moderadamente utilizado – é o plebiscito, em face da inexecutabilidade de assembléias como a acima referida. Razão pela qual, para Bobbio, só restaria como espaço para aprimoramento democrático, via práticas participacionistas, a esfera das relações sociais, onde o protagonista não é o cidadão, mas sim o *indivíduo*

“... considerado na variedade de seus *status* e de seus papéis específicos, por exemplo o de empresário, de trabalhador, de cônjuge, de professor, de estudante, até mesmo de pais de estudante...”

Conclui então Bobbio que o processo de democratização consiste, não na passagem da democracia representativa para a direta, mas na ocupação, pelas formas ainda tradicionais da democracia, como é a representativa, de espaços até agora dominados por organizações de tipo hierárquico e burocrático. “Tudo pode ser resumido na seguinte fórmula: da democratização do Estado à democratização da sociedade” (Bobbio, 1992: 54-55)<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Na verdade, o ceticismo de Bobbio em relação à democracia participativa na esfera pública tem um pano de fundo político-ideológico, que alimenta a descrença do renomado cientista político italiano tanto no que se refere à possibilidade de reformas estruturais quanto à participação da cidadania nos negócios do Estado. Sobre o perigo das reformas: “Quem pode excluir a possibilidade de que a tolerância do sistema tenha um limite, além do qual ele se estilizará ao

É fácil constatar que as teorizações de Bobbio sobre a democracia direta têm pouco que ver com o contexto e os institutos em que se materializa a democracia participativa no Brasil.

*Primo*, esta última não foi instituída, como veremos adiante, em antagonismo com a democracia representativa, nem como instrumento de implantação de uma ordem socialista revolucionária.

Tarso Genro, principal mentor da mais importante experiência de democracia direta do Brasil – o Orçamento Participativo de Porto Alegre – esclarece, a esse respeito, que

“dar força cogente ao controle público não-estatal significa aprofundar o regime democrático e dar consequência à combinação da democracia representativa com a democracia direta, prevista no art. 1º, par. único, da própria Constituição. Esta combinação ‘civiliza’ o Estado, gerando um controle externo, capaz de limitar sua lógica corporativa, ou seu atrelamento a interesses puramente privados.” (Genro e Genoino, 1995).

*Secundo*, predomina amplamente no Brasil, no âmbito da democracia participativa, a sua modalidade semi-indireta, como é o caso dos diferentes conselhos (de saúde, da criança e do adolescente, dos direitos humanos, etc.). Nesses, com efeito, o cidadão não participa pessoalmente da gestão pública, ou de sua fiscalização, mas por meio de representantes da entidade que integra – os quais detêm, via de regra, mandato fixo<sup>3</sup>.

invés de dobrar-se? Sobre os limites da ação política, na síntese de Anderson: “Nas sociedades democráticas, as principais mudanças sociais não são geralmente, de modo algum, resultantes da ação política, mas do progresso da capacidade tecnológica e da evolução das atitudes culturais [que são] processos moleculares involuntários...” (Apud Anderson, 1992: 54 e 60)

<sup>3</sup> Todavia, Pontes entende que, no caso dos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, pode existir mandato imperativo “porque é possível identificar o grupo de entidades que escolhe cada organização não-governamental (ONG) como membro do Conselho de Direitos. Isso tem por consequência o fato de haver a possibilidade de mudança dos representantes da sociedade civil pelas entidades que o escolheram, antes de findar o mandato”. Mas Pontes reconhece que tal processo só poderia ocorrer caso esteja previsto na lei que criou o Conselho, no seu regimento ou no fórum de entidades que escolhe os representantes das ONGs, o que não parece estar ocorrendo. (Pontes, 1993: 51).

*Tertius*, a representação de interesses, tão combatida por Bobbio, existe apenas em alguns colegiados. Predomina a presença de organizações da sociedade civil voltadas para o interesse público, cultivando, nesse processo, uma postura crítica em relação ao corporativismo.

No caso do Orçamento Participativo de Porto Alegre, a crítica ao corporativismo chega a se constituir no *leitmotiv* de Tarso Genro – exatamente o oposto do que temia Bobbio.

Segundo Genro, ex-Prefeito da capital do Rio Grande do Sul, os oito anos de experiência do Orçamento Participativo levaram a comunidade a uma compreensão crescente de que

“é preciso incorporar as suas reivindicações às lutas mais gerais do povo por transformações estruturais da sociedade brasileira”.

Nesse processo, as lideranças

“passam a compreender não só os limites do poder público, como também a própria relatividade de suas necessidades, comparando-as com outras mais urgentes e importantes”.

Assim, a prática participativa se aperfeiçoa na medida em que

“o que era carência, necessidade, demanda muda de qualidade mediante o processo participativo e adquire natureza política, fazendo do indivíduo um cidadão”. (Genro e Souza, 1997: 50-51).

Por outro lado, por sua própria natureza, muitos órgãos semi-estatais que não se envolvem com a disputa pela apropriação do excedente, tais como Conselhos de Direitos Humanos, Tutelares, de Segurança, etc., vêm contribuindo decisivamente para a construção de um *ethos* voltado para o fortalecimento da *res publica*, tendo como fulcro questões de interesse universal e coletivo.

Mesmo os órgãos que definem e implementam políticas setoriais – em que a questão central é a de como repartir o fundo público –, ainda que portadores de um certo viés corporativista, não são necessariamente dominados por ele. Na avaliação de Doimo, os Conselhos setoriais, vinculados à definição e implementação de políticas sociais, seriam até

“alternativas deliberadamente formuladas dentro do espírito ativo-propositivo, voltado a romper o corporativismo pontual das demandas locais e a instaurar perspectivas para toda a coleti-

vidade, através de políticas regulatórias” (Doimo, 1995, 215-126)<sup>4</sup>.

A teoria de Nicos Poulantzas sobre a democracia direta distingue-se ideologicamente das de Bobbio e de Macpherson pelo seu caráter marxista e revolucionário. Por essa razão, e pelo fato de ter sido formulada nos anos setenta, a democracia direta de Poulantzas é concebida, antes de tudo, como um instrumento de luta contra o capitalismo, embora esse autor inovasse, pretendendo compatibilizar democracia direta com democracia participativa.

Ocorre que, na perspectiva de Poulantzas, a disseminação da democracia direta, sob a forma de “focos embrionários de poder popular”, confundir-se-ia com o desabrochar das instituições socialistas.

Dessarte,

“este longo processo de tomada do poder pela via democrática, rumo ao socialismo, consiste, essencialmente, em reforçar e coordenar os centros de resistência difusos de que as massas dispõem no âmbito do aparelho de Estado, criando e desenvolvendo novos, de tal forma que estes centros se tornem, no terreno estratégico que é o Estado, os centros efetivos do poder real”. “Não se trata de reformas progressivas, mas, claramente, de um *processo de rupturas efetivas* cujo ponto culminante – e sempre existirá forçosamente um – reside na mudança de correlação de forças em favor das massas populares no terreno estratégico do Estado” (Poulantzas, 1978:285-286).

Em outras palavras, a transição do capitalismo para o socialismo consiste em

“impulsionar a proliferação de centros de democracia direta, a partir das lutas populares que extravasam sempre, e de muito, o Estado”.

Enquanto

“limitar-se ao terreno do Estado, por muito que se adote uma estratégia denominada de rupturista, equivale a deslizar-se insensivelmente para a social-democracia”. (Poulantzas, 1983:75).

<sup>4</sup> Por essas razões, quer-nos parecer inconsistente a hipótese aventada por Silva, que considera a fragmentação e o desenvolvimento de relações clientelísticas como efeitos perversos da participação. (Silva, 1997: 78).

Portanto,

“No processo de ruptura, a função dos organismos paralelos será a de polarizar uma larga fracção do aparelho de Estado pelo movimento popular, e estes em aliança, enfrentarão os setores reacionários do aparelho do Estado apoiados pelas classes dominantes contra-revolucionárias”.

Vimos assim que

“as posições de poder no âmbito do Estado existem enquanto dispositivo de resistência, como elemento de corrosão, ou de acentuação das contradições internas do Estado” (Poulantzas, 1982, p. 133 e 136).

A associação entre a participação direta do cidadão na gestão pública e o projeto de instalação de um poder popular, de viés conselheirista, existiu de fato até meados dos anos oitenta, quando se realizaram, nas prefeituras governadas pelo PT, as primeiras experiências “participacionistas”. Com efeito, a proposta de formação de Conselhos Populares era mais associada a princípios gerais, originários da Comuna de Paris, do que propriamente a experiências colhidas na realidade local. Objetivava-se realizar uma transferência de poder para a classe trabalhadora organizada. Com isso, seria gradativamente substituída a representação política tradicional, vinda das urnas, pela democracia direta.

Trata-se, como reconhece Tarso Genro, de uma visão “simplista” do poder, que foi abandonada após o fracasso das experiências conselheiristas, notadamente em São Paulo, na gestão de Luiza Erundina (Genro, 1997:23).

Mesmo persistindo certa ambigüidade nos mecanismos de democracia direta, consubstanciados no Orçamento Participativo de Porto Alegre, em relação ao ordenamento constitucional vigente, o manto da legalidade recobre, desde 1997, a experiência porto-alegrense, oficializada pela Lei Orgânica do Município (Genro e Souza, 1997:48). Já do ponto de vista de sua legitimidade política, o Orçamento Participativo da capital gaúcha de muito conquistou a opinião pública, tendo, na última eleição para Prefeito, em 1996, os candidatos de todas as tendências se comprometido em respeitá-lo.

Para a esquerda que considera socialismo e democracia indissociáveis, e a reforma instrumento válido para a transformação social, a democracia participativa se constitui ingrediente fundamental para a construção de uma alter-

nativa socialista. Isso, porém, não significa atrelar a luta pela democracia a uma estratégia determinada, tendo como meta a implementação de um programa socialista. Um militante socialista da cidadania trabalhará pelo aprimoramento desta, quer esteja posta ou não na ordem do dia a ruptura com o capitalismo, e o fará sem subordinar o seu trabalho, e a fidelidade a seus princípios, a considerações de caráter político-partidário.

Atualmente, a luta pela ampliação dos direitos da cidadania se insere em um espaço ético dotado de uma *práxis* e de uma eticidade política próprias, lastreada no respeito às regras do jogo vigentes, no âmbito de uma democracia essencialmente representativa.

Essa esquerda entende, à maneira de Carlos Nelson Coutinho, que

“a ampliação da cidadania – esse processo progressivo e permanente de construção dos direitos democráticos que caracteriza a modernidade – termina por se chocar com a lógica do capital”<sup>5</sup>.

Haveria, assim, a longo prazo, uma

“contradição entre cidadania e classe social: a universalização da cidadania é, em última instância, incompatível com a existência da sociedade de classes”.

Dessa forma,

“Só uma sociedade sem classes – uma sociedade socialista – pode realizar o ideal pleno da democracia. Ou, o que é o mesmo, o ideal da soberania popular, e, como tal, da democracia”. (1997: 158-159)

Todavia, para esses socialistas, a superação do capitalismo não requer a destruição das instituições existentes, mas o seu aprimoramento, pela irradiação da seiva democrática, sob a forma de participação direta e semi-indireta da cidadania, em todos os poros da sociedade, tendo como árbitro supremo o sufrágio universal.

<sup>5</sup> Nesse mesmo sentido, mas indo mais além, Tarso Genro observa que “a simples e pura aplicação da lei... volta-se hoje contra uma nova acumulação ‘primitiva’ produzida pela corrupção e volta-se igualmente contra os interesses de ‘desmontagem’ da legalidade, pretendida pelos monopólios”. Por essas razões, “a magistratura, as Procuradorias, os Promotores de Justiça, podem desempenhar um grande papel democratizador no Estado atual, mesmo que apenas consigam relativizar a desconstituição que as classes dominantes precisam fazer da atual legalidade, para reduzir os direitos e poderes do cidadão comum e aprofundar a manipulação das consciências”. (Genro: 1994).



Não consideramos, portanto, como alternativas excludentes, como faz Silva, a participação como técnica para se organizar os conflitos com os capitalistas ou para negociar uma melhor qualidade de vida para todos, sem questionar a manutenção do regime capitalista (Silva, 1997: 76). A participação é uma prática de aprofundamento da democracia e como tal poderá ou não concorrer para abalar o capitalismo. Dependendo da correlação de forças existentes, a luta pela democracia participativa aprimorará um regime de capitalismo democrático, ou favorecerá a sua progressiva superação.

Aliás, entre os partidários da democracia participativa estão não apenas os socialistas, que impulsionam as suas experiências mais avançadas, como o Orçamento Participativo, mas também liberais de diversos matizes, entre estes, André Franco Montoro, Ulysses Guimarães e Mário Covas, que conferiram *status* constitucional à participação popular; mas também o Ministro de Estado da Administração, Bresser Pereira, com sua proposta de “organizações sociais” controladas pela sociedade, apoiada com entusiasmo pelo sociólogo Betinho (Souza, 1995).

Trata-se, então, para os socialistas, de disputar a “hegemonia”, por meio do processo de consolidação da *práxis* inovadora ensejada pelos institutos da democracia participativa.

Se é verdade, como quer Tarso Genro, que a simples aplicação da lei, no Brasil, é algo revolucionário, que frutos não poderiam colher os socialistas, em práticas que aproximam a democracia “realmente existente” da plenitude democrática? Esta, com efeito, tornar-se-ia possível

“se aqueles que exercem poderes em todos os níveis puderem ser controlados em última instância pelos possuidores originários do poder fundamental, os indivíduos singulares” (Bobbio, 1992: 13).

## Bibliografia

- ANDERSON, Perry. Zona de compromisso. São Paulo, UNESP, 1995. 173 p.
- BATTINI, Odária. Relatório de Pesquisa; O fortalecimento da gestão social da política pública de assistência à criança e ao adolescente pela via da descentralização político-administrativa. Revista da Universidade Estadual de Londrina, p. 12-24, set. 1993.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. Cidadania e democracia. Lua Nova, São Paulo, n. 32, p. 5-16, 1994.

BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia. São Paulo: Paz e Terra, 1992. 171 p.

BRANDÃO, Assis. Sobre a democracia participativa: Poulantzas, Macpherson e Carole Pateman. Serviço Social e Sociedade, São Paulo, n. 54, ano XVIII, p. 123-131, jul. 1977.

COUTINHO, Carlos Nelson. Notas sobre cidadania e modernidade. Praia Vermelha, Estudos de Política e Teoria Social, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 14-165, 1997.

DOIMO, Ana Maria. A vez e a voz do popular. Rio de Janeiro: ANPOCS/Relume Dumará, 1995. 355 p.

GENRO, Tarso. “Estado globalizado e esfera pública civil”. Folha de São Paulo. 18/jul./1995.

————— & GENOINO, José. “O controle público do Estado”. Folha de São Paulo. 23/mar./1995.

————— IN: ARGUELLO, Kati. Direito e Democracia. Florianópolis, Letras Contemporâneas, 1996.

GENRO, Tarso; SOUZA, Ubiratan. O Orçamento Participativo: a experiência de Porto Alegre. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1997. 97 p.

MACPHERSON, C. Brough. A democracia liberal. Zahar, Rio de Janeiro, 1978.

—————. Ascensão e queda da justiça econômica. Paz e Terra, São Paulo, 1991 p.

PONTES JÚNIOR, Felício. Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente. São Paulo: Malheiros, 1993. 70 p.

POULANTZAS, Nicos. O Estado, os movimentos sociais, Partido. Última entrevista. Espaço e Debates, n. 9, p. 70-79, maio/ago. 1983.

—————. O Estado e a transição ao socialismo. Teoria Política, n. 4, p. 129-152, 1982.

—————. L’Etat, le pouvoir, le socialisme. Paris: Presses Universitaires de France, 1978. 300 p.

SILVA<sup>a)</sup>, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo, Malheiros, 1995. 820 p.

SILVA<sup>b)</sup>, Gustavo Tavares de. Democracia Representativa e”gestão participativa. IN: OLIVEIRA, Marcos Aurélio Guedes. Política e Contemporaneidade no Brasil. Recife, Bagaço, 1997. 362 p. 75-110.

—————. Neo-corporativismo e políticas públicas. Política Hoje. Recife, a.3, n. 6, p. 89-109, jul.dez. 1996.

SOUZA, Hebert de. “As organizações sociais”. Folha de S. Paulo, 7 jan. 1997.

\* Notas bibliográficas conforme original.

# Accountability, Constituição e Contabilidade

JOÃO HENRIQUE PEDERIVA

## SUMÁRIO

*1. Introdução. 2. A prestação de contas pela ótica constitucional. 3. A estrutura e as atribuições de controle. 4. A prestação de contas. 4.1. A receita. 4.2. Os orçamentos. 5. Consolidação da perspectiva constitucional sobre accountability e contabilidade. 6. Conclusão.*

## 1. Introdução

O estudo da *accountability* do setor público vincula-se, em sentido amplo, ao conhecimento das informações relevantes para tomar decisões. O governo democrático deveria ser passível de fiscalização para assegurar sua integridade, desempenho e representatividade. Dessa maneira, existe a necessidade de o próprio governo prover informações úteis e relevantes para o exercício da *accountability*.

Da mesma forma, o governo é responsável por agir de forma econômica, eficiente e eficaz na consecução dos objetivos perseguidos pelos cidadãos e seus representantes eleitos. Aqueles que formulam, selecionam e implementam políticas públicas necessitam de informações relevantes para o planejamento, o controle e a condução das funções governamentais.

A relevância da matéria determinou explicitar a prestação de contas da administração pública direta e indireta como um dos princípios constitucionais<sup>1</sup>. Dessa maneira, o princípio da autonomia das entidades federativas cede ante a falta de cumprimento da *accountability*. Sem o cumprimento da exigência de prestar contas, o mandatário fica sujeito à intervenção, conforme se observa nos arts. 34 e 35 da Lei Maior.

João Henrique Pederiva é Consultor de Orçamentos do Senado Federal.

<sup>1</sup>Art. 34, inciso VII, alínea d, da Constituição Federal.

Com efeito, o termo *accountability* tem largo curso entre os estudiosos do controle, como deflui da seguinte passagem:

“A governabilidade nos regimes democráticos depende (a) da adequação das instituições políticas capazes de intermediar interesses dentro do Estado e na sociedade civil; (b) da existência de mecanismo de responsabilização (*accountability*) dos políticos e burocratas perante a sociedade; (c) da capacidade da sociedade de limitar suas demandas e do governo de atender aquelas demandas afinal mantidas e principalmente, (d) da existência de um contrato social básico” (BRESSER PEREIRA, 1997, p. 46 – destaque no original).

A propósito, a extensão da *accountability* depende do conteúdo do vínculo estabelecido entre as partes envolvidas, ou seja, o mandante e o mandatário. Nesse particular, as contas prestadas pelo titular do Poder Executivo enfeixam um conjunto maior de normas escritas, explicitando, em última análise, elementos implícitos na atuação dos demais agentes públicos.

Considera-se responsabilidade pela prestação de contas como a aceção mais adequada para o termo em inglês. É mister ressaltar que, embora os procedimentos relacionados à prestação de contas efetuada pelo Presidente da República não esgotem o assunto, eles enfeixam conjunto de fatores relevantes que podem conduzir o estudo. Ademais, esse estudo permite relacionar a responsabilidade pela prestação de contas nos poderes públicos e privados e comparar a *accountability* dos respectivos setores. Recorde-se que o conceito de contas, nesse contexto, também compreende o cumprimento de metas.

Os demonstrativos contábeis constam entre as fontes de informação que suportam as tomadas de decisões e a *accountability*. Tais demonstrativos, por si, não asseguram que o governo opera como deveria. Eles podem, contudo, muito contribuir para a consecução desse objetivo. Assim, as demandas da Constituição Federal de 1988 com respeito ao que deve ser evidenciado pelo Poder Público, por intermédio da Contabilidade, serão o objeto imediato do texto que segue.

No desdobramento do texto, identificam-se as instituições e suas estruturas de controle, com particular interesse naquelas vinculadas ao controle externo, a cargo do Congresso Nacio-

nal, auxiliado pelo Tribunal de Contas da União. Tais estruturas respondem pela adequação das evidências quanto ao correto uso dos recursos retirados compulsoriamente dos particulares e devolvidos pelo Poder Público à sociedade, sob a forma de bens e serviços, durante um certo intervalo de tempo. Após sucinta comparação entre as responsabilidades das instituições estatais e societárias, concernentes à fiscalização e ao controle, apresentam-se informações cuja evidenciação o constituinte entendeu necessária, ainda que aparentemente dissociada dos processos de prestação ou tomada de contas enviados para as instituições de controle externo. Por fim, as obrigações do Estado brasileiro são rememoradas, considerando que a Lei Maior estabeleceu parâmetros para nortear as ações dos governos. Nesse contexto, a Contabilidade serve de instrumento para evidenciar e avaliar o cumprimento desses compromissos.

A conclusão do trabalho aponta para a necessidade de melhor fundamentação teórica e maior abrangência da prática contábil no âmbito da Contabilidade Pública ou Governamental. Sem isso, o ideal de *evidenciação (disclosure)* das contas do setor público figura inatingível. Perseguindo tal ideal, é imprescindível a averiguação do adequado cumprimento de dispositivos constitucionais e legais pela Administração. Da verificação do descompasso entre a situação atual e a pretendida resultam oportunidades para o aperfeiçoamento da *accountability*, em benefício da sociedade.

## 2. A prestação de contas pela ótica constitucional<sup>2</sup>

A Constituição representa o marco inicial da vida em sociedade. Basta referir que, entre outras designações, é conhecida como Pacto Fundamental e Lei Maior. Ela determina, entre outros conteúdos, o comportamento e o alcance do interesse público sobre o interesse priva-

<sup>2</sup>É de particular interesse o conhecimento dos seguintes trechos dos manuais de Direito Administrativo: de Meirelles (1990), os capítulos que tratam da Administração Pública, dos Poderes Administrativos e dos Atos Administrativos; de Mello (1990), os capítulos versando sobre O Regime Jurídico-Administrativo, os Princípios Constitucionais do Direito Administrativo Brasileiro, os Atos Administrativos, as Discricionariedade e Legalidade, a Discricionariedade Administrativa e o Controle Judicial e a Responsabilidade Patrimonial Extracontratual do Estado por Comportamentos Administrativos.

do. Dessa forma, as relações entre Estado, governo e particulares são objeto da regulação constitucional<sup>3</sup>.

Considerando o escopo do texto constitucional, seria de esperar que nele constassem princípios e orientações de cunho genérico e desvinculados de caráter particular ou circunstancial. Com isso, a Lei Maior conformaria os demais institutos normativos, mormente de origem infraconstitucional, bem como evitar-se-iam os pontos de instabilidade advindos de normas casuísticas.

Embora a atual Constituição Federal, promulgada em 8 de outubro de 1988, fixe alguns princípios gerais norteadores das atividades públicas e privadas, há muitos pontos de instabilidade. Eles são constatáveis pelo relativamente elevado número de emendas inseridas em seu texto no curto prazo de dez anos. Nesse particular, o modelo norte-americano está longe de ser seguido, porquanto a Constituição daquele Estado mantém-se desde a origem. A propósito, demorou cerca de duzentos anos para que houvesse aproximadamente o mesmo número de emendas constantes da Constituição brasileira em dez anos.

Dos artigos que tratam da fiscalização contábil, financeira e orçamentária (arts. 70 a 75), somente o parágrafo único sofreu modificação. Mesmo essa substituição dos termos *pessoa física ou entidade pública* por *pessoa física ou jurídica, pública ou privada* figura de pequena monta, em face do ordenamento jurídico vigente<sup>4</sup>. Significaria isso a satisfação do legislador com a redação atual dos dispositivos constitucionais ou seria apenas desinteresse para com a matéria concernente ao controle? Outros questionamentos perpassam a eficácia dos dispositivos atuais, situação essa que merece o exame atento do legislador.

<sup>3</sup>Para SILVA (1991, p. 34), o objeto do direito constitucional “é constituído pelas normas fundamentais da organização do Estado, isto é, pelas normas relativas à estrutura do Estado, forma de governo, modo de aquisição e exercício do poder, estabelecimento de seus órgãos, limites de sua atuação, direitos fundamentais do homem e respectivas garantias e regras básicas da ordem econômica e social”.

<sup>4</sup>O art. 93 do Decreto-lei nº 200, de 25.2.1967, já prescrevia: “*Quem quer que utilize dinheiros públicos* terá de justificar seu bom e regular emprego na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades administrativas competentes” (destaque acrescido).

De toda a sorte, a técnica constitucional assevera a fragilidade da Lei Maior quando ela se presta a servir de instrumento para a legitimação dos interesses específicos de grupos no poder. A instabilidade das instituições e das políticas públicas apresenta efeitos danosos tanto para o planejamento quanto para o acompanhamento das ações governamentais. Sofrem, particularmente, os instrumentos de fiscalização e controle, com inevitáveis reflexos negativos nos sistemas e nas informações contábeis.

Nesse quadro de instabilidade institucional, a medida provisória configura a continuidade e o aprimoramento do decreto-lei. Vale recordar que a medida provisória – instrumento de exceção no regime presidencialista, ainda que plausível no regime parlamentarista – vem recebendo ampla utilização pelo atual Governo, com efeitos largamente discutidos junto aos meios políticos, jurídicos e acadêmicos. Basta salientar que a medida provisória que organizou e disciplinou os Sistemas de Controle Interno e de Planejamento e Orçamento do Poder Executivo e que remodelou o sistema de controle interno ainda não foi convertida em lei. Na verdade, a edição da Medida Provisória de nº 1.626-49, de 12 de fevereiro de 1998, consolida um marco: mais de quatro anos de imprevisibilidade e urgência sem que se alcançasse consenso suficiente, no seio do Poder Legislativo, para decidir sobre a matéria.

No plano constitucional, verifica-se que o tratamento concedido às contas prestadas pelo Presidente da República reflete a falta de definição sobre o seu conteúdo e alcance. A proposição *pelo* esclarece muito pouco. Restam dúvidas sobre o objeto dessas contas: seriam contas do Presidente, do Poder Executivo ou do Governo? Trata-se de assunto da maior importância, porquanto conformador de responsabilidades pessoais e institucionais.

Caso forem contas do gestor, a responsabilidade do Presidente da República é individual; caso forem do Poder Executivo, há que se ressaltar a cadeia de responsabilidades dos gestores ou ordenadores de despesa até o titular desse Poder; em sendo do Governo, abarcando todo o Estado, a responsabilidade é compartilhada com os membros dos demais Poderes, particularmente com o Poder Legislativo, no limite das respectivas ações e omissões. Seria desejável que a Lei Maior houvesse apontado parâmetros insofismáveis, de forma a evitar antinomias em tão importante matéria.

Entremeios, não faltam proposições no Congresso Nacional tendentes a sanar tal carência. É o caso do Projeto de Decreto Legislativo (PDC) nº 311, de 6 de julho de 1993, ora em tramitação na Câmara dos Deputados, que

“estabelece normas para a elaboração do parecer do Tribunal de Contas da União a que se refere o art. 71, inciso I, da Constituição Federal”<sup>5</sup>.

No âmbito do Senado Federal, apresentou-se o Projeto de Lei (PLS) nº 260, de 2 de dezembro de 1997, ainda tramitando naquela Casa, que

“dispõe sobre a apresentação, o julgamento e a apreciação das contas apresentadas anualmente pelo Presidente da República, e dá outras providências”<sup>6</sup>.

As dificuldades sobre o objeto das contas e sobre as consequências de eventuais ressalvas ou irregularidades derivam, grosso modo, da ausência de maiores discussões sobre a *accountability* do setor público. É que o titular do poder – o povo – não participa diretamente na elaboração, acompanhamento e avaliação das políticas públicas, ao passo que seus representantes legislativos não implementaram por completo a eficácia dos mandamentos constitucionais. Em que pesem alguns cuidados da Lei Maior quanto ao controle social direto, como a iniciativa popular, a falta de transparência na gestão das contas públicas persiste. Noutras palavras, o processo de fiscalização das contas anuais fica circunscrito a uns poucos iniciados e a população deixa de participar diretamente na fiscalização e no controle das contas prestadas pelos agentes públicos<sup>7</sup>.

Parte da dificuldade na participação direta do titular do poder pode ser atribuída ao caráter altamente elaborado dos registros contábeis. Outra parte, entretanto, tem raízes históricas e

<sup>5</sup>De autoria do Deputado AUGUSTO CARVALHO.

<sup>6</sup>De autoria do Senador JEFFERSON PERES.

<sup>7</sup>A Lei Maior preconiza o caráter descentralizado da gestão administrativa, com a participação da comunidade, como objetivo da organização da seguridade social (art. 194, parágrafo único, inciso VII). Ademais, o ensino será ministrado com base no princípio da gestão democrática (art. 206, inciso VI, da Constituição Federal). Já o controle político é patente: “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I — plebiscito; II — referendo; III — iniciativa popular” (*caput* do art. 14 da Constituição Federal).

sociológicas. Ao Poder Legislativo só cabia, pela Constituição anterior, aprovar ou desaprovar o projeto orçamentário elaborado pelo Poder Executivo. Há prevalência do caráter autorizativo da lei orçamentária e do encaminhamento equivocado de oportunidades para discutir as grandes linhas das políticas públicas, em que pesem os avanços. O plano plurianual, por exemplo, reflete, ainda hoje, o vigor da concepção constitucional anterior. Isso também explica muitas das dificuldades atuais concernentes às prestações de contas.

Ante a natureza dos dados com os quais a contabilidade lida e com fulcro nos seus objetivos, seria de esperar que as informações demandadas pela Lei Maior tivessem respaldo nos registros e demonstrativos contábeis<sup>8</sup>. Em síntese, o objetivo da contabilidade é evidenciar, para um usuário com conhecimentos medianos a respeito do negócio e da Contabilidade, a situação atual e as perspectivas futuras da Entidade. Ou seja, se a Constituição impõe ao Estado perseguir determinados objetivos, a Contabilidade, em sentido amplo, deveria fornecer instrumental teórico suficiente para permitir mensurar e evidenciar de forma adequada a consecução desses objetivos.

Nesse particular, cumpre salientar que a Contabilidade também tem papel ativo na evidenciação das mutações de caráter social que influenciam na entidade. Vale recordar que

“A divulgação das demonstrações contábeis tem por objetivo fornecer, aos seus usuários, um conjunto mínimo de *informações de natureza patrimonial, econômica, financeira, legal, física e social* que lhes possibilitem o conhecimento e a análise da situação da Entidade” (destaque acrescido)<sup>9</sup>.

Assim, a contabilidade serve de instrumento para o exercício da cidadania.

Cabe à administração pública a gestão da documentação governamental e as providências

<sup>8</sup>Questões atinentes aos objetivos, assim como aos usuários da Contabilidade, encontram-se discutidas nos Princípios Fundamentais de Contabilidade, editados pelo Conselho Federal de Contabilidade, em particular a Resolução nº 750, de 29 de dezembro de 1993, e nº 774, de 16 de dezembro de 1994. Outra fonte valiosa de conceitos são os Objectives of Federal Financial Reporting — Statement of Federal Financial Accounting Concepts Number 1, do Office of Management and Budget norte-americano.

<sup>9</sup>Conselho Federal de Contabilidade, Resolução nº 737, de 27 de novembro de 1992, item 6.1.2.1.

para franquear sua consulta a quantos dela necessitem, conforme o § 2º do art. 216 da Constituição Federal. O *caput* do mesmo artigo trata do patrimônio cultural nacional e tem a seguinte redação:

“Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira...”.

Qual o papel que a contabilidade deve adotar em face dessas demandas constitucionais?

Há que se considerar a prestação de contas como um dos princípios constitucionais que se manifesta de várias formas ao longo do texto da Lei Maior. De um lado, o setor público precisa informar a si próprio. Nesse papel, os sistemas de informação – mormente o sistema contábil – devem sinalizar, no mínimo, os efeitos que o gestor da coisa pública deve evitar quando tomar decisões. Quanto mais adequadas forem a qualidade e quantidade das informações, mais facilmente apresentar-se-á a melhor solução. De outro lado, é mister que os governantes busquem o respaldo de suas ações junto à opinião pública, por meio da publicidade.

Um dos principais usuários externos das informações sobre a ação governamental é o povo, titular do poder. Segundo o parágrafo único do artigo primeiro da Constituição Federal, “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

A titularidade do poder pelo povo indica que seus representantes devem exercer mandato nos termos e limites da procuração recebida. Note-se que o alcance e cumprimento adequado desse mandato têm fulcro na Lei Maior. A autonomia da vontade, subjacente às relações entre os particulares e à teoria contratual do Direito Privado, deixa de prevalecer e cede espaço para o interesse público.

Os governantes eleitos pela maioria dos eleitores simpatizantes com certa agenda para as políticas públicas tomam posse do aparelho estatal com vistas à implementação da plataforma que os conduziu ao poder. O exercício efetivo do poder não elide o compromisso dos governantes em prestar contas da sua adequada utilização. Isso abrange a satisfação das responsabilidades e o uso dos respectivos instrumen-

tos, particularmente dos recursos disponíveis, que lhes foram confiados.

A autoridade demanda o respectivo instrumental para o exercício das suas atribuições. Esse instrumental, no caso do Estado, são os agentes e a administração pública. Todo o conjunto deve respeito ao povo, que é o titular legítimo desse poder que fundamenta a autoridade. Assim, o Pacto Fundamental estabelece limites ao exercício do poder pelos representantes populares, além de conceder destaque a certos procedimentos que devem ser observados, independentemente do governante e da respectiva plataforma ou agenda política. A evidenciação tem por finalidade viabilizar o acompanhamento e o controle das ações públicas pelo povo, titular do poder.

Atente-se que a direção superior da Administração Federal compete privativamente ao Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado (art. 84, II, da Constituição Federal). Isso é coerente com a função executiva que lhes cabe, na visão tradicional da separação dos Poderes. Esse caráter instrumental da Administração encarece a demanda pela verificação da conformidade entre as ações governamentais de curto prazo e as finalidades do Estado, postas no longo prazo.

Na verdade, o caráter instrumental da Administração Pública e dos denominados agentes políticos – ambos agentes públicos, em última análise – determinou que a Constituição fixasse normas específicas para ambos, mediante lei<sup>10</sup>. A vinculação legal dos atos dos agentes públicos assume particular interesse para o presente estudo. Qualquer ação administrativa deve encontrar respaldo em norma legal. O administrador público, todavia, está adstrito aos termos da lei, na esteira da concepção burocrática de Estado.

Nas palavras de Meirelles (1991, p. 83),

“As leis administrativas são, normalmente, de *ordem pública* e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo ou vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contêm verdadeiros *poderes-de-*

<sup>10</sup>Entendida, nesse caso, como o produto de processo legislativo, segundo referido pelo *caput* do art. 59 da Constituição Federal, ou seja, “O processo legislativo compreende a elaboração de: I — emendas à Constituição; II — lei complementares; III — leis ordinárias; IV — leis delegadas; V — medidas provisórias; VI — decretos legislativos; VII — resoluções”.

*veres, irrelegáveis pelos agentes públicos* [todas as pessoas físicas incumbidas definitiva ou transitoriamente do exercício de alguma função estatal, conforme definição na p. 71]. Por outras palavras, a natureza da função pública e a finalidade do Estado impedem que seus agentes deixem de exercer os poderes e de cumprir os deveres que a lei lhes impõe. Tais poderes, conferidos à Administração Pública para serem utilizados em benefício da coletividade, não podem ser renunciados ou descumpridos pelo administrador sem ofensa ao bem comum, que é o supremo e único objetivo de toda ação administrativa” (destaques no original, colchetes nossos).

A perspectiva burocrática de controle dos meios e instrumentos é, ainda, preponderante, embora o atual discurso da administração pública gerencial aponte para o gerenciamento e controle dos resultados. Em prol dessa afirmativa, basta referir que os governantes entenderam imprescindível emendar a Constituição. Desse modo, pretendeu-se explicitar a eficiência como princípio da administração pública e a avaliação de desempenho pelos usuários como forma de atingi-la. Vale recordar que a eficiência já constava como critério da fiscalização exercida pelo controle externo e interno<sup>11</sup>.

Eficiência sempre foi preocupação do setor privado. Com a mudança de paradigmas proposta, do estado burocrático para o estado gerencial, aumenta a convergência das obrigações dos administradores públicos e privados. Com efeito, o legislador tende a equiparar os serviços prestados pelo Estado com os serviços prestados pelos particulares. A tendência, nesse caso, é a diminuição de regras fixas, voltadas para procedimentos operacionais internos, e o consequente aumento das regras conceituais, norteadoras da forma de agir.

Nesse modelo de Estado, assumem destaque as funções reguladoras e fiscalizadoras. Aliás, tais características reforçam o dispositivo “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (inciso II do art. 5º da Constituição Federal). Ou seja, com a mudança de paradigmas, o administrador tenderá a fazer o que a lei permite e deixar de fazer estritamente o que a lei determina, aproximando a sua gestão daquela de caráter privado.

Em respaldo ao modelo gerencial para a gestão pública, foram introduzidas mudanças na Administração por meio da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, conhecida por Reforma Administrativa. Tais mudanças vieram encarecer, no direito positivo pátrio, os valores que, sem dúvida, aproximam a gestão do Estado da gestão das organizações privadas. Assim, no *caput* do art. 37, inseriu-se o princípio da eficiência, já comentado.

A perspectiva de cliente e fornecedor com respeito ao setor público emerge com maior intensidade no § 3º do art. 37 da Lei Maior. Segundo o dispositivo, *a participação do usuário na administração pública* direta e indireta será disciplinada em lei. Em seus incisos, o referido parágrafo elencou as principais matérias a serem reguladas. Entre elas, as reclamações relativas à prestação dos serviços, assegurada a avaliação periódica externa e interna da sua qualidade, bem como a manutenção do atendimento ao usuário. Também o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo será objeto da lei, além da disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

Outra forma de propiciar maior autonomia e controle de desempenho consta no § 8º do artigo em comento. Segundo o dispositivo, a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da Administração poderá ser ampliada mediante contrato que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho. Esse contrato poderá estipular direitos e deveres, bem como remuneração, diferenciados. As obrigações e remunerações variáveis, com base contratual, certamente assemelharão a administração pública à privada.

Ainda que exista simetria na forma de agir dos administradores públicos e privados, a responsabilidade de ambos não é a mesma. Sequer equivale. O gestor privado preocupa-se com o lucro obtível dentro dos limites legais, num prazo mais ou menos longo. O lucro é medida da sua eficiência. Já o gestor público tem seus resultados apreciados por critérios como legalidade, economicidade e legitimidade, entendida esta como o esteio nos princípios gerais de direito, na razão ou no ideal de justiça. A lei e, a partir da regulação preconizada pela emenda constitucional, os contratos determinarão medidas para avaliar a eficiência do administrador, gestor ou agente público.

<sup>11</sup> *Caput* do art. 70 da Lei Maior.

Também o agente público tem categorias diferentes de responsabilidades. No caso do servidor público, o descumprimento legal ocasiona falta administrativa; no caso do agente político, crime de responsabilidade. O controle administrativo e judicial sobre a Administração tem avançado no sentido de limitar a chamada discricionariedade administrativa por meio do exame do motivo e objeto, além daqueles requisitos indisponíveis: competência, finalidade e forma do ato administrativo. Restaria ao administrador da res pública o exame do mérito (conveniência e oportunidade). Nesse particular, a obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, em suas várias manifestações, tampouco pode ser olvidada pelo administrador público.

Atente-se, ainda, para a responsabilidade objetiva advinda da ação pública, segundo discriminada pela Constituição Federal<sup>12</sup>. Mais do que cuidar de um direito de consumidor, o constituinte tentou resguardar a sociedade dos eventuais danos advindos dos agentes públicos no exercício de suas funções estatais. A responsabilidade objetiva, nesse caso, indica um potencial de risco inerente à função e que deveria ser mensurado pela contabilidade.

Na verdade, casos de prejuízos particulares, envolvendo concessões (como ocorreu no Rio de Janeiro com a energia elétrica), refletem a responsabilidade estatal. Supondo que a concessionária não detenha capital suficiente para cobrir o risco, o vínculo constitucional aponta para a responsabilidade solidária do Poder Público em contribuir, inclusive financeiramente, para solver o dano.

A contabilidade deveria evidenciar tais riscos, porquanto

“As informações geradas pela Contabilidade devem propiciar aos seus usuários base segura às suas decisões, pela compreensão do estado em que se encontra a Entidade, seu desempenho, sua evolução, riscos e oportunidades que oferece” (item 1.1.2 da Resolução nº 785, de 28 de julho de 1995, do Conselho Federal de Contabilidade).

<sup>12</sup> “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” (art. 37, § 6º, da Constituição Federal).

Ela já o faz (ou deveria) no setor privado. É o caso, por exemplo, da média de devoluções das mercadorias vendidas, ou da previsão para devedores duvidosos. O estudo das contingências no setor público ainda é, infelizmente, pouco desenvolvido.

A falta de informação adequada, segura e tempestiva pode ensejar situações de assimetria informacional, nas quais o detentor das informações manipula o detentor do poder. O sistema de informações adequado deve evitar tal possibilidade. Sob a perspectiva do direito positivo, isso se manifesta nos limites da constituição material. Ou seja, pode ocorrer que determinados grupos assumam o governo e, em proveito de alguns, desrespeitem os dispositivos constitucionais e legais concernentes ao Estado e às suas finalidades sem que haja a devida resposta.

Para evitar isso, a Constituição firmou o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), assegurando a independência entre os Poderes. Entre os pontos considerados imutáveis pelo constituinte originário (as denominadas cláusulas pétreas) não figura explicitamente a república. De toda a sorte,

“Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I — a forma federativa de Estado; II — o voto direto, secreto, universal e periódico; III — a separação dos Poderes; IV — os direitos e garantias individuais” (art. 60, § 4º, da Constituição Federal)<sup>13</sup>.

É ao titular do poder — o povo — que os governantes, no exercício dos poderes constitucionais, devem prestar contas. No seio do governo, o Poder Executivo deve prestar contas para o Poder Legislativo, exercido pelo Congresso Nacional<sup>14</sup>. O Poder Judiciário, em face do seu caráter de neutralidade política na doutrina tradicional, não recebeu a mesma atenção por parte do poder constituinte. No momento atual, o quadro é razoável, considerando as instituições ora vigentes.

<sup>13</sup> Nos termos do art. 2º da Constituição Federal, “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

<sup>14</sup> Entre as competências do Congresso Nacional consta: “... V — sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;... X — fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;...” (art. 49 da Constituição Federal).



Dessa forma, um Poder limita ou trava o outro. No caso específico do Poder Legislativo, é explícita a missão de controlar os atos do Poder Executivo. Assim, resta evidente a responsabilidade dos congressistas pela manutenção dos limites constitucionais e a importância da Contabilidade em sinalizar a observância desses limites. Tal responsabilidade é para com o mandatário, ou seja, o povo – titular do poder.

### 3. A estrutura e as atribuições de controle

A comparação da estrutura estatal com aquela das sociedades anônimas figura cada vez mais representativa para o controle, em virtude da utilização disseminada, no setor público, de tecnologias gerenciais consolidadas junto ao se-

tor privado. A simetria entre o empreendimento do Estado e os demais empreendimentos, na forma de sociedades anônimas, pode ser resumida em um quadro, com algum esforço. Essa simetria pode ser retratada em uma norma da legislação societária que caberia perfeitamente nas orientações legais voltadas para o setor público. Trata-se do dever de diligência, assim retratado na lei:

“Dever de Diligência

Art. 153. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios” (Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976).

### Correspondência entre responsabilidades estatais e societárias

<i>Instituição estatal</i>	<i>Função</i>	<i>Empreendimento privado</i>
Congresso Nacional	Órgão legiferante e controlador externo	Conselho de Administração
Poder Executivo	Órgão executivo	Diretoria
Comissão Mista de Orçamentos e Comissões de Fiscalização e Controle da Câmara dos Deputados e do Senado Federal	Órgão controlador externo	Conselho Fiscal
Poder Judiciário, Tribunal de Contas da União e Ministério Público	Audidores externos e órgãos jurisprudenciais	Audidores Independentes e Órgãos Jurisprudenciais
Povo	Titular do poder	Acionistas

O Tribunal de Contas é órgão jurisdicional em relação às contas dos administradores públicos, excetuando-se o Chefe da Administração. Por força de dispositivo legal (art. 6º da Lei nº 8.443/92 – Lei Orgânica do Tribunal de Contas), somente o Tribunal provê quitação das contas. Outrossim, embora outras instâncias do Congresso Nacional emulem a condição fiscalizatória da Comissão Mista, somente esta dispõe de certas prerrogativas explicitadas constitucionalmente, em especial, a de solicitar informações no prazo de cinco dias (art. 72 da Constituição Federal).

Nesse singelo modelo, o acionista controlador contrapõe seus interesses aos dos acionis-

tas minoritários, assim como a maioria governamental tem divergências com respeito às minorias de oposição.

Embora o Conselho de Administração e o Conselho Fiscal apreciem as ações da Diretoria, a palavra final sobre as contas cabe ao titular do poder, reunido em assembleia-geral. Da mesma forma, o voto popular define quem subsiste no poder. Já os auditores independentes (setor privado) e os órgãos jurisprudenciais não têm compromisso direto com os resultados, mas sinalizam a conformidade da ação administrativa aos preceitos considerados razoáveis. Tais preceitos provêm das regras e normas (leis e princípios gerais, no caso governamental) que definem

os limites das ações dos agentes sociais. O papel fundamental dos auditores independentes e órgãos jurisprudenciais é assegurar que os marcos estão sendo obedecidos pelos agentes. No setor público, ao contrário, os auditores externos têm o compromisso de aferir a qualidade da gestão.

A exigência da prestação de contas e a periodicidade do mandato, no setor público, decorrem da condição de república (res publica, ou coisa pública). Considerando que a gestão tem por objeto bens que não pertencem àquele que os utiliza,

*Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta assumas obrigações de natureza pecuniária* (parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal – grifo acrescido).

A obrigação de prestar contas alcança todos que promovam ou possam promover obrigações ou vínculos de natureza pecuniária para o erário, uma vez que esses não são os proprietários do patrimônio gerido.

Aliás, tal obrigação é objetiva e inverte o ônus da prova, segundo o Supremo Tribunal Federal (STF). Com efeito, em direito financeiro, cabe ao ordenador de despesas provar que não é responsável pelas infrações das leis e dos regulamentos que lhe sejam imputadas na aplicação do dinheiro público<sup>15</sup>.

Ademais,

*“A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder”* (caput do art. 70 da Constituição Federal, grifo acrescido).

Quando do exercício do processo legislativo, configura-se a natureza política do controle, em virtude da escolha das finalidades e dos

modos de alcançá-las que encerra. Eleitas tais alternativas, o controle assume caráter técnico, de verificação da conformidade. Por conseguinte, vale separar os elementos constitucionais para fins de exame, quais sejam: a natureza do controle; os prismas sob os quais ocorrem tais análises; a titularidade do exercício de tais controles.

Com respeito à natureza do controle, ao ressaltar as dimensões contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da fiscalização, a Lei Maior deixou de utilizar referencial técnico exclusivamente contábil, pelo menos sob o ponto de vista da contabilidade pública ou governamental. A propósito, vale referir a discussão, no âmbito da auditoria governamental, sobre as diferenças entre controle substantivo e controle formal. Existem vários questionamentos, nas instâncias de controle governamental, sobre a manutenção do atual modelo de prevalência do controle dito formal sobre o controle nomeado de substantivo.

A legalidade, a legitimidade e a economicidade constituem dimensões preconizadas como hábeis à fiscalização pelo constituinte originário. A legalidade surge como o plano de mais fácil compreensão e prática, uma vez que decorre da mera confrontação dos atos administrativos com as normas. A legitimidade e a economicidade envolvem limites mais sutis, porquanto configuram juízo sobre a finalidade das ações do administrador e constituem, segundo essa ótica, exame do mérito – conveniência e oportunidade – de atos administrativos.

Nessa linha, os órgãos de controle interno e externo seriam competentes para o exame do mérito administrativo. O controle não o faz, ainda que, ao contrário do Poder Judiciário, tenha de considerar a apreciação da conveniência e oportunidade do ato administrativo ao efetuar juízo da eficiência, eficácia e economicidade. O exame realizado pelo controle tem o objetivo precípuo de avaliar a qualidade da gestão e pronunciar-se pela regularidade ou irregularidade das ações administrativas. É *a posteriori*.

Já o Poder Judiciário tem por objetivo compatibilizar interesses em conflito, dizendo o direito. Ele também se pronuncia sobre os atos e fatos ocorridos. Tampouco o Poder Judiciário pode adentrar o mérito administrativo, em que pesem as garantias constitucionais<sup>16</sup>. Note-se

<sup>15</sup>Brasil. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança (MS) nº 20.335 – DF (Tribunal Pleno, em 13.10.1982). Relator: Ministro Moreira Alves. [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br).

<sup>16</sup>Com efeito, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal).

que o Poder Judiciário não pode substituir a discricionariedade do administrador pela do juiz<sup>17</sup>. Dessa maneira, o STF entendeu que a competência do TCU sobre o julgamento das contas é exclusiva, salvo nulidade por irregularidade formal grave ou manifesta ilegalidade<sup>18</sup>.

A apreciação sobre a qualidade da gestão implica juízo de valor sobre o que possa ser entendido como relevante. Entra em cena, aqui, o conceito de materialidade, ou seja, um juízo político. Um exemplo patente dessas considerações apresentou-se no trancamento de ação penal contra ex-prefeita denunciada por crime de responsabilidade em virtude da contratação de garfagem, de forma isolada e por curto período, sem observância da exigência de concurso para provimento de cargo público. O STF entendeu configurada a insignificância jurídica do ato tido como criminoso<sup>19</sup>.

Com respeito à titularidade do controle, cabe recordar que “o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União...” (*caput* do art. 71 da Lei Maior). Dessarte, o constituinte entendeu por bem reservar ao Poder Legislativo a prerrogativa de titularidade do controle externo<sup>20</sup>. Nesse sentido, “o Tribunal [TCU] encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades” (§ 4º do art. 71 da Constituição Federal). Ou seja, o Tribunal de Contas é órgão auxiliar e instrumento do Congresso Nacional e desempenha, nesse mister, função eminentemente técnica. Noutras palavras, o TCU é instrumento do Congresso Nacional – titular do controle externo – na consecução dos fins preconizados pelo constituinte nas prerrogativas conferidas ao Poder Legislativo.

O papel auxiliar desempenhado pelo TCU não obsta a independência funcional do Órgão, assegurada constitucionalmente pela Lei Maior. Na verdade, o Tribunal desempenha duas

ordens de atribuições: por ordem do Congresso e por conta própria. Ainda assim, é de se questionar se tal independência pode vir em prejuízo da atividade a desenvolver como auxiliar no exercício do controle externo.

Adentrando o controle governamental, em seqüência às atribuições e objetivos do controle externo, a Lei Maior determinou finalidades para o controle interno. Nos termos da Constituição:

“Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I – AVALIAR o CUMPRIMENTO DAS METAS previstas no plano plurianual, a EXECUÇÃO DOS PROGRAMAS de governo e DOS ORÇAMENTOS da União;

II – COMPROVAR a LEGALIDADE e AVALIAR os RESULTADOS, quanto à EFICÁCIA e EFICIÊNCIA da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III – EXERCER o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV – APOIAR o controle externo no exercício de sua missão institucional.

§ 1º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

§ 2º Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União<sup>21</sup> (art. 74 da Constituição Federal – *des-taques acrescidos*).

Dessarte, o texto reproduzido determina que haverá avaliação de metas e programas, bem como a avaliação dos resultados quanto à efi-

<sup>17</sup>MEIRELLES (1991, p. 102 a 105).

<sup>18</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) nº 55.821 – PR (1ª Turma, em 18.9.1967). Relator: Ministro Victor Nunes. [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br).

<sup>19</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 77.003 – PE. Relator: Ministro Marco Aurélio, em 16.6.1998. [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br).

<sup>20</sup>Conforme o *caput* do art. 44 da Constituição Federal, “O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.”

<sup>21</sup>Há deficiência de natureza técnica legislativa com respeito ao § 2º. Tal deficiência decorre do fato de o parágrafo não tratar de assunto relacionado ao *caput* do artigo. Na verdade, tal parágrafo deveria ou encabeçar artigo apartado, contendo definição exata sobre o termo cidadão, ou integrar o artigo 71 da Lei Maior.

cácia e à eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial. Além disso, todos os bens e direitos, assim como os créditos, avais e garantias serão controlados (uma das formas de controle é o registro contábil, seja por meio das contas do sistema financeiro ou patrimonial, seja pelas contas do sistema de compensação). Qualquer irregularidade ou ilegalidade deverá ser comunicada aos tribunais de contas, em prol do apoio ao controle externo.

Para as finalidades do atual estudo, basta entender o conceito de *eficiência* como a relação entre os produtos e os recursos consumidos pelo sistema, enquanto *eficácia* revela o grau com que os objetivos propostos foram atingidos. Dessa forma, a avaliação sobre a *efetividade* – alcance social das ações governamentais – deixou de encontrar respaldo direto no texto constitucional<sup>22</sup>.

Além da esfera federal, a Lei Maior cuida das esferas estaduais e municipais. A autonomia político-administrativa da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios encontra limites nos termos constitucionais<sup>23</sup>. Por força do art. 75 da Constituição Federal, as normas referentes à Seção IX – *Da fiscalização contábil, financeira e orçamentária do Capítulo I – Do Poder Legislativo do Título IV – Da organização dos poderes* aplicam-se, no que couberem, à organização, à composição e à fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

A Constituição tampouco esclarece o sujeito das contas, quando trata das prestações concernentes aos territórios (equiparados a autarquias federais pela doutrina), estados e municípios. Enquanto “as *contas do Governo* de Território serão submetidas ao Congresso Nacional, com parecer prévio do Tribunal de Contas da União” (§ 2º do art. 33 da Constituição Federal – grifo acrescido), o peculiar pacto federativo nacional – singular em virtude da inclusão dos municípios – determina que:

“A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo municipal, na forma da lei.

<sup>22</sup>Para maior detalhamento, recomenda-se a leitura dos verbetes respectivos no Dicionário de Orçamento, Planejamento e Áreas Afins, de autoria de SANCHES (1997).

<sup>23</sup>Conforme o *caput* do art. 18 da Lei Maior.

§ 1º O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver.

§ 2º O parecer prévio, emitido pelo órgão competente, sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal.

§ 3º As contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei.

§ 4º É vedada a criação de tribunais, Conselhos ou órgãos de contas municipais” (art. 31 da Constituição Federal – grifo acrescido).

Figura oportuno tecer algumas considerações sobre o alcance das contas prestadas pelos titulares do Poder Executivo. A diferença entre as expressões *contas do Presidente da República*, *contas prestadas pelo Presidente da República* e *contas do Governo* vai além da mera formalidade.

Se as contas prestadas abarcarem só a responsabilidade do Presidente, as contas do restante da Administração deixam de influir nas contas presidenciais. Como titular do Poder Executivo (e Chefe da Administração), além dos aspectos pertinentes à consolidação das demais contas – seu conteúdo e formato – e à solidariedade advinda de ação ou omissão, há independência das contas presidenciais com respeito ao controlador externo – Poder Legislativo<sup>24</sup>. Em sendo contas do Governo, tal independência é questionável, uma vez que há interesse próprio no julgamento das contas. Constata-se que a Lei Maior assumiu um posicionamento ambíguo sobre o conteúdo e formato das contas, uma vez que deixou de esclarecer a quem elas se referem.

Conforme o inciso X do art. 49 da Lei Maior, é da competência exclusiva do Congresso Nacional “julgar anualmente as contas presta-

<sup>24</sup>Segundo o art. 84 da Constituição Federal, a titularidade do Poder Executivo e o exercício da administração superior da Administração Federal são atribuições exclusivas do Presidente da República.

das pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo”. Atente-se para a existência de dois verbos, ou seja, duas ações diferentes: julgar e apreciar. O julgamento e a apreciação ocorrem sobre objetos distintos: no primeiro caso, versa sobre as contas; no segundo, os planos de governo.

A visão sistêmica sobre quem é o sujeito das contas perpassa também o exame dos incisos V e X do art. 49, já transcritos, que cuidam das competências exclusivas do Congresso em fiscalizar e controlar os atos do Poder Executivo. No plano constitucional, “O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado” (art. 76 da Lei Maior).

Em face da separação de Poderes, elevada à condição de cláusula pétreia, e das atribuições do Congresso Nacional, figura sustentável a posição de que as contas prestadas pelo Presidente da República representam as contas do Poder Executivo em face do Poder Legislativo. Se, por um lado, tais contas são peças políticas, concernentes ao plano de governo e às políticas públicas, porquanto envolvem escolha de alternativas, por outro também são contas técnicas, sujeitas à verificação de conformidade. O parecer sobre essas contas pode classificar-se, segundo a natureza da opinião que contém, em: sem ressalva; com ressalva; adverso; com abstenção de opinião<sup>25</sup>.

Conforme dispositivos constitucionais já referidos (arts 2º e 60, § 4º, da Constituição Federal), o sistema de checks and balances não é passível de ser alterado pelo constituinte derivado. Vale recordar, também, que a interpretação constitucional deve prestigiar entendimentos que compatibilizem normas anteriores. No caso específico do controle externo, a Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, preconiza que “o Poder Executivo, anualmente, prestará contas ao Poder Legislativo, nos prazos estabelecidos nas Constituições ou nas Leis Orgânicas dos Municípios” (*caput* do art. 81). Ora, isso não é incompatível com os termos constitucionais.

Tais contas, por motivos de conveniência e oportunidade, incorporam informações concernentes aos outros Poderes, sem elidir seu caráter precípua de julgamento das contas do Poder

<sup>25</sup>Item 11.3.1.9 da NBC T 11 – Normas de auditoria independente das demonstrações contábeis, aprovada pela Resolução CFC nº 700, de 24 de abril de 1991, do Conselho Federal de Contabilidade.

Executivo. Isso ocorre em virtude de a execução dos programas governamentais existir nos três Poderes. Dessa maneira, o Congresso Nacional, que também é governo e o responsável último pelas políticas públicas, verifica a adequação do planejamento governamental, aprovado para os três Poderes. Por conseguinte, descabe o julgamento dos relatórios sobre a execução dos planos de governo, mas tão-só a sua apreciação. Seria despropositado supor que o Congresso entendesse irregulares as próprias contas.

É mister não olvidar que é político o julgamento das contas do Poder Executivo pelo Poder Legislativo. Sendo político, o Poder Legislativo não julga as contas do Poder Judiciário, mas tão-só daquele Poder cujo titular, coincidentemente, é o Presidente da República.

Esse entendimento do julgamento das contas e da apreciação dos relatórios sobre a execução dos planos compatibiliza as várias atribuições dos Poderes com o conceito de segregação de funções, tão caro ao controle e encarado pelo art. 3º da Lei Maior. Ou seja, o Poder Legislativo julga as contas do Poder Executivo e, concomitantemente, aprecia os resultados da implementação dos planos pelos quais é responsável.

Assim, o Poder Legislativo discute, modifica e aprova o planejamento oriundo do Poder Executivo. Este realiza ou executa tal planejamento. O Poder Judiciário (assim como o Tribunal de Contas da União e o Ministério Público) audita e o Poder Legislativo controla, com o fito de aprimorar seu planejamento. Esse é um modelo singelo e ideal, mas que ajuda a compreender as responsabilidades administrativas das instituições e dos agentes públicos. Na verdade, todos os poderes executam parte dos planos e programas governamentais. Tanto é assim que todos partilham do mesmo orçamento, significando que todos são responsáveis pela consecução das políticas públicas<sup>26</sup>.

<sup>26</sup>É possível visualizar as competências características dos três Poderes nas funções organizacionais – ou ciclo PDCA: *Plan, Do, Control* ou *Check* e *Audit* ou *Act* (planejamento, execução, controle ou verificação e auditoria ou atuação corretiva) – utilizadas no gerenciamento de rotina, conforme referido por GIL (1994, p. 52) e ELY, Neiva Helena & KRAUSE, Ângela Alice Novelli, em *A busca da qualidade total no atendimento ao cliente da questão de referência* ([HTTP://www.biblioteca.ufrgs.br/arb/19\\_neiva.htm](http://www.biblioteca.ufrgs.br/arb/19_neiva.htm)).

No contexto de julgamento de contas e apreciação dos relatórios de execução dos planos governamentais, o parecer prévio do Tribunal de Contas deixa de subsistir – explicitamente no caso dos municípios e implicitamente nas demais esferas – ante a votação por quórum qualificado do Poder Legislativo. Isso ressalta o caráter subserviente dos aspectos técnicos em relação às políticas, quando do julgamento das contas do titular do Poder Executivo e da Administração Federal.

Existem questionamentos sobre o caráter político que assumem as decisões dos Tribunais de Contas. Para muitos, tais decisões deveriam ser estritamente técnicas, em outras palavras, de conformidade estrita à lei e com interpretações basicamente literais. No entanto, os Ministros do TCU (e, por conseguinte, os Conselheiros dos tribunais de contas estaduais e municipais) são agentes públicos escolhidos pelo Congresso Nacional e pelo Presidente da República. Ainda que tenham “... as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça...” (§ 3º do art. 73 da Constituição Federal), a escolha dos membros do TCU não segue os mesmos critérios observados para apontar aqueles ministros.

Recorda-se que aos juízes é vedado, entre outras proibições, dedicarem-se a atividade político-partidária. Assim, tais garantias e exigências visam a respaldar independência com respeito ao julgamento dos processos, em homenagem às funções de estado. Dessarte, há condições para que os juízes e membros dos tribunais de contas sejam agentes políticos em relação ao Estado, decidindo para o longo prazo, em lugar de serem políticos quanto ao governo, ou seja, preocupados com decisões de curto prazo. Tais características, no entanto, apresentam-se insuficientes, tanto para aqueles que pretendem um controle externo do Poder Judiciário, quanto para os que desejam a despolitização dos tribunais de contas.

Nesse particular, existem correntes que entendem que o caráter técnico dos tribunais de contas tem sido prejudicado pelas escolhas políticas para os cargos de ministros ou conselheiros. Dessa forma, defendem mudanças na forma de indicação dos ministros e no funcionamento desses órgãos, como forma de despolitizar as respectivas decisões. Em realidade, a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 35, de 23 de março de 1995, ora tramitando na

Câmara dos Deputados, “dispõe sobre a nomeação de Ministros do Tribunal de Contas da União e dá outras providências”<sup>27</sup>. Tal proposição refere concurso público, com participação da Ordem dos Advogados do Brasil e outros Conselhos profissionais.

Outro argumento para evidenciar o caráter eminentemente técnico das atividades da Corte de Contas decorre da seção que trata do Tribunal de Contas. Tal seção insere-se no capítulo do Poder Legislativo, exercido pelo Congresso Nacional. Essa perspectiva é reforçada pela titularidade do controle externo atribuída ao Congresso. Dessa maneira, a existência constitucional do Tribunal de Contas se justifica pelo auxílio que deve prestar ao titular do poder-dever de fiscalização, em lugar do mero julgamento de contas. Nessa linha, existem correntes mais radicais, que propugnam a transformação do modelo de tribunal de contas em controladoria.

Nem só os tribunais de contas são alvos de novas proposições legislativas no sentido desses aperfeiçoamentos. É o caso, por exemplo, da PEC nº 00460, de 4 de setembro de 1997, ora tramitando na Câmara dos Deputados, cujo objetivo é criar o cargo de controlador geral da União e estabelecer o órgão central do sistema de controle interno da administração pública. Estaria criada, assim, a Controladoria Geral da União<sup>28</sup>.

Embora o exame das contas mereça destaque, a competência do Tribunal e a importância do parecer prévio não se esgotam na qualificação sugerida para as contas prestadas pelo titular do Poder Executivo. Cumpre ao Tribunal, também, alertar o titular do controle externo com respeito à efetividade das ações planejadas e implementadas pelo conjunto do setor público numa determinada esfera de governo, os desvios verificados, bem como a forma de saná-los.

Quanto ao controle social, nesse estreito circuito de que fazem parte o Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, o legítimo titular do poder – o povo – tem apenas a capacidade de iniciativa, mormente a iniciativa de eleger seus representantes junto ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo. No tocante à iniciativa de controle, as menções ao controle popular direto dizem respeito ao questionamento da legitimidade das contas municipais por *qualquer con-*

<sup>27</sup>De autoria do Deputado MARCONI PERILLO.

<sup>28</sup>De autoria do Deputado AUGUSTO NARDES E OUTROS.

*tribuinte* e à denúncia de irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União por *qualquer cidadão*, partido político, associação ou sindicato. Da mesma forma, *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 e à moralidade administrativa<sup>29</sup>.

O art. 31, § 3º, da Constituição Federal não é suficientemente claro. Quem é o contribuinte que pode questionar a legitimidade das contas municipais? Deve ser morador do município? Pode ser alguém incapaz, considerando os termos do Código Civil? Também o art. 74, § 2º, da Constituição Federal carece de reparos. Quem é esse cidadão capaz de denunciar? Será tão-só alguém no pleno gozo dos seus direitos políticos? Deve apresentar o título de eleitor e estar em dia com suas obrigações eleitorais? Por fim, recorda-se o art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal, que retoma a expressão *cidadão*, já comentada.

Todavia, há um abrandamento desses conceitos, no caso das Comissões do Congresso e das suas Casas, uma vez que é *qualquer pessoa* que pode oferecer petição, reclamação, representação ou queixa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas<sup>30</sup>. Dessa maneira, configura-se maior facilidade no oferecimento de contestações ou denúncias junto ao Poder Legislativo, inobstante a ausência de intervenção direta do povo na continuação do processo.

Em outras palavras, cumprem-se as obrigações relativas ao controle governamental no seio de um circuito relativamente restrito, uma vez que não é qualquer popular que pode manifestar sua discordância quanto às contas apresentadas, mas tão-só o contribuinte ou cidadão. Em realidade, o povo somente intervém diretamente no período eleitoral, que, no momento, corresponde a um ciclo de quatro anos. Ademais, em tal processo decisório, o produto da contabilidade mostra-se irrelevante. Quantos

<sup>29</sup>Vale transcrever as palavras de FERREIRA FILHO (1990), quando comenta o direito de petição manifesto pelo art. 5º, XXXIV, da Lei Maior: “O direito de petição, ou de representação,... tem uma importância apenas psicológica. Serve apenas para permitir que o indivíduo sinta participar da gestão do interesse público, insurgindo-se contra os abusos de quaisquer autoridades e reclamando seu castigo. *No fundo, as petições não têm valor prático*” (pág. 275).

<sup>30</sup>Conforme o art. 58, § 2º, inciso IV, da Constituição Federal.

gestores já se tornaram inelegíveis por irregularidade das contas?

Há que se recordar: existem os usuários internos e externos das informações relativas à gestão da coisa pública. O processo formal de prestação de contas destina-se ao usuário interno. Embora existam alguns instrumentos formais para a *accountability* voltada ao usuário externo, tais instrumentos revelam-se praticamente inoperantes. Talvez as inovações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 19/98, em particular no tocante às avaliações, propiciem que a contabilidade pública atinja novos patamares de relevância social como instrumento de evidenciação.

Com efeito, além daquelas inovações já referidas, o Congresso Nacional ficou incumbido de, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Emenda, elaborar lei de defesa do usuário de serviços públicos. Resta evidente, pelos termos utilizados e pela fixação de prazo, a relevância do papel do consumidor de serviços públicos no novo desenho de Estado que o constituinte derivado evidenciou na Lei Maior. A par desse papel, cabe aos instrumentos de *accountability* suprir as demandas por informações.

A identificação do usuário da informação contábil governamental é da mais alta relevância. A Lei Maior afirma que “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional” (inciso XIV do art. 5º da Constituição Federal). Cumpre destacar que o Conselho Federal de Contabilidade, por meio da Resolução nº 774/94, reconhece que os usuários da Contabilidade

“tanto podem ser internos como externos e, mais ainda, com interesses diversificados, razão pela qual as informações geradas pela Entidade devem ser amplas e fidedignas e, pelo menos, suficientes para a avaliação da sua situação patrimonial e das mutações sofridas pelo seu patrimônio, permitindo a realização de inferências sobre o seu futuro”.

#### 4. A prestação de contas

A importância da prestação de contas pode ser dimensionada pelas seguintes prescrições constitucionais:

“a União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para... asse-

gurar a observância dos seguintes *princípios constitucionais... prestação de contas* da administração pública, direta e indireta...” (alínea d do inciso VII do art. 34 da Constituição Federal grifos acrescidos); “O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando... não forem *prestadas contas* devidas, na forma da lei...” (inciso II do art. 35 da Constituição Federal grifo acrescido).

Enfim, a consideração da Lei Maior elevou a prestação de contas a princípio constitucional explícito.

Acrescente-se ao exposto os casos de crime de responsabilidade do Presidente da República, ou seja, os atos que atentem contra a Constituição, entre os quais o constituinte mencionou: a existência da União; o livre exercício dos Poderes constitucionais das unidades da Federação; o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; a segurança interna do País; a probidade na administração; a lei orçamentária; o cumprimento das leis e das decisões judiciais<sup>31</sup>.

Prestar contas, na esfera federal, também é competência privativa e indelegável do Presidente da República, cabendo-lhe “prestar, anualmente, ao Congresso Nacional, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao exercício anterior” (inciso XXIV do art. 84 da Constituição Federal)<sup>32</sup>.

Se ao Presidente cumpre prestar contas, ao Congresso Nacional resta, entre outras atribuições exclusivas, “julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo” (inciso IX do art. 49 da Constituição Federal). Tal julgamento somente ocorre após o Tribunal de Contas da União “apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio, que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento” (inciso I do art. 71 da Constituição Federal). Nesse particular, é competência privativa da Câmara dos Deputados proceder à tomada de contas do Presidente da República, quando não apresentadas ao Congresso

Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa (art. 51, III, da Constituição Federal). A Câmara dos Deputados, por sua vez, compõe-se de representantes do povo, ao passo que o Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal (arts. 45 e 46 da Constituição). Dessarte, fica patente o vínculo entre os representantes do povo e o titular do Poder Executivo.

A periodicidade anual da apresentação e, quiçá, do respectivo julgamento das contas, bem como a anualidade orçamentária, reflete o caráter limitado e temporário do mandato governamental. Tal caráter é fruto, por sua vez, da forma republicana adotada pela Constituição e inafastável pelo constituinte derivado, porquanto inscrita como cláusula imutável. Atente-se que esse período é idêntico àquele do orçamento. Isso faz sentido quando se compreende o orçamento público como a forma de objetivar a realização dos planos governamentais. Dessarte, *o ciclo das contas acompanha (ou deveria acompanhar) o ciclo do plano a cumprir*. Aliás, tal característica identifica também o período de abrangência do plano plurianual, em que pese o descompasso relativo ao primeiro ano do mandato.

Entre as funções reservadas ao Congresso, o constituinte originário discriminou como competência de comissão mista permanente de Senadores e Deputados, além da apreciação dos projetos de lei dos planos plurianuais, das diretrizes orçamentárias, dos orçamentos anuais e dos créditos adicionais, o exame e a emissão de parecer sobre as contas apresentadas anualmente pelo Presidente da República<sup>33</sup>. Trata-se da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização – CMPOF, de que cuida a Resolução do Congresso Nacional nº 02, de 15 de setembro de 1995. Assim, após o pronunciamento da Comissão, a matéria será apreciada e votada no Plenário do Congresso, com vistas ao término da sua tramitação.

Existe, portanto, concentração de atribuições relativas ao orçamento e à fiscalização pela CMPOF. Isso é justificado pelo ciclo de controle, ou seja, verificar a adequação orçamentária. Também existe a superposição de tarefas concernentes à fiscalização e ao controle em relação às comissões de fiscalização e controle das duas Casas. Ainda que a abundância aparentemente não prejudique, seria cabível proposição

<sup>31</sup>Conforme o art. 85 da Constituição Federal.

<sup>32</sup>Nos termos do *caput* do art. 57 da Constituição Federal, “O Congresso Nacional reunir-se-á, anualmente, na Capital Federal, de 15 de fevereiro a 30 de junho e de 1º de agosto a 15 de dezembro”.

<sup>33</sup>Conforme o art. 166, § 1º, da Constituição Federal.



no sentido de constituírem-se duas comissões mistas permanentes: uma afeta às matérias estritamente orçamentárias; outra, à fiscalização e controle.

Até a Constituição de 1988, a comissão mista encarregada do exame da peça orçamentária era temporária. A princípio, a perenidade da Comissão Mista configura-se como um avanço. Todavia, por força das mazelas ocorridas em 1993, identificadas pela CPI do Orçamento, decidiu-se pela permanência dos membros da Comissão por períodos relativamente exíguos. Isso tem dificultado que os parlamentares aperfeiçoem-se nas matérias relativas aos planos, orçamentos públicos e fiscalização, caso não detenham conhecimentos anteriores.

Destaca-se que o constituinte evitou os termos exclusiva ou privativa quando cuidou de descrever as competências da Comissão Mista Permanente. Interpreta-se que isso ensejaria a revisão pelo Plenário das decisões da Comissão. A mesma observação vale para as decisões do órgão auxiliar do Congresso Nacional, o Tribunal de Contas da União, não fosse a sua Lei Orgânica<sup>34</sup>. Considerando a titularidade do Controle Externo pelo Congresso Nacional e a falta de exclusividade constitucional na atribuição de julgar contas conferida ao Tribunal, nada impede projeto de lei que proponha a revisão das decisões daquele órgão auxiliar pelo titular do controle externo.

Cumpra ressaltar que o constituinte elegeu outras formas de controle além do referente ao processo anual. Para viabilizar um controle mais próximo, no tempo, dos eventos, a Lei Maior identifica uma série de dados que devem ser evidenciados por meio de publicações. Tais dados compõem, grosso modo, o fluxo de receitas e despesas e não podem ser olvidados pela contabilidade, haja vista a importância que lhes foi concedida pela Constituição.

<sup>34</sup>Trata-se, mais precisamente, dos arts. 4º e 6º da Lei nº 8.443/92, que tem a seguinte redação:

“Art. 4º O Tribunal de Contas da União tem jurisdição própria e privativa, em todo o território nacional, sobre as pessoas e matérias sujeitas à sua competência.

Art. 6º Estão sujeitas à tomada de contas e, ressalvado o disposto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal [apreciação do Poder Judiciário], só por decisão do Tribunal de Contas da União podem ser liberadas dessa responsabilidade as pessoas indicadas nos incisos I a VI do art. 5º desta Lei” (colchetes nossos).

O patrimônio público recebeu pouca atenção por parte do constituinte originário. Aliás, é significativo que existam tão poucas menções à evidenciação do patrimônio público no texto constitucional, tendo em vista que o objeto da contabilidade é o patrimônio e suas variações. Em realidade, o constituinte originário prescreveu como bens da União aqueles discriminados pelo art. 20, enquanto são bens dos estados aqueles prescritos pelo art. 26 da Lei Maior. Contudo, não existe obrigatoriedade na divulgação de informações sobre o patrimônio (dados de estoque). Isso contrasta com o demandado para a receita e a despesa (dados de fluxo). Ainda assim, o objetivo da Contabilidade, como postulado pelos Princípios Fundamentais, é evidenciar o patrimônio e as suas variações<sup>35</sup>.

#### 4.1. A receita

O tratamento constitucional da receita encontra guarida no capítulo relativo ao Sistema Tributário Nacional<sup>36</sup>. Ao preconizar as competências de cada esfera político-administrativa para a instituição e cobrança de tributos, o constituinte preocupou-se também com a repartição das receitas tributárias. Quanto à repartição das receitas tributárias, a emenda constitucional relativa ao Fundo Social de Emergência (ou Fundo de Estabilização Fiscal) promoveu uma redistribuição dos recursos arrecadados entre as várias esferas político-administrativas com o exposto “objetivo de saneamento financeiro da Fazenda Pública Federal e de Estabilização Econômica”.

Aliás, tais recursos deveriam ser aplicados prioritariamente nos custeios das ações de saúde, educação, benefícios previdenciários, auxílios assistenciais de prestação continuada, inclusive liquidação de passivo previdenciário e despesas orçamentárias associadas a programas de relevante interesse econômico e social. O constituinte derivado também fixou a obrigação de o Poder Executivo publicar bimestralmente demonstrativo da execução orçamentária, discriminando as fontes e usos do Fundo (art. 71 da Constituição Federal). Isso é interessante pela evidente caráter de entidade que a União adotou, entidade essa em conflito com os erários estaduais e municipais.

<sup>35</sup>Resolução CFC nº 774/94, item 1.4.

<sup>36</sup>São os arts. 145 a 162, bem como o art. 195 da Lei Maior.

O disposto no art. 162 da Constituição é de particular interesse para a transparência das contas públicas, porquanto determina a divulgação,

“até o último dia do mês subsequente ao da arrecadação, os montantes de cada um dos tributos arrecadados, os recursos recebidos, os valores de origem tributária entregues e a entregar e a expressão numérica dos critérios de rateio”, discriminados por estado e por município<sup>37</sup>.

A atividade arrecadatória, que, em tempos idos, respondia à despesa, tornou-se autônoma daquela. Tanto é assim que a receita orçamentária, hoje, é mera estimativa para fazer face à despesa fixada (ou autorizada).

Essa autonomia da receita apresenta um desafio para as políticas públicas, mormente no tocante à renúncia fiscal, a par da denominada elisão fiscal. Atente-se que atividade estatal é redistributiva de renda. Assim, quando uma região qualquer contribui proporcionalmente menos do que outra, está sendo beneficiada.

Como não há mais necessidade de renovação anual da concordância do Poder Legislativo para que se efetuem as arrecadações compulsórias, as reavaliações periódicas sobre os impactos sociais da arrecadação e da renúncia deixam de existir ou se minimizam. A receita, comportando-se de forma incremental e promovendo o sentimento de perpetuidade, contrapõe-se à concepção de orçamento-programa. Em última análise, a falta de periodicidade para a revisão dos tributos dificulta a percepção do alcance social das políticas públicas concernentes à escolha das fontes ou origens de recursos.

Parte dessa dificuldade é superada pela utilização das fontes de recursos, que são discriminadas segundo a vinculação das receitas aos gastos. Entretanto, isso não é suficiente. O efeito distributivo das isenções e renúncias representa, por um lado, desafio para a contabilida-

<sup>37</sup>Esse relatório tem grande importância, como se defluiu da seguinte passagem: “A arrecadação do... no primeiro mês do ano está envolta em mistério. A portaria assinada pelo secretário... no Diário Oficial de... informa uma arrecadação tributária de somente..., quando ela, no mesmo mês do ano passado foi de... *Por que o...* não divulgou os dados reais, publicando apenas um resultado equivalente a menos de 1% da realidade? Talvez porque, como foi divulgado, o caixa ‘registrou’ um déficit de... Com os lançamentos corretos, esse resultado se transforma em um saldo de...” (itálico acrescido, destaque no original: DUBEUX, 1998, p. 6).

de, especialmente pela carência de evidenciação do montante que poderia ser efetivamente arrecadado. Por outro lado, mesmo o relatório por fontes tem seus problemas, quando associado à despesa<sup>38</sup>.

Em suma, o Congresso Nacional deixa de antecipar o efeito concreto da gestão pública, caso só observe um dos lados da equação (o da despesa, no caso). O domínio da receita, sob a ótica do controle das finanças públicas, ainda carece de melhores instrumentos de acompanhamento, porquanto ausente o caráter temporário e cíclico que permeia o conceito de república. Atente-se que o dispositivo que preconiza demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, das isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia para acompanhar projeto de lei orçamentária detém tão-só caráter informativo<sup>39</sup>. Sobre esse demonstrativo pairam muitas divergências, a começar pela definição do que sejam tais isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios.

O governo é submetido a renovação de quatro em quatro anos, ao passo que o orçamento (lado da despesa) e a prestação de contas são anuais. Os impostos, entretanto, vigoram enquanto a lei não for alterada, sendo que a lei tem duração indefinida. Retirou-se da receita derivada a necessidade de revisão periódica que existe nos demais elementos da república.

#### 4.2. Os orçamentos

No capítulo relativo às finanças públicas, o constituinte reservou uma seção para os orçamentos. Interessa discorrer brevemente sobre esse assunto em virtude de considerações posteriores. Na verdade, são três artigos do maior interesse para os que militam na contabilidade governamental. Vale destacar que a competência para legislar sobre direito tributário, financeiro e econômico, assim como sobre orçamento é concorrente: tanto a União quanto os estados e o Distrito Federal podem fazê-lo<sup>40</sup>. Dessa

<sup>38</sup>É o que se depreende do exame da Portaria STN nº 82, de 4.3.98, publicada no DOU — Seção 1 — de 5.3.98, p. 79 a 90. Segundo a Demonstração da Execução da Despesas por Fonte de Recurso — Contribuição Social p/ Financiamento da Seguridade Social, a dotação anual, ao final do exercício, foi de R\$ 15.652.005 mil, enquanto a execução correspondeu a R\$ 18.562.088 mil.

<sup>39</sup>Conforme art. 165, § 6º, da Constituição Federal.

<sup>40</sup>Art. 24 da Constituição Federal. Recorda-se que, ainda assim, existem tributos municipais.

forma, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais, não excluindo a competência suplementar dos estados. O dispositivo não mencionou municípios.

Entremeios, destaca-se o dispositivo que atribui à lei complementar dispor sobre o exercício financeiro, as vigências, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual, bem como o estabelecimento de normas de gestão financeira e patrimonial da Administração, além das condições para a instituição e funcionamento de fundos<sup>41</sup>. Atualmente, tais funções vem sendo preenchidas pela Lei nº 4.320/64. O Projeto de Lei Complementar nº 135, de 12 de dezembro de 1996, da Comissão Mista, ora em tramitação na Câmara dos Deputados, visa a suprir plenamente a demanda constitucional ora atendida pela Lei nº 4.320/64.

O art. 165 da Constituição Federal fixou três instrumentos legais de planejamento, todos de iniciativa do Poder Executivo: o plano plurianual; as diretrizes orçamentárias; os orçamentos anuais. A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, por região, diretrizes, objetivos e metas da Administração para as despesas de capital e das decorrentes, assim como para os programas de duração continuada. A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá metas e prioridades da Administração para o exercício financeiro subsequente e orientará a elaboração da lei orçamentária anual, entre outros conteúdos. A lei orçamentária anual compreenderá o orçamento fiscal, o orçamento de investimento das empresas estatais e o orçamento da seguridade social. Além disso, o Poder Executivo publicará, até trinta dias após o encerramento de cada bimestre, relatório resumido da execução orçamentária<sup>42</sup>.

Vale recordar a definição constitucional de seguridade social:

“conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social” (*caput* do art. 194 da Constituição Federal).

<sup>41</sup>Segundo o disposto no art. 165, § 9º, da Constituição Federal.

<sup>42</sup>Esses Relatórios têm sido regulamentados pelas sucessivas leis de diretrizes orçamentárias, mas publicados ao bel-prazer do Poder Executivo, como já se observou na referência ao Correio Braziliense e à Portaria STN nº 82/98.

Nesse contexto, a seguridade será financiada por toda a sociedade, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e das contribuições sociais (*caput* do art. 195).

Na verdade, o constituinte determinou que as receitas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinadas à seguridade social constem dos respectivos orçamentos, não integrando o orçamento da União. Ademais, a proposta de orçamento da seguridade social será elaborada de forma integrada pelos órgãos responsáveis pela saúde, previdência social e assistência social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias. A formulação de uma proposta única figura desconcertante, em face da autonomia da gestão dos recursos.

Os orçamentos, mais do que a parte visível das despesas públicas, representam (ou deveriam) o planejamento das despesas públicas, em obediência ao plano governamental. Tal planejamento deve obediência aos limites e objetivos já fixados para o estado, qualquer que seja a plataforma de governo. Assim é que o Presidente da República, ao tomar posse, prestará o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição, nos termos do art. 78 da Lei Maior. Esse compromisso antecede a possibilidade de implementação da plataforma, ideário ou agenda que lhe permitiu elevar-se ao poder.

Tal observância não prejudica as iniciativas exclusivas de projetos de leis. Antes as respalda, porquanto é o titular do Poder Executivo quem decide o momento ou o conteúdo da discussão inicial. Tal entendimento encontra suporte nos prazos conferidos para o exercício da competência privativa do Presidente da República em enviar ao Congresso Nacional a prestação de contas, o plano plurianual, o projeto de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento previstas pela Constituição<sup>43</sup>. Tal competência é reafirmada pelo art. 165 da Constituição Federal.

O constituinte preocupou-se também com a integração entre os vários instrumentos das finanças públicas. Assim, emendas ao projeto de lei orçamentária anual ou aos projetos que o

<sup>43</sup>Arts. 84, incisos XXIII (combinado com o art. 35, § 2º, do ADCT) e XXIV, da Lei Maior. Atente-se para o uso do termo *até*. No caso de o prazo para a prestação de contas deixar de ser atendido, as contas serão tomadas exclusivamente pela Câmara dos Deputados.

modifiquem somente podem ser aprovadas caso sejam compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias; as emendas ao projeto de lei de diretrizes orçamentárias não serão aprovadas quando incompatíveis com o plano plurianual. Ademais, os planos e programas nacionais, regionais e setoriais serão elaborados em consonância com o plano plurianual e apreciados pelo Congresso Nacional.

Ao lado de outros instrumentos de políticas públicas, também o orçamento fiscal e o orçamento de investimento das estatais, compatibilizados com o plano plurianual, têm a função de reduzir desigualdades inter-regionais, segundo critério populacional, sem prejuízo de outras funções. Tal disposição deveria ser cumprida de forma progressiva no prazo de até dez anos, distribuindo-se os recursos entre as regiões macroeconômicas em razão proporcional à população, a partir do quadro verificado no período de 1986 a 1987<sup>44</sup>. Como ficaria o registro disso na contabilidade?

Considerando que a União deve aplicar, anualmente, nunca menos de dezoito e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendidas as transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino, cumpre à contabilidade também evidenciar o fiel cumprimento do dispositivo<sup>45</sup>.

Novas dificuldades ocorrem quando se pretende assegurar a distribuição dos recursos públicos com prioridade para as demandas do ensino obrigatório, nos termos do plano nacional de educação. Aliás, no período de dez anos a contar de 1996, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão não menos de sessenta por cento desses recursos à manutenção e ao desenvolvimento do ensino fundamental, visando à sua universalização e à remuneração condizente do magistério (*caput* do art. 60 com a redação da Emenda Constitucional nº 14, de 12 de setembro de 1996).

Quando cuidou da distribuição dos recursos, o constituinte determinou que, daqueles destinados à irrigação, vinte por cento cabem à região Centro-Oeste e cinquenta à Região Nor-

deste<sup>46</sup>. Sem dúvida, a evidenciação com fulcro nesses critérios é mais fácil do que aquela correspondente ao ensino. Mas, qual será o real custo de oportunidade de aplicação desses recursos e o alcance social do atual cumprimento dessas disposições? Com certeza, a contabilidade ganharia em relevância se respondesse tais questionamentos

## 5. Consolidação da perspectiva constitucional sobre *accountability* contabilidade

Constam como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos, sem preconceitos<sup>47</sup>.

Nesse mister, cabe ao Congresso Nacional dispor, com a sanção do Presidente da República, sobre todas as matérias de competência da União. Especial destaque receberam o sistema tributário, a arrecadação e distribuição de rendas, o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias, o orçamento anual, as operações de crédito, a dívida pública e as emissões de curso forçado, além dos planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento. Tais instrumentos devem atender aos objetivos fundamentais da República, reservando-se à contabilidade a finalidade de evidenciar em que medida os compromissos do Estado estão sendo cumpridos pela execução governamental, mormente no que concerne à redução das desigualdades e ao desenvolvimento nacional.

Mesmo as participações do titular do Poder Executivo no processo legislativo, caracterizadas por iniciativas como a do veto, não elidem a competência congressual perante a Nação. Considerando que o veto presidencial pode ser rejeitado em sessão conjunta pelo voto da maioria absoluta de Deputados e Senadores, em escrutínio secreto (art. 66, § 4º, da Constituição Federal), figura razoável afirmar ser de responsabilidade do Poder Legislativo a definição última das políticas públicas, ainda que a proposta seja do Executivo.

<sup>44</sup>Conforme o *caput* do art. 35 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, combinado com o art. 165 da Constituição Federal.

<sup>45</sup>Segundo o *caput* do art. 212 da Constituição Federal.

<sup>46</sup>Conforme art. 42 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

<sup>47</sup>Nos termos do art. 3º da Constituição Federal.

O titular da iniciativa tem o poder de escolher o momento em que a regulamentação dos interesses vinculados a certas matérias haverá de ser discutida. Mas são os parlamentos que, votando as leis e os tributos, desenvolvem uma atitude de supervisão e controle em relação ao governo. Daí resultou o princípio da responsabilidade política, sendo esse controle político talvez a principal contribuição parlamentar para o processo político. Para Ferreira Filho (1990, p. 140), tal controle é desempenhado mais eficazmente nos regimes parlamentaristas; no presidencialismo, essa fiscalização seria menos eficiente.

O estabelecimento das diretrizes e bases de planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, que incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento, será estabelecido por lei. Nesse particular, o Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercerá as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o privado<sup>48</sup>. Entremeios, em face dos atributos das demonstrações contábeis, seria razoável supor que elas suportassem a demanda informativa e prospectiva com respeito ao direcionamento estatal. Todavia, é constatável que isso não ocorre.

Com efeito, o sistema contábil utilizado pela Administração Pública deixa de informar os quantitativos físicos, impossibilitando a noção de custo unitário. Como verificar a eficiência e a eficácia sem o cotejamento entre os dados financeiros e físicos? A carência de dados sobre o cumprimento das metas físicas inviabiliza a verificação da economicidade, ou, em outras palavras, impossibilita o cumprimento da determinação constitucional.

Na perspectiva do usuário externo, ou seja, o povo, os tributos, mormente os impostos, são recolhidos independentemente da efetiva contraprestação dos serviços. O sistema de informações voltado para esse usuário precisaria evidenciar a efetiva contraprestação de bens e serviços, de maneira a justificar eticamente o recolhimento compulsório dos recursos.

No âmbito interno, também os destinatários das informações financeiras desacompanhadas das físicas padecem com a falta de relevância. Sem os custos unitários, deixa de haver controle efetivo e, por conseguinte, planejamento. Sem

<sup>48</sup>Consoante o art. 174, *caput* e § 1º, da Constituição Federal.

o controle, o planejamento não pode efetivar as correções de rumo necessárias para sinalizar adequadamente as políticas públicas, em prejuízo da governabilidade.

A visão formalista, predominante no controle externo, figura superada ante considerações de ordem operacional, financeira, patrimonial e contábil, que se estendem para sistemas além da esfera fiscal. Resulta daí a percepção da falta de conteúdo material daqueles termos, qualificadores da fiscalização e do controle externo.

Basta verificar que o planejamento governamental incorpora outros sistemas de recursos, além do estritamente orçamentário. Por exemplo, cita-se o Plano Brasil em Ação, que aglutina recursos de outras esferas político-administrativas e recursos privados, em aparente afronta ao Princípio da Entidade. Esse contraponto pode harmonizar-se pela compreensão de que o sistema orçamentário limita-se à União, enquanto o planejamento governamental compreende os recursos disponíveis ao Estado.

Há, também, aparente e inexplicável desprezo da contabilidade pública para com certas práticas de evidenciação do patrimônio, tais como a utilização de valores de saída ou de mercado. É o caso dos bens patrimoniais registrados pelo valor de um centavo, tão-só para mantê-lo registrado. Tais práticas não demonstram os efeitos da gestão sobre o patrimônio, em prejuízo da publicidade e evidenciação das contas públicas. Entram em cena, também, as externalidades e os custos de oportunidade, via de regra sem registro pela atual técnica contábil e carentes de tratamento mais apurado pela teoria e prática contábeis. É o caso, por exemplo, da água tratada. O papel da comunidade é determinar quem arca com o custo de tratamento: aquele que nela despeja os dejetos, na forma de filtros despoluentes; os consumidores diretos, na forma de tarifas e taxas; a comunidade como um todo, na forma de impostos.

Outro exemplo de particular interesse repousa na administração de fundos e recursos extra-orçamentários das entidades paraestatais (caso do sistema S – Senai, Sesi, etc – e dos conselhos de classe) e a administração de fundos (Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e parte do atual Fundo de Participação PIS/PASEP e atual Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT<sup>49</sup>).

<sup>49</sup>Recorda-se que, pelo menos quarenta por cento do PIS/PASEP financiará programas de desenvolvimento econômico, por meio do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico, segundo prescreve o § 1º do art. 239 da Constituição Federal.

Assim, os demonstrativos contábeis mostram-se inadequados para a função de evidenciar o adequado uso dos recursos públicos em vista dos objetivos estatais e governamentais. Resta especular sobre as formas utilizadas pelo Estado e Governo brasileiros para exercer o planejamento na condição de determinativo para o setor público e indicativo para o setor privado. Afinal, também cumpre ao Estado brasileiro, como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercer as funções de fiscalização e incentivo<sup>50</sup>.

O primeiro passo para incrementar a relevância das demonstrações contábeis é reconhecer as suas limitações. É imprescindível observar a distinção, efetuada pelo constituinte originário, nas matérias de competência da União. Cada competência exercita-se plenamente por meio de instrumento adequado.

O plano plurianual, as diretrizes orçamentárias, o orçamento anual, as operações de crédito, a dívida pública e as emissões de curso forçado constam no mesmo dispositivo, qual seja, o inciso II do art. 48 da Lei Maior. O sistema orçamentário participa, por conseguinte, de um sistema estruturado que contempla as ações governamentais, cujo horizonte é o mandato e cujo objeto (entidade) contempla o próprio governo.

Já no inciso IV do mesmo artigo, constam os planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento. Até o presente momento, desconhece-se qualquer lei com pretensão expressa de cumprir o dispositivo constitucional. Entremeios, pondera-se que tais planos de desenvolvimento seriam instrumentos hábeis para coordenar a ação estatal por prazos superiores àqueles estabelecidos para o governo. Caberia-lhes, por isso, explicitar a participação de terceiros naquilo que é a construção do Estado o mais próximo possível do ideal.

A falta de exercício de instrumentos adequados para o planejamento concernente às características dos instrumentos de evidenciação discriminados pelo constituinte pode ser observada no plano plurianual (PPA) elaborado para os exercícios de 1996 a 1999. De um lado, a estruturação do plano plurianual não condiz com aquela do sistema orçamentário. De outro, não preenche satisfatoriamente as condições necessárias para apresentar-se como plano estruturante. Assim, a tentativa de tratá-lo como uma informação financeira conduz a resultados pífios.

<sup>50</sup>Conforme o *caput* do art. 174 da Constituição Federal.

Tampouco é demonstrativo gerencial, porquanto a formatação dos dados atende a aspectos operacionais. Ainda assim, o atual PPA apresenta-se melhor do que o anterior, no sentido de melhor evidenciar as intenções governamentais.

Em síntese, a contabilidade vem perdendo relevância naquilo que seria seu objetivo precípuo: indicar o estado atual e futuro das entidades Estado e Governo (nas respectivas esferas). Constata-se pouca visibilidade das discussões sobre *accountability* do setor público. Ademais, existe descumprimento formal e substancial dos próprios ditames constitucionais sobre evidenciação, em que pese a preocupação dos sistemas de controle quanto aos aspectos formais.

## 6. Conclusão

A Contabilidade (ciência ou doutrina) e a contabilidade (atividade) têm a importante missão de evidenciar a estática e a dinâmica patrimonial de forma qualitativa e quantitativa. O objetivo de tal missão é possibilitar aos usuários tomar decisões com fulcro no conhecimento da situação passada, do estado atual e das perspectivas futuras do ente. A ciência contábil contempla, portanto, um sistema de informações.

As informações contábeis sobre o setor público têm, no plano ideal da Constituição, o marco primeiro para que os contadores cumpram seu relevante papel no pacto social, particularmente quando se trata da esfera pública. Nesse processo, não se pode olvidar que o povo é o titular do poder. É a ele que os governantes devem prestar contas. Nesse caso, o povo é um dos usuários da contabilidade, conforme definido pelos Princípios Fundamentais.

Há muitos aprimoramentos a efetivar quanto à evidenciação das contas públicas, mormente quando o Estado brasileiro assume novo papel. A contabilidade necessita evidenciar adequadamente o uso dos recursos estatais para a satisfação dos legítimos objetivos do Estado e do Governo brasileiro. Em face da falta de domínio público dessas informações, afirma-se o entendimento de que as demonstrações contábeis concernentes ao setor deixam de cumprir plenamente as exigências constitucionais e, por conseguinte, aquelas derivadas do conceito de *accountability*. Com isso, perde a população, na forma de obras e projetos que demoram, ou mesmo nunca se concluem, em vista das mudanças de prioridades e insuficiência de recursos.

Mas não basta aplicar recursos dentro dos limites constitucionais ou legais, em observância aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Existem também a legitimidade e a economicidade. Cumpre recordar que, ao lado das obrigações concernentes ao Estado, existem as provenientes das promessas governamentais. Afinal, os governantes obtêm seus mandatos por meio da apresentação de planos, agendas e compromissos. Esses compromissos vinculam (ou deveriam vincular) suas ações quando do exercício do mandato. A contabilidade não tem-se prestado para manter memória das promessas e planos governamentais, em prejuízo do acompanhamento da legitimidade da gestão das contas públicas.

A preocupação dos contadores públicos com a forma, em detrimento da substância, ilustra a despreocupação para com os termos da Lei Maior. Para conseguir relevância social é mister preocupar-se em evidenciar as contas públicas sob a luz dos objetivos impressos ao Estado.

Figura, ademais, imprescindível a existência de estudos teóricos e práticos sobre a contabilidade pública ou governamental que versem sobre a relevância social das práticas contábeis. A preocupação sobre tais assuntos partiu de uma categoria de usuários internos, os administradores públicos, ante a mudança de paradigma do estado burocrático para o estado gerencial. Assim, sem haver cumprido plenamente sua missão financeira, a contabilidade persegue as dimensões gerencial e operacional.

Se o interesse dos usuários internos determina o alcance e qualidade dos sistemas de informação, talvez as novas proposições contidas pelo Projeto de Lei Complementar nº 135, de 1996, ora em tramitação na Câmara e que pretende substituir a Lei nº 4.320/64, tenham tão pouca aderência, substantivamente, quanto as atuais. Aliás, as demonstrações contábeis tampouco parecem refletir os objetivos fundamentais do Estado, consoante os termos constitucionais.

Em suma, resta concluir que há muito a fazer para que a contabilidade sirva como autêntico instrumento de *accountability*, em particular no tocante aos usuários externos – os titulares do poder, o povo. A partir do conteúdo constitucional concernente às informações contábeis, os contadores públicos (ou governamentais) devem iniciar a busca pela fiel representação do alcance dos objetivos estatais. Essa busca promete resgatar a relevância desses contadores e

da Contabilidade na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que garanta o desenvolvimento nacional, erradique a pobreza e a marginalização, reduza as desigualdades sociais e regionais e promova o bem de todos, sem preconceitos e discriminação.

Para tanto, é necessário que Contabilidade Pública atenda alguns requisitos:

I – evidencie a distância entre os resultados da gestão e o cumprimento dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, consoante estabelecidos pela Lei Maior, no seu art. 3º;

II – tenha maior preocupação com as informações prestadas para os usuários externos, considerando o viés atual nos usuários internos. Nesse sentido, a Emenda Constitucional nº 19/98 representou um marco e um desafio. É o marco pela preocupação explícita com instrumentos de *accountability* voltados para o titular do poder (ou usuário dos serviços público); desafio pela oportunidade que se oferece de afirmação social da relevância da Contabilidade nesse mister;

III – assuma maior abrangência, de forma a contextualizar e evidenciar as condicionantes e os resultados sociais da gestão governamental.

## Bibliografia

- ARMSTRONG, Peter. *Expectativas do Auditor na Década de 90*. In Anais do Seminário Internacional de Controle Externo. Bahia: Tribunal de Contas do Estado da Bahia, 1995, p. 43 a 66.
- BRASIL. *Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967*. In Reforma Administrativa. 28. ed. Manuais de Legislação Atlas. São Paulo: Atlas, 1991, p. 13 a 50.
- BRASIL. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. In Reforma Administrativa. 28. ed. Manuais de Legislação Atlas. São Paulo: Atlas, 1991, p. 53 a 70.
- BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.
- BRASIL. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União. [www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br).
- BRASIL. Texto Constitucional de 05 de outubro de 1988 com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/92 a 15/96 e Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1996.

\*Cumpre agradecer ao colega James Giacomoni pelas valiosas sugestões oferecidas.

- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A Reforma do estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle. Cadernos MARE da Reforma do Estado. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.
- CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE. Resolução CFC [Conselho Federal de Contabilidade] nº 737, de 27 de novembro de 1992: Aprova a NBC T 6 – Da Divulgação das Demonstrações Contábeis. 6.1 – Da Forma de Apresentação. 6.2 – Do Conteúdo das Notas Explicativas. 6.3 – Das Republicações. In *Princípios Fundamentais de Contabilidade e Normas Brasileiras de Contabilidade*. 10. ed. Porto Alegre: CRCRS, 1996, p. 133 a 139.
- CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE. Resolução CFC [Conselho Federal de Contabilidade] nº 750, de 29 de dezembro de 1993: Dispõe sobre os Princípios Fundamentais de Contabilidade (PFC). In *Princípios Fundamentais de Contabilidade e Normas Brasileiras de Contabilidade*. 11. ed. Porto Alegre: CRCRS, 1997, p. 21 a 27.
- CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE. Resolução CFC [Conselho Federal de Contabilidade] nº 774, de 16 de dezembro de 1994: Aprova o Apêndice à Resolução sobre os Princípios Fundamentais de Contabilidade. In *Princípios Fundamentais de Contabilidade e Normas Brasileiras de Contabilidade*. 11. ed. Porto Alegre: CRCRS, 1997, p. 28 a 57.
- CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE. Resolução CFC [Conselho Federal de Contabilidade] nº 785, de 28 de julho de 1995: Aprova a NBC T 1 – Das Características da Informação Contábil. In *Princípios Fundamentais de Contabilidade e Normas Brasileiras de Contabilidade*. 11. ed. Porto Alegre: CRCRS, 1997, p. 97 a 103.
- DUBEUX, Ana. Lançamentos. Correio Braziliense, Brasília, 15 de março de 1998, Caderno Cidades, p. 6.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 18. ed.. São Paulo: Saraiva, 1990.
- IUDÍCIBUS, Sérgio de. Teoria da contabilidade. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1997.
- IUDÍCIBUS, Sérgio de et alli. Manual de contabilidade das sociedades por ações: aplicável também às demais sociedades. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- FREITAS, Carlos Alberto S. de et alli. Avaliação de Programas X Auditoria Operacional. In Caderno Especial nº 6 – Avaliação de Programas. Brasília: Tribunal de Contas da União, dezembro de 1996, p. 11 a 13.
- GIACOMONI, James. Orçamento público. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1996.
- GIL, Antônio de Loureiro. Auditoria da qualidade. São Paulo: Atlas, 1994.
- HENDRIKSEN, Eldon S. & VAN BREDA, Michael F. Accounting theory. 5. ed. USA: Irwin, 1992.
- JOHNSON, H. Thomas e KAPLAN, Robert S. A relevância da contabilidade de custos. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1996.
- KAM, Vernon. Accounting theory. USA: John Wiley & Sons, 1986.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1990.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Elementos de Direito Administrativo. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.
- Office of Management and Budget. *Objectives of federal financial – Reporting statement of federal financial accounting concepts Number 1*. Executive Office of the President, USA. Sep. 2, 1993.
- PREFEITURA MUNICIPAL DE PORTO ALEGRE. Orçamento participativo Porto Alegre: você é quem faz uma cidade de verdade. Porto Alegre: Secretaria Municipal da Cultura, 1995.
- SANCHES, Osvaldo Maldonado. Dicionário de orçamento, planejamento e áreas afins. Brasília: Prisma, 1997.
- SILVA, José Afonso da Silva. Curso de Direito Constitucional positivo. 7. ed. São Paulo: Revista Editora dos Tribunais, 1991.
- TORRES, Ricardo Lobo. O Tribunal de Contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, janeiro/março de 1994, p. 265 a 271.

---

\*Notas bibliográficas conforme original.



# Fundações: origem e evolução histórica

JOSÉ EDUARDO SABO PAES

## SUMÁRIO

*1. Origens das fundações. 1.1. A posição do instituto fundacional na Grécia. 1.2. A posição do instituto fundacional em Roma. 2. Evolução histórica. 2.1. A presença no direito francês. 2.2. A presença no direito alemão. 2.3. A presença no direito inglês. 2.4. O crescimento nos Estados Unidos e na Europa. 3. Fundações no direito brasileiro. 3.1. A presença nas ordenações. 3.2. A consolidação das normas vigentes sobre fundações.*

## 1. Origens das fundações

As origens do instituto da fundação podem ser inicialmente explicadas pelo espírito de solidariedade, atributo do ser humano, dirigido a uma busca de meios ou formas de auxílio às pessoas necessitadas.

Com efeito, desde os primórdios da história da humanidade, registraram-se atitudes de homens que, imbuídos pelo amor às artes, à sabedoria, à cultura ou ao singelo, mas profundo, amor ao próximo, destinavam bens para uma finalidade social.

Fundação é na verdade um instrumento por meio do qual pode o ser humano – como pessoa física ou jurídica – transmitir à sociedade atual e sucessivas gerações seus ideais e convicções e seguir atuando “como vivo depois de morto”.

Esse desejo de sobrevivência, de interferência ou intervenção no seu próprio mundo, que é comum aos homens de todos os tempos, pode ser uma das explicações pela qual a figura jurídica de fundação *lato sensu* é conhecida desde a antiguidade e conseguiu chegar até os dias atuais, superando, por certo, desconfiças,

José Eduardo Sabo Paes, mestre em Direito pela Universidade Complutense de Madrid e doutorado em Direito Constitucional pela mesma Universidade, é promotor de Justiça da 2ª Promotoria de Justiça de Fundações e Entidades de Interesse Social.

receios e, inclusive, proibições dos poderes públicos.

Os antecedentes da figura fundacional podem estar localizados no antigo Egito, onde atos filantrópicos, próprios daquela civilização, foram institucionalizados e depois cristalizados com maior consistência na Grécia.

### 1.1. A posição do instituto fundacional na Grécia

Na Grécia Clássica, de acordo com o autor espanhol Del Campo Arbulo<sup>1</sup>, inicialmente proibiu-se que as escolas de filósofos pudessem organizar-se de uma maneira permanente a partir de uma afetação de fundos próprios com o objetivo de difundir suas doutrinas, pelo temor, por parte dos poderes públicos gregos, de que tais instituições pudessem chegar a contribuir para uma alteração da ordem pública.

Por isso, naquela época não era permitido que as comunidades constituídas por pensadores recebessem quaisquer doações ou possuísssem bens. Mas, como recorda Sáens de Miera, os filósofos encontraram um modo de perpetuar sua vontade mediante um sistema de indefinidos fideicomissos<sup>2</sup> sucessivos, como fizeram, entre outros, Epicuro e Teofrasto.

O primeiro deles deixou seus jardins a dois de seus herdeiros, com a incumbência de que do jardim pudessem desfrutar os filósofos de sua Escola e impondo o mesmo ônus, sucessivamente, aos herdeiros de seus herdeiros. O segundo, Teofrasto, instituiu herdeiros de seu jardim a dez de seus discípulos para que, em conjunto, desfrutassem, incumbindo-lhes que seguissem seu exemplo quando eles mesmos falecessem.

Temos como exemplo também a escola que Platão fundou nos jardins da Academia, uma

<sup>1</sup> CAMPO ARBULO, José del. *Ley de fundaciones*: comentários a Ley 30/1994 de fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general. Centro de Fundación Madrid, 1996. p. 24.

<sup>2</sup> Fideicomiso, segundo a lição de Caio Mário da Silva Pereira, constitui modalidade importante de substituição, que repercute com freqüência nas sucessões testamentárias. Consiste na instituição de herdeiro ou legatário, com o encargo de transmitir os bens a uma outra pessoa a certo tempo, por morte, ou sob condição preestabelecida. O herdeiro ou legatário instituído denomina-se fiduciário ou gravado, e o substituto ou destinatário remoto dos bens chama-se fideicomissário.

instituição de ensino do tipo científico-religioso, consagrada às musas, em Atenas. Tendo dirigido a Academia por quase duas décadas, legou-a, em seguida, a todos os discípulos, seus sucessores.

### 1.2. A posição do instituto fundacional em Roma

Em Roma, o instituto fundacional passou a ter contornos mais definidos, inclusive pela assimilação da instituição nos moldes anteriores, em face do fato de a Grécia ter sido conquistada.

As primeiras fundações romanas foram dedicadas, segundo excelente pesquisa de Londres da Nóbrega<sup>3</sup>, ao culto funerário, à distribuição de alimentos, à manutenção de crianças pobres e aos jocos.

Como recorda Luiz Fernando Coelho<sup>4</sup>, o direito romano, embora atribuísse personalidade jurídica somente aos entes do tipo associativo, concebia a existência de patrimônios vinculados a determinados fins; à época do direito romano clássico, não existiam patrimônios dotados de autonomia jurídica que pudessem ser considerados antecedentes diretos da fundação, mas a solução preconizada consistia na transferência do patrimônio a uma cidade ou *collegium*, com a imposição dos fins de utilidade pública, o que era feito mediante testamento ou por ato *inter vivos*.

No Império Romano, as fundações alimentares parecem ter sido mero instrumento da ação do Imperador, não possuindo autonomia patrimonial; entretanto, eram consideradas parte independente dos bens do Estado. O Imperador Trajano emprestou dinheiro a proprietários da região de Valéia e destinou os juros à manutenção de trezentas crianças pobres. Plínio, o jovem, fez doação de uma escola à cidade de Como.

Todavia, se quisermos melhor delimitar onde surgiu a concepção de fundação com autonomia jurídica, encontramos em Del Campo<sup>5</sup> uma embasada resposta, quando esse autor antecipa que essa é uma criação não de Roma, e sim de Bizâncio, vez que, no momento em que o Cristianismo envolve o Império Romano, começam a aparecer as instituições genericamente denomi-

<sup>3</sup> NÓBREGA, Vandick Londres da. *História e sistema do Direito Privado Romano*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, p. 136.

<sup>4</sup> COELHO, Luiz Fernando. *Fundações públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 9.

<sup>5</sup> op. cit., p. 26.

nadas *piae causae* ou estabelecimentos de misericórdia e caridade: hospitais, orfanatos, asilos e outros semelhantes<sup>6</sup>.

Desde o ponto de vista técnico para a autoria de uma autonomia própria a essas entidades, havia sido necessário que o direito romano eliminasse a proibição, anteriormente existente, de realizar liberalidades tanto *inter vivos* como *mortis causae* em favor de pessoas indeterminadas. Dessa forma, as referidas entidades deixaram de estar sob o jugo e proteção da Igreja para serem tuteladas pela Lei do Império Romano, que lhes dava protagonismo jurídico próprio desde o ponto de vista patrimonial, independente que sua administração estivesse submetida ao Bispo ou fosse própria.

As *piae causae* apareciam tratadas, na prática, como sujeito de direito dotado de capacidade própria, consequência de uma personalidade jurídica tácita. E, enquanto aparecessem como proprietárias de bens móveis e imóveis que adquirissem e recebessem doações e legados, eram instituídos herdeiros e podiam comparecer em Juízo.

Registre-se, no entanto, que, em essência, as instituições *piae causae* diferenciavam-se das atuais fundações porque o patrimônio vinculado à finalidade não era independente, e sim continuava sendo propriedade do benfeitor.

Luiz Fernando Coelho ainda põe em relevo, sabiamente, que, na história das fundações, a constituição de uma *actio popularis* com o fim

<sup>6</sup> Esse é um fato relevante na história das origens das fundações. Francesco Ferrara, em sua *Teorias de las Personas Jurídicas*, observa que as primeiras fundações, de benemerência e culto, acham-se incorporadas e confundidas com a personalidade das igrejas, mas que aos poucos vão adquirindo autonomia até se afirmarem como entes em si, embora sob a proteção e vigilância eclesiásticas; com base ainda na autoridade de Ferrara, pode-se tomar como ponto de partida desse desenvolvimento o decreto de Constantino, que reconheceu as comunidades eclesiásticas cristãs; a partir desse reconhecimento, essas comunidades adquirem capacidade privada, podem ter patrimônio e, efetivamente, passam a receber doações e legados; desse modo, os privilégios concedidos às igrejas foram estendidos às *piae causae*, destinadas a fins religiosos, educacionais e caritativos; essas *piae causae* já aparecem, no Império Romano posterior, como instituições públicas eclesiásticas dotadas de personalidade jurídica segundo o direito comum. O florescimento da caridade, fundamentada no Cristianismo, alentada pela Igreja e favorecida pelos imperadores, é um dos momentos mais notáveis da cultura bizantina.

de serem efetivadas as fundações instituídas por legado ou doações é um acontecimento de especial relevância.

Esse ponto é inequívoco, pois, segundo Ihering, as fundações são, por si mesmas, o objeto e centro de gravidade de todas as rodas jurídicas que as fazem mover, mas o eixo do seu mecanismo está nas pessoas naturais, que são as que devem dela aproveitar. A personificação das fundações é, pois, a forma apropriada de um patrimônio servir aos interesses e aos fins de pessoas indeterminadas.

A partir da constituição da *actio popularis*, no direito novo, configura-se para Ihering um direito subjetivo dos destinatários da fundação: pobres, enfermos, viúvas, órfãos, protetores das artes etc., porque os dois elementos do direito, o interesse e a proteção do interesse por si mesmo, encontram-se efetivamente nela<sup>7</sup>.

## 2. Evolução histórica

Na realidade, a idéia de filantropia ou dos mecenas, como o que hoje chamamos de fundação orientada às finalidades de interesse geral, começou a delinear-se na Idade Moderna, depois do Renascimento e da Reforma. As entidades *piae causae* já haviam começado a perder sua força desde o aparecimento dos estados nacionais e na medida em que a Igreja perdia sua influência.

Cunha Gonçalves<sup>8</sup>, autor português, apresenta memorável obra-resumo da evolução ocorrida pela interferência das concepções germânicas e da elaboração dos glosadores, canonistas e post-glosadores, concluindo que

“assim chegou a doutrina das pessoas coletivas à Idade Moderna; mas, tendo essa doutrina contribuído para a excessiva acumulação e imobilização de bens em poder das ordens religiosas e outras corporações e fundações pias, seguiu-se a repressão dos *bens de mão morta*, sujeitando-se a constituição das novas pessoas coletivas a autorizações, fiscalizações e incapacidades”.

Essas observações de natureza histórica poderiam até parecer desnecessárias; todavia, é justamente no desenvolvimento do instituto

<sup>7</sup> IHERING, Rudolf von. *O espírito do Direito Romano*. Tradução de Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943. v. 4, p. 230.

<sup>8</sup> GONÇALVES, Cunha. *Tratado de Direito Civil*, v. 1, t. 2, n. 117, p. 901-903.

fundacional no direito francês e no direito alemão que se constata a importância do estudo mormente para, posteriormente, fixar mais a estrutura de fundação no direito positivo brasileiro. Sylvio Marcondes elenca alguns motivos pelos quais devem ser apontadas as características da formação do instituto no direito alienígena. São elas:

“primeiro, porque a precedência cronológica dos respectivos diplomas legais exprime, em sua seqüência, a linha evolutiva da categoria, no Direito moderno; segundo, porque, apuradas, agora, as características que lhe dão esses ordenamentos, mais fácil será, depois, mostrar as diferenças essenciais com que foi acolhida no Direito pátrio; terceiro, porque essa diferenciação legislativa importa, necessariamente, em elaboração doutrinária diversificada, tornando imprestável, num país, hermenêutica jurídica consagrada em outro; quarto, porque, em consequência, evidencia-se ser inaceitável no Brasil – não obstante a insistência de juristas nossos em invocar autores franceses e alemães – a pretensão de que se possa ver, na fundação do nosso Código Civil, pessoa jurídica de direito público”<sup>9</sup>.

### 2.1. A presença no direito francês

O direito francês apresenta uma situação *sui generis* no que se refere às fundações; houve uma reação do Estado francês às instituições de *mão morta*, entre as quais a fundação, e acabou-se por impedir, por meio de um Edito repressivo de 1749, a excessiva concentração de bens pelas fundações, como os vultosos legados que, em detrimento dos herdeiros, eram lhes destinados.

Salientou Saleilles<sup>10</sup> que, “quando se fala de fundação, na França, é do legado *sub modo* ou da doação *sub modo* que se trata, os quais não constituem uma verdadeira fundação, no exato sentido jurídico”, e Planiol-Ribert<sup>11</sup> que há perigos econômicos e políticos da formação de

<sup>9</sup> MARCONDES, Sylvio. *Questões de Direito Mercantil*. Saraiva, 1977. p. 206.

<sup>10</sup> SALEILLES, *De la personnalité juridique*, p. 244-246, apud Sylvio Marcondes.

<sup>11</sup> PLANIOL-RIBERT, *Traité élémentaire de Droit Civil*. v. 1, n. 3.031, p. 1.057-1.058.

massas patrimoniais em poder de entidades de duração ilimitada, como o exemplo dos abusos verificados antes da Revolução, e que definem a fundação como “a destinação perpétua de bens ou valores para um serviço determinado pelo disponente”, encarecem a dificuldade de sua criação direta, no sistema francês. Para instituir-se por doação entre vivos, faz-se necessária a prévia criação de um estabelecimento que obtenha a declaração de utilidade pública e, além disso, a autorização para aceitar a liberalidade, a fim de, só então, tornar-se efetiva a fundação. A sua criação por testamento enfrenta a impossibilidade de legado em favor de pessoa ainda não concebida ao tempo da sucessão, pois a legatária, inexistente a esse tempo, somente depois viria a ser constituída. Daí a razão das práticas indiretas: a doação e o legado *sub modo*. Na França, esclarecem, toda pessoa fictícia privada corresponde necessariamente a uma associação de pessoas; a fundação, tal como admitida na Alemanha – massa de bens destinados a um determinado serviço, investida diretamente de personalidade jurídica –, “é incompatível com as nossas leis, no estado atual dos textos”.

Em síntese, não houve na França a existência de uma fundação no sentido que hoje emprestamos ao vocábulo como patrimônio autônomo e independente destinado a um fim social.

### 2.2. A presença no direito alemão

As fundações no direito alemão apresentam como característica marcante a presença do Estado em sua aprovação. Tuhr nos apresenta a posição destes entes no Código alemão:

“Junto à associação, o Código Civil reconhece outra espécie de pessoa jurídica, a fundação, ou seja, um patrimônio autônomo, que se destina a servir a um objetivo, desde o início e por toda a sua duração (...) Em sua qualidade de pessoa jurídica, a fundação tem uma esfera jurídica nitidamente separada da de outras pessoas e um patrimônio próprio, independente de outros (...) A fundação nasce por vontade do fundador (negócio de fundação) e aprovação do Estado. É natural que o Estado se reserve o direito de controlar o nascimento dessas massas patrimoniais – a “mão morta” – já que o patrimônio da fundação fica subtraído, por

tempo em princípio ilimitado, à circulação jurídica e reservado para um objetivo determinado (...) Só a fundação para a qual o fundador está disposto a sacrificar parte de seu patrimônio obterá a aprovação do Estado”.

Em síntese, nas palavras de Sylvio Marcondes, de quem o tema recebeu um estudo aprofundado,

“na Alemanha, embora seja admitida a investidora direta da fundação na qualidade de sujeito de direito, também se verificou a reação do Estado, não com o rigor proibitivo do Direito francês, mas que se revela na necessidade de autorização governamental, prévia e de natureza constitutiva, para criar-se fundação”.

### 2.3. A presença no direito inglês

Na Inglaterra, como em outros países protestantes, a Igreja tinha seus próprios tribunais que vigiavam a correta aplicação dos fideicomissos caritativos, mas, quando eles desapareceram, essa obrigação recaiu sobre os tribunais perante os quais a Coroa comparecia no papel de *parens patriae*<sup>12</sup>, isto é, como defensora dos que não podem defender-se: os beneficiários da organização de caridade.

Destaca Del Campo<sup>13</sup> que o papel da Coroa britânica derivou, por outra parte, para uma isenção de impostos<sup>14</sup> em favor das organizações beneficiárias constituídas na forma de fideicomisso, *trust*, ou de qualquer outra incluída nas organizações e associações dedicadas a finalidades caritativas, “charities”.

A matéria foi ordenada sistematicamente pela primeira vez com a promulgação, na Inglaterra, em 1601, do Estatuto dos Costumes de Caridade (*Statute of Charitable Uses*), que enumerava certas finalidades consideradas como

<sup>12</sup> Figura, creio, muito próxima do embrião do Ministério Público como defensor primeiro do Estado e depois da sociedade.

<sup>13</sup> op. cit., p. 28

<sup>14</sup> É interessante esclarecer que, no âmbito britânico, os privilégios tributários atribuídos às entidades beneficiárias vinham determinados não pela forma jurídica do ente que os recebia, nem tampouco por um regime jurídico próprio, senão porque se entendia que a constituição de um *trust* caritativo ou de qualquer outra *charity* de forma não-fideicomissária implicava um solene contrato privado entre os benfeitores, os beneficiários e a Coroa protetora destes últimos.

filantrópicas. A lista não era exaustiva e, curiosamente, omitia as finalidades religiosas, contrariamente ao que havia sido, até o momento, o mais importante trabalho das fundações na Europa.

O Estatuto de 1601 passou a formar parte da *Common Law* e orientou, desde a sua independência, o primitivo direito consuetudinário dos Estados Unidos em matéria de fundações, inclusive com o estabelecimento de normas especiais derivadas de sua configuração federal, dando-se relevo não só às finalidades benéficas ou caritativas das fundações, mas ao fato de que, diferente de outras entidades, a fundação atuava sempre sem ânimo de lucro (*non-profit corporation*).

Na Europa continental, as finalidades ou entidades de “mão morta” cresceram e enriqueceram muito em pouco tempo, vez que foram concebidas para adquirir ou receber bens e sem capacidade, ou com uma capacidade muito limitada, para aliená-los. A própria Igreja, que secularmente havia acumulado um grande patrimônio junto com as organizações benéficas, preocupou os poderes públicos, que viam que esta situação de bens *extra commercium* resultava improdutiva.

Assim, tanto na França, com Luís XIV, em 1666, como na Espanha, com Carlos III, em 1785, editaram-se ordens no sentido de impor controles e registros precisos<sup>15</sup> ao funcionamento dessas organizações, freando o processo de criação e desenvolvimento das fundações.

Nesse período, em razão de movimentos doutrinários e de caráter anticlerical, essas instituições passam a existir precariamente, sob o princípio de que a supremacia do Estado não devia empobrecer e pôr poderes infra-soberanos outorgados a instituições privadas.

### 2.4. O crescimento nos Estados Unidos e na Europa

Ao final do século XVIII e nos séculos XIX e XX, as fundações ressurgem, expandem-se e se consolidam. Os motivos são vários e diferenciados. Nos Estados Unidos, primeiro foram os problemas sociais decorrentes da Guerra da Secessão (1861/1865) que exigiram um conside-

<sup>15</sup> Começa aqui o que se poderia denominar tecnicamente de sistema de concessão do poder público para a criação de fundação, em que hoje se destaca o Ministério Público como instituição legalmente responsável pela autorização de sua existência.

rável esforço do Governo e dos particulares, onde cita-se, entre os pioneiros das fundações americanas, Benjamin Franklin, doador de grandes somas de dinheiro às cidades de Boston e Filadélfia, em 1790, para empréstimo a jovens artífices, e George Peabody, instituidor, em 1867, do *Peabody Educational Fund*, destinado à educação nos Estados do sul e do sudoeste norte-americano; o *Smithsonian Institution*, fundado por James Smithson, é inaugurado em 1846.

As fundações americanas decorrem, por certo, do extraordinário progresso econômico da nação americana, mas também de grandes fortunas que, concentradas nas mãos de alguns magnatas, foram, por concepção religiosa, culpa ou por compaixão humana ou até arrependimento, destinadas às fundações, como forma de fazer com que a comunidade a que pertenciam participasse dessa riqueza.

Registre-se, é claro, que, ao lado do espírito público e cristão de alguns verdadeiros mecenas daquela época, havia as grandes empresas e sociedades comerciais que encontravam, com amparo na visionária legislação tributária norte-americana, voltada ao bem comum, forma de diminuição de seus lucros tributáveis, correndo, assim, fabulosas somas em dinheiro, que, ao invés de serem pagos diretamente ao Estado sob a forma de tributos, configuravam espécie de pagamento indireto, já que se dava à comunidade diretamente o benefício social com a criação e manutenção de unidades de ensino, de pesquisa, de cultura, de saúde, de assistência social etc. São exemplos a Fundação Carnegie, criada em 1911, a Fundação Rockefeller, criada em 1913, que tem como missão promover o bem-estar da comunidade, a Fundação Ford e a Fundação W. K. Kellogg, criada em 1930, que tem como missão patrocinar instituições ou pessoas que realizam trabalhos sociais nas áreas de voluntariado filantrópico, juventude, educação, saúde, desenvolvimento social e liderança.

Na Grã-Bretanha, segue-se também a mesma linha de comportamento observada nos Estados Unidos, estando naquele país algumas das fundações mais antigas: Rowntree Trusts, criada em 1904, Rhodes Trust, criada em 1902, e Lever-Hulme Trust Fund, criada em 1925.

Na Europa continental, o processo é semelhante e resultam significativas as influências das I e II Guerras Mundiais, depois das quais restam milhares de pessoas de idade avançada que, sem descendentes diretos, decidem legar

seus bens a fins sobretudo caritativos e sociais, em recordação de seus familiares falecidos naquelas guerras.

Durante a segunda metade do século XX, em contraste com os países socialistas, onde as fundações desapareceram por incompatíveis com o princípio de que o Estado e o Partido são as únicas fontes de bem-estar público, verifica-se uma expansão de fundações na Europa e nos Estados Unidos, sendo duas as circunstâncias: de uma parte, as empresas, motivadas pelos incentivos tributários e em reavaliação de seu papel social, sobrepõem-se aos particulares no momento de constituir novas fundações, e, de outra, a mudança de concepção dos fins que devam ter uma fundação, que do campo da caridade se deslocam para o campo da ciência de investigação, da cultura, dos direitos humanos, do meio ambiente etc<sup>16</sup>.

Surgem, dessarte, na Europa, as grandes fundações: Volkswagen, Konrad Adenauer, Krupp e Bosch na Alemanha, Gulbenkian em Portugal, Agnelle e Olivetti na Itália, Fritz Thyssen na Suíça, Fundação Nobel na Suécia. Ou, na Espanha, a Fundação Juan March.

### 3. Fundações no direito brasileiro

#### 3.1. A presença nas ordenações

No Brasil, os registros começam no período em que estivemos sob a égide das ordenações manuelina e afonsina, nas quais já eram conhecidas as entidades denominadas de “mão morta”.

O primeiro esboço de fundação no Brasil, segundo relato do ilustre Promotor de Justiça de Fundações de São Paulo Edson José Rafael<sup>17</sup>, data de 1738, quando Romão de Matos Duarte, solteiro milionário, achou por bem separar parte

<sup>16</sup> Utilizando expressões de Del Campo Arbulo, a limitação de recursos que experimenta o Estado do Bem-Estar Social como consequência da crise econômica faz com que os governos dirijam sua atenção ao denominado Terceiro Setor, isto é, aquele que não se constitui nem no mercado nem na Administração Pública. Dessa maneira, o Estado, mantendo uma via de solidariedade obrigatória – o imposto –, solicita e promove uma solidariedade voluntária que se expressa de modo muito definido na atividade das fundações.

<sup>17</sup> RAFAEL, Edson José. *Fundações e Direito : terceiro setor*. São Paulo : Melhoramentos, 1997. p. 68-69.

de seu patrimônio para formar um “fundo” para auxiliar, exclusivamente, os expostos na “roda”, que, a partir de seu gesto, passariam a ter tratamento digno ao serem atendidos na Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro.

Quer para evitar a identificação da mãe, quer para dar proteção ao recém-nascido sem que soubessem a sua origem, foi engendrada uma caixa giratória, em forma de cesta embutida numa roda, que possibilitava depositar-se a criança enfeitada pelo lado externo da parede da Santa Casa para, imediatamente, ser recolhida pelo lado interno por enfermeiras de plantão. Tão logo instalada a roda, noticiou-se pelo Rio de Janeiro a sua existência e ela foi utilizada numerosas vezes.

Foi registrado o primeiro caso atendido por esse fundo três dias após a sua instituição: em 17 de janeiro de 1738, a Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro recebia o seu primeiro afilhado, um menino exposto na roda, embrulhado em couro de chita verde e necessitando de cuidados médicos.

Assim nasceu a “Fundação Romão de Matos Duarte”, funcionando paralelamente à Santa Casa do Rio, com patrimônio próprio, afeto à finalidade exclusiva de dar proteção e apoio aos órfãos desvalidos cariocas.

O instituidor, mais tarde denominado “beneficentor magno dos expostos”, por ser também mesário da Santa Casa, não lograva, ao longo dos anos, qualquer separação das entidades: a Fundação Romão de Matos Duarte foi sempre, por ignorância, comodismo ou falta de legislação adequada, mero apêndice da Santa Casa carioca. A despeito de patrimônio próprio (casa e dinheiro dado a juros), a despeito do nome “Fundação Romão de Matos Duarte”, mesmo da ala especial (Casa dos Expostos) no interior do hospital, a entidade não conseguia personalidade jurídica autônoma.

Isso foi atendido provisoriamente em 29 de janeiro de 1952, segundo relatos de Escragnole Dória, citado por Homero Sena e Clóvis Monteiro<sup>18</sup>, ao designar-se uma pessoa distinta da Santa Casa para, como tesoureiro, tomar conta, administrar os bens, as dívidas e os afazeres da embrionária Fundação Romão de Matos, vindo inclusive a ter o referido ente um “Regimento

Interno das Obrigações e Empregados da Casa dos Expostos”.

Homero Sena e Clóvis Monteiro concluíram que,

“a rigor, o que Romão de Matos Duarte quis fazer, com suas doações para criação dos meninos expostos na Roda, foi instituir uma fundação, patrimônio afetado a determinado fim. Embora, ao que tudo indica, esse patrimônio tenha, desde 1752, administração autônoma, não foi destacado dos demais bens pertencentes à Santa Casa, que, em compensação, tomou a si o encargo de manter a Casa dos Expostos, dando-lhe, porém, o nome que, talvez, aos irmãos mesários tenha parecido mais sugestivo ou adequado, de Fundação Romão de Matos Duarte”<sup>19</sup>.

Da mesma forma como registra Edson José Rafael, com maior ou menor vinculação, vários testamentos foram feitos nas cidades de São Paulo e Santos, como, de resto, em várias outras capitais dos estados brasileiros onde existiam “Santas Casas de Misericórdia”, com legados (patrimônio) a servirem para tal ou qual objetivo (finalidade), previamente escolhido pelo próprio testador, mas que, na verdade, tornaram-se apenas um fundo, um mero apêndice da legatária.

Tais doações encontram-se às dezenas em processos de inventários nas Varas de Família e Sucessões de todas as capitais estaduais brasileiras.

### 3.2. A consolidação das normas vigentes sobre fundações

Carlos Carvalho<sup>20</sup>, em notável trabalho de recompilação do direito civil vigente no início do século, apresentou sua “Nova Consolidação do Direito Civil”, para servir de subsídio à discussão do atual Código Civil Brasileiro, que estabelece serem pessoas jurídicas de direito privado:

“a) as fundações, estabelecimentos de utilidade pública ou de fins pios, religiosos, moraes, científicos, artísticos, taes como casas de educação, asylos, hospitaes, misericordias, igrejas, capellas, ermidas, religiões, academias, universi-

<sup>19</sup> op. cit., p. 185-6.

<sup>20</sup> CARVALHO, Carlos Augusto de. *Direito Civil brasileiro recopilado ou nova consolidação das leis civis vigentes em 11 de agosto de 1899*. Rio de Janeiro : F. Alves, 1899.

<sup>18</sup> SENNA, Homero, MONTEIRO, Clóvis Zobarán. *Das fundações no Direito da Administração*. Rio de Janeiro : Fundação Getúlio Vargas, 1970. p. 183-184.

dades, escolas livres de ensino superior, collegios, seminarios, lyceus, monte-pios, montes de socorro, caixas econômicas, comtanto que tenham patrimonio seu, sejam ou não subsidiados pelo cofres públicos; b) as associações ou comunidades eclesiásticas, claustraes ou regulares, mosteiros ou conventos, ordens terceiras, irmandades, confrarias, devoções, beneficentes, de caridade, moraes, scientificos, artisticos, politicos ou de simples recreio; d) as fábricas das parochias, os cabidos e mitras; e) as sociedades commerciaes e civis que revestem forma commercial; f) a massa falida.”

Estabelece, também, que as pessoas jurídicas de direito privado adquirem personalidade jurídica ou por disposição expressa de lei ou pelo preenchimento de condições nela estabelecidas, com ou sem intervenção do poder público.

E,

“quando descenderem de doação ou disposição de última vontade, as fundações ficarão sujeitas às respectivas regras de direito e à opposição de terceiros prejudicados, sendo prohibida, a instituição de capellas vinculadas, de quaesquer vínculos e a cláusula de inalienabilidade de todo o patrimônio ou de parte delle.”

E, no art. 156 da referida consolidação, já existe consignada a possibilidade de ação do Ministério Público na defesa do direito e do patrimônio fundacional, *verbis*:

“Si o acto de fundação não indicar o modo e os órgãos da administração ou os indicados forem contrarios a direito, o ministério público e quaesquer interessados promoverão o que fôr necessário para realizal-a, annullal-a ou declalaral-a irrealisavem edar ao patrimônio o destino que por direito no caso couber”.

Legalmente, entretanto, só se ouviu falar de fundações no início deste século. A Lei nº 173, de 10-9-1903, conferia personalidade jurídica a entidades com fins lucrativos, científicos e religiosos<sup>21</sup>.

Inobstante a doutrina, com Martinho Garcez, já se reconhece a figura jurídica fundacional mesmo antes da entrada em vigor do Código Civil<sup>22</sup>.

Assim, com o advento do Código Civil Brasileiro, em 1º de janeiro de 1916, houve a consolidação, no ordenamento jurídico positivo, do instituto fundacional como pessoa jurídica de direito privado, dotada de um patrimônio composto por bens livres destinados a uma finalidade social determinada.

No Brasil, figuram como entidades fundacionais mais antigas: a Fundação Pão dos Pobres de Santo Antônio, em Porto Alegre, de 1867, o Abrigo Cristo Redentor no Rio de Janeiro, de 1923, destinado a prestar assistência a mendigos e a menores desamparados, e a Fundação Getúlio Vargas, de 1944, com a finalidade técnico-educativa, especializada na organização nacional do trabalho.

<sup>21</sup> op. cit, p. 70.

<sup>22</sup> GARCEZ, Martinho. *Da theoria geral do Direito*. Rio de Janeiro : J. R. dos Santos, 1914. p. 66-67.



# Contratação de serviços de advocacia pela Administração Pública

ADILSON ABREU DALLARI

## SUMÁRIO

*1. Introdução. 2. Os contratos que podem ser celebrados. 3. Considerações doutrinárias. 4. A legislação. 5. Conclusões.*

### 1. Introdução

A pergunta a respeito da exigibilidade ou não de procedimento licitatório prévio para a contratação de serviços profissionais de advocacia não comporta uma resposta genérica, seja em sentido positivo, seja em sentido negativo. Na verdade, o campo de atuação profissional do advogado é bastante amplo, compreendendo tanto trabalhos usuais, corriqueiros, de pequena complexidade técnica, quanto situações de extrema dificuldade, alta complexidade, verdadeiramente polêmicas e de enorme repercussão prática, tanto de ordem econômica quanto propriamente jurídica, afetando o direito de pessoas e o próprio interesse público.

O estudo desse problema exige muita ponderação, repudiando-se, de uma vez, soluções simplistas e extremadas. Nem se pode dizer que toda contratação direta de advogado pelo Poder Público é lícita, dado o caráter fundamentalmente intelectual e pessoal do trabalho advocatício; nem se pode afirmar que toda e qualquer contratação de advogado deve ser precedida de licitação, em face do princípio da isonomia.

De imediato, cabe afastar um entendimento que vem grassando sobretudo no âmbito de alguns Tribunais de Contas, qual seja, aquele no sentido de que a Administração Pública não pode contratar advogados porque a Constituição teria reservado essa função aos procuradores, admitidos por concurso, após a criação dos respectivos cargos.

Adilson Abreu Dallari é Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da PUC/SP.

*Data venia* das respeitáveis opiniões discordantes, entendemos que o art. 132 da Constituição Federal, afirmando que “os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal exercerão a representação judicial e a consultoria das respectivas unidades federadas”, não tem e não pode ter esse alcance.

De pronto já se percebe que o dispositivo não menciona os Municípios, e esse é um eloqüente silêncio, ditado pelo simples bom senso, pois existem Municípios de todos os portes, que comportam ou não a instituição de uma procuradoria.

Da mesma forma, não está abrangida a administração descentralizada ou indireta, especialmente as empresas estatais, dotadas de personalidade jurídica de direito privado e de patrimônio distinto daquele das unidades federadas a que se vinculem.

Mais importante que isso, porém, é lembrar um postulado elementar de hermenêutica, no sentido de que uma simples disposição isolada (de cunho nitidamente corporativo, diga-se de passagem) não pode derrubar um princípio fundamental da organização nacional, qual seja, o *princípio federativo*, que tem como componente essencial a autonomia administrativa dos entes federados.

No caso dos Municípios, a Constituição deixou aberta a possibilidade de que cada um, no exercício de sua autonomia, ao disciplinar sua própria estrutura administrativa, de acordo com suas peculiaridades, decida sobre a criação ou não de uma procuradoria ou de cargos de procuradores.

No caso dos Estados e do Distrito Federal, a obrigatoriedade de criação de procuradorias para as tarefas usuais e corriqueiras de consultoria e representação judicial não é incompatível com a contratação esporádica de advogados para determinados serviços.

Não se pode esquecer que o trabalho de advogado requer uma elevadíssima dose do elemento confiança. Por isso mesmo, para a solução de problemas usuais e corriqueiros, de defesa de um interesse público claramente afirmado pela lei, não haverá problema algum (muito ao contrário, é altamente conveniente) que isso seja feito por procuradores profissionais, de carreira, imunes a alterações da supra estrutura política. Entretanto, existem assuntos de grande repercussão política, correspondentes a programas ou prioridades determinadas exatamente pela supra estrutura política eleita democrati-

camente pelo corpo social. Temas dessa natureza requerem o concurso, ou de assistentes jurídicos nomeados para cargos de provimento em comissão, ou a contratação temporária de profissionais alheios ao corpo permanente de servidores.

Procuradores não são santos. São seres humanos, com todas as fraquezas dos seres humanos, sujeitos à corrupção ou simplesmente vinculados a correntes políticas adversas aos representantes do povo democraticamente eleitos.

Procuradores não governam. É totalmente inaceitável o argumento no sentido de que os pareceres emitidos pelas procuradorias são (ou deveriam ser) vinculantes para quem governa, para quem democraticamente recebeu o poder-dever de decidir sobre o que é e o que não é de interesse público. Positivamente não cabe e nem deve caber aos procuradores emitir opiniões vinculantes em matéria de conveniência e oportunidade, sem embargo de que podem e devem apontar ou destacar opções mais consentâneas com valores consagrados pelo sistema jurídico.

Mesmo quando não existe margem de discricionariedade, é preciso lembrar que direito não é matemática, que os problemas jurídicos podem comportar uma pluralidade de soluções, dependendo dos vetores e dos métodos interpretativos. Direito é divergência: diferentes procuradores podem emitir diferentes pareceres; todos corretos. Somente o Poder Judiciário, diante do caso concreto, tem a prerrogativa de dizer qual das possíveis interpretações deve ser havida como a melhor, a “correta”, para fins de solução de determinado conflito.

Não existe, portanto, uma suposta “objetividade” nas manifestações das procuradorias oficiais, em contraposição a uma “subjetividade” de advogados contratados. Todo e qualquer profissional do direito pode interpretar a lei mais ou menos influenciado por concepções ou tendências pessoais, em matéria política ou religiosa, decorrentes do ambiente familiar ou do meio social em que vive, ou de experiências pessoais etc.

Além disso, não se pode conceber que, em nome da defesa do interesse público, coloque-se o Poder Público em situação de inferioridade perante os particulares, que sempre podem, livremente, escolher os melhores advogados.

Não se conhece caso algum de renomado jurista que tenha deixado seu escritório particular para ingressar em alguma procuradoria. Também não é usual que advogados muito bem sucedi-

dos deixem a sua banca para ingressar no serviço público. Obviamente, existem procuradores que efetivamente são respeitáveis juristas e exímios advogados, sendo certo que as procuradorias, normalmente, como regra geral, cumprem com eficiência e fidelidade ao interesse público suas importantíssimas funções de zelar pela legalidade das ações normalmente empreendidas pela Administração Pública.

Não se vislumbre aqui qualquer posição preconceituosa ou ofensiva contra a generalidade dos procuradores públicos. Apenas não se aceita o endeusamento, nem se reconhece qualquer supremacia necessariamente decorrente do cargo ocupado.

Também não se está, de maneira alguma, pretendendo esvaziar o disposto no supra mencionado art. 132 da Constituição Federal. A contratação eventual e temporária de advogados para questões específicas não é o substituto perfeito da procuradoria. O que se sustenta é que uma coisa não é incompatível com a outra.

Também é preciso ficar perfeitamente claro que ninguém pode ser ingênuo a ponto de ignorar que certas contratações de advogado são pura fachada para encobrir partilhas de valores, acertos políticos, pagamentos de dívidas de campanha, favorecimentos indevidos etc. Para coibir abusos que efetivamente existem, não se pode proscrever as contratações de serviços advocatícios regulares e efetivamente necessárias para a melhor defesa do interesse público.

Um dado da realidade é o fato de que, muitas vezes, a contratação de um profissional altamente especializado fortalece a procuradoria, pelo exemplo, pela experiência e pela orientação proporcionada aos procuradores, tendo, muitas vezes, um efeito preventivo, evitando o cometimento de falhas que poderiam redundar na proliferação de ações contra o Poder Público.

Em síntese, a contratação direta de serviços técnicos profissionais de advogado tem sua legalidade ou ilegalidade dependendo de circunstâncias de fato, requerendo do intérprete ou aplicador da lei um exame aprofundado de cada específico caso.

## 2. Os contratos que podem ser celebrados

Em algumas situações, a necessidade e a licitude da contratação de serviços técnicos profissionais de advogados emergem claramente.

O exemplo mais comum é o da contratação de jurista de renome para emitir parecer destinado a servir como ponto de apoio na defesa de interesses públicos extremamente relevantes, a ser feita pelo corpo permanente de procuradores. Isso tanto pode referir-se a um caso determinado, como também ao fornecimento de orientações, ao longo do tempo, à medida que os problemas concretos forem surgindo.

Contratos dessa natureza podem ser celebrados com uma pessoa jurídica (sociedade de advogados), desde que o detentor da especial habilitação se comprometa a executar pessoalmente os serviços contratados, além do que, como é sabido, a constituição de sociedades de advogados se prende precipuamente a fatores de ordem fiscal, que não estão em causa neste estudo.

Assim como as empresas privadas, também as entidades governamentais podem contratar a prestação de serviços de consultoria em determinadas especialidades jurídicas (complementando o trabalho normalmente executado pelo corpo permanente), compreendendo a análise e o fornecimento de orientação em casos que apresentem maior complexidade ou relevância.

Da mesma forma, pode haver contratação para o patrocínio de determinada ou determináveis ações judiciais, de especial complexidade ou de excepcional relevância.

Além desses aspectos ligados ao objeto dos contratos, cabe enfatizar, também, a pessoa do contratado; mais exatamente, sua qualificação profissional. O conjunto das peculiaridades do contrato e do contratado é que permite enquadrar a contratação entre aquelas que a doutrina reconhece como justificadoras da inexigibilidade de licitação.

Uma palavra, entretanto, precisa ser dita com relação a pequenos Municípios, os quais, muitas vezes, precisam contratar advogados que não são exatamente expoentes altamente titulados, mas possuem conhecimentos e são dotados de alguma experiência em matéria de direito público em nível superior aos que militam normalmente na advocacia cível, criminal ou trabalhista na região. A contratação de consultoria nesse nível permite obter orientações razoáveis por uma remuneração módica, e tanto pode servir para auxiliar o eventual procurador permanente, como para atuar em lugar dele, quando inexistente.

Mais nítida, ainda, é a contratação, pelo Município, de advogado para a defesa de Prefeito acusado de haver cometido crime de responsabilidade ou infração político-administrativa.

Nesses casos, a acusação sempre se refere a atos praticados no exercício do mandato popular, por dever de ofício. O alvo da acusação não é a pessoa física, mas, sim, a autoridade pública Prefeito Municipal; o que a defesa visa preservar não é a pessoa física, mas, sim, o mandato popular.

Seja permitido transcrever aqui o que já dissemos sobre esse assunto em artigo publicado a respeito do famigerado Decreto-Lei nº 201/67, que dispõe sobre a responsabilidade de Prefeitos e Vereadores:

“Para concluir, convém recordar que na Administração Pública há uma necessidade elementar de responsabilização. Todo administrador público tem que ser responsável. Não se admite administrador irresponsável. Portanto, não há dúvida alguma que deve haver meios de responsabilização. Mas esta responsabilização precisa ser feita com uma certa prudência, dadas as deficiências da legislação, as dificuldades administrativas, as dificuldades de entendimento da legislação. A responsabilização deve existir, sim, mas feita com prudência. E esta prudência tem sido o padrão de conduta do Poder Judiciário.

É preciso considerar que quem está sendo julgado é um mandatário, é um homem que recebeu a confiança do povo para desempenhar um mandato. É um princípio geral do Direito Penal o *in dubio pro reo*, isto é, na dúvida não se condena. Com maior vigor este princípio deve ser aplicado ao caso de mandatários políticos, que receberam um voto de confiança de toda uma população.

Um outro aspecto que tem que ser considerado é a questão da eficiência na administração. Imaginem um prefeito acuado, espremido por uma atitude violenta, impensada, na aplicação desta legislação.

O administrador recebe uma missão a realizar. Ele é um agente da realização do interesse público. E não deve ser aterrorizado na sua função. Senão ele jamais conseguirá satisfazer o interesse público”.

DALLARI, Adilson Abreu. “Responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores”. *RDP* 39-40, p. 260-261.

Tanto a acusação, quanto a defesa, especialmente nos casos de infrações político-administrativas (julgadas pela Câmara Municipal), possuem um elevado componente político-partidário ou até mesmo de relacionamento pessoal. Mas, se por um lado a defesa do Prefeito deve ser suportada pelo Poder Público, (por uma série de razões: porque se trata de defender a licitude de atos de ofício; porque o que se está defendendo é um mandato popular; porque o Prefeito é inocente até prova em contrário; e porque, se assim não for, a Câmara pode simplesmente matar por inanição econômica um Prefeito que não seja de seu agrado), por outro lado, é essencial que haja confiança e empatia entre o defensor e o defendido, o que nem sempre ocorre se a defesa for feita por procurador de carreira.

Enfim, aqui estão exemplificativamente expostas algumas situações justificadoras da contratação de serviços de advogados, mesmo que haja uma procuradoria regularmente instituída e composta por procuradores de carreira, ficando evidenciado que uma coisa não é incompatível com a outra.

Como regra geral, a contratação de advogado externo aos quadros da Administração Pública comporta e até mesmo exige a livre escolha, sem licitação.

### 3. Considerações doutrinárias

A contratação direta, sem licitação, com fundamento na inexigibilidade, baseia-se na inviabilidade de competição, entendendo-se como tal a impossibilidade de comparação entre diversos possíveis executantes do serviço pretendido.

Quando diversos profissionais puderem realizar o mesmo e idêntico serviço, ainda que de natureza técnica especializada, deve ser promovida uma disputa entre eles. Entretanto, quando diversos profissionais puderem realizar um serviço técnico profissional especializado, mas o produto do trabalho de cada um for diferente do trabalho do outro, por força das características pessoais do autor, aí então haverá impossibilidade de competição, dada a singularidade do serviço.

Celso Antônio Bandeira de Mello, em seu *Curso de Direito Administrativo* (8. ed. Malheiros, 1996. p. 332), resume de maneira clara e objetiva essa questão da singularidade, dizendo:

“Em suma: a singularidade é relevante e um serviço deve ser havido como singular quando nele tem de interferir, como

requisito de satisfatório atendimento da necessidade administrativa, um componente criativo de seu autor, envolvendo o estilo, o traço, a engenhosidade, a especial habilidade, a contribuição intelectual, artística ou a argúcia de quem o executa, atributos estes que são precisamente os que a Administração reputa convenientes e necessita para a satisfação do interesse público em causa.

Embora outros, talvez até muitos, pudessem desempenhar a mesma atividade científica, técnica ou artística, cada qual o faria à sua moda, de acordo com os próprios critérios, sensibilidade, juízos, interpretações e conclusões, parciais ou finais e tais fatores individualizadores repercutirão necessariamente quanto a maior ou menor satisfação do interesse público. Bem por isto não é indiferente que sejam prestados pelo sujeito A ou pelos sujeitos B ou C, ainda que todos estes fossem pessoas de excelente reputação.

É natural, pois, que, em situações deste gênero, a eleição do eventual contratado – a ser obrigatoriamente escolhido entre os sujeitos de reconhecida competência na matéria – recaia em profissional ou empresa cujos desempenhos despertem no contratante a convicção de que, para o caso, serão presumivelmente mais indicados do que os de outros, despertando-lhe a confiança de que produzirá a atividade mais adequada para o caso.

Há, pois, nisto, também um componente subjetivo ineliminável por parte de quem contrata”.

Quem efetua uma contratação direta, sem licitação, assume uma especial responsabilidade pelos resultados do contrato. Quando um contrato realizado mediante regular licitação não chega a bom termo, não há que se falar em responsabilidade pela escolha. É mais cômodo e seguro contratar mediante licitação, mas o dirigente efetivamente preocupado com os resultados de sua gestão não deve deixar de efetuar contratações diretas quando isso for necessário, devendo apenas acautelar-se provendo-se de dados que possam justificar a escolha.

Mais que isso, deve a autoridade competente, para decidir, evidenciar a efetiva necessidade desse tipo de contratação, pois, obviamente, não se pode contratar um profissional alta-

mente qualificado para executar serviços corriqueiros.

A contratação direta se justifica quando se conjugarem a alta complexidade do serviço a ser executado, justificando-se a escolha de profissional de alto nível, e a notoriedade do executante escolhido, conforme destaca Lúcia Valle Figueiredo (*Direitos dos Licitantes*. 3. ed. Malheiros, 1992. p. 34):

“Se a notória especialização é uma das exceções à regra da licitação, traz, como consequência, a possibilidade de contratações à revelia do procedimento licitatório. E, assim sendo, há de estar bem evidenciado que se conjugam os fatores necessários a sua validade.

De conseguinte, como já afirmado, dois são os fatores que devem, obrigatoriamente, estar presentes:

- 1) existência da especialização notória, em síntese, capacidade notória;
- 2) necessidade desta especialização notória, por parte da Administração”.

Seja qual for a espécie de profissional especializado que se pretenda contratar, é preciso que estejam presentes, concomitantemente, esses dois requisitos; caso contrário, será obrigatória a realização de licitação.

Entretanto, no caso da contratação de profissional do Direito ou da execução de serviços profissionais privativos de advogado devidamente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, surgem algumas peculiaridades impeditivas da concorrência derivadas da legislação disciplinadora do exercício profissional.

Mesmo que se tenha que proceder a uma comparação entre diversos advogados, é impossível a realização de qualquer modalidade licitatória na qual o menor preço seja ou possa ser o fator de julgamento.

Alice Maria Gonzales Borges deixa isso perfeitamente claro ao estudar a questão específica da contratação de advogado em trabalho publicado sob o título “Licitação para contratação de serviços profissionais de advocacia”, publicado no Boletim Jurídica – Administração Municipal (editado em Salvador, nº 8, 1996, p. 7), no qual apresenta os seguintes argumentos:

“Se o Estatuto da OAB e o Código de Ética vedam a captação de clientela, os procedimentos de mercantilização da profissão e o aviltamento de valores dos

honorários advocatícios (arts. 39 e 41 do Código de Ética), como conciliar tais princípios com a participação de advogados, concorrendo com outros advogados em uma licitação de menor preço, nos moldes dos arts. 45, I e § 2º da Lei 8.666/93?

Também resulta inviável, pelos mesmos princípios, a participação de escritórios de advocacia em licitações do tipo melhor técnica, a qual, nos termos do art. 46, § 1º, descamba, afinal, para o cotejamento de preços. Obviamente, também a licitação de técnica e preço do art. 46, § 2º, que combina aqueles dois requisitos”.

Esses judiciosos argumentos, entretanto, não se aplicam à realização de procedimento licitatório na modalidade de concurso, no qual o valor da remuneração é previamente estipulado, procedendo-se à escolha do melhor profissional que se disponha a realizar o serviço pretendido pelo valor que a Administração pretende ou pode suportar.

Quando, porém, o elemento fundamental da contratação for a confiança requerida pelas particularidades do caso, não se há que falar nem mesmo em concurso. O mesmo se pode dizer com relação a situações emergenciais, de real urgência.

Quem examinou a questão da exigibilidade ou inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços profissionais de advogado de maneira bastante ampla, apontando as diversas variáveis, foi Márcio Cammarosano (“Breves anotações sobre a contratação de serviços profissionais de advocacia”, ILC, Curitiba, nº 31/674), conjugando os fatores de ordem prática e de ordem jurídica que afetam a tomada de decisão nessa matéria:

“Contratação de serviços de advocacia, como serviços de terceiros, sob o regime da Lei nº 8.666/93, só pode ser efetuada em caráter eventual, esporádico, contingencial. Admite-se a contratação direta, sem licitação, se se estiver diante de caso de dispensa ou situação de inexigibilidade, nos termos da lei.

Se, mesmo para serviços rotineiros de advocacia, houver premente necessidade de contratação de serviços de terceiros por algum prazo, por alguma razão contingencial, deverá ser realizada prévia licitação, sem embargo da observação de que as modalidades de certame contempladas na Lei nº 8.666/93 não são, em rigor, as mais adequadas à referida

finalidade. Se a urgência reclamada for incompatível com as delongas de um procedimento licitatório, poderá haver contratação direta.

Se a necessidade da contratação de serviços de terceiros for ditada pela complexidade ou sofisticação do serviço desejado, a reclamar profissional ou escritório de notória especialização, a contratação direta será o caminho, com fundamento no art. 25, II, c.c. art. 13 da Lei nº 8.666/93, dando-se ao § 1º do art. 25 interpretação razoável, que não inviabilize sua utilização. Para tanto, cabe anotar que a singularidade do serviço, a reclamar notória especialização do seu prestador, não significa que só possam ser assim qualificados serviços *inéditos*, ou que só um possa prestá-lo. Se este for o caso, haverá manifesta inviabilidade da competição, e a contratação direta terá por fundamento o próprio *caput* do art. 25.”

Essa questão já foi objeto de decisão no Supremo Tribunal Federal. Ao relatar o RHC nº 72.830-8-RO (Acórdão publicado no *Boletim Licitações e Contratos – BLC*, Curitiba, nº 10, 1996, p. 521), o eminente Ministro Carlos Velloso, em seu ilustrado voto, acolhido por unanimidade, negando a existência de crime na contratação de advogado para a defesa de interesses do Estado junto aos Tribunais Superiores, fez a seguinte notável ponderação:

“Acrescente-se que a contratação de advogado dispensa licitação, dado que a matéria exige, inclusive, especialização, certo que se trata de trabalho intelectual, impossível de ser aferido em termos de preço mais baixo. Nesta linha, o trabalho de um médico operador. Imagine-se a abertura de licitação para a contratação de um médico cirurgião para realizar delicada cirurgia num servidor. Esse absurdo somente seria admissível numa sociedade que não sabe conceituar valores. O mesmo pode ser dito em relação ao advogado, que tem por missão defender interesses do Estado, que tem por missão a defesa da *res publica*”.

A importância especial dos interesses a serem defendidos não se coaduna com uma escolha automática, formal, impessoal. Em certos casos, não é irrelevante a escolha deste ou daquele profissional. Deve a Administração buscar o concurso do melhor profissional, daquele que se apresente como mais habilitado

para a execução daquela específica tarefa, que tanto pode ser a elaboração de um parecer, quanto a propositura de uma ação judicial, ou a defesa do interesse público em uma ação judicial proposta por terceiros, ou, ainda, a prestação de serviços de consultoria por tempo determinado.

Cabe repetir, todavia, que serviço técnico profissional especializado de advocacia suficiente para dispensar qualquer tipo de licitação é somente aquele de caráter singular, que exija de seu executante conhecimentos extraordinários, acima e além dos exigidos para o regular e normal exercício da profissão.

Somente se poderá contratar a elaboração de um parecer jurídico, com dispensa de qualquer modalidade de licitação, com quem, além de ser bacharel em direito, tenha uma formação acadêmica superior ao simples grau de bacharel em direito, seja dotado de especial titulação acadêmica ou tenha exercido funções públicas de hierarquia superior na área jurídica; não é possível escolher subjetivamente e contratar diretamente um simples bacharel em direito para promover execuções fiscais.

Lamentavelmente os abusos que já se cometeram nessa matéria estão levando a uma reação desarrazoada, redundando na formulação de denúncias e mesmo na propositura de um preocupante número de ações judiciais contra profissionais dotados da maior honorabilidade, especialmente quando contratados para atuar em casos de grande repercussão política, conforme tivemos oportunidade de focar em nossa monografia sobre os procedimentos licitatórios:

“Atualmente, no tocante à contratação de serviços técnicos profissionais especializados, sem licitação, a Ação Popular vulgarizou-se, transformando-se em meio de atuação política ou, até mesmo, simples instrumento de extorsão. Da mesma forma, pululam as Ações Cíveis Públicas interpostas sem a mais elementar cautela, sem o mais mínimo cuidado na apuração preliminar dos fatos. Não se pode pretender que autoridades e administradores descuidem de sua honorabilidade pessoal, a ponto de entregar tais casos aos cuidados de uma espécie de defensor natural. Entendemos que agentes políticos, titulares de mandatos eletivos, têm a obrigação de defender a integridade da outorga popular.

Da mesma forma, devem defender, da melhor forma possível, a integridade do patrimônio sob seus cuidados e zelar pelo incremento de suas fontes de recursos”.

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos Jurídicos da Licitação*. 4. ed. Saraiva, 1997. p. 57.

No exame da legalidade ou ilegalidade da contratação direta de advogado, existe sempre a necessidade de um exame cuidadoso e aprofundado de cada caso, assegurando-se aos acusados o exercício da ampla defesa, antes de se lhes causar qualquer gravame, ainda que apenas de ordem moral, como ocorre quando se deflagra um procedimento judicial totalmente infundado.

Resumindo: a contratação eventual e temporária de serviços de advocacia, com profissionais ou firmas de notória especialização, não conflita com a manutenção de um corpo permanente de procuradores ou servidores advogados, mas está sujeita, em princípio, à licitação, realizada sob a modalidade de concurso, configurando-se a inexigibilidade de qualquer procedimento licitatório apenas quando houver impossibilidade de comparação, em função da singularidade do objeto.

#### 4. A legislação

À luz das considerações doutrinárias acima expostas, fica mais fácil extrair o exato entendimento das normas que disciplinam o assunto.

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, em seu art. 13, faz uma enumeração (meramente exemplificativa) dos trabalhos que por ela são considerados como “serviços técnicos profissionais especializados”.

Nos diversos incisos desse artigo, para os efeitos deste estudo, cabe mencionar as referências a estudos técnicos, pareceres, assessorias ou consultorias técnicas, patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas e, ainda, treinamento e aperfeiçoamento de pessoal.

É certo, pois, que os objetos das contratações em exame se enquadram dentro daquilo que a própria Lei já considera como serviços técnicos profissionais especializados.

Essa enumeração está diretamente relacionada com a questão da inexigibilidade de licitação, que é disciplinada pelo art. 25:

“Art. 25 – É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição,

em especial:

...

II – para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;”

Aliás, a Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, considerou eticamente irrepreensível a contratação de advogado com fulcro no art. 25, II, da Lei nº 8.666/93 com a redação da Lei nº 8.883/94, *verbis*:

“Licitação. Inexigibilidade para contratação de advogado. Inexistência de infração. Lei nº 8.666, de 21-6-1993, que regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da administração pública. Inexigibilidade de licitação para contratação de advogado, para prestação de serviços patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas. Condição de comprovação hábil, em face da natureza singular dos serviços técnicos necessitados, de tratar-se de profissionais ou empresas de notória especialização. Critério aceitável pela evidente inviabilidade de competição licitatória. Pressuposto da existência de necessária moralidade do agente público no ato discricionário regular na aferição da justa notoriedade do concorrente. Inexistência, na mencionada lei, de criação de hierarquia qualitativa dentro da categoria dos advogados. Inexistência de infringência ética na fórmula legal licitatória de contratação de advogados pela administração pública. Precedente no Processo nº E-1.062”.

(OAB – Tribunal de Ética. Processo E-1.355, Relator Dr. Elias Farah).

O dispositivo em comento não apresenta maior detalhamento quanto ao que deve ser entendido como serviço “de natureza singular” (tarefa essa muito bem cumprida pela doutrina, conforme o excerto de Celso Antônio Bandeira de Mello acima transcrito), mas, em seu § 1º, esmera-se em indicar quais os dados ou elementos que permitem qualificar um profissional como dotado de notória especialização:

“§ 1º – Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade,

decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato”.

O exame da documentação apresentada pelo advogado contratado, especialmente seu *curriculum vitae*, deve servir para confirmar não só que ele é dotado de notória especialização, mas, sim, também, que ele é um jurista cuja experiência profissional está perfeitamente adequada aos objetivos almejados pela Administração Pública com a sua contratação. Ou seja, ele é especializado exatamente naquilo para o que o contratante necessita de assessoramento jurídico ou atuação judiciária de especial qualificação.

Nunca se pode esquecer, entretanto, o princípio da razoabilidade, que requer uma ponderação entre a natureza e a relevância dos interesses em jogo, a capacidade financeira de quem contrata e a disponibilidade de profissionais contratáveis, no espaço e no tempo.

## 5. Conclusões

Como resumo final, diante de tudo quanto foi exposto, pode-se dizer que a Constituição Federal não impede a contratação de advogados pela Administração Pública, muito especialmente no âmbito municipal.

Com base nos princípios federativo e da autonomia municipal, cada Município, ao organizar sua administração, decidirá pela criação ou não de procuradorias, pela criação ou não de cargo ou cargos de procuradores ou pela pura e simples contratação de advogados externos, de acordo com suas necessidades, possibilidades e peculiaridades.

Na contratação de advogados, as especificidades do trabalho a ser realizado é que determinarão a exigibilidade ou não de licitação.

Em se tratando de situação que recomende ou determine a contratação direta, sem licitação, deve-se tomar especial cuidado com as características do profissional contratado (qualificação, experiência, confiança).

A livre escolha deve ser feita e examinada à luz do princípio da razoabilidade, considerando-se um conjunto de circunstâncias. É intolerável a escolha mediante simples cotejo de preços.



Se for possível e exigível uma escolha objetiva, poder-se-á realizar uma licitação na modalidade de concurso, com a pré-determinação do valor dos honorários.

Em síntese, cabe apenas reafirmar que não é

possível formular uma afirmação genérica no tocante à exigibilidade de licitação para a contratação de serviços profissionais de advogado, seja em sentido positivo, seja em sentido negativo, pois cada caso é um caso.

# Controle externo do Poder Judiciário – inconstitucionalidade

ALEXANDRE DE MORAES

## SUMÁRIO

*1. Poder Judiciário – autonomia e independência. 2. Independência do Poder Judiciário e controle externo. 3. Supremo Tribunal Federal e controle externo do Poder Judiciário.*

### 1. Poder Judiciário – autonomia e independência

O Poder Judiciário é um dos três poderes clássicos previstos pela doutrina e consagrado como um poder autônomo e independente, de importância crescente no Estado de Direito, pois, como afirma Sanches Viamonte, sua função não consiste somente em administrar a Justiça, pura e simplesmente, sendo mais, pois seu mister é ser o verdadeiro guardião da Constituição, com a finalidade de preservar, basicamente, os princípios da legalidade e igualdade, sem os quais os demais tornariam-se vazios. Essa concepção resultou da consolidação de grandes princípios de organização política, incorporados pelas necessidades jurídicas na solução de conflitos. Clèmerson Merlin Clève, nesse sentido, coloca que a Constituição Federal de 1988 prestigiu o Poder Judiciário. Concedeu, afinal, “a esse Poder o monopólio da função jurisdicional”<sup>1</sup>.

Se é verdade que se deve ter em mente a advertência de Pinto Ferreira de que

“nos derradeiros anos aumentou a influência do Poder Judiciário. Se, a princípio, era um órgão de pouca influência, e praticamente subordinado aos demais órgãos, hoje não somente é um órgão distinto, mas poderoso. É essa a razão pela qual

Alexandre de Moraes é Promotor de Justiça de São Paulo e professor de Direito Constitucional e Direitos Humanos do Complexo Jurídico Damásio de Jesus e do Curso de Especialização da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. É membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. Mestrando em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo.

<sup>1</sup>*Temas de Direito Constitucional*. São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 36.

surgiu conhecido livro de Lambert intitulado *O governo dos juízes e a luta contra a legislação social nos Estados Unidos* (1925), livro que mereceu a réplica de Roger Pinto na obra intitulada *Os juízes que não governam* (1934). Uma tal doutrina chegou a cristalizar-se numa orientação avançada de que o Poder Judiciário é um superpoder, como lembrou James Black no livro *A Constituição dos Estados Unidos* (1923, p. 150 e s.). Nem tanto, nem quanto. O Poder Judiciário é um dos três poderes constitucionais; não está acima dos demais poderes. Acolher a idéia do superpoder, como aliás teve agasalho em nosso STF, é uma utopia, desmentida pela realidade prática do Brasil e dos demais países”<sup>2</sup>;

não é menos verdade que o Poder Judiciário não está abaixo dos demais, devendo, portanto ter plena autonomia e independência.

Não se consegue conceituar um verdadeiro Estado de Direito Democrático sem a existência de um Poder Judiciário autônomo e independente para que exerça sua função de guardião das leis, pois, como afirmou Zaffaroni, “a chave do poder do judiciário se acha no conceito de *independência*”<sup>3</sup>.

Dá as garantias de que goza, algumas das quais asseguradas pela própria Constituição Federal, sendo as principais a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos. Na proteção dessas garantias, devemos atentar na recomendação de Montesquieu, de que as leis e expedientes administrativos tendentes a intimidar os juízes contravêm o instituto das garantias judiciais, impedindo a prestação jurisdicional, que há de ser necessariamente independente, e afetando, dessa forma, a separação dos poderes e a própria estrutura governamental. Na defesa da necessária independência do Judiciário, Carl Schmitt afirma que a utilização da legislação pode ser facilmente direcionada para atingir os predicamentos da magistratura, afetando a independência do Poder Judiciário. Como autoproteção, o próprio Judiciário poderá garantir sua posição constitucional, mediante controle judicial desses atos, de onde concluímos a ampla possibilidade de con-

trole de constitucionalidade das leis ou atos normativos que desrespeitem o livre exercício desse Poder. Ressalva, porém, a necessidade da submissão do magistrado ao império da Constituição e das leis ao afirmar que

“En todos los casos, los fundamentos del control y de la decisión judicial han de ser normas que permitan una subsunción precisa y delimitada. La sujeción a una de estas normas es, justamente, condición y premisa de la independencia del poder judicial. Cuado el juez abandona el terreno en que realmente es posible una efectiva subsunción bajo normas generales y, como consecuencia, una sujeción concreta a la ley, deja de ser un juez independiente, sin que puede aducirse en su descargo ninguna apariencia de judicialidad”<sup>4</sup>.

Bandrés afirma que a independência judicial constitui um direito fundamental dos cidadãos, inclusive o direito à tutela judicial e o direito ao processo e julgamento por um tribunal independente e imparcial. E conclui, citando Luigi Ferrajoli, para quem a independência da magistratura pode ser entendida de diversas maneiras, inclusive opostas,

“como independencia de la función judicial respecto del Poder Ejecutivo y de los centros burocráticos de decisión internos a la propia organización judicial, o como independencia del Poder Judicial de cualquier forma de control democrático y popular. En una palabra, como independencia frente al poder o como poder independiente”<sup>5</sup>.

Assim, é preciso um órgão independente e imparcial, para velar pela observância da Constituição, e garantidor da ordem na estrutura governamental, mantendo nos seus papéis tanto o Poder federal como as autoridades dos Estados Federados, além de consagrar a regra de que a Constituição limita os poderes dos órgãos da soberania. Marcelo Caetano analisa essa importante função do Judiciário americano, apontando que

“na verdade, a Constituição criou um equilíbrio instável entre a União e os Es-

<sup>2</sup>FERREIRA, Pinto. *Comentários à constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 4. p. 03.

<sup>3</sup>ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário* - tradução: Juarez Tavares. São Paulo: RT, 1995, p. 87.

<sup>4</sup>SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitución* (Der Hüter der Verfassung) - tradução do alemão de Manuel Sanchez Sarto. Madri: Tecnos1983, p. 53.

<sup>5</sup>BANDRÉS, José Manuel. *Poder Judicial Y Constitución*. Barcelona: Bosch-Casa Editorial, 1987. p. 12.

tados que nos primeiros tempos teria sido muito fácil romper em benefício dos Estados, considerados fonte e origem da soberania federal, reduzindo a União à importância. Era preciso que um órgão independente e imparcial velasse pela observância da Constituição e mantivesse nos seus papéis tanto o Poder federal como as autoridades dos Estados federados. O Supremo Tribunal chamou a si essa missão, que não lhe estava atribuída expressamente na Constituição, a partir do célebre caso *Marbury v. Madison* (1803). Mas com ela veio uma idéia nova, desconhecida em Inglaterra: a de que a Constituição limita os poderes dos órgãos da soberania”<sup>6</sup>.

## 2. Independência do Poder Judiciário e controle externo

A imperiosa obrigatoriedade de imparcialidade e independência do Poder Judiciário nos traz a necessidade de tratarmos da real possibilidade da criação de um *controle externo* sobre suas atividades.

O estudo deve analisar, primeiramente, o teor de dois artigos da Constituição Federal, o art. 2º (*São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*) e o art. 60, § 4º, III (*Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a separação dos Poderes*), pois a conjugação de ambos nos mostra que o legislador constituinte, ao proclamar a existência de poderes da República, independentes e harmônicos entre si, cada qual com sua função soberana, buscou uma finalidade maior, qual seja, evitar o arbítrio e garantir a liberdade individual do cidadão. Ambas as previsões vieram acompanhadas pelo manto da imutabilidade, pretendendo o legislador constituinte evitar o futuro desequilíbrio entre os detentores das funções estatais.

A harmonia prevista entre os Poderes de Estado vem acompanhada de um detalhado sistema de freios e contrapesos (*check and balances*), consistente em controles recíprocos<sup>7</sup>.

<sup>6</sup>CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. I. p. 117.

<sup>7</sup>Cf. MORAES, Alexandre. *Direitos humanos*. São Paulo: Atlas, 1997. p. 65-75; PIÇARRA, Nuno. *Separação de poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1989.; FERRAZ,

Assim, é necessário lembrar, dentro dessa idéia de *reciprocidade de controles*, que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das unidades administrativas do Poder Judiciário deverá ser realizada pelo Poder Legislativo, por meio do próprio Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União<sup>8</sup>, no âmbito nacional.

Além disso, o modo de escolha e investidura da cúpula do Poder Judiciário – os Ministros do Supremo Tribunal Federal – sofre rigoroso controle por parte tanto do Poder Executivo, quanto do Poder Legislativo. A Constituição Federal prevê, em seu art. 101, que o

“Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada”,

sendo que o parágrafo único do citado artigo determina que

“Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal”.

Não bastasse isso, o Poder Judiciário sofre controle administrativo na escolha e modo de investidura de altos magistrados de Tribunais Superiores, além da regra do quinto constitucional na Justiça Federal, no âmbito da União; e nos Tribunais Estaduais e do Distrito Federal.

A reforçar esse sistema de controles exercidos sobre o Poder Judiciário, como relembra José Tarcízio de Almeida Melo,

“o controle legislativo do Poder Judiciário, além daquele em que o Congresso tem como auxiliar o Tribunal de Contas da União, dá-se com a participação na elaboração dos projetos de lei, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e dos Tribunais de Justiça, concernentes à alteração do número de cargos de membros dos Tribunais e dos respectivos servidores, e fixação dos vencimentos, bem como à organização e divisão judiciária (art. 96, III)”<sup>9</sup>.

Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes*. São Paulo: RT, 1994.

<sup>8</sup>CF, art. 71, IV.

<sup>9</sup>ALMEIDA MELO, José Tarcízio de. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 258.

Todos esses controles configuram-se previsões originárias do legislador constituinte, dentro do equilíbrio que deve pautar a harmonia entre os Poderes da República.

Seria possível, pois, ao legislador constituinte derivado – Congresso Nacional – conceber a tarefa de criação de um *verdadeiro Quarto Poder*, cuja função precípua seria controlar um dos três Poderes da República, originariamente criado e organizado pela Assembléia Nacional Constituinte?

Creemos que não, sob pena de grave ferimento à uma das cláusulas pétreas: a Separação dos Poderes<sup>10</sup>. A criação de um órgão autônomo e externo ao Poder Judiciário, com a missão de fiscalizá-lo e controlá-lo, acabaria por desrespeitar flagrantemente os arts. 2º e 60, § 4º, III, da Constituição Federal, configurando-se em uma intervenção dos demais poderes na magistratura, que ficaria submetida hierárquica e politicamente a um órgão político, composto por integrantes pertencentes aos demais Poderes ou instituições estatais, e, em conseqüência, haveria o grave risco de comprometimento da imparcialidade dos magistrados<sup>11</sup>.

Esse mesmo entendimento é defendido por Michel Temer, que, após analisar a necessidade de independência do Judiciário, afirma que o

“Conselho Nacional de Justiça será um outro poder, independente dos demais. Será composto, inafastavelmente, por membros de correntes partidárias ou funcionais que farão nascer, se não diretamente, pelo menos indiretamente, *nefasta influência na decisão judicial*. Não desejo dizer, com isso, que o juiz será intimidado pelo Conselho. Haverá, porém,

<sup>10</sup>Posicionando-se a favor da criação de um controle externo do Poder Judiciário, que entende compatível com a Separação dos Poderes, Mário Brockmann afirma que “a expressão poderes independentes permite uma interpretação abusiva da teoria inspirada da fórmula importada, pois o que se busca com a separação de poderes é a sua limitação mútua, enquanto o que se obtém com a sua independência é uma lógica de expansão isolacionista. E com o isolamento podem vir a irresponsabilidade, o privilégio e o abuso” (Separação de Poderes e Controle Externo do Judiciário. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. n. 09. São Paulo: RT, 1996. p.85).

<sup>11</sup>Sobre os reflexos da politização dos juízes na atividade jurisdicional, consultar: FERRAZ, Junior. Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos Poderes: Um princípio em decadência? *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros. p. 46.

nítida preocupação do juiz com o Conselho, de composição heterogênea, com membros nem sempre conhecedores da arte jurisdicional. Se as Constituições primaram, sempre, por evitar até mesmo a injunção interna no poder decisório, como admitir que um órgão externo ao Judiciário venha a fazê-lo?”<sup>12</sup>.

Se não é possível constitucionalmente a criação de um órgão externo controlador do Poder Judiciário, a própria Constituição Federal já prevê a possibilidade de criação de um *Conselho da Justiça*, que funcionará junto ao Superior Tribunal de Justiça, cabendo-lhe, na forma da lei, exercer a supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo grau. Ressalte-se que as funções desse Conselho de Justiça devem assemelhar-se às funções dos Conselhos Superiores da Magistratura portuguesa<sup>13</sup>, que, como salientado por Canotilho, não podem perturbar a *independência interna* dos magistrados, isto é, o livre exercício da sua atividade, garantindo-se constitucionalmente a inexistência de quaisquer vínculos perante os órgãos dirigentes do próprio Judiciário e dos tribunais superiores<sup>14</sup>.

### 3. Supremo Tribunal Federal e controle externo do Poder Judiciário

O Supremo Tribunal Federal não admite a criação de mecanismos de controle externo do Poder Judiciário que não foram previstos originariamente pelo legislador constituinte, entendendo que tais hipóteses afrontam o princípio da separação dos poderes. Assim, analisando a possibilidade de criação de *controles externos às magistraturas estaduais*, o Tribunal já declarou a inconstitucionalidade das Constituições dos Estados da Paraíba, Pará, Bahia e Mato Grosso.

O STF declarou a inconstitucionalidade da Constituição do Estado da Paraíba que instituiu o Conselho Estadual de Justiça, composto por dois desembargadores, um representante da Assembléia Legislativa do Estado, o Procurador-

<sup>12</sup>TEMER, Michel. *Constituição e Política*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 77-78.

<sup>13</sup>Conselhos Superiores da Justiça – Conselho Superior da Magistratura (CRP, arts. 219 e 220); Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais (CRF, art. 219) e Conselho Superior do Ministério Público (art. 222),

<sup>14</sup>CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993. p. 768.

Geral do Estado e o Presidente da Seccional da OAB, atribuindo-lhe a fiscalização da atividade administrativa e do desempenho dos deveres funcionais do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Advocacia Geral do Estado e da Defensoria Pública, pois entendeu que essa previsão ofendia, flagrantemente, o princípio da Separação dos Poderes<sup>15</sup>.

Igualmente, o Pretório Excelso declarou a inconstitucionalidade da Constituição do Estado do Pará que criara um Conselho Estadual de Justiça integrado por membros da magistratura estadual, autoridades pertencentes aos outros Poderes, advogados e representantes de cartórios de notas de registro e de serventuários da Justiça, afirmando que

“a criação, pela Constituição do Estado, de Conselho Estadual de Justiça com essa composição e destinado à fiscalização e ao acompanhamento do desempenho dos órgãos do Poder Judiciário é *inconstitucional*, por ofensa ao princípio da separação dos Poderes (art. 2º da Constituição Federal), de que são corolários o autogoverno dos Tribunais e a sua autonomia administrativa, financeira e orçamentária (arts. 96, 99 e parágrafos, e 168 da Carta Magna)”<sup>16</sup>.

O Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, também julgou procedente ação direta para declarar a inconstitucionalidade da Constituição do Estado da Bahia que, alterando o modo de investidura dos desembargadores do Tribunal de Justiça, pretendia estabelecer uma fiscalização dos poderes Executivo e Legislativo na formação do Tribunal. Assim, a Constituição baiana previa que o Tribunal de Justiça deveria indicar ao Governador do Estado o Juiz mais antigo ou apresentar-lhe lista tríplice para o critério de merecimento, para que esse efetivasse a escolha e submetesse-a à apreciação da Assembleia Legislativa. Entendeu a Corte Suprema que esse dispositivo desrespeitou o autogoverno da magistratura (CF, art. 99, *caput*)<sup>17</sup>.

<sup>15</sup>STF - Adin nº 135-PB - rel. Min. Octavio Gallotti - d. 21.11.96 - Informativo STF nº 54

<sup>16</sup>STF - Pleno - Adin nº 137-0/PA - rel. Min. Moreira Alves, Diário da Justiça, Seção I, 3 out. 1997, p. 49.227.

<sup>17</sup>STF - Pleno - Adin nº 202-3/BA - rel. Min. Octávio Gallotti, Diário da Justiça, Seção I, 13 SET 1996, p. 33230 e INFORMATIVO STF nº 43, onde são citados os seguintes precedentes: ADIn 314-PE (Pleno, 04.09.91); ADIn 189-RJ (RTJ, 138/371); Aor 70-SC (RTJ 147/345).

Por fim, o STF, também por votação unânime, julgou procedente a ação direta e declarou a inconstitucionalidade da Constituição do Mato Grosso que estabelecia a criação de um *controle externo à magistratura estadual*. Conforme afirmou o Tribunal,

“O princípio da separação e independência dos Poderes não possui uma fórmula universal apriorística e completa: por isso, quando erigido, no ordenamento brasileiro, em dogma constitucional de observância compulsória pelos Estados-membros, o que a estes se há de impor como padrão não são concepções abstratas ou experiências concretas de outros países, *mas sim o modelo brasileiro vigente de separação e independência dos Poderes, como concebido e desenvolvido na Constituição da República*. (...) Poder Judiciário: controle externo por colegiado de formação heterogênea e participação de agentes ou representantes dos outros Poderes: inconstitucionalidade de sua instituição na Constituição de Estado-membro. Na formulação positiva do constitucionalismo republicano brasileiro, o autogoverno do Judiciário – além de espaços variáveis de autonomia financeira e orçamentária – reputa-se corolário da independência do Poder (ADIn 135-Pb, Gallotti, 21-11-96): viola-o, pois, a instituição de órgão chamado “*controle externo*”, com participação de agentes ou representantes dos outros Poderes do Estado. A experiência da Europa continental não se pode transplantar sem traumas para o regime brasileiro de poderes: lá, os conselhos superiores da magistratura representaram um avanço significativo no sentido da independência do Judiciário, na medida em que nada lhe tomaram do poder de administrar-se, de que nunca antes dispuseram, mas, ao contrário, transferiram a colegiados onde a magistratura tem presença relevante, quando não majoritária, poderes de administração judicial e sobre os quadros da magistratura que historicamente eram reservados ao Executivo; a mesma instituição, contudo, traduziria retrocesso e violência constitucional, onde, como sucede no Brasil,

a idéia da independência do Judiciário está extensamente imbricada com os predicados de autogoverno crescentemente outorgados aos Tribunais”<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup>STF - Pleno - Adin nº 98-5/MT - rel. Min. Sepúlveda Pertence, Diário da Justiça, Seção I, 31 out 1997, p. 55.539.

\*Notas bibliográficas conforme original.

# O controle da legalidade diante da remoção e da inamovibilidade dos advogados públicos

Derly Barreto e Silva Filho

## SUMÁRIO

*1. O Estado Democrático de Direito e a Advocacia Pública como função essencial à justiça. 2. A atividade de consultoria e de representação a cargo dos advogados públicos. 3. Garantias da Advocacia Pública e seus agentes – A independência institucional e a autonomia funcional. 4. O controle da legalidade diante da remoção e da inamovibilidade dos advogados públicos. 5. Propostas.*

### 1. O Estado Democrático de Direito e a Advocacia Pública como função essencial à justiça

É cediço que o Estado liberal dos séculos XVIII e XIX foi concebido com a finalidade primordial de garantir a liberdade e a propriedade individuais contra os abusos perpetrados pelos detentores do poder absoluto, insubmissos a qualquer regra de direito tirada da razão e da justiça.

Essa intenção liberal de defesa da autonomia privada exprimiu-se na Constituição, que se tornou um “estatuto negativo”<sup>1</sup>, ou seja, um conjunto de normas jurídicas destinado a demarcar as fronteiras do ente estatal, que não mais deveria “perturbar nem ofender (ou evitar que alguém o conseguisse) os direitos e liberdades inalienáveis do indivíduo”<sup>2</sup>.

Consolidando ainda mais o escudo protetor dos direitos e liberdades individuais, o Estado liberal incorporou a doutrina da separação

<sup>1</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1982. p. 126.

<sup>2</sup> RIBEIRO, Vinício. *O estado de direito e o princípio da legalidade da administração*. 2. ed. Coimbra Ed. 1981. p. 43.



dos poderes<sup>3</sup>, concebida cientificamente por Montesquieu – em “O Espírito das Leis” –, com o fito de evitar a abusiva concentração do poder político nas mãos de um só órgão – o rei –, o que se logrou dividindo o poder estatal (ou melhor, as funções do Estado) em órgãos especializados, contrapondo-os a fim de que houvesse uma limitação recíproca, uma contenção do poder pelo poder, por meio de um sistema de freios e contrapesos.

Todavia, com o passar do tempo, evidenciou-se que a fórmula do liberalismo para a solução dos problemas relativos ao arbítrio estatal não fornecia respostas válidas às necessidades materiais da sociedade, liberta dos tentáculos do Estado, mas entregue à sorte das regras de mercado, lastreadas na autonomia da vontade, que nem sempre asseguravam a todos condições dignas de existência<sup>4</sup>.

Observa Manuel Afonso Vaz que, estabelecendo apenas

“uma delimitação de competência entre titulares do poder e restringindo o elenco dos direitos fundamentais aos chamados direitos negativos (os que pressupõem ou postulam uma abstenção dos poderes políticos), a Constituição abstinha-se de encarar frontalmente os problemas da ordem e da constituição económica”<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> A expressão “separação dos poderes” é a técnica, pois todo poder político estatal é uno. São as suas *funções* que se separam. Todavia, o legislador constituinte brasileiro optou por essa nomenclatura, como se vê da leitura do art. 60, § 4º, III, da Constituição Federal de 1988.

<sup>4</sup> A respeito das teses defendidas pelos liberais clássicos, Reinhold Zippelius escreve: “Era um optimismo grandioso que preenchia estas teses. No entanto, fracassou a ideia optimista de um Estado que permitisse que a personalidade do indivíduo, a sociedade e a economia se desenvolvessem de acordo com as suas próprias leis. A benção de uma economia que se desenvolvesse sem intervenções nem restrições por parte do Estado revelou-se, para os milhares de operários apanhados pela engrenagem das novas fábricas e minas, como sistema de exploração desumana. Os empresários e operários eram, sem dúvida, juridicamente livres de celebrar e rescindir contratos de trabalho, mas em termos económicos esta liberdade consistia para o operário na escolha entre trabalhar sob condições muitas vezes mais que indignas ou morrer de fome” (*Teoria Geral do Estado*. Tradução Karin Praefke-Aires Coutinho. 3. ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 379).

<sup>5</sup> *Direito Económico*. 2. ed. Coimbra Ed. 1990. p. 75.

Tais problemas provinham exatamente do abuso das liberdades individuais, notadamente no plano das relações sócio-econômicas<sup>6</sup>.

O poder econômico de uma minoria (a burguesia) – manifestado por meio da detenção particular dos meios de produção – subjugava populações inteiras, privadas das necessidades mais elementares de subsistência.

O Estado liberal, para não sucumbir às demandas das classes oprimidas, foi injungido, a partir do início do século XX, a intervir na vida social e econômica, que permanecia à sua margem.

Surge, então, a preocupação com o interesse público, com o bem-estar coletivo, em substituição ao individualismo<sup>7</sup>.

Amplia-se o campo de atuação do Estado, que passa a tutelar, além dos direitos individuais, bens jurídicos de relevo social, como saúde, moradia, educação, trabalho, previdência, transporte, interferindo no domínio privado, instituindo limitações à liberdade e propriedade individuais, avocando e orientando atividades antes deixadas ao inteiro talante da livre iniciativa.

Com muita percuciência, salienta Maria Sylvia Zanella di Pietro que essa evolução trouxe

<sup>6</sup> Apontando os paradoxos do liberalismo clássico, Agustín Gordillo afirma: “O tempo demonstrou que o simples cumprimento dos postulados de liberdade e igualdade com proteção do Estado pode resultar em verdadeiros paradoxos pois a sociedade apresenta amiúde diferenças econômicas e sociais entre seus componentes, que se acentuam continuamente num regime que se contenta em proteger os direitos de propriedade e liberdade etc. tal e como os encontra, sem preocupação de melhorá-los quando de fato são insuficientes. Se o Estado se limita a contemplar impassível enquanto as diferenças sociais vão se acentuando de fato, sem tomar nenhuma ação para ajudar aos mais necessitados para progredir paralelamente aos demais, estaria contribuindo praticamente para uma verdadeira negação dos direitos que postula para os indivíduos. De nada serviria *reconhecer* a “todos” os indivíduos um direito à propriedade ou liberdade de trabalho ou de ensinar e aprender, se as condições sócio-econômicas imperantes (miséria, enfermidade, acidentes, ignorância, velhice) excluem permanentemente alguns indivíduos de toda oportunidade de serem proprietários, trabalhar livremente ou aprender e ensinar. Este é o paradoxo que o “Estado de Direito”, numa colocação muito tradicional, não tem logrado, ao que parece, superar” (*Princípios gerais de Direito Público*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1977. p. 69-70).

<sup>7</sup> “Do Estado como entidade necessariamente alheia ao processo de satisfação das necessidades

conseqüências inevitáveis em matéria de controle jurídico do poder, porque os mecanismos idealizados para o Estado liberal, centrados fundamentalmente na proteção dos direitos individuais, tornaram-se inadequados para um Estado de cunho social, intervencionista<sup>8</sup>.

De fato. Até então, o controle de legalidade limitava-se a dizer da conformidade do ato estatal à lei, apenas sob o prisma formal, desvinculado da idéia de justiça<sup>9</sup>.

Hoje, com o advento do Estado Democrático de Direito, requer-se, e efetivamente passa a haver – muito embora ainda não tão eficazmente –, um controle administrativo abrangente de aspectos como desvio de poder, moralidade, legitimidade, economicidade, proporcionalidade dos meios aos fins, adequação dos fatos à norma, qualificação jurídica dos fatos feita pela Administração Pública<sup>10</sup>; enfim, hodiernamente, cobra-se do Estado não somente a crua e formal submissão ao texto da lei: exige-se que sua ação tenha assomos de legalidade e conteúdo de legitimidade e licitude, atendendo, portanto, à vontade popular e à moralidade.

No Estado brasileiro de 1988, isso transparece com enorme clareza não só pela dicção do art. 1º da Constituição Federal,<sup>11</sup> mas, antes, pelo próprio preâmbulo constitucional<sup>12</sup>. Confira-se:

---

privadas – anota Ana Prata – passa-se ao entendimento de que ao Estado devem ser cometidas tarefas de realização do bem-estar dos cidadãos em sectores considerados fundamentais, prioritários, vitais, ao mesmo tempo que lhe incumbe intervir nas relações interindividuais de forma a, pelo assegurar de valores mínimos de sã convivência, corrigir as conseqüências que a situação de real desigualdade dos sujeitos acarreta” (*A tutela constitucional da autonomia privada*. Almedina, 1982. p. 38-39).

<sup>8</sup> As carreiras jurídicas e o controle da Administração Pública. *Revista Jurídica de Osasco*, v. 3, p. 72, 1996.

<sup>9</sup> Em razão desse formalismo, o Poder Judiciário adstringia-se a aferir a legalidade do ato da Administração somente sob aspectos de competência, forma e objeto.

<sup>10</sup> DI PIETRO, op. cit., p. 73.

<sup>11</sup> Prescreve o art. 1º da Constituição Federal que “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e do Distrito Federal, constituiu-se em Estado Democrático de Direito...”.

<sup>12</sup> Embora seja discutível o caráter jurídico do preâmbulo constitucional, pode-se entendê-lo, segun-

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

Pois bem. Como o Estado Democrático de Direito brasileiro consegue assegurar tão altivos propósitos?

A questão admite diversos enfoques, permitindo inúmeras análises. Entretanto, como não se tenciona, aqui, teorizar sobre o assunto, mas somente investigar o contexto no qual a Advocacia Pública se situa, pode-se afirmar que um dos mecanismos mais hábeis engendrados pelo Direito Público contemporâneo para confinar a ação do Estado aos quadrantes constitucionais é o controle administrativo, para o qual, no regime constitucional de 1988, colaboram e concorrem decisivamente as chamadas “funções essenciais à justiça”.

Essa atividade de controle, preleciona Diogo de Figueiredo Moreira Neto, é cometida a “órgãos técnicos, exercentes de uma parcela do poder estatal, mas destacados dos Poderes do Estado”<sup>13</sup>.

Com razão, pois, no título dedicado à organização dos Poderes, depois de tratar do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, a Constituição Federal elencou as *funções essenciais à justiça*, instituindo o Ministério Público (cf. arts. 127 a 130)<sup>14</sup>, a Defensoria

do preleciona Jorge Miranda, como um “conjunto de princípios que se projectam sobre os preceitos e sobre os restantes sectores do ordenamento” (*Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra Ed. 1991. v. 2, p. 237), de modo que dele se podem extrair os grandes objetivos constitucionais.

<sup>13</sup> As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, v. 29, n. 116, p. 82, out./dez. 1992.

<sup>14</sup> De acordo com o caput do art. 127 da Constituição Federal, o Ministério Público é *instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado*,

Pública (cf. art. 134)<sup>15</sup> e a *Advocacia Pública* (cf. arts. 131 e 132)<sup>16</sup>.

A partir desse enunciado constitucional, afirma-se, sem exagero, que as *funções essenciais à justiça* são tão relevantes quanto aquelas exercidas pelos três Poderes do Estado, exatamente porque, pela sua atuação, assegura-se (ou se procura assegurar) a perfeita correspondência formal e material dos atos administrativos aos postulados da legalidade, legitimidade e licitude, valores que se sintetizam no termo *justiça*, contido na expressão *funções essenciais à justiça*,<sup>17</sup> aspiração maior do Estado Democrático de Direito brasileiro.

No que atina com a *Advocacia Pública*, essas funções compreendem atividades preventivas (consultoria jurídica) e postulatórias (representação)<sup>18</sup>.

À função preventiva cabe *orientar* a atuação da Administração Pública, *evitando*, assim, o cometimento de injuridicidades; à função postulatória, por seu turno, cumpre *demandar*, junto ao Poder Judiciário, a defesa dos interesses entregues à cura do Estado.

Conclui-se, assim, que a *Advocacia Pública*, no Estado Democrático de Direito brasileiro, insere-se basicamente no contexto do controle jurídico da função administrativa, acautelando, promovendo e defendendo os interesses públicos sob a ótica da *justiça*.

## 2. A atividade de consultoria e de representação a cargo dos advogados públicos

Considerando que o regime jurídico-administrativo, no Estado Democrático de Direito, tem como pilares a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade

*incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.*

<sup>15</sup> Segundo o art. 134, *caput*, da Constituição Federal, a Defensoria Pública é *instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.*

<sup>16</sup> Nos termos dos arts. 131 e 132 da Constituição Federal, compete à *Advocacia Pública* a *representação judicial e extrajudicial, além da consultoria jurídica da União, dos Estados e do Distrito Federal.*

<sup>17</sup> MOREIRA NETO, op. cit., p. 79-83.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 88.

dos interesses públicos pela Administração<sup>19</sup>, o Poder Público, seus órgãos e seus agentes têm o dever indeclinável de perseguir e tutelar tais interesses. Para isso, a ordem jurídica confere à Administração o poder de *autotutela*, possibilitando sejam revogados atos administrativos inconvenientes ou inoportunos e anulados atos ilegais<sup>20</sup>.

No bojo desse poder-dever, está o controle *interno* da legalidade, tarefa para a qual os advogados públicos foram constitucionalmente convocados (cf. arts. 131 e 132 da Constituição Federal).

Destarte, na medida em que a Carta Política reservou, em caráter privativo, à *Advocacia Pública*, a atividade de consultoria jurídica, é porque quis que órgão diverso daquele que emite a vontade político-estatal verificasse e garantisse a existência de sintonia formal e material do ato (ou do projeto de ato) aos cânones da *justiça*, síntese da legalidade, legitimidade e licitude, acautelando, promovendo e defendendo o interesse público.

A essa função se dedicam os advogados públicos *consultores*, os quais – é importante a observação – *não se sujeitam a qualquer Poder ou autoridade estatal*; pelo contrário, gozam da mais ampla *autonomia* no que concerne ao exercício do aludido controle.

Mas a *Advocacia Pública* não se resume a essa atividade, necessária ao asseguramento, no âmago da Administração, do interesse público, supremo e indisponível. Há, ainda, a não menos elevada e relevante função de *postulação*, de que se encarregam os advogados públicos da área do contencioso.

Tais agentes, incumbidos da *representação* do Estado, exercem a defesa ativa e passiva do ente público perante os órgãos do Poder Judiciário, nos mais diversos foros e instâncias.

Vale notar, para concluir este tópico, que, muito embora o advogado público, na atividade

<sup>19</sup> Sobre a textura do regime jurídico-administrativo, consultar Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 22-51.

<sup>20</sup> Nesse sentido, o verbete nº 473 da súmula do Supremo Tribunal Federal enuncia: “*A administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial*”.

contenciosa, tenha o dever de defender a *tese estatal* – e não propriamente a sua convicção –, isso não implica dizer que ele não exerça uma forma de controle de legalidade dos atos administrativos. Isso se evidencia quando, deparando-se com um ato ilegal, ele procede a representações às instâncias competentes, sugerindo providências de correção, de anulação e, até mesmo, de responsabilização da autoridade pública, tudo visando a defender, eficientemente, o interesse público (e, também, proteger-se contra eventuais acusações).

Por conseguinte, mesmo reflexa ou indiretamente, os advogados públicos investidos na função postulatória participam da atividade de controle interno da legalidade, devendo contar, também, com a necessária autonomia.

### 3. Garantias da Advocacia Pública e seus agentes – A independência institucional e a autonomia funcional

Para o eficaz desempenho da atividade de controle interno de juridicidade da função administrativa, é imprescindível a previsão de garantias, tanto à instituição quanto aos agentes que dela se desincumbem.

Tais garantias devem existir com vistas a assegurar convenientemente a defesa dos interesses públicos e a incolumidade dos bens jurídicos confiados à guarda da Administração Pública.

A ordem jurídica, portanto, municia e instrumenta a Advocacia Pública e seus membros com prerrogativas que, em suma, tornam possível controlar, de forma altaneira, a legalidade dos atos administrativos.

Sem pretender exaurir a matéria, podem ser apontadas as mais expressivas garantias, consubstanciadas nos predicados da *independência institucional* e da *autonomia funcional*<sup>21</sup>.

Antes, porém, de versar sobre os mencionados atributos, cumpre salientar que a noção de *interesse público*, supremo e indisponível, embora plurissignificativa, não pode ser preci-

<sup>21</sup> Lapidamente, e com elogiável rigor científico, Diogo de Figueiredo Moreira Neto arrola os seguintes princípios constitucionais referentes às procuraturas (Ministério Público, Advocacia Pública e Defensoria Pública): “essencialidade, institucionalidade, igualdade, unidade, organicidade unipessoal, independência funcional, inviolabilidade, autonomia administrativa e autonomia de impulso” (op. cit., p. 92).

sada a partir da singela idéia de que diz respeito à Administração ou à autoridade pública.

Como preleciona Maria Sylvania Zanella di Pietro, o vocábulo “público”, contido na expressão *interesse público*, refere-se “aos beneficiários da atividade administrativa e não aos entes que a exercem”<sup>22</sup>. Daí a magistral lição de Ruy Cirne Lima, quando diz: “Em direito público, designa, também, a palavra *administração* a atividade do que não é senhor absoluto”<sup>23</sup>. “Administração (...) é a atividade do que não é proprietário, – do que não tem a disposição da coisa ou do negócio administrado”<sup>24</sup>.

Ora, se os interesses públicos residem na coletividade, sua verdadeira titular, consequentemente, à Administração e às autoridades públicas apenas cabe zelar por eles. É o que se compreende por *indisponibilidade dos interesses públicos*, princípio administrativo assim enunciado por Celso Antônio Bandeira de Mello:

“A indisponibilidade dos interesses públicos significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que predispuer a *intentio legis*”<sup>25</sup>.

Na medida em que os interesses públicos não se confundem necessariamente com aqueles manifestados pela Administração e seus agentes<sup>26</sup>, impende distinguir os interesses (públicos) primários dos interesses secundários.

Pela sua difusão na doutrina nacional e estrangeira, mister se faz trazer à colação as judiciosas palavras de Renato Alessi sobre o tema. Diz ele:

“Estes interesses públicos, coletivos, cuja satisfação está a cargo da Adminis-

<sup>22</sup> *Discricionariade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo : Atlas, 1991. p. 163.

<sup>23</sup> *Princípios de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1987. p. 21.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>25</sup> *Op. cit.*, p. 31.

<sup>26</sup> Isso se verifica, por exemplo, quando o Estado resiste a devolver imposto recolhido indevidamente ou a indenizar vítimas de danos causados injustamente por agentes públicos.

tração, não são simplesmente o interesse da Administração entendida como aparato organizativo autônomo, mas o que se chamou de interesse coletivo *primário*, formado pelo conjunto dos interesses individuais preponderantes numa determinada organização jurídica da coletividade, enquanto o interesse do aparato – se é que se pode conceber um interesse do aparato unitariamente considerado – seria simplesmente um dos interesses *secundários* que se fazem sentir no seio da coletividade, e que podem ser realizados somente em caso de coincidência, e nos limites dessa coincidência, com o interesse coletivo *primário*. A peculiaridade da posição jurídica da Administração Pública reside justamente nisso, em que a sua função consiste na realização do interesse coletivo, público, *primário*<sup>27</sup>.

Dessume-se, com facilidade, dessa citação que, havendo conflito de interesses *primários* e *secundários*, aqueles devem preferir a estes, porque são os únicos que podem ser validamente perseguidos por quem os representa, por corresponder aos interesses da coletividade e não apenas do Estado, titular de direitos patrimoniais, ou do governante.

Pois bem. Se no exercício de sua *função essencial à justiça* – que o obriga a velar pela legalidade, legitimidade e licitude dos atos administrativos –, deve o advogado público precaver, empreender e proteger o interesse público, que prerrogativa o ordenamento jurídico lhe dá quando, defrontando-se com *interesses secundários*, meramente patrimoniais da Administração, ou com interesses pessoais, políticos ou econômicos do governante, tenha de apontar ilegalidades, ilegitimidades ou ilicitudes?

Mais ainda: que garantia a ordem jurídica reserva à instituição que, muito embora não sendo um “quarto poder”, constitucionalmente se encarrega da atividade de controle de *juridicidade* dos atos administrativos?

A esse último questionamento se responde: a independência institucional, ou seja, a *desvinculação* da Advocacia Pública de qualquer Poder do Estado *no que tange ao exercício das funções que desenvolve*.

Dessa forma, é defeso aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário interferir nas atribuições da Advocacia-Geral da União e das Procura-

dorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal.

Fosse lícito aos Poderes Constituídos imiscuir-se nas *funções essenciais à justiça*, ditando-lhes os comportamentos e inculcando-lhes as suas “vontades políticas”, o discurso constitucional dos arts. 127 e seguintes seria letra morta, inócua tentativa de estatuir limites (de justiça) à atividade do Estado, por meio da atuação de órgãos públicos independentes.

Acrescente-se, por fim, que de nada vale a garantia de independência institucional das procuraturas constitucionais se não for acompanhada de autonomia administrativa e financeira.

Nesse particular, bem andou a Constituição do Estado do Rio de Janeiro, ao conferir à Procuradoria-Geral do Estado “dotação orçamentária própria, sendo-lhe assegurada autonomia administrativa e financeira” (cf. art. 173, § 5º).

Notadamente no que tange à autonomia administrativa, Maria Sylvia Zanella di Pietro sugere que o Advogado-Geral (ou Procurador-Geral) tenha “mandato determinado, para poder atuar com maior independência”<sup>28</sup>.

<sup>28</sup> Advocacia pública. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo*, São Paulo, n. 3, p. 30, 1995.

Com esse mesmo propósito, o deputado estadual José Eduardo Ferreira Netto elaborou e apresentou, em 27 de junho de 1996, a seguinte proposta de emenda à Constituição do Estado de São Paulo:

“Proposta de Emenda Constitucional nº 9, de 1996

Estabelece a nomeação do Procurador-Geral do Estado precedida de eleição pelos integrantes da Procuradoria Geral do Estado em lista triplíce e disciplina sua destituição

Artigo 1º - Dê-se ao parágrafo único do artigo 100 da Constituição do Estado a seguinte redação:

O Procurador-Geral do Estado será nomeado pelo Governador, entre os procuradores que integram a carreira, mediante lista triplíce entre os mais votados pelos integrantes do quadro, com mandato de dois anos, permitida uma recondução e deverá apresentar declaração pública de bens, no ato da posse e de sua exoneração, podendo ser destituído do cargo por deliberação da maioria absoluta e por voto secreto da Assembléia Legislativa.

Artigo 2º - Esta Emenda Constitucional entrará em vigor na data de sua publicação.

#### *Justificativa*

A Procuradoria Geral do Estado, nos termos do artigo 98 da Constituição do Estado é orientada pelos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público, cometendo-se ao Procurador-Geral

<sup>27</sup> *Principi di Diritto Amministrativo*. 3. ed. Milão : A. Giuffrè, 1974. p. 226-227.

No que concerne ao advogado público, o sistema constitucional garante-lhe *autonomia funcional*.

Sendo certo que a Constituição Federal destacou as *funções essenciais à justiça* dos tradicionais Poderes do Estado, dedicando-lhes um capítulo próprio (vide Capítulo IV do Título IV), não é demais alguma concluir, como alhures se fez, que assim objetivou criar outras instâncias de controle de adequação formal e material do ato administrativo (ou do projeto de ato) aos ditames da legalidade, legitimidade e licitude, instâncias essas *funcionalmente desvinculadas* das referidas esferas do Poder Político, como visto.

A plenitude, a eficácia e a própria efetividade dessa atividade exercida pelos advogados públicos dependem da liberdade, da independência, da autonomia de que eles gozem. Em vista disso, parece válida a assertiva: ou o advogado público, no seu mister, possui autonomia funcional ou a função que ele exerce não é essencial à justiça.

---

a responsabilidade pela orientação jurídica e administração da instituição, estando as funções do órgão em enumeração exemplificativa no artigo 99 da Constituição do Estado.

Sem autonomia funcional o desempenho dessa instituição fica comprometido e vinculado aos caprichos e à discricionariedade do Chefe do Poder Executivo, uma vez que lhe compete pelo texto vigente destituir o Procurador-Geral, quando bem entenda, pois a nomeação se efetiva em comissão.

A Procuradoria Geral do Estado é instituição permanente. No desempenho de sua função institucional, tem na ordem jurídica vigentes atribuições e responsabilidades definidas sendo inconcebível, possa ficar sujeita a injunções políticas, pois sendo o Procurador-Geral demissível *ad nutum*, pelo Sr. Governador, indaga-se qual a independência que fica reservada à instituição para cumprir a sua vocação de operar cumprindo os preceitos de legalidade e da indisponibilidade do interesse público.

A atividade do advogado público orienta-se pelo princípio da legalidade e como ensina José Afonso da Silva, a lei “caracteriza-se como desdobramento necessário do conteúdo da Constituição” (*Curso de Direito Constitucional Positivo*. 7. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, p. 107). Nesta nobre e importante função é necessário que a Procuradoria não fique a mercê de uma “filosofia política” do Chefe do Poder Executivo porque o princípio da legalidade não é dúctil ou impreciso.

Quando a Constituição do Estado, em seu artigo 98 atribui à Procuradoria Geral do Estado a responsabilidade “pela advocacia do Estado”, está atribuindo

De fato. Como poderia o procurador do Estado, por exemplo, emitir um parecer, *visando a proteger a legalidade ou a moralidade do ato administrativo*, se estivesse sob o influxo de ordens superiores ou de injunções políticas em dado sentido? De que forma o advogado público exercitaria o seu múnus em juízo se lhe fosse determinado argumentar ou fundamentar de tal ou qual jeito?

Ingerências desse jaez não estão amparadas pela Constituição Federal. Tanto nas relações dos Poderes do Estado com as Procuradorias quanto no relacionamento dos advogados públicos entre si, não há espaço para a *hierarquia*, entendida como a “relação de *subordinação* existente entre os vários órgãos e agentes do Executivo, com a distribuição de funções e a gradação da autoridade de cada um”<sup>29</sup>. Não há lugar para imposição de ordens<sup>30</sup>. O que existe, diz Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “são relações legalmente definidas, que são incompatíveis com a *subordinação funcional*”. “Nem

---

do-lhe a defesa do Erário, cujos bens, interesses e direitos, por indisponíveis e por comporem o patrimônio público, não se prestam sequer à renúncia, à transação ou a outra forma de composição. Trata-se, assim, de desempenho estritamente técnico-jurídico, infenso e imune à interferência de natureza diversa.

O advogado público não está obrigado a defender o que lhe impõe o Governador, porque a Procuradoria não foi criada para zelar pelos interesses do Chefe do Poder Executivo, mas sim, para preservar os interesses primários da Administração que não têm existência legítima à ilharga do princípio da legalidade” (*Diário Oficial do Estado*, Poder Legislativo, v. 106, n. 122, p. 2, 29 jun. 1996.).

<sup>29</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 17. ed. São Paulo : Malheiros, 1992. p. 105.

<sup>30</sup> “Como o advogado particular, o advogado representante do Estado, de órgão público, propriamente dito, ou de instituição assemelhada, deve ser independente – e não simples mandatário da vontade do poder dirigente –, para resguardar as prerrogativas profissionais e da classe, consoante estipulado no diploma estatutário (Lei n. 2.415, art. 87, VII). Vale dizer que também não lhe cabe cumprir ordens, mas officiar nos processos judiciais ou administrativos, com autonomia de deliberação, respeitado o direito ou o interesse sob sua guarda profissional. A medida de sua atuação encontra-se na lei e no amparo do patrimônio ou do interesse público, e não no arbítrio ou no preconceito dos agentes da Administração. Servem-lhe de suporte, e ao mesmo tempo de advertência, a caracterização ampla do litigante de má fé e a definição de sua responsabilidade civil e processual (Código de Processo Civil, arts. 16, 17 e 18)”

mesmo em relação ao Chefe dos órgãos colegiados das procuraturas – finaliza – existe hierarquia funcional: apenas *administrativa*<sup>31</sup>.

Não se pode olvidar que os advogados públicos pautam-se estritamente pelo dever de acautelamento, promoção e defesa dos interesses públicos *primários* e não dos interesses secundários destes divorciados. Por conseguinte, é a autonomia funcional que lhes permite a insurgência contra arroubos ou ímpetos de ilegalidade da Administração ou dos governantes. De outra forma, eles serviriam de fachada para perpetração de ilegalidades, dando ao ato administrativo dissonante da ordem jurídica aparência de legalidade.

A propósito, lembra Dalmo de Abreu Dallari que

“o *Procurador Público* é quem torna certo que o Poder Público não é imune ao Direito. Compete-lhe defender os interesses sociais, particularizados numa entidade pública, sem excessos ou transigências, sempre segundo o Direito. Conscientes de que o poder político e a atividade administrativa são expressões da disciplina jurídica das atividades de direção e administração da Sociedade, o Procurador, orientando ou promovendo a defesa de interesses, jamais deverá omitir o fundamento jurídico de seu desempenho. E sua consciência jurídica não lhe há de permitir que, pela vontade de agradar ou pelo temor de desagradar, invoque o Direito segundo critérios de conveniência, para acobertar ações ou omissões injustas”<sup>32</sup>.

A autonomia funcional, portanto, há de ser entendida como a prerrogativa que assegura aos advogados públicos o exercício da função pública de consultoria e de representação dos entes políticos *independente* de subordinação hierárquica (seja a outro Poder, seja aos próprios chefes ou órgãos colegiados da Advocacia Pública) ou de qualquer outro expediente (como manipulação de remuneração) que tencione interferir, dificultar ou impedir o seu poder-dever de oficiar de acordo com a sua consciência e a

---

(MARINHO, Josaphat. Advocacia pública. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, São Paulo, v. 21, p. 14-15, dez. 1983.).

<sup>31</sup> Op. cit., p. 96.

<sup>32</sup> *O renascer do Direito*. 2. ed. 2. tiragem, São Paulo : Saraiva, 1996. p. 47.

sua missão de velar e defender os interesses públicos primários, sem receio de “desagradar” quem quer que seja, Chefes dos Poderes Executivos, Ministros, Secretários, Advogado-Geral da União, Procuradores-Gerais de Estados, órgãos colegiados das Procuraturas (v.g., conselhos), chefias mediatas ou imediatas, magistrados ou parlamentares.

#### 4. O controle da legalidade diante da remoção e da inamovibilidade dos advogados públicos

Neste tópico, cumpre saber, de início, se os institutos da remoção e da inamovibilidade – que, como se verá, atinam diretamente com o grau de estabilidade funcional dos advogados públicos – são, e em que medida, compatíveis com as garantias da independência e da autonomia, estudadas no tópico anterior.

Em direito administrativo, remoção é o deslocamento, a movimentação do agente público de uma para outra repartição, de um para outro serviço. Tem como únicos pressupostos a existência de vaga no quadro administrativo e a necessidade (administrativamente comprovada) do seu provimento. Sua finalidade, explica Celso Antônio Bandeira de Mello, é “preencher claros de lotação”<sup>33</sup>.

Já a inamovibilidade traduz a idéia diametralmente oposta. Como define Themistocles Brandão Cavalcanti, “é a garantia legal que proíbe a remoção ou transferência de lugar ou de cargo”<sup>34</sup>.

Pois bem. O advogado público – que pertence a uma instituição *independente* e desempenha, *autonomamente*, função de controle – é inamovível ou pode ser livremente removido?

Nem uma coisa nem outra.

No ordenamento jurídico constitucional, nenhum agente público, por mais conspícuo que seja, goza de inamovibilidade irrestrita. Da mesma forma, nem o mais humilde ocupante de cargo público pode ser removido sem propósito.

Tanto a inamovibilidade quanto a remoção sofrem temperamentos em razão do interesse público e da essencialidade da função cometida aos agentes públicos.

---

<sup>33</sup> *Discricionariedade e controle jurisdicional*, 2. ed. São Paulo : Malheiros, 1993. p. 68.

<sup>34</sup> *Tratado de Direito Administrativo*. 5. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, s/d, p. 370. v. 4.

Partindo da interessante classificação proposta por Mário Bernardo Sesta, pode-se dizer que, no sistema constitucional em vigor, há agentes públicos de *existência contingente* – que se desincumbem de funções auxiliares – e agentes públicos de *existência necessária* – que desempenham funções institucionais, essencialmente estatais<sup>35</sup>.

Os que exercem as chamadas *funções essenciais à justiça* encartam-se na última categoria (são agentes públicos de existência necessária), porque devem, em caráter privativo, indelegável, velar e defender os interesses públicos, atividade eminentemente estatal. Em consequência, a eles são deferidas certas prerrogativas, entre as quais, como referido, a autonomia funcional.

Mas de nada ou de pouco adiantaria gozar de independência se eles não fossem resguardados das pressões daqueles que, pela Constituição Federal, manifestam a vontade política do Estado, os governantes.

Necessário, pois, assegurar-lhes *estabilidade funcional*, sob pena de malograr toda a intenção constitucional de submeter o Poder e as ações estatais a um contexto de legalidade, legitimidade e licitude.

Nesse sentido, consta expressamente da Carta Política a garantia da inamovibilidade dos membros do Ministério Público (cf. art. 128, § 5º, I, *b*), a quem compete “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (cf. art. 127, *caput*), ou seja, a *advocacia da sociedade*, para usar da denominação de Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Aos integrantes das Defensorias Públicas, o constituinte também se mostrou bastante atencioso, ao enunciar tal prerrogativa no art. 134, parágrafo único<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> Advocacia do Estado : posição institucional. *Revista de Informação Legislativa*, v. 30, n. 117, p. 187-202. jan./mar. 1993.

<sup>36</sup> Sílvio Roberto Mello Moraes, nas suas anotações à Lei Complementar nº 80/94 – que trata da organização das Defensorias Públicas –, discorre sobre a inamovibilidade dos defensores públicos nestes termos: “A garantia da inamovibilidade foi outorgada aos Defensores Públicos pela Constituição Federal (art. 134, parágrafo único) e é de suma importância para a independência funcional dos mesmos, uma vez que os coloca a salvo de eventuais ingerências políticas das quais poderiam ser vítimas ao se digladiar com poderosos em defesa dos interesses daqueles menos favorecidos. Além disto, não raras vezes, o Defensor Público contraria interesses de pessoas jurídicas de direito público (v. art. 4º, § 2º desta LC), em razão da

E, com relação aos advogados públicos, o fato de a Constituição Federal não lhes ter assegurado, explicitamente, a inamovibilidade significa que eles podem ou não ser removidos?

Tomás Pará Filho relata o caso de um advogado público

“que, no estrito cumprimento dos deveres de seu cargo junto ao Tribunal de Contas do Estado, opinara contra a aprovação de contas de antigo Secretário da Educação, concluindo, ainda, pela responsabilidade do mesmo pela malversação de dinheiros públicos; e, por assim o ter feito, fôra intempestivamente e arbitrariamente afastado de suas funções, pelo Governo da época”<sup>37</sup>.

O caso é bastante ilustrativo e de extrema valia para a demarcação das fronteiras garantidoras das funções exercidas pelos membros da Advocacia Pública.

Como sobejamente demonstrado, os advogados públicos não estão submetidos à hierarquia administrativa de qualquer Poder do Estado; não recebem ordens de quem quer que seja. Afinal, exercem *função essencial à justiça*, controlando os atos administrativos sob a ótica da legalidade, da legitimidade e da licitude, preservando, promovendo e assegurando os interesses públicos primários entregues à cura do Estado, misteres que, insista-se, não podem ficar condicionados à relação de subordinação administrativa. Para tanto, a ordem jurídica lhes atribui prerrogativas de autonomia e de independência<sup>38</sup>.

propositura de ações civis públicas, ações populares, mandados de segurança, etc., despertando o interesse das autoridades atingidas pelo resultado desfavorável das medidas judiciais, na remoção do Defensor Público de seu órgão de atuação ou até mesmo da Comarca em que atua, como forma de vingança e paralisação do trabalho que vinha efetuando em prol da população. Em boa hora, pois, o Constituinte estendeu aos Defensores Públicos tal garantia (já existente para os magistrados e agora também presente para os membros do Ministério Público), que reverter-se-á em proveito do povo, podendo este contar com um Defensor Público mais independente e aguerrido” (*Princípios institucionais da defensoria pública* : Lei Complementar 80, de 12-1-1994 anotada. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995. p. 80).

<sup>37</sup> A Advocacia do Estado. In: CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DO ESTADO, 1, 1969, São Paulo. *Anais...* São Paulo, 1969. p. 45, nota 22.

<sup>38</sup> Convém ressaltar que não agride a independência do advogado público do contencioso a expedição



Com muita argúcia, observa Francisco Campos:

“Toda vez que um serviço, por conveniência pública, é erigido em instituição autônoma, com capacidade própria de decisão, ou com a capacidade de decidir mediante juízos ou critérios da sua própria escolha, excluída a obrigação de observar ordens, instruções, injunções ou avisos de autoridades estranhas ao quadro institucional, com o fito de evitar infiltração de natureza política no exercício da sua competência deliberativa ou decisória, impõe-se a garantia aos funcionários incumbidos de tomar as deliberações ou decisões institucionais, da necessária independência, mediante a técnica eficaz, empregada em relação à Justiça, de lhes assegurar a estabilidade nas funções e nos soldos”<sup>39</sup>.

A atividade desenvolvida pela Advocacia Pública é potencialmente geradora de sérios e graves atritos e dissensões entre os seus membros e os agentes políticos. Estes muitas vezes pressionam os advogados públicos a elaborar pareceres em determinado sentido, a contestar sustentando certo ponto de vista, favorável aos seus interesses.

Todavia, interferências desse timbre não se legitimam a ponto de se poder remover compul-

de *orientações* (e não de ordens) sobre assuntos a ele afetos. Tais orientações são bem-vindas, pois fornecem ao procurador elementos para a boa e eficiente representação do Estado em juízo. O que se requer, para se atingir um grau de excelência dessas orientações, é um pesado investimento na formação intelectual dos advogados públicos, mediante a criação e manutenção, em caráter permanente, de *Escolas de Advocacia Pública*, que teriam por objetivo aperfeiçoar os conhecimentos científicos da carreira sob um enfoque interdisciplinar (assim, por exemplo, um procurador fiscal estudaria, além de matérias estritamente jurídicas, contabilidade, economia, matemática financeira, filosofia, ciência política, etc.). Além disso, soa salutar a abertura de canais de comunicação mais informais entre procuradores de banca e chefias, a fim de que aqueles que militam no foro possam subsidiar, com a sua vivência, melhores orientações, em especial, como sugere Maria Sylvia Zanella di Pietro, representando “para que as decisões uniformes da jurisprudência se aplicassem a todas as situações iguais” (*Advocacia Pública. Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo*, São Paulo, n. 3, 1995. p. 30).

<sup>39</sup> Parecer publicado na *Revista de Direito Administrativo*, v. 62, p. 328, out./dez. 1960.

soriamente o advogado público “incômodo”, que “atrapalha” o administrador público ao dizer a ele o que a lei permite ou não permite fazer. Não se constituem, por outro lado, anteparo ou escusa para o advogado público que, renunciando à sua independência, oficia “por encomenda”. “O advogado público que cede a esse tipo de pressão – adverte Maria Sylvia Zanella di Pietro – amesquinha a instituição e corre o risco de responder administrativamente por seu ato”<sup>40</sup>.

Nesse sentido, os Advogados da União e os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal são *inamovíveis*. São inamovíveis não apenas geograficamente, mas, sobretudo, *funcionalmente* (isto é, não podem ser deslocados das mesmas funções).

No entanto, a inamovibilidade que têm não é absoluta, como não o é a dos membros do Ministério Público (cf. art. 128, § 5º, I, b, da Constituição Federal).

Isso porque o *interesse público* pode suscitar o deslocamento de advogados públicos, com vistas à colmatagem de vazios de lotação em determinada repartição, cargo ou função.

Somente para esse fim admite-se a remoção na seara da Advocacia Pública, e, mesmo assim, como providência *excepcional* que é, atendendo-se a rigorosos requisitos e princípios constitucionais, que, olvidados, rendem ensejo à invalidação do ato de deslocamento, por eiva de injuridicidade, e por configurar grave atentado à autonomia funcional do procurador.

Entre os princípios, destacam-se o da finalidade, o da motivação e o da impessoalidade.

Pelo princípio da finalidade<sup>41</sup>, “a Administração subjeta-se no dever de alvejar sempre a finalidade normativa, adscrevendo-se a ela”<sup>42</sup>. O administrador público deve-se cingir não só à finalidade comum a todo comportamento estatal, qual seja, o interesse público, “mas também

<sup>40</sup> Advocacia Pública. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo*, São Paulo, n. 3, 1995. p. 18.

<sup>41</sup> O princípio da finalidade está expressamente previsto no art. 111 da Constituição do Estado de São Paulo. Muito embora não tenha dicção expressa no texto constitucional federal, ele é inerente ao princípio da legalidade, insculpido nos arts. 5º, II, e 37, *caput*, da Carta Política, no sentido de que a prescrição legal somente é fielmente atendida se atingidos os seus fins.

<sup>42</sup> MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 61.

à finalidade *específica* abrigada na lei a que esteja dando execução<sup>43</sup>.

Como já dito, a remoção *destina-se* a preencher claros no quadro administrativo. Desse modo, age com *desvio de finalidade* a autoridade pública que, por exemplo, promove remoções como forma de punição do advogado público.

A propósito, é ainda Celso Antônio Bandeira de Mello que, ao fornecer valioso exemplário dos casos de *desvio de poder* – vezo administrativo que, lamentavelmente, ainda grassa no País –, observa:

“Entre nós, não é raro o uso da remoção como forma de sancionar um funcionário descumpridor de seus deveres, quando a finalidade deste instituto é a de preencher claros de lotação e não a de punir servidor faltoso, para não mencionar as hipóteses em que a remoção é utilizada como meio para prejudicar adversários políticos ou para perseguir inimigos<sup>44</sup>.”

Vê-se, pois, que, além de não constituir modalidade punitiva<sup>45</sup>, o instituto da remoção não se presta para satisfazer interesses ou conveniências dos governantes; não serve para dar vazão a exacerbações personalistas, humores, paixões, ódios, simpatias, autoritarismos, favoritismos, perseguições. O ato administrativo de remoção tem por fito, apenas, colmatar vazios de lotação nos quadros da Advocacia Pública em razão de comprovado interesse público.

A motivação<sup>46</sup>, por seu turno, é outro pressuposto de validade da remoção. Significa fundamentação, requisito de ordem formal do ato, princípio que obriga a autoridade pública competente para promover deslocamentos a enunciar as razões de fato e de direito, bem como

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 62.

<sup>44</sup> *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 68.

<sup>45</sup> Se a remoção fosse meio de punir advogado público faltoso, em hipótese alguma poderia ser implementada sem levar em consideração o requisito da *processualidade*, qualificado, *in casu*, pela inafastável obediência aos ditames do contraditório e da ampla defesa, prescritos no art. 5º, LV, da Constituição Federal.

<sup>46</sup> O princípio da motivação, na Constituição do Estado de São Paulo, tem guarida no art. 111. Na Constituição Federal, decorre implicitamente dos arts. 1º, II, 5º, XXXV, e 93, IX.

a “*relação de pertinência lógica* entre os fatos ocorridos e o ato praticado<sup>47</sup>”.

Muito embora o ato administrativo de remoção seja ontologicamente *discricionário*, a motivação é necessária, pois é uma garantia de que, efetivamente, foram atendidos os requisitos delineados pela ordem jurídica.

Além disso, a motivação fornece os elementos para o contraste judicial da remoção com os princípios que a norteiam. Uma vez explicitados e conhecidos os fundamentos de fato e de direito que levaram à sua realização, permite-se verificar, com transparência, a sua conformidade ou não com aqueles mesmos princípios.

Logicamente, para se levar a cabo a movimentação de advogados públicos, não basta a mera enunciação de expressões como “existência de claro de lotação”, “interesse público” ou “conveniência do serviço”. É imprescindível que a autoridade administrativa decline os fundamentos fáticos e jurídicos que reclamam o deslocamento do procurador, sob pena de violação dos princípios constitucionais da Advocacia Pública. Hão de ser demonstradas: 1) a existência de vaga no quadro administrativo; 2) a necessidade do seu provimento.

Nesse sentido, o verbete nº 149 da súmula do Tribunal Federal de Recursos dispõe:

“No ato de remoção *ex officio* do servidor público, é indispensável que o interesse da administração seja objetivamente demonstrado” (grifou-se).

A motivação, como se mostra às claras, constitui requisito impostergável do ato administrativo em exame.

Outro princípio que orienta as remoções, notadamente no que atina com a fixação dos seus critérios, é o da impessoalidade, previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal<sup>48</sup>.

Ensina Lúcia Valle Figueiredo:

“Não pode a Administração agir por interesses políticos, interesses particulares, públicos ou privados, interesses de grupos<sup>49</sup>”. “A impessoalidade – esclarece – implica (...) o estabelecimento de regra de agir objetiva para o administrador, em

<sup>47</sup> MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 227.

<sup>48</sup> Na Constituição do Estado de São Paulo, o princípio da impessoalidade encontra-se alojado no art. 111.

<sup>49</sup> *Curso de Direito Administrativo*, 2. ed. São Paulo : Malheiros, 1995. p. 53.

todos os casos. Assim, como exemplo curial, em nomeações para determinado cargo em comissão, os critérios devem ser técnicos, e não de favoritismos ou ódios. Não pode a nomeação ser prêmio atribuído ao nomeado<sup>750</sup>.

Imperioso, pois, que, em nome da impessoalidade, sejam fixados *critérios objetivos* para a promoção de remoções, evitando-se, dessa forma, que os deslocamentos de advogados públicos se procedam segundo particularidades individuais.

Convém notar ainda que remoções *ex officio*, implementadas sem a adoção de critérios objetivos, infundem sério e preocupante sentimento de apreensão, gerando grave instabilidade funcional nos quadros da Advocacia Pública – pois qualquer procurador, independentemente de motivos ou com base em critérios puramente subjetivos, pode, de inopino, ver-se deslocado de suas atribuições normais para outras, com as quais muitas vezes não tem afinidade. E mais, a ausência de critérios objetivos para remoção, tanto quanto a falta de motivação, enseja arbitrariedades, desde favoritismos até perseguições, e dá azo ao cometimento de ilegalidades e de irregularidades funcionais. Basta imaginar o deslocamento compulsório de advogado público que, exatamente por estar no exercício regular, aguerrido e combativo de suas funções, *em sua banca*, venha a contrariar interesses individuais, políticos ou econômicos eventualmente afetos ao governante ou ao administrador público competente para promover remoções.

A propósito, a prática de ato visando a fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência constitui, segundo o art. 11, I, da Lei nº 8.429/92, *ato de improbidade administrativa*, sujeitando o infrator a diversas sanções, de natureza penal, civil e administrativa (em particular, de acordo com o art. 12, III, do mesmo diploma legal, ao ressarcimento integral do dano, se houver; à perda da função pública; à suspensão dos direitos políticos de 3 a 5 anos; ao pagamento de multa civil de até 100 vezes o valor da remuneração percebida pelo agente; e à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 anos).

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 54.

## 5. Propostas

Em razão do que foi exposto, sugere-se como medidas aptas a assegurar a estabilidade funcional dos advogados públicos:

1) que as remoções sejam precedidas da exposição de razões fáticas e jurídicas que justifiquem a necessidade do deslocamento de advogados públicos;

2) que haja critérios prévios, explícitos, objetivos, genéricos e impessoais para remoção, como, por exemplo, conhecimento técnico, aprimoramento cultural, eficiência funcional, dedicação e/ou pontualidade no cumprimento das obrigações do cargo;

3) que, antes de se proceder à remoção compulsória, seja assegurado o direito de os interessados optarem pela vaga existente (remoção voluntária), dando preferência, em havendo mais de um candidato, àquele que atender a determinado critério objetivo, genérico, impessoal, também previamente conhecido;

4) que o ato de remoção *in concreto* seja sempre acompanhado da necessária motivação, deixando transparente não só a causa do deslocamento do procurador – que deve ser congruente com as razões expostas conforme o item 1 –, mas também o critério objetivo acionado, na hipótese de existir mais de um – o qual há de guardar estreita adequação com a remoção efetuada;

5) que as remoções sejam processadas perante órgãos colegiados da Advocacia Pública, tais como os Conselhos das Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal, garantindo-se, dessa forma, maior controle dos deslocamentos dos advogados públicos e efetivo respeito às suas garantias.

Por fim, quanto à inamovibilidade, nos termos em que neste trabalho foi posta, conclui-se que nada obsta – pelo contrário, recomenda-se – o seu reconhecimento explícito pelo legislador constituinte derivado.

Aliás, relata Roberto Lyra que, à luz das Constituições Federais de 1934 e de 1937, em que os membros do Ministério Público podiam, em tese, ser removidos *ad nutum*, pois não existia qualquer impedimento constitucional em sentido oposto, já havia reconhecimento judicial da sua inamovibilidade (*Teoria e Prática da Promotoria*. 2. ed. Porto Alegre : Fabris, 1989. p. 37 e 38).

Assim, tal garantia seria uma decorrência do sistema constitucional, do regime jurídico de certas carreiras do Estado, não dependendo, rigorosamente, de enunciação expressa.

No entanto, para o melhor e mais eficaz desempenho das *funções essenciais à justiça* cometidas à Advocacia Pública e aprimoramento das instituições estatais de controle de *juridicidade* do Poder, é necessário se alcançar uma téc-

nica mais adequada para proteger os advogados públicos de ingerências políticas, de investidas à sua independência, sobressaindo, a título de sugestão, aquela que lhes atribui maior grau de autonomia funcional, pondo-os a salvo não somente da discricionariedade do administrador público, mas, também, do Poder Legislativo. Portanto, as garantias dos membros da Advocacia Pública não de ser objeto de *norma constitucional*.

# Prazos contratuais

LEON FREJDA SZKLAROWSKY

## SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Regra geral. 3. Exceções. 4. Interpretação do § 4º do artigo 57. 5. Reedição de medidas provisórias.

### 1. Introdução

A lei vigente estabelece os princípios gerais que disciplinam a licitação e os contratos administrativos.

Constitui-se de normas gerais<sup>1</sup>, aplicáveis aos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e de normas específicas da União – incidentes, apenas, na órbita federal.

O artigo 118 manda que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e as entidades da Administração indireta<sup>2</sup>, compreendendo todos os entes descritos no artigo 119, adaptem suas normas ao disposto nesta Lei, em harmonia com o princípio da autonomia, inscrito na Constituição Federal (arts. 1º, 25 a 32).

O artigo 119 comanda que as sociedades de economia mista, as empresas públicas, as fundações públicas e demais entidades controladas direta e indiretamente pela União e pelas entidades referidas no artigo 118 deverão editar regulamentos próprios (ou adaptar os já existentes), devidamente publicados, ficando sujeitos às

Leon Frejda Szklarowsky, Subprocurador-Geral da Fazenda Nacional aposentado, é advogado, Juiz Arbitral da *American Arbitration Association*, de Nova York, e Conselheiro e Juiz arbitral da Câmara de Arbitragem da Associação Comercial do Distrito Federal, membro dos Institutos dos Advogados Brasileiros, de São Paulo e do Distrito Federal, acadêmico da Academia Brasileira de Direito Tributário, do Instituto Histórico e Geográfico do Distrito Federal (diretor-tesoureiro), membro da *International Fiscal Association*, acadêmico e presidente da Academia Maçônica de Letras do Distrito Federal, da Associação Brasileira de Direito Financeiro e do Instituto Brasileiro de Direito Tributário, membro fundador da Academia Paulista de Direito, Diretor de relações públicas da Associação de Imprensa de Brasília, membro da *Asociacion Interamericana de Tributacion*, Rosario (Argentina), membro do Sindicato dos Escritores do Distrito Federal, professor e conferencista do CEBRAD – Centro Ibero-Americano de Administração e Direito.

<sup>1</sup> Sobre o assunto, consulte-se, de ATALIBA, Geraldo. Leis nacionais e leis federais no regime constitucional brasileiro. PRADO, Péricles. (org.). In: *Estudos jurídicos em homenagem a Vicente Rao*. São Paulo : Resenha Tributária, 1976.

<sup>2</sup> Sobre o conceito de administração e sua abrangência, consulte-se nosso A Administração Pública e a Lei 8666/93. *Boletim de Licitações e Contratos*, de São Paulo, v. 8, 1993.

disposições, isto é, às normas gerais da Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei 8.666/93 (LLCA) e suas alterações posteriores.

O Tribunal de Contas da União, pelo seu Plenário, adotando voto do eminente Relator, Ministro Bento José Bulgarin, decidiu, por unanimidade, que a entidade paraestatal, ao adotar regulamento próprio, deverá fazê-lo de conformidade com as diretrizes da Lei 8.666/93. Entre essas entidades, engloba os serviços sociais autônomos<sup>3</sup>, que são pessoas jurídicas de direito privado (SESC, SENAI etc.), cabendo sua organização e direção à Confederação Nacional da Indústria (SENAI). Vinculam-se, todavia, ao Ministério da Indústria e Comércio e, como escolas de ensino, submetem-se também à fiscalização do Ministério da Educação, integrando o rol das unidades jurisdicionadas a essa Corte<sup>4</sup>.

Os regulamentos das empresas estatais (artigo 119) deverão ser aprovados pela autoridade competente superior e publicados na imprensa oficial.

A autoridade superior é aquela designada nos regimentos, nos regulamentos e nos estatutos. A imprensa oficial é o veículo oficial de divulgação dos atos da Administração. Para a União, é o Diário Oficial da União e, para os Estados, o Distrito Federal e Municípios, o que for determinado pela legislação própria<sup>5</sup>.

Os fundos especiais são produtos de receitas especificadas que, por lei, vinculam-se à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação. Poderão ser sujeito ativo e passivo, no contrato, ou seja, tal qual as entidades antes referidas, poderão funcionar como contratante e contratado<sup>6</sup>. Isso é uma inovação introduzida por esta lei. Não têm personalidade jurídica. Assemelham-se à massa falida, à herança e ao condomínio. O fundo é um patrimônio de ações, bens, dinheiro, afetado pelo Estado.

<sup>3</sup> Cf. nosso Sujeito ativo da execução fiscal. Revista de Processo, n. 41.

<sup>4</sup> Cf. Decisão 408/95, Ata 37/95, Sessão de 16.8.95. Este julgado cita, no mesmo sentido, inúmeras decisões. *BLC*, n. 3, p. 143-146, mar. 1997.

<sup>5</sup> Cf. artigo 6º, inciso XIII, da LLCA. Sobre a publicidade dos contratos e dos atos administrativos, consulte-se nosso A publicidade dos contratos administrativos. *Revista dos Tribunais*, v. 731, p. 56; *Informativo Consulex*, n. 13, 25 mar. 1996.

<sup>6</sup> Consulte-se o artigo 71 da *Lei 4320 comentada*, de J. Teixeira Machado Júnior e Heraldo Costa Reis. 25. ed. IBAM, 1993. p. 128 e segs.

Também os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e do Tribunal de Contas reger-se-ão por essas normas (normas gerais), no que couber, nas três esferas administrativas – artigo 117<sup>7</sup>.

Entre as normas gerais, que dizem respeito à essência, ao interesse público (da coletividade), distinguem-se: a publicidade, os prazos (duração de contrato), a obrigatoriedade de licitação, as modalidades de licitação, o objetivo da licitação (artigo 3º), as normas disciplinadoras dos contratos (artigos 54, 55, 57, 58, 59, 60, 61) etc. Também a regra, que determina sejam as minutas dos editais e dos contratos examinadas e aprovadas pela Assessoria Jurídica da Administração, constitui norma geral, que deve ser obedecida por todos os entes da Administração<sup>8</sup>.

Os princípios estão insculpidos no artigo 37 da Constituição Federal, a que se deve submeter a Administração.

O Tribunal de Contas da União sumulou que as decisões desta Corte relativas à aplicação de normas de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (Súmula 222, aprovada na Sessão Administrativa de 8-12-94 e publicada no DOU de 3-1-95).

Essas normas aplicam-se no que couber aos convênios, ajustes e instrumentos congêneres<sup>9</sup>.

## 2. Regra geral

Os contratos administrativos têm sua vigência adstrita ao exercício do crédito orçamentário ou financeiro, de conformidade com a enérgica ordem do artigo 57 da Lei 8.666/93 e suas alterações posteriores.

O exercício financeiro, de acordo com o artigo 34 da Lei 4.320/64, coincide com o ano civil, isto

<sup>7</sup> Cf. nosso A Administração Pública e a Lei nº 8.666/96. *Boletim de Licitações e Contratos*, v. 8, 1993.

<sup>8</sup> Cf. o parágrafo único do artigo 38 da LLCA e nossos trabalhos, *Análise crítica da LLCA*, publicado na *RDA*, n. 205, p. 13, e *Anteprojeto de Nova LLCA*, editado pelo *Informativo Consulex*, n. 29 e 30, 21 e 28 jul. 1997.

<sup>9</sup> Cf. nosso Convênio. *Revista de Informação Legislativa*, n. 125 cit; *BLC* cit., mar. 1990; *Revista dos Tribunais*, n. 669, p. 39; *Correio Braziliense*, 15 set. 1997. *Caderno Direito e Justiça*.

é, estende-se de 1º de janeiro a 31 de dezembro. Este pode ser alterado por lei complementar, segundo os ditames do § 9º do artigo 165 da Constituição.

A licitação de obras e serviços só é possível quando existir previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes da realização das obras ou dos serviços a serem executados no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma (artigo 7º, III). Acrescenta, ainda, o inciso IV que o produto dela esperado deve estar contemplado nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, mencionado no artigo 165 da Constituição Federal.

Ainda, proclama a lei que as obras e serviços somente poderão ser objeto de licitação quando houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para apreciação dos interessados em participar da licitação, e existir orçamento detalhado, com as planilhas projetando a composição de todos os custos unitários.

É vedado incluir no objeto de licitação a obtenção de recursos financeiros para sua execução, qualquer que seja sua origem, exceto quando o empreendimento for executado e explorado por meio de concessão.

A infração desse dispositivo induz a nulidade dos atos e dos contratos e a responsabilidade de quem lhe der causa<sup>10</sup>.

Por outro lado, o artigo 167 da CF veda o início de programas ou projetos não-incluídos na lei orçamentária.

A desobediência a essas disposições legais implica responsabilidade da autoridade respectiva, até criminalmente.

Os Tribunais de Contas têm-se mostrado extremamente zelosos nesse particular, não somente punindo os maus gestores da coisa pública, mas, também, orientando-os na condução da aplicação do dinheiro público.

### 3. Exceções

Não obstante, a lei excepcionalmente permite a prorrogação ou a extensão desses contratos além desse exercício, segundo os rígidos

<sup>10</sup> Sobre a nulidade dos atos, vide nosso *A Publicidade dos Contratos* cit., p. 11. Cf. também as Súmulas do STF 346 e 473 e os preciosos comentários de Roberto Rosas, em *Direito Sumular*. Revista dos

pressupostos que impõe<sup>11</sup>, ou ainda se preveja sua duração por prazo superior no momento mesmo de sua formalização<sup>12</sup>.

A prorrogação deve ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato.

A lei veda se façam contratos por prazo indeterminado (artigo 57, § 3º)<sup>13</sup>, o que tem sido ratificado pela jurisprudência da Corte Suprema de Contas. Apesar de estar inscrito como parágrafo desse artigo, trata-se de norma geral aplicável a todos os contratos, mesmo aos que se não sujeitam ao artigo 57<sup>14</sup> (§ 3º do artigo 62)<sup>15</sup>, *verbi gratia*: *leasing*, locação em que o Poder público seja locatário, financiamento, seguro etc.

Excepcionalmente, admite a lei que os contratos ultrapassem o exercício financeiro:

I - Em caso de *projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no plano plurianual*, os contratos poderão ser prorrogados desde que haja interesse da Administração Pública e previsão no ato convocatório (e no contrato, evidentemente), com exceção das

Tribunais, 1981. Consulte-se, também, *O valor jurídico do Acto Inconstitucional*, de Marcelo Rebelo de Sousa. Lisboa, 1988.

<sup>11</sup> Cf. nossos *Duração do contrato administrativo de prestação de serviços contínuos*. *BLC*, p.81-6; dez. 1988. *Duração de contrato administrativo e a Lei 8666/93*; *Duração dos contratos de prestação de serviço contínuo*. *Licitações e contratos administrativos*. Algumas observações em face da Lei 8883/94 e da MP 681/94. *Arquivos do Ministério da Justiça*, n. 185, jan./jun. 1995; idem na *Revista de Informação Legislativa*, n. 125, jan./mar. 1995, com farta doutrina e jurisprudência. Idem, *BLC*, n. 10, p. 401-409, out. 1993.

<sup>12</sup> Sobre a diferença entre prorrogação e extensão, consultem-se nossos trabalhos: *Duração de Contratos Administrativos e a Lei 8666/93*. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, n. 10, 1993; *Duração de Contratos Administrativos*. *BLC*, dez. 1988; *Licitações e contratos administrativos*. *Arquivos do Ministério da Justiça* cit. Vide remissão anterior.

<sup>13</sup> Os princípios inseridos na lei vigente prevalecem no anteprojeto, versão Mare, de meados de fevereiro de 1998.

<sup>14</sup> Cf. nossa sugestão, para o aperfeiçoamento da lei, ao primeiro projeto governamental de alterações do citado diploma legal – Lei 8666/93 : análise crítica e sugestões. *Informativo Consulex*, n. 30 e 31, 22 e 29 jul. 1996, respectivamente; *Informativo Dinâmico IOB*, n. 65, 9 set. 1997.

<sup>15</sup> MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia*, p. 280.

hipóteses do § 1º do artigo 57 e do § 5º do artigo 79, que independem da referida previsão.

Alguns autores admitem que os contratos previstos no inciso I se façam, de imediato, pelo tempo máximo, correspondente ao Plano Plurianual. Entretanto, a melhor interpretação, em face da redação do inciso, em estudo, e do seu indicativo, leva à conclusão oposta. Pela dicção desse preceito, infere-se que o contrato deve ser feito para vigorar no exercício financeiro, podendo, se for o caso, ser prorrogado, desde que preenchidas as condições legais. Assim, o *caput* fixa a duração dos contratos à vigência dos créditos orçamentários, mas excetua, entre outros, os relativos aos projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, os quais – contratos – poderão ser prorrogados, desde que haja interesse da Administração e tenha sido previsto no ato convocatório e, obviamente, no contrato. O limite de cinco anos da lei anterior não mais subsiste.

II - Em caso de *impedimento, paralisação e sustação do contrato*, o cronograma será automaticamente prorrogado por igual tempo. Tal qual acontece com os casos previstos no § 1º do artigo 57, essas hipóteses são imprevisíveis e não estarão inscritas nem no edital, nem no contrato.

III - *A prorrogação de contratos de serviços a serem executados de forma continuada* (não podem ser interrompidos, não podem sofrer solução de continuidade, pena de causar prejuízo ou dano)<sup>16</sup> rege-se atualmente pela Medida Provisória 1.531-15, de 5 de fevereiro de 1998<sup>17</sup>, que alterou profundamente o inciso II<sup>18</sup>, que já

<sup>16</sup> Cf. nosso Duração. *Boletim de Licitações e Contratos*, n. 12, dez. 1994; idem, n. 2, p. 76, 1997; MOTTA, p. 277; FIGUEIREDO, Nelson de. *Contratos administrativos*. BLC, n. 11, p. 535, 1995; idem, n. 7, p. 15, 1996.

<sup>17</sup> *Esta Medida Provisória introduziu uma novidade, alterando o § 2º do artigo 65, para facultar que as partes, mediante acordo, ultrapassem os limites estipulados no § 1º desse artigo.*

<sup>18</sup> A Medida Provisória 1.452, de 10 de maio de 1996, publicada no DOU de 11 seguinte, já continha a determinação para acrescentar o novo parágrafo 4º ao artigo 57. Já a Medida Provisória 1.500, de 7 de junho de 1996, publicada no DOU de 10 deste mesmo mês, repete o parágrafo 4º e introduz uma inovação que será repetida interativamente, modificando o inciso II do aludido artigo. Em 21 de junho seguinte, o Chefe do Poder Executivo baixa o Decreto 1.937, ordenando que, na reedição de medidas provisórias,

sofrera substancial modificação, introduzida pela Lei 8.883, de 1994, oferecendo-lhe nova feição, desta feita agasalhando doutrina fartamente trabalhada por autores do porte de Yara Police Monteiro e Jorge Ulisses Jakoby Fernandes<sup>19</sup>.

Este doutrinador analisa o inciso II, com a redação dada pela Lei 8.883, ofertando interpretação que, embora discordássemos, veio, a final, provocar a produção legislativa, com renovada e diversa redação, trazida pela Medida Provisória citada<sup>20</sup> e que melhor se afeiçoa à realidade.

A atual postura legislativa assemelha a situação ali desenhada à marcada no inciso I, ou seja, o *caput* do artigo determina que a duração dos contratos fique adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, mas permite que essa duração se prorrogue por iguais e sucessivos períodos (no inciso I, permite que, naquela hipótese, a Administração prorrogue o contrato, além do exercício), tendo em vista melhores condições e preço para a Administração, não ultrapassando o prazo limite de 60 meses do prazo comum da prorrogação, excepcionada a esdrúxula faculdade de prorrogação mantida pela citada Medida Provisória, que acrescentou o § 4º ao referido artigo 57. Esse dispositivo autoriza, em casos excepcionais, devidamente justificados e com permissão superior, a prorrogação do prazo previsto no aludido inciso em até doze meses. Além do prazo comum da prorrogação, há que se considerar ainda este último.

Se, anteriormente, com a redação dada pela Lei 8.883, a contratante devia fazer, de imediato,

serão mantidos os números originários, acrescidos do número correspondente à reedição, separados por hífen (artigo 12). Esse decreto foi publicado no DOU de 24 do mesmo mês.

<sup>19</sup> Cf., de Jorge Ulisses Jakoby Fernandes, o excelente comentário “A duração dos contratos de prestação de serviços a serem executados de forma contínua”. BLC, n. 2, 1996. Vide nosso “Licitações e contratos administrativos. Algumas observações em face da Lei 8.883/94 e da Medida Provisória 681/94” (*Arquivos, do Ministério da Justiça*, n. 185, 1995; *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, n. 134, p. 46; *Revista de Informações Legislativas*, n. 125, p. 111. Nesse trabalho, tecemos a interpretação do referido inciso II, com a redação da Lei 8.883/96, acolhida pela jurisprudência do Tribunal Maior de Contas, atualmente superada pela Medida Provisória citada.

<sup>20</sup> Nesse sentido, a culta advogada Yara Police Monteiro.



o contrato, já prevendo o prazo que melhor se afeioasse aos interesses da Administração,<sup>21</sup> só lhe restando a prorrogação suplementar por mais doze meses, hoje terá que fazer o contrato para vigorar no exercício, com a possibilidade de prorrogar essa duração por iguais e sucessivos períodos, desde que prevista no ato convocatório e no contrato. Resulta da disposição legal que a prorrogação não é automática, como se poderia entender, numa interpretação afoita e apressada.

O dispositivo confirma energeticamente essa exegese, porquanto deve-se ler que: a duração dos contratos... ficará adstrita aos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos (*caput*): ... II) à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderá ter a sua duração prorrogada ... Entenda-se que a duração de um exercício (prevista no *caput*) poderá ser (faculdade a ser exercida, não de forma automática) prorrogada, tendo em vista a obtenção de melhor preço e condições mais vantajosas, que serão aferidos, não no momento do contrato originário, como antes, mas por ocasião da realização da prorrogação, se esta realmente for de interesse da Administração, em comunhão com a tese que defendemos ao comentarmos a citada Medida Provisória<sup>22</sup>. Esse entendimento foi sufragado, recentemente, pela douta advogada da Consultoria da Editora NDJ, Dra. Eunice Leonel da Cunha. Sustenta, com muita propriedade, aplicarem-se essas alterações aos contratos que se realizarem após a data da Medida Provisória inaugural, isto é, após a

<sup>21</sup> Consulte-se o citado *Licitações e contratos e administrativos* de nossa autoria. *O TCU sentenciou que o contratante se abstenha de incluir, nos processos de licitação e, portanto, nos contratos a serem firmados, a previsão de prorrogação de prazo, quando se tratar de serviços de duração continuada, dimensionando-se claramente a duração desses serviços, nos termos do inciso II do artigo 57 da Lei 8.666/93, alterada pela Lei 8.883/94, Relator Ministro Humberto Guimarães Souto, Decisão 34/96, 1 Câmara, DOU de 18 de março de 1996, Seção I. Consultem-se, nesse sentido, de Roberto Bazilli, *Contratos Administrativos, Malheiros, Editores, 1996, p. 70; idem, Marçal Justen, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 4ª edição, p. 364; Jessé Pereira Júnior, Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, Renovar, 4ª edição, p. 398.**

<sup>22</sup> Cf. nosso *Duração de contrato administrativos. Boletim de Licitações e Contratos*, n. 2, p. 76-79, fev. 1997.

Medida Provisória 1.500/96, por força do inciso XXXVI do artigo 5º da Lei Máxima<sup>23</sup>.

Destarte, fica proibida a previsão de prorrogação automática que se não concilia com o espírito da lei. Caso contrário, o contrato exaure-se pela expiração do prazo não prorrogado e nova licitação far-se-á, obrigatoriamente. Deve, assim, o administrador precaver-se e tomar as providências necessárias, a tempo.

Contudo, não se olvide a posição respeitável de autores que permitem seja o contrato feito, de imediato, com prazo superior ao exercício financeiro.

Interessante questão deve ser respondida quanto à faculdade de se prever a prorrogação por período menor que o originário.

Não vemos óbice nessa interpretação, desde que previsto no edital e no contrato, visto que quem pode o mais pode o menos, e não seria razoável exigir-se da Administração que preveja, no contrato, a prorrogação por igual período do contrato originário, portanto superior às reais necessidades, em detrimento de seus próprios interesses, apenas para satisfazer a interpretação literal e gramatical do texto, contrariando a melhor doutrina.

Toshio Mukai indaga se contrato de prestação de serviço continuado pode ser objeto de convite e responde, com toda razão, apoiado nos ensinamentos de Márcio Cammarosano, ser impossível fazerem-se contratos curtos, nessa hipótese, de sorte que se torna inconciliável “uma dispensa abaixo do convite ou mesmo com os prazos cabíveis num certame dessa modalidade”<sup>24</sup>.

IV - É perfeitamente possível fazer-se a previsão da extensão do contrato, até 48 meses, após o início da vigência, no caso de *aluguel de equipamentos e utilização de programa de informática*. Segundo alguns autores, o equipamento de que trata a lei refere-se apenas à informática, todavia, mantemos nossa posição de que os equipamentos não se referem necessariamente e tão-só a programas de informática<sup>25</sup>.

Essa hipótese assemelha-se à situação anterior, à Medida Provisória cit., do inciso II, isto é, trata-se de extensão e é uma previsão, no ato convocatório e no contrato, unilateral da

<sup>23</sup> A Duração dos contratos. *BLC* n. 1, p. 10-13, jan. 1998.

<sup>24</sup> *BLC* cit., p. 591-2, dez. 1997.

<sup>25</sup> Cf. os trabalhos citados que tratam da duração de contratos.

Administração, aceita pela contratada, independentemente de aditivo ou justificção, porque feita concomitantemente com o contrato<sup>26</sup>. Somente se admitirá qualquer prorrogação se calcada numa das hipóteses previstas no § 1º do artigo 55, quando for o caso, ou do § 5º do artigo 79, não se lhe aplicando o § 4º do artigo 57, porque incabível.

V - É também facultada a prorrogação dos prazos de início de etapas de execução, conclusão e entrega do objeto, desde que, mantidas as demais cláusulas, fique assegurado o equilíbrio econômico-financeiro (*caput* do artigo 57) e ocorra um dos motivos previstos no § 1º do artigo 57. Os fatos que autorizam a prorrogação são posteriores ao início da vigência do contrato, ou seja, surgem durante sua execução e, portanto, nesse caso, não se há de falar em *reapctuação*, para retomada do equilíbrio econômico-financeiro, somente, após um ano, em vista da legislação que introduziu o Plano Real, como querem alguns, equivocada e absurdamente. A restauração do equilíbrio econômico-financeiro da equação, se comprovada a decomposição deste, far-se-á, obrigatoriamente, em qualquer época, porque assim exige a lei.

#### 4. Interpretação do § 4º do artigo 57

O § 4º do artigo 57 foi introduzido pela Medida Provisória 1.081, de 28-7-95<sup>27</sup>, visando minorar os rigores da redação dada pela Lei 8.883/94.

A Lei 8.883/94 modificou o texto originário da Lei 8.666. Esse dispositivo modificado vem sendo repetido pelas Medidas Provisórias ulteriores, as quais chancelam os atos praticados com base na Medida Provisória anterior. Na verdade, esse ato é inconstitucional, visto que a Constituição, no parágrafo único do artigo 62, claramente, anuncia que as Medidas Provisórias perderão eficácia, desde sua edição, se não forem convertidas em lei, no prazo de 30 dias a partir de sua publicação, devendo, então, o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes. E, se não o fizer, tem o súdito o remédio constitucional, que é o

<sup>26</sup> Consulte-se nosso Duração do contrato administrativo e a Lei 8666/93. *BLC*, n. 10, p. 401-9, out. 1993.

<sup>27</sup> Publicado no DOU de 31.7.95, Seção I.

Mandado de Injunção<sup>28</sup>. Destarte, no caso de contrato de prestação de serviço de forma continuada, o administrador devia dimensionar, de imediato, o prazo que melhor se ajustasse às circunstâncias, fazendo-o constar do edital e do contrato, ou seja, fazer uma prévia avaliação, auscultando preços e condições mais vantajosos para a Administração, cabendo-lhe também avaliar o tempo de duração do contrato e o interesse daquela. Essa era a determinação ditada pela Lei 8.883/94.

Feito o contrato, segundo as condições e o prazo estipulados no edital e no contrato, não podendo ultrapassar o limite de 60 meses, estava vedada qualquer extensão ou prorrogação, a não ser nas hipóteses do § 1º do artigo 57 e do § 5º do artigo 79, e ainda do § 4º antes citado, com o aval do TCU e da melhor doutrina.

Assim, no caso de um contrato, celebrado em fevereiro de 1995, pelo prazo de 36 meses, não poderia ser objeto de extensão ou prorrogação, salvo as hipóteses mencionadas acima.

O TCU, na Representação formulada nos termos do artigo 113, § 1º, da estudada lei, c/c o artigo 213 do Regimento Interno (artigo 34 da Resolução TCU 29/95), seguindo o voto do culto Ministro – Relator, Bulgarin, decidiu que a duração dos contratos fica adstrita à vigência dos créditos orçamentários, que, em regra, equivale ao exercício financeiro<sup>29</sup>.

Exatamente, para temperar os rigores dessa situação, o legislador (*in casu*, o Chefe do Executivo) editou a citada Medida Provisória 1.081 e enxertou o § 4º, facultando que a Administração pudesse prorrogá-lo, em até doze meses mais, desde que demonstrada a excepcionalidade e houvesse a autorização da autoridade superior. Essa prorrogação faz-se por aditamento, submetendo-se a todas as formalidades da lei.

Sem dúvida, não há que se indagar da existência da previsão dessa facultade no contrato ou no edital, porque isso é impossível, por se tratar de caso excepcional e imprevisto, segundo a inteligência do dispositivo em tela.

<sup>28</sup> Cf. nosso artigo, em Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, da *Revista dos Tribunais*, n. 1, 1979, coordenado pelo Professor Ives Gandra da Silva Martins.

<sup>29</sup> Cf. Decisão 148/96, Pleno, de 27.3.96. Esse decisório cita ainda em seu apoio a Decisão 34/96, em que funcionou como Relator, o Ministro Humberto Souto. *BLC*, n. 6, p. 300-304, jun. 1996.

Contudo, estando em vigor o § 4º, por força da referida Medida Provisória e porque as anteriores foram convalidadas pelas subseqüentes Medidas Provisórias, embora, constitucionalmente, devesse sê-lo, pelo Congresso Nacional, *ex vi* do disposto no parágrafo único do artigo 62 da Carta Maior, é forçoso concluir que esse dispositivo se aplica a todos os contratos que se fizeram ou fazem sob sua vigência ou antes de sua vigência, mesmo que não previsto no contrato e no edital, porque impossível tal previsão<sup>30</sup>.

A Consultoria da Editora NDJ enfatiza, com muita razão, que somente será possível a prorrogação, calcada no citado § 4º, se as futuras contratações ainda não foram feitas e se a interrupção do contrato, dada a natureza desses serviços, produzir danos irreparáveis e for devidamente justificada pela autoridade competente<sup>31</sup>.

Por óbvias razões, o contrato, para merecer esse favor, deve estar em pleno vigor.

## 5. Reedição de medidas provisórias

Marcelo Figueiredo<sup>32</sup>, em substancioso parecer para o Instituto dos Advogados de São Paulo, manifesta-se acerca da reedição das medidas provisórias, que vêm alterando iterativamente a LLCA, com azedas críticas a essa

prática, recusando-lhe legitimidade e foro de constitucionalidade. Entretanto, *data maxima venia*, a reedição desses atos legislativos não está proibida pela Constituição<sup>33</sup>. Se a Lei Maior quisesse sua proibição, fá-lo-ia, expressamente. Se assim não fosse, não seria necessário que a PEC 1/95, em tramitação no Congresso Nacional, previsse essa vedação, de forma clara e insofismável, permitindo apenas uma reedição.

Não negamos que a medida provisória, da forma como está incrustada na Lex Maior, tem-se mostrado tão nefasta que propusemos sua modificação<sup>34</sup> e, na 33ª Jornada de Integração Jurídico-Parlamentar, realizada, em Buenos Aires, recentemente<sup>35</sup>, sugerimos profunda alteração, para, sem quebra dos princípios democráticos, harmonizar-se com as necessidades do Estado moderno, que não pode prescindir de um instrumento dinâmico, ágil, como aliás o têm países como a Argentina, Portugal e tantos outros. Victor Uckmar, em precisa narração, apregoa que, em face da separação de poderes, deveria ficar vedada, ao Executivo, a competência para legislar, especialmente em matéria tributária. Não obstante, em virtude da impossibilidade de os Parlamentos conhecerem certos problemas práticos, ou por não poderem dar vazão ao trabalho, consente nessa medida excepcional, porque o Poder Legislativo exerce de fato o real controle sobre aquele Poder, de modo a não macular o princípio da legalidade<sup>36e37</sup>.

<sup>33</sup> Cf. nosso *Medidas provisórias*. Revista dos Tribunais, 1991.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> Cf. nossa conferência, na citada Jornada, promovida pelo Centro Ibero-Americano de Administração e Direito, de Brasília, de 14 a 19 de fevereiro de 1998, presidida pelo Professor Leo da Silva Alves.

<sup>36</sup> *Princípios comuns de Direito Constitucional Tributário*. Revista dos Tribunais, 1976. p. 30-37. Ainda, de Miguel Pellegrini e Susana Aguirre, Los Decretos de Necesidad y Urgencia, en la Constitución Nacional de 1994, Marcos Lerner Editora Córdoba. República Argentina, e a Constitución de la Nación Argentina, com prólogo de Dardo Perez Guilhous, 1996.

<sup>37</sup> O autor agradece ao Dr. Marcelo Palmieri a dedicação e o esforço, na assistência à pesquisa empreendida.

<sup>30</sup> Essa é também a opinião do Professor Toshio Mukai e do Dr. Lucas Azevedo Moreira dos Santos, da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional.

<sup>31</sup> *BLC* cit., p. 575, nov. 1997.

<sup>32</sup> *BLC*, n. 3, p. 131-135, mar. 1997.

# O Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (CIRCI - ICSID)

CELSO DE TARSO PEREIRA

## SUMÁRIO

*1. Introdução. 2. A Convenção e o Centro. a) Estrutura institucional. b) Competência do Centro. b1) Consentimento. b2) Competência racione materiae. b3) Competência racione personae. 3. Algumas particularidades do procedimento arbitral. 4. O laudo arbitral. 5. Proteção diplomática, a cláusula Calvo, a América Latina e o Brasil. a) A posição do Brasil.*

## 1. Introdução

O Grupo Banco Mundial compreende atualmente cinco organizações:

- o Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD);
- a Associação de Desenvolvimento Internacional (IDA);
- a Corporação Financeira Internacional (IFC);
- a Agência Multilateral de Garantia de Investimento (MIGA); e
- o Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (CIRCI-ICSID).

Este Centro foi criado pela *Convenção sobre Resolução de Conflitos relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados*, assinada em Washington em 18 de março de 1965, sob os auspícios do Banco Mundial. O principal objetivo dessa Convenção era proporcionar uma alternativa eficaz e confiável para dirimir conflitos legais surgidos do relacionamento entre empresas privadas e Estados de diferentes nacionalidades.

O intenso fluxo de capitais para países em desenvolvimento e a ocorrência eventual de medidas de nacionalização, expropriação ou

Celso de Tarso Pereira é Diplomata, Mestre em Direito Internacional pela Universidade de Kiel, Alemanha, Professor de Direito Internacional Público no Centro de Ensino Unificado de Brasília (CEUB).

disposições fiscais e financeiras de caráter discriminatório formavam o contexto propício para a criação de um mecanismo que favorecesse o ambiente para investimentos internacionais. A permanência de conflitos pendentes entre países e investidores, por falta de um instrumento adequado de solução de controvérsias, opera como um grave entrave ao comércio internacional. Os Estados geralmente recusam submeter-se aos tribunais de outros países, enquanto os investidores particulares sentem-se, algumas vezes, em posição desvantajosa ao terem de submeter-se aos tribunais e leis do local do investimento. A proteção diplomática, quando não dispensada pelo investidor (mediante um *waiver*), não garantia a participação do *host government* em um eventual tribunal internacional e poderia levar a uma politização indevida de interesses comerciais. A conclusão de acordos de arbitragem entre as partes, mesmo se detalhados, não impedia o repúdio ao acordo, nem garantia a aceitação do laudo arbitral final por parte de Estados.

Por essas razões, os diretores executivos do Banco Mundial propuseram, em 1963, a realização de encontros regionais de *experts* para a discussão preparatória de uma possível convenção sobre a matéria, a qual deveria ser formulada de maneira a obter, ao final, o maior número possível de adesões. Especialistas de 86 países participaram das reuniões, que aconteceram em Adis-Abeba, Santiago, Genebra e Bangkok. Um Comitê Jurídico, com representantes de 61 governos, também foi chamado a colaborar na elaboração do documento.

O sistema de votação no Banco Mundial, ao não seguir o tradicional *one country – one vote* da maioria das organizações internacionais e basear-se nas contribuições financeiras dos membros, poderia ter sido um fator de desequilíbrio numa convenção que se desejava a mais universal possível; adotou-se, por isso, o sistema de *no-formal-vote* nas reuniões correntes, nas quais se buscava o consenso em questões centrais, o qual era posteriormente respeitado durante as votações. Em 18 de março de 1965, a Convenção foi finalmente assinada e entrou em vigor em 14 de outubro de 1966, contando atualmente com 139 Estados signatários e 125 ratificações.

## 2. A Convenção e o Centro

A Convenção – que tem 75 artigos e 10 capítulos –, no seu intuito de proteger e promover

os investimentos privados no exterior, estabelece, vinculado ao BIRD em Washington, um Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos – CIRCI, o qual oferece mecanismos apropriados de conciliação (arts. 28-35) e arbitragem (arts. 36-55), tanto para Estados como para entidades privadas. Deve-se notar que *o Centro não concilia ou arbitra as questões, mas simplesmente administra os procedimentos de conciliação e arbitragem previstos na Convenção.*

### a) Estrutura institucional

O CIRCI é uma pessoa jurídica de direito internacional (art. 18), a qual goza de imunidades, isenções e privilégios próprios (arts. 19 a 24); o pessoal a seu serviço, inclusive os conciliadores e árbitros, goza de privilégios e imunidades *ratione officii*, à semelhança dos cônsules.

Conforme o art. 3º, o Centro compõe-se de um *Conselho Administrativo* (com um representante de cada Estado-parte e o presidente do BIRD como *Chairman*), da *Secretaria-Geral* e de um *Panel* de conciliadores e outro de árbitros. Cada um desses *panels* é composto por quatro pessoas indicadas pelos Estados-parte (não necessariamente seus nacionais) e outros dez designados pelo *Chairman*, para um mandato renovável de seis anos. Ao designar os componentes de ambas as listas, o *Chairman* deverá garantir a representação dos principais sistemas legais do mundo, bem como das principais formas de atividades econômicas (art. 13).

Um dos pontos mais inovadores da Convenção é que ela estabelece a capacidade de um indivíduo ou uma empresa – tradicionalmente sem *locus standi* em tribunais criados por tratados entre Estados – integrar uma relação jurídica junto com um ator estatal, *nessa maneira contribuindo para o reconhecimento do indivíduo como sujeito de direito internacional.*

### b) Competência do Centro

#### B1) CONSENTIMENTO

A principal condição de competência (ou jurisdição) do Centro é o consentimento, que tem um caráter duplamente voluntário: não só seus membros são livres para juntar-se ao esquema Centro-BIRD ou não, mas, mesmo depois de o terem feito, são livres para decidir utilizar ou não as dependências do Centro, por meio da aceitação, por escrito, de sua jurisdição

a respeito de arranjos ou litígios específicos<sup>1</sup>. Como esclarecido no preâmbulo da Convenção e no seu art. 25, a mera ratificação da Convenção, portanto, não acarreta a obrigação de submeter conflitos sobre investimentos à conciliação ou arbitragem.

Tendo, porém, ambas as partes expressamente consentido – antes (cláusula arbitral) ou depois do surgimento do litígio (compromisso de arbitragem) –, já não lhes é lícito retirá-lo unilateralmente. Se uma das partes é uma agência ou subdivisão política de um Estado-parte, faz-se necessária a aprovação daquele Estado. Além disso, o consentimento exclui o recurso a qualquer outra medida judicial (art. 26).

#### B2) COMPETÊNCIA RATIONE MATERIAE

A jurisdição do Centro não é ampla, mas limitada a *controvérsias legais* (*legal disputes*) surgidas diretamente de um *investimento*. Nenhum dos termos é definido na Convenção.

Por controvérsias legais, contudo, quer-se enfatizar que meros conflitos de interesse estão fora do alcance da Convenção, no sentido do art. 36 do Estatuto da CIJ, que estabelece que

“a controvérsia deve se referir à existência ou alcance de um direito ou de uma obrigação legal, ou à natureza ou extensão da reparação a ser feita por violação de uma obrigação legal”.

George Delaume esclarece que

“...conflitos de interesse entre as partes que envolvam o desejo de renegociar todo o acordo ou alguns dos seus termos... ou disputas factuais, como as concernentes à contabilidade ou investigações de questões de fato... normalmente estariam fora do alcance da convenção”<sup>2</sup>.

Embora fundamental à implementação da Convenção, não se chegou tampouco a um consenso sobre a definição de investimento. Ao se considerar, porém, o requisito essencial do consentimento das partes para a ativação da

Convenção e, igualmente, a permissão dada aos Estados para notificar o Centro das classes de disputas que poderão ser submetidas a sua jurisdição (art. 25 IV), tem-se que a não-definição de investimento confere uma maior flexibilidade ao Centro e permite sua adequação à evolução de novas formas de associação entre Estados e investidores estrangeiros: se, à época de sua elaboração, pensava-se basicamente em concessões e *joint ventures* relativas a recursos naturais e investimentos industriais, tem-se hoje as figuras de contratos de serviço e gerenciamento, *turn-key contracts*, transferência de *know-how* e tecnologia, etc. Por outro lado, a *estipulação pelas partes*, no instrumento de consentimento, de que a *transação específica entre elas constitui um investimento para os fins da Convenção* geralmente é aceita pelos tribunais do CIRCI, a não ser que a disputa esteja manifestamente fora do alcance da Convenção, quando o próprio Secretário-Geral, no uso das atribuições do art. 28, III, recusará o registro do requerimento de conciliação ou arbitragem.

#### B3) COMPETÊNCIA RATIONE PERSONAE

Outra limitação à competência do Centro é referente à qualidade das partes: conforme o art. 25, uma das partes deve ser um Estado – ou subdivisão política desse Estado ou sua agência – e a outra deve ser uma pessoa física ou jurídica de nacionalidade de um dos Estados Contratantes, mas diferente do Estado litigante (os binacionais são tratados como nacionais do Estado litigante). Estão, portanto, excluídas da jurisdição do Centro disputas entre Estados e disputas somente entre particulares. Tampouco é necessário que a empresa, nacional de outro Estado-parte, seja totalmente de capital privado: a combinação de capitais privados e estatais não a desqualifica como parte legítima sob a Convenção.

A nacionalidade da pessoa jurídica é determinada pelo critério do lugar do seu registro – *place of incorporation* – ou pelo local da sede social – *siège sociale* – ou ainda, conforme a última parte do art. 25, II, *b*, pelo acordo entre o Estado litigante e a empresa estrangeira, a qual, apesar de ter a nacionalidade do Estado litigante, esteja sob controle estrangeiro. Esta última provisão justifica-se pela condição imposta muitas vezes ao investidor estrangeiro, pelo Estado receptor, de conduzir seus negócios por intermédio de uma empresa formada sob suas leis.

<sup>1</sup> BROCHES, A. The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. *Recueil des Cours*, n. 2, p. 348, 1972.

<sup>2</sup> DELAUME, G. ICSID arbitration : practical considerations. 1 *J. Int'l Arb.*, n. 101, 1984. p. 101-102.

Se não se fizesse exceção ao caso de empresas sob controle estrangeiro mas registradas no Estado receptor, uma importante esfera de investimentos não seria abrangida pela Convenção<sup>3</sup>.

### 3. Algumas particularidades do procedimento arbitral

Após a requisição de arbitragem ter sido registrada pelo Secretário-Geral do Centro, que só pode rejeitá-la se a disputa estiver manifestamente fora do alcance da Convenção, o Tribunal Arbitral é constituído, sempre com número ímpar de árbitros. O CIRCI estabelece regras para que o *Chairman* aponte árbitros, caso o Tribunal não se constitua no prazo de 90 dias (arts. 37 a 40).

O Tribunal, por força da Convenção, detém a chamada *Kompetenz-Kompetenz*, pela qual ele mesmo pode julgar se é competente para atuar em determinada questão, sem ser necessário recorrer a qualquer instância judicial; isso significa que a arbitragem do CIRCI tem um caráter autônomo e exclusivo e os tribunais nacionais não podem interferir na questão da jurisdição do Centro. Nas palavras de Delaume

“...se um tribunal de um Estado-parte toma conhecimento que uma ação que lhe foi apresentada prevê arbitragem do CIRCI, ele deve interromper o curso da ação (*stay the proceedings*) até que uma definição da questão seja dada pelo Centro”<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> O caso *Maritime International Nominees Establishment v. The Republic of Guinea (Mine v. Guinea)* é nesse sentido bastante interessante, pois a empresa MINE é registrada (*incorporated*) no Liechtenstein, que não é Estado Contratante. No acordo, contudo, concordaram as partes em tratar MINE como empresa da Suíça, a qual é parte na Convenção. O art. 25, II, *b*, segundo a MINE, só se refere a empresas registradas no *host state*, não em um terceiro Estado. A Guiné insistiu no caráter essencial do consentimento, que daria às partes liberdade para determinar a nacionalidade do investidor conforme apropriado às circunstâncias.

<sup>4</sup> DELAUME, G. ICSID Arbitration and the Courts. *AJIL*, v. 77, p. 785, 1983. O caso *Mine v. Guinea* ilustra bem a implementação da *rule of abstention*. Apesar de existência de uma cláusula estipulando arbitragem CIRCI (argumento objetado, porém, pela MINE), a MINE levou a questão a uma *District Court* americana e à *American Arbitration Association*. A Guiné insistiu na jurisdição exclusiva do CIRCI para analisar a questão e, após vários anos, esta tese prevaleceu.

É a *rule of abstention*, essencial à eficaz implementação da Convenção; sua violação pode acarretar a intervenção da CIJ, conforme dispõe o art. 64.

A questão da lei a ser aplicada pelo Tribunal Arbitral é tratada pela Convenção nos arts. 42 a 47. Deve-se distinguir a esfera da lei procedimental – *arbitral procedural law* – e da lei material aplicável – *law applicable to the substance of the dispute*. Quanto à primeira, a Convenção confere ampla liberdade às partes para que a estipulem ou escolham, embora com algumas limitações, como quanto à nacionalidade dos árbitros e sua indicação ao Tribunal; ao mesmo tempo, porém, ela trata diretamente de alguns aspectos, como a ausência de uma das partes durante o procedimento (*ex parte proceedings*), produção de provas e medidas cautelares (*provisional measures*) (arts. 43 a 47). O local de arbitragem, normalmente Washington, não influencia a lei procedimental aplicável. Exceto se as partes convierem de outra maneira, outras questões procedimentais serão reguladas pelas Regras de Arbitragem votadas pelo Centro e em vigor na data do consentimento bilateral de submissão à jurisdição ao Centro.

Enquanto as regras procedimentais encontram-se espalhadas por toda a Convenção, a lei material é objeto de um único artigo, o 42, que estipula a autonomia ilimitada das partes em relação à lei material, quer seja nacional, internacional ou combinação de ambas. Na ausência dessa definição, o Tribunal aplicará o direito do Estado parte na disputa (inclusive suas regras de conflito de leis) e normas de direito internacional julgadas cabíveis. Dada a importância da escolha de lei material, cabe citar uma passagem bastante elucidativa de Aron Broches:

“O Tribunal primeiro considerará a lei do Estado parte na disputa e em princípio será esta lei a ser aplicada ao mérito da questão. O resultado será, então, testado frente ao direito internacional. O processo não envolve confirmação ou negativa da validade do direito do Estado receptor, mas pode resultar na sua não aplicação quando aquele direito violar o direito internacional. Neste sentido [...], o direito internacional é superior hierarquicamente ao direito nacional conforme o art. 42”<sup>5</sup>.

As partes podem acertar ainda que o Tribunal pode decidir *ex aequo et bono*, ou seja, por padrões de equidade, sem estar obrigado a

<sup>5</sup> BROCHES, op. cit., p. 392.

aplicar regras estritas de direito material; nas palavras de Poznanski, ele está apto a

“resolve the dispute on the basis of what is fair and just on the light of surrounding circumstances, rather than by a straightforward application of legal rules”<sup>6</sup>.

#### 4. O laudo arbitral

O reconhecimento e *enforcement* do laudo arbitral é tratado de forma clara e incisiva nos arts. 53 a 55. O *award* é *final and binding*: não cabe dele nenhum recurso e ambas as partes estão obrigadas a cumpri-lo integralmente. *Cada Estado contratante, ademais, e não somente as partes na disputa*, deve reconhecer o laudo como obrigatório e cumprir com as obrigações pecuniárias por ele impostas, como se o laudo fosse uma sentença final proferida por um de seus tribunais (art. 54, I). Duas medidas podem ser tomadas contra o Estado recalcitrante: o uso do direito de proteção diplomática por parte do Estado nacional do investidor (art. 27) e ajuizamento de ação na CIJ, conforme disposto no art. 64 da Convenção.

Somente os procedimentos do CIRCI são competentes para responder a pedido de eventual interpretação, revisão ou anulação, únicos casos que podem, se fundamentados, adiar o *enforcement* do laudo proferido (arts. 50 a 52). Este é diretamente *enforceable* em qualquer Estado contratante sem necessidade de *exequatur*, e nenhum tribunal nacional pode revisá-lo sob nenhum pretexto, nem mesmo por razões de ordem pública<sup>7</sup>.

Resta, contudo, a possibilidade de o Estado levantar a tese da imunidade de execução: apesar de o art. 54 exigir o reconhecimento e execução do laudo sem reservas, o art. 55 estipula que

“nada no artigo anterior derroga as leis em vigor nos Estados contratantes sobre imunidade de execução”.

<sup>6</sup> POZNANSKI, B. The nature and extent of an Arbitrator’s powers in International Commercial Arbitration. *J. Int’l Arb.*, 1987. p. 76.

<sup>7</sup> O caso *Benvenuti and Bonfant v. the Government of the People’s Republic of the Congo* comprova a eficácia do sistema de validação de laudos: tendo recebido um laudo favorável do CIRCI em 1980, a B&B requereu seu reconhecimento num tribunal de 1ª instância em Paris, o qual só foi reconhecido sob reservas, as quais foram posteriormente retiradas pela Corte de Apelação, com fundamento no art. 54, que determina o reconhecimento de laudos sem reservas. A questão da imunidade de execução configura uma segunda fase, diversa da mera validação do laudo.

As mudanças nas regras de imunidade de execução nos últimos anos em vários países, e a possibilidade de aplicação das regras acima mencionadas dos arts. 27 e 64, bem como a inclusão de um *waiver* expresso de imunidade de execução nos contratos internacionais de investimento<sup>8</sup>, levam vários autores a crer que o art. 55 da Convenção raramente implicará obstáculo para o *enforcement* de um laudo arbitral do CIRCI. O temor de retaliação, em termos financeiros, por parte do Banco Mundial devido ao não-cumprimento do laudo e a possível perda de confiança de investidores privados também devem ser levados em consideração.

#### 5. Proteção diplomática, a cláusula Calvo, a América Latina e o Brasil

O art. 27 da Convenção proíbe que

“eleita a via arbitral, entre o particular e o Estado, venha o Estado da nacionalidade daquele particular subrogar-se nas suas pretensões, pelo instituto da proteção diplomática, transformando assim um litígio sobre investimentos no qual uma parte é particular, num litígio entre Estados”<sup>9</sup>.

A única exceção a esse *waiver* de proteção diplomática é o não-cumprimento do laudo arbitral por parte de um Estado.

Os Estados da América Latina, defensores tradicionais da Doutrina Calvo – que estipulava que estrangeiros só podem ter os mesmos direitos que os nacionais e assim também só poderiam buscar medidas judiciais nos tribunais locais e conforme os dispositivos das leis nacionais –, não viram, porém, nesse artigo, motivo suficiente para mudar sua postura de não aceitar a arbitragem internacional (mesmo que a validade da cláusula Calvo seja de consistência duvidosa, já que o exercício da proteção diplomática é um direito do Estado, não podendo, portanto, ser objeto de um *waiver* de um indivíduo – enquanto, na Convenção-BIRD, a dispensa é feita pelo titular do direito: o Estado).

<sup>8</sup> Como, por exemplo, o Acordo DIMINCO entre o Governo de *Sierra Leone e Sierra Leone Selection Trust* (1970): “O Estado e a Diminco por esse instrumento expressamente dispensam o direito de qualquer privilégio de imunidade de jurisdição relativo a qualquer arbitragem sob esse Acordo ou a execução ou *enforcement* de qualquer laudo ou julgamento dela resultante”.

<sup>9</sup> SOARES, G. *Órgãos das soluções extrajudiciais de litígios*, p. 82.



Durante muito tempo, nenhum Estado latino-americano assinou a Convenção, por não considerar o CIRCI como um fórum imparcial e por vê-lo talvez como um substituto da intervenção diplomática contra os Estados da região, comum no século XIX. A noção de soberania adotada tampouco era favorável a qualquer tipo de justiça que não fosse a estatal; isso explica porque os países latino-americanos sempre foram reticentes não só com a adoção de convenções internacionais de arbitragem, mas também com a adoção dessa alternativa de solução de controvérsias no âmbito de sua legislação interna.

Outro possível motivo para a rejeição do CIRCI é a disposição do art. 42, I, (como relatado acima), interpretado como um corretivo de qualquer disposição da lei nacional de um Estado latino que não esteja de acordo com o direito internacional<sup>10</sup>.

Desde a década de 80, porém, essa situação tem mudado: Paraguai (1983), Chile (1991), Costa Rica (1993), Peru (1993) e Argentina (1994), entre outros, já ratificaram a Convenção; Colômbia e Uruguai assinaram e está em trâmite a ratificação.

#### a) A posição do Brasil

Alguns dos motivos da recusa brasileira em assinar a Convenção do BIRD podem ser apreciados no parecer (de cunho mais ideológico que jurídico) proferido pelo então Consultor Jurídico do Ministério de Relações Exteriores, Dr. Augusto de Rezende Rocha, em 1964: a atuação do Centro-BIRD, segundo o parecer,

“seria a consagração do imperialismo econômico e financeiro, ainda que disfarçada. (...) não é crível que qualquer Estado normalmente organizado, apresentando instituições asseguradoras de uma ordem jurídica primária, concorde de boa mente em sub-rogar funções públicas essenciais a um tribunal internacional, que na sua organização e funcionamento será passível de sofrer influências prejudiciais à própria soberania desse Estado. (...) nunca o Governo brasileiro, em qualquer época, deixou de acolher, diplomática ou judicialmente, as reivindicações de *meritorious cases* de estrangeiros que lhe fossem apresentadas”<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> ABBOT, A. Latin America and International Arbitration Conventions : the quandary of non-ratification. *Harvard Int'l Law J.*, n. 17, 1976.

<sup>11</sup> Apud Soares, op. cit., p. 80-82.

Além de contratos de investimento entre Estados e empresas, desde a década de 60 já eram firmados Acordos sobre Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos entre países industrializados e exportadores de capital e países em desenvolvimento – africanos e asiáticos – interessados em atrair investimentos estrangeiros diretos.

Só a partir de meados da década de 80 os principais países latino-americanos passam a integrar esse processo, pois, confrontados com a crise da dívida, passam a adotar, principalmente a partir de 1990, políticas voltadas a uma inserção mais dinâmica na economia mundial. No Brasil, percebeu-se que os investimentos privados estrangeiros eram essenciais para reformular a estrutura produtiva da economia nacional e que havia uma acirrada competição por esses investimentos entre os países em desenvolvimento. Os Acordos sobre Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos, nesse contexto, eram um instrumento importante para fornecer uma moldura legal apropriada, ao conferir transparência, estabilidade e equidade ao tratamento de investimentos estrangeiros. A política de vários países vizinhos de privilegiar a conclusão de tais acordos, ademais, poderia contribuir para criar desequilíbrios nos fluxos de investimentos na região.

Em conseqüência disso, vem ocorrendo uma evolução da postura brasileira, que tende a se desvencilhar das tradicionais idéias vigentes quanto a investimentos e quanto à solução de controvérsias nessa matéria. Essa mudança, contudo, dá-se pouco a pouco, já que o trabalho de compatibilização da legislação brasileira aos parâmetros internacionais já vigentes para o assunto deve ser simultâneo à obtenção de um consenso entre os órgãos encarregados de negociar e implementar os investimentos estrangeiros.

A situação atual dos Acordos de Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos assinados com onze países entre 1993 e 1994 (Portugal, Chile, Reino Unido, Suíça, França, Coreia, Dinamarca, Finlândia, Suécia, Noruega e Venezuela) não é alentadora, pois nenhum deles foi ratificado pelo Congresso. Tampouco o foi o Protocolo de Buenos Aires (Decisão CMC 11/94), no âmbito do Mercosul. Alega-se a existência de desajustes nas questões de transferências, nas condicionantes à adoção de medidas de nacionalização e desapropriação, e na solução de controvérsias. Além disso, ao contrário de vários outros países da região, o Brasil não adotou, ao

iniciar o processo de negociação de Acordos de Investimento, medidas correlatas importantes – como a adesão à Convenção de Nova York sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 10 de junho de 1958, ou ao CIRCI, de 18 de março de 1965.

A fórmula de compromisso encontrada para a cláusula de solução de disputas ficou assim: a) permite-se ao investidor a opção entre o recurso aos tribunais locais do país receptor do investimento ou à arbitragem internacional; caso se opte pela arbitragem internacional, admite-se a submissão do litígio b) ao CIRCI, estabelecido pela Convenção para a Resolução de Conflitos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados, quando ambas as partes a ela houverem aderido; ou, até que cumpra essa condição, ao Mecanismo Adicional para a Administração de Processos de Conciliação, Arbitragem e Verificação de Fatos (aberto a países não-sinatários da convenção); ou c) a um tribunal de arbitragem *ad hoc*, estabelecido de acordo com as Normas de Arbitragem das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL).

A promulgação da Lei nº 9.307/96 (originária de Projeto de Lei do então Senador Marco Maciel), que dispõe sobre a arbitragem no Brasil, significou um grande avanço no necessário *aggiornamento* nessa matéria; espera-se agora que isso se reflita no plano internacional, com a assinatura e ratificação de outros instrumentos, de modo a equiparar a legislação brasileira à posição majoritária da comunidade de nações e a facilitar, para o país e para o setor econômico, o intercâmbio comercial com o resto do mundo.

Quando se considera que os principais instrumentos multilaterais em matéria de arbitragem estão hoje em vigor em centenas de países<sup>12</sup> e que um Estado com o peso específico do Brasil não pode manter-se alheio em relação a importantes questões discutidas no plano internacional – como os Acordos Recíprocos de Investi-

mento e agora os debates sobre Acordos Regionais de Investimento (MERCOSUL, ALCA) ou Multilaterais (no âmbito da OCDE) –, uma reflexão crítica sobre o tema arbitragem – na sua vertente nacional e internacional – poderia levar o Brasil a adotar instrumentos adequados para melhor enfrentar os desafios do comércio globalizado.

## Bibliografia

- ABBOT, Alden. Latin America and International Arbitration Conventions : the quandary of non-ratification. *Harvard Int'l Law Journal*, 1976. p. 131-140.
- BAPTISTA, Luis O. *Les associations d'entreprises (joint ventures) dans le commerce international*. Paris : FEDUCI, 1986.
- BROCHES, Aron. The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States. *Recueil des Cours*, n. 2, p. 331-410, 1972.
- DAVID, René. *L'arbitrage dans le commerce international*. Paris : Economica, 1981.
- DELAUME, George. ICSID arbitrations and the courts. *Am. J. Int'l Law*, v. 77, p. 784-803, 1983.
- \_\_\_\_\_. ICSID arbitration : practical considerations. 1 *J. Int'l Arb.* n. 101.
- GARRO, Alejandro. Enforcement of arbitration agreements and jurisdiction of Arbitral Tribunals in Latin America. 1 *J. Int'l Arb.*, 1984. p. 293-321.
- GILABERTE, Katia Godinho. *Acordos sobre promoção e proteção de investimentos : evolução da política brasileira e perspectivas*. Brasília : IRBr, 1995. CAE, tese.
- PEREIRA, Celso de T. *Schiedsklauseln und Joint-Venture-Verträge*. Kiel, 1991. LL.M. tese.
- SHIHATA, Ibrahim. *Multilateral investment agreements*. Washington, 1992.
- SOARES, Guido. *Órgãos das soluções extrajudiciais de litígios*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1985.

<sup>12</sup> O CIRCI conta atualmente com 125 ratificações e o número de casos a ele submetidos tem aumentado: enquanto até 1983 16 controvérsias tinham sido apresentadas (resultando em 3 laudos), em 1995 tinha-se 5 casos pendentes, sendo 2 novos. Entre os casos apresentados, alguns são: AGIP v. Congo (1979); B&B v. Congo (1980); Amco Asia v. Indonésia (1984); Klöckner v. Cameroon (1983); LETCO v. Liberia (1984); Atlantic Triton v. Guinéa (1986); MINE v. Guinéa (1986); AAPL v. Sri Lanka

(1990). A inserção da cláusula CIRCI nos Acordos Bilaterais, Regionais e Multilaterais dos anos 90 deve contribuir a uma maior utilização dos mecanismos do Centro.

# Da incidência do ICMS na habilitação de telefone celular

MÔNICA DE MELO

## SUMÁRIO

*1. Introdução. 2. Ilegitimidade ativa do consumidor final. 3. O ICMS sobre serviços de comunicação. 4. Os serviços de comunicação e o Convênio ICMS nº 2/96. 5. A incidência do imposto sobre serviços de comunicação na modalidade telefonia celular: a habilitação e o Convênio ICMS 69/98.*

## 1. Introdução

Em que pese a Constituição Federal de 1988 ter previsto a incidência do ICMS nos serviços de comunicação há pelo menos 10 anos, outorgando competência aos estados-membros para sua instituição e cobrança, pouco se tem escrito a respeito desse imposto, que tem permanecido à margem das inúmeras discussões doutrinárias e jurisprudenciais travadas acerca dos inúmeros aspectos controversos do Imposto sobre Circulação de Mercadorias, sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS).

Entretanto, a recente privatização dos serviços de comunicação, no Brasil, teve o condão de trazer à lume o debate acerca da incidência do imposto sobre os serviços de comunicação, notadamente no que diz respeito à habilitação de telefones celulares.

No calor do processo da privatização, chegou-se a ensaiar a edição do Convênio ICMS nº 74 de 21 de julho de 1998, que dispunha sobre a *não exigência* do ICMS nos serviços de telefonia constituídos por habilitação, acesso, ativação, adesão, bem como a outros serviços suplementares e facilidades adicionais que não estivessem previstos na lista exemplificativa do Convênio ICMS 2/96.

Mônica de Melo é Procuradora do Estado, Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP, Professora de Direito Constitucional da PUC/SP e Diretora do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública – IBAP.

Argumentava-se que a exigência desses valores oneraria a privatização, diminuindo consideravelmente o ágio que porventura se obtivesse. Em meio a inúmeras manobras, ofensas e chantagens políticas, não foi obtida a unanimidade necessária à edição do Convênio, permanecendo a exigência do tributo sobre os serviços especificados, nos termos da legislação regente e especialmente do Convênio ICMS 69 de 19 de junho de 1998.

Entretanto, a extensiva e pouco informativa cobertura que se deu ao caso fez com que se pusesse a exigência tributária em xeque. A partir daí, algumas ações judiciais (mandados de segurança) ingressaram no Poder Judiciário questionando, principalmente, a cobrança do ICMS na habilitação dos telefones celulares. Quem passou a acessar o Judiciário foram os contratantes do serviço de telefonia celular, também chamados de consumidores. E buscaram o Judiciário discutindo suposta violação a anterioridade tributária, bem como questionando a adequação da espécie tributária eleita à exigência tributária em questão. Ou seja, o imposto não seria o tributo mais adequado, e sim a taxa

Esse trabalho objetiva tecer alguns argumentos contrários a essa tese inicial, buscando evidenciar a perfeita constitucionalidade e legalidade da incidência do ICMS sobre serviços de comunicação, em especial sobre a habilitação de telefone celular.

## 2. Ilegitimidade ativa do consumidor final

Inicialmente, incumbe assinalar que pessoa física, consumidora final de serviços de comunicação prestados, está *desobrigada* de recolher aos cofres públicos qualquer quantia a título de ICMS em razão da realização de serviços de comunicação. O tomador dos serviços de telefonia (de comunicação) não é o contribuinte do imposto, apenas suporta o ônus financeiro do tributo que vem embutido no preço do serviço contratado. O sujeito passivo da obrigação tributária é o prestador do serviço, no caso a companhia telefônica.

Ora, como dispõe o art. 3º do CPC, para propor ou contestar ação é necessário ter *interesse e legitimidade* (interesse jurídico, obviamente). E, ainda, o art. 6º do mesmo Estatuto Processual impõe, com clareza, que “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

Na qualidade de consumidor final do serviço prestado, os que têm-se insurgido contra a exigência tributária são *terceiros* em relação à obrigação de recolher o tributo: não têm, pois, legitimação ativa para propor ação judicial em que se pretenda discutir essa obrigação, já que o Estado de São Paulo, sujeito ativo da obrigação tributária, nada lhes poderá exigir, pois não são contribuintes do imposto.

Ou seja, os que têm acionado o Estado não têm nenhuma relação jurídica com o sujeito ativo. O imposto só pode ser exigido do sujeito passivo da obrigação tributária, que, no caso em tela, não são os impetrantes dos mandados de segurança propostos.

Segundo os ensinamentos de Paulo de Barros Carvalho<sup>1</sup>, os critérios para identificarmos o aparecimento de uma relação jurídica são dois: critério pessoal e critério quantitativo.

“O critério pessoal é o conjunto de elementos, colhidos no prescritor da norma, e que nos aponta quem são os sujeitos da relação jurídica – sujeito ativo, credor ou pretensor, de um lado, e sujeito passivo ou devedor, do outro”.

A hipótese de incidência do tributo que se discute é a descrita pela norma constitucional, art. 155, II, que dispõe:

“Art. 155 – Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:  
(...)

II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;”

Ou seja, a regra matriz desse ICMS é prestar serviços de comunicação<sup>2</sup>. Na lição de Roque Antonio Carraza:

“...há uma relação negocial entre o prestador e o usuário, que possibilita, a este último, a comunicação. É o quanto basta para que o ICMS incida. Mesmo que o usuário mantenha os equipamentos desligados”<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> *Curso de Direito Tributário*. 5. ed. atual. São Paulo : Saraiva, 1991. p. 189.

<sup>2</sup> Nesse sentido CARRAZA, Roque Antônio. *ICMS*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo : Malheiros, 1995. p. 71.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

No caso em questão, a companhia telefônica (TELESP-CELULAR)<sup>4</sup> é a prestadora do serviço, a contribuinte do imposto e o impetrante, o usuário, aquele que contrata o serviço e que paga ICMS na qualidade de consumidor final, pois este vem embutido no preço final do serviço. Mas, repetimos, não é ele o contribuinte do imposto. E, por não ser o contribuinte do imposto, jamais seria acionado pelo Fisco; por essa razão lhe falece legitimidade para vir a juízo questionar valores que não lhe podem ser exigidos, por parte do sujeito ativo que é o Estado de São Paulo.

Apenas para simplificarmos o entendimento da questão em discussão, imaginemos a singela situação em que alguém compra uma caneta em uma papelaria. O sujeito ativo do ICMS devido é o Estado de São Paulo, o sujeito passivo da obrigação tributária é o comerciante que realiza o fato impositivo. E o consumidor final da mercadoria arca com o custo final da mercadoria, que embutiu o valor do ICMS. Supondo-se que a papelaria-contribuinte do imposto, por alguma razão qualquer, tivesse recolhido erroneamente o tributo, ou mesmo não o tivesse recolhido, de quem o sujeito ativo cobraria o adimplemento da obrigação com todos os consectários legais? Naturalmente do sujeito passivo, o contribuinte do imposto. O comprador da caneta que pagou o preço pedido jamais pode ser responsabilizado por obrigação que lhe é de toda estranha. Repito: ele não é contribuinte do imposto.

Nesse sentido, o Excelso Pretório, pela unanimidade de seu Colendo Plenário, já decidiu nesses significativos termos:

“Só o titular de direito próprio pode impetrar mandado de segurança, não lhe cabendo vindicar em seu nome direito alheio.” (STF. Pleno. RTJ, n. 110, p. 1026)

Recusar tal ponderação é o mesmo que admitir que os consumidores finais de mercadorias, onerados pelo encargo financeiro e não tributário do tributo, teriam legitimidade para vir a juízo discutir as incidências anteriores.

Ainda a propósito da legitimação ativa, transcrevo o ensinamento de Vicente Greco

<sup>4</sup> No decorrer desse texto optamos por utilizar a antiga denominação “TELESP”, que atualmente ainda é o nome pelo qual é conhecida a companhia telefônica que opera no Estado de São Paulo e que permite uma comunicação mais eficiente com o leitor, nesse momento de transição.

Filho<sup>5</sup>, que judiciosamente esclarece:

“Apesar de a legitimidade ser examinada no processo e ser uma condição do exercício da ação, a regra é a de que as normas definidoras da parte legítima estão no direito material, porque é ele que define as relações jurídicas entre os sujeitos de direito, determinando quais os respectivos titulares. Assim, somente a análise cuidadosa das relações jurídicas entre os sujeitos, a serem submetidas ao Judiciário, é que determinará a *legitimatio ad causam*.”

Tanto isso é verdadeiro que o Excelso Pretório, julgando pedido de isenção do adquirente, que se dizia titular da mesma, mas era consumidor-final das mercadorias, assim concluiu:

“ICM. Isenção prevista para a saída de máquinas e equipamentos adquiridos para projeto de obra de interesse público, em execução. Convênios 9/75, 11/81 e 24/81. Revogação dessa isenção.

Quem tem direito à isenção em causa não é o ‘contribuinte de fato’, o comprador das máquinas e equipamentos nacionais destinados à implementação de projetos que consultem aos interesses do país, mas, sim, o ‘contribuinte de direito’, que é o fabricante deles. A este não se exige que assuma qualquer obrigação em contrapartida da isenção, nem lhe é concedida por prazo determinado. Portanto, essa isenção, por não ser condicionada, nem a termo, para seu titular, pode ser revogada a qualquer tempo, inexistente direito adquirido a ela.”

Com base nesse voto, do Exmo. Sr. Ministro Moreira Alves, a Primeira Turma do Excelso Pretório, por unanimidade, negou provimento ao RE 116.848-0/SP (Centrais Elétricas de Goiás S/A e Estado de São Paulo), tendo a Segunda Turma da mesma Corte se manifestado em idêntico sentido, no julgamento dos RR. EE. 115.443-8 e 117.068-9/RJ, relator o Exmo. Sr. Ministro Célio Borja, este último Acórdão fazendo referência expressa ao entendimento nesse sentido, fixado pelo Pretório Excelso, em decisão majoritária de seu Colendo Plenário, no RE nº 113.149-7/SP, *verbis*:

“ICM – Isenção – Equipamentos vinculados a projeto de interesse nacio-

<sup>5</sup> *Direito Processual Civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, p. 71. v.1.

nal, incentivado – Revogação do benefício fiscal que não implica contrariedade a direito adquirido, uma vez que a isenção (sem prazo certo e sem condição) é concedida ao contribuinte de direito e não ao contribuinte de fato, como é a recorrente. Entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal em decisão majoritária de seu Plenário. Precedente específico que deve ser observado pelas Turmas (RE nº 113.148-7-SP). RE não conhecido.” (RE nº 117.068-9-RJ. v. u. j. 2 de outubro de 1990. DJU, p. 11.487, 19 out. 1990. Seção 1, ementa)

Portanto, impossível é atribuir a condição de sujeito passivo a impetrante de ação, quando aquele é consumidor final.

“Sujeito passivo da relação jurídica tributária é a pessoa – sujeito de direitos – física ou jurídica, privada ou pública, de quem se exige o cumprimento da prestação: pecuniária, nos nexos obrigacionais;”<sup>6</sup>

A matéria é regulada de forma geral no Código Tributário Nacional, que, em seu art. 121, define o sujeito passivo da obrigação principal como a pessoa obrigada ao pagamento do tributo ou penalidade pecuniária, sendo que o sujeito passivo pode assumir a condição de *contribuinte*, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador (art. 121, I), ou *responsável*, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de *disposição expressa de lei* (art. 121, II c/c art. 128 do CTN).

No caso em tela, o consumidor final não é colhido por nenhuma dessas circunstâncias, ou seja, não é contribuinte, nem responsável pelo tributo, pois não é, em nenhuma dessas formas, o sujeito passivo perante o Fisco, que é o sujeito ativo da relação obrigacional.

De maneira específica, ao dispor sobre o ICMS, temos a Lei Complementar nº 87/96, que também trata dos contribuintes do imposto ao dispor que:

“Art. 4º Contribuinte é qualquer pessoa física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadorias ou *prestações de serviços* de transporte interestadual e intermunicipal e de *comunicação*, ainda

que as operações e prestações se iniciem no exterior. (grifo nosso)

(...)

Art. 6º Lei estadual poderá atribuir a contribuinte do imposto ou a depositário a qualquer título a responsabilidade pelo seu pagamento, hipótese em que o contribuinte assumirá a condição de substituto tributário.”

O Código Tributário Nacional já dispunha quando ainda o imposto era de competência da União:

“Art. 70 – Contribuinte do imposto é o prestador do serviço.”

Mais uma vez, denota-se que foi o que ocorreu no Estado de São Paulo, que, em consonância com a Constituição Federal de 1988 (art. 155, II) e de conformidade com a LC 87/96, estabeleceu como sujeito passivo do imposto sobre serviços de comunicação aquele que realiza prestação de serviço de comunicação, que é a companhia telefônica e não o consumidor final.

Vejamos a lei estadual:

“TÍTULO II

Da Sujeição Passiva

CAPÍTULO I

Do Contribuinte

(...)

Artigo 7º – Contribuinte do imposto é qualquer pessoa, natural ou jurídica, que de modo habitual ou em volume caracterize intuito comercial, realize operações relativas à circulação de mercadorias ou *preste serviços* de transporte interestadual ou intermunicipal ou de *comunicações*. (Redação dada pelo inciso III do art. 1º da Lei 9.399, de 21-11-96. DOE, 22 nov. 1996)

Artigo 7º – Contribuinte do imposto é qualquer pessoa, natural ou jurídica que, de modo habitual, realize operações relativas à circulação de mercadorias ou *preste serviços* de transporte interestadual ou intermunicipal ou de *comunicação*.

§ 1º – Incluem-se entre os contribuintes do imposto:

1 - o industrial, o comerciante, o produtor, o extrator e o gerador;

2 - o prestador de serviços de trans-

<sup>6</sup> CARVALHO, op. cit., p. 204.

*porte interestadual e intermunicipal e de comunicação;*

3 - a cooperativa;

4 - a instituição financeira e a seguradora;

5 - a sociedade civil de fim econômico;

6 - a sociedade civil de fim não econômico que explore estabelecimento de extração de substância mineral ou fóssil, de produção agropecuária, industrial ou que comercialize mercadoria que para esse fim adquira ou produza;

7 - os órgãos da Administração Pública, as entidades da Administração indireta e as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;

8 - a concessionária ou permissionária de serviço público de transporte interestadual e intermunicipal, de comunicação e de energia elétrica;

9 - o prestador de serviços não compreendidos na competência tributária dos municípios que envolvam fornecimento de mercadoria;

10 - o prestador de serviços compreendidos na competência tributária dos municípios que envolvam fornecimento de mercadoria, com incidência do imposto estadual ressalvada em lei complementar;

Tampouco ao mencionar as hipóteses em que é possível o estabelecimento do contribuinte por substituição tributária encontra-se contemplado o consumidor final, conforme demonstra o artigo oitavo da Lei nº 6.374/89, já que o prestador do serviço de comunicação é considerado o contribuinte do imposto. Ninguém mais.

Portanto, e em conclusão, a ilegitimidade ativa do consumidor final é indubitosa, razão pela qual deve incidir nas ações intentadas a extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do artigo 267, VI, do CPC.

Na hipótese específica, sequer ocorre o requisito necessário para requerer a tutela jurisdicional, no caso, mandado de segurança preventivo. Ou seja, não há ameaça a direito do impetrante, que não é sujeito passivo da obrigação tributária.

Segundo Hely Lopes Meirelles<sup>7</sup>,

<sup>7</sup> *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e habeas-data*. 14. ed. atual. por Arnoldo Wald. São Paulo : Malheiros, 1992. p. 18.

“O mandado de segurança normalmente é *repressivo* de uma ilegalidade já cometida, mas pode ser *preventivo* de uma ameaça a direito líquido e certo.”

A Constituição Federal de 1988 consagrou que nem lesão nem *ameaça a direito* serão excluídas da apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, XXV). Ocorre que não há ameaça que possibilite o ingresso do mandado de segurança preventivo, pois o sujeito ativo – Estado de São Paulo – não tem relação obrigacional com o consumidor final.

Ademais, sob o ponto de vista da liquidez e certeza do direito, também é precária a posição do consumidor final.

O art. 5º, LXIX, da Constituição Federal pontifica com clareza que:

“... conceder-se-á mandado de segurança para proteger *direito líquido e certo*, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;”

Por sua vez, definindo com a costumeira precisão o conceito de *direito líquido e certo*, consoante exigido no texto constitucional, Hely Lopes Meirelles<sup>8</sup> assim se manifestou:

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

Quando a lei alude a *direito líquido e certo*, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para o seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, *direito líquido e certo é direito comprovado de plano*. Se depender de comprovação posterior não é líquido nem certo, para fins de segurança.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 25 e segs.

As provas tendentes a demonstrar a *liquidez e certeza* do direito podem ser de todas as modalidades admitidas em lei, desde que acompanhem a inicial. O que se exige é *prova preconstituída* das situações e fatos que embasam o direito invocado pelo impetrante”.

Em outras palavras: direito líquido e certo é direito *expresso em norma legal*, por um lado, e, por outro, *fatos e situações* de plano comprovados e perfeitamente delimitados nos autos.

Ora, como o consumidor final não é o contribuinte do imposto, não tem como comprovar que a administração fazendária lhe estaria exigindo o imposto ou estaria em vias de fazê-lo.

O Convênio 69/98 autoriza a administração fazendária a exigir o ICMS sobre os serviços de comunicação do prestador do serviço, que é a companhia telefônica.

Realmente, o Judiciário, como se sabe, não legisla: não pode, pois, o órgão jurisdicional, suprimindo a ausência de uma norma legal autorizadora do procedimento que consumidor final pretenda ver reconhecido como correto, proferir provimento que se erija em verdadeiro substitutivo do dispositivo da lei instituidora do ICMS no Estado que dispõe manifestamente em contrário, convertendo-se em regra de conduta a ser observada pela autoridade administrativa.

Assim, se não há ameaça ou lesão de direito do consumidor final, inexistente *fato certo* e comprovado de plano, portanto, descabe falar-se em liquidez e certeza do direito invocado, que não pode ser apreciado mediante via mandamental, sob pena de descaracterizar-se a feição constitucional e legalmente atribuída ao remédio heróico pelo art. 5º, LXIX, da Constituição da República e 1º da Lei nº 1.533/51, normatizadora do mandado de segurança, motivo pelo qual também incidiria nessa hipótese a extinção do processo sem o julgamento do mérito, com base no art. 267, IV e VI, do Código de Processo Civil.

### 3. O ICMS sobre serviços de comunicação

O cerne desse trabalho cinge-se à apreciação do imposto estadual sobre prestação de serviços de comunicação. Nesse sentido, é completamente inútil tecer considerações sobre operações relativas à circulação de mercadorias, que é objeto totalmente estranho a essa incidência tributária.

Portanto, nosso objetivo é traçar o contorno do imposto estadual sobre serviços de comunicação, que nos capacitará para o ponto nodal deste trabalho: a incidência do ICMS sobre habilitação de telefone celular.

No regime constitucional anterior, competia à União instituir impostos sobre serviços de comunicação, ressalvados os de natureza estritamente municipal (art. 21, VII, c/c art. 68, II, do CTN). Ou seja, os serviços de comunicação sujeitavam-se de maneira geral à tributação federal e de forma específica à tributação municipal.

Segundo relata José Eduardo Soares de Melo<sup>9</sup>, durante vários anos, a União não exerceu sua competência, somente vindo a fazê-lo com a edição do Decreto-Lei 2.186, de 20-12-84, instituindo o imposto sobre serviços de comunicações. E, mesmo assim, a tributação era parcial, uma vez que o tributo tinha como fato gerador unicamente a prestação de serviços de telecomunicações destinadas ao uso público. Os demais serviços de comunicações, de âmbito intermunicipal ou interestadual, não eram tributados pela União. Cabia aos municípios a tributação sobre as comunicações interligando apenas pontos de emissão e recepção dentro do território municipal, sem ultrapassá-lo, nem conectar-se com redes de outros municípios, ou de territórios estrangeiros.

Só após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o imposto sobre serviços de comunicações passou a ser de competência estadual, com a criação do ICMS – Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre *prestações de serviços* de transporte interestadual e intermunicipal e *de comunicação*, nos seguintes termos:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre *prestações de serviços* de transporte interestadual e intermunicipal e *de comunicação*, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior”; (grifo nosso)

Nos termos do inciso XII do § 2º do art. 155, foi editada a Lei Complementar 87 de 13 de setembro de 1996, que entrou em vigor em 1º de novembro de 1996. A respeito do imposto sobre

<sup>9</sup> ICMS, teoria e prática. 2. ed. rev. atual. de conformidade com a lei complementar 87/96. São Paulo: Dialética. 1996. p. 98.



serviços de comunicação, previu a LC 87/96 o seguinte:

“Art. 1º – Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Art. 2º – O imposto incide sobre:

(...)

III – prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;”

Nos termos preconizados por Geraldo Ataliba<sup>10</sup> e com fundamento na Constituição Federal de 1988 e na LC 87/96 (antes o Convênio 66/88), a lei paulista 6.374/89 desenha a hipótese de incidência, faz a descrição legal do fato, faz a formulação hipotética, prévia e genérica do fato: *prestar serviços de comunicação*. Expressamente dispõe o art. 1º da lei paulista que:

“Artigo 1º – O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS – tem como *fato gerador* as operações *relativas* à circulação de mercadorias e *as prestações de serviços* de transporte interestadual e intermunicipal e *de comunicação*, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.”

A partir daí, com a realização do fato impositivo, o fato concreto, localizado no tempo e no espaço, acontecido efetivamente no universo fenomênico, e a sua subsunção à hipótese de incidência, perfaz-se o caminho necessário para a exigência do tributo. Nas palavras literais de Ataliba, “dá nascimento à obrigação tributária”<sup>11</sup>. O autor traça um esquema do que a hipótese de incidência deve conter: descrição genérica e hipotética de um fato, conceito legal, designação do sujeito ativo, critério genérico de identificação do sujeito passivo, critério de fixação do momento de con-

<sup>10</sup> *Hipótese de incidência tributária*. 5. ed. São Paulo : Malheiros. 1992. p. 53 e segs.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 61.

figuração, eventual previsão genérica de circunstâncias de modo e lugar e critério genérico de mensuração (base impositiva ou base de cálculo)<sup>12</sup>.

Acima demonstramos a existência constitucional e legal da hipótese de incidência. A seguir, para completarmos todos os itens componentes da obrigação tributária, trataremos dos demais componentes.

Não descuidou a legislação de designar o sujeito ativo, conforme decorre claramente do art. 155, II, da CF/88, do art. 1º e 2º, III, da LC 87/96 e do art. 1º da Lei 6.374/89: o sujeito ativo do tributo é o Estado de São Paulo, conforme denota-se nos artigos já transcritos acima.

Quanto ao critério genérico de identificação do sujeito passivo, dispõe a LC 87/96, em seu art. 4º, e a lei paulista, em seu art. 7º, que:

“Art. 4º – Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadorias ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.”

“Artigo 7º – Contribuinte do imposto é qualquer pessoa, natural ou jurídica, que de modo habitual ou em volume caracterize intuito comercial, realize operações relativas à circulação de mercadorias ou *preste serviços* de transporte interestadual ou intermunicipal ou *de comunicações*. (Redação dada pelo inciso III do art. 1º da Lei 9.399, de 21-11-96. *DOE*, 22 nov. 1996)

Artigo 7º - Contribuinte do imposto é qualquer pessoa, natural ou jurídica que, de modo habitual, realize operações relativas à circulação de mercadorias ou *preste serviços* de transporte interestadual ou intermunicipal ou *de comunicação*.

§ 1º - Incluem-se entre os contribuintes do imposto:

(...)

8 - *a concessionária ou permissionária de serviço público de transporte interestadual e intermunicipal, de comunicação e de energia elétrica;*” (grifo nosso)

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 67.

Ou seja, a legislação pertinente menciona claramente que o contribuinte do imposto não é o consumidor final e sim a companhia telefônica, concessionária do serviço público de comunicação. É ela o sujeito passivo da obrigação tributária.

Quanto à fixação do momento de configuração da hipótese de incidência, não são menos claras as seguintes disposições normativas:

LC 87/96 – “Art. 12 – Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

VII – das prestações onerosas de serviços de comunicação, feita por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;”

Lei 6.374/89 – “Artigo 2º – Ocorre o fato gerador do imposto:

(...)

IX – na geração, emissão, transmissão, retransmissão, repetição, ampliação ou recepção de comunicação de qualquer natureza, por qualquer processo, ainda que iniciada ou prestada no exterior, exceto radiodifusão (vetado);”

Por fim, quanto ao critério genérico de mensuração (base impositiva ou base de cálculo), temos:

LC 87/96 – “Art. 13 – A base de cálculo do imposto é:

(...)

III – na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, o preço do serviço;”

Lei 6.374/89 – “Artigo 24 – Ressalvados os casos expressamente previstos, a base de cálculo do imposto nas hipóteses do artigo 2º é:

(...)

VII – quanto aos serviços aludidos nos incisos VIII e IX, o respectivo preço;”

“Da Alíquota

(...)

Artigo 34 – As alíquotas do imposto, salvo as exceções previstas neste artigo, são:

(...)

8 – 25% (vinte e cinco por cento), nas prestações de serviços de telecomunicação;” (Acrescentado pelo inciso I do art. 4º da Lei nº 7.646, de 26-12-91. *DOE*, 27 dez. 1991)

De todo o exposto, é possível constatar que estão presentes todos os elementos necessários à efetiva cobrança, por parte do Estado de São Paulo, do imposto sobre serviços de comunicações.

Ou seja, a legislação tributária constitucional e infraconstitucional responsável por dar suporte ao imposto sobre prestação de serviços de comunicação atende plenamente todos os requisitos necessários à imposição tributária.

Não menos diferente se adotarmos a doutrina de Paulo de Barros Carvalho<sup>13</sup> da regramatriz de incidência, conseqüente da norma, e as relações jurídicas tributárias daí decorrentes. Segundo o tributarista nos ensina:

“Se a hipótese, funcionando como descritor, anuncia os critérios conceituais para o reconhecimento de um fato, o conseqüente, como prescritor, nos dá, também, critérios para a identificação do vínculo jurídico que nasce, facultando-nos saber quem é o sujeito portador do direito subjetivo; a quem foi cometido o dever jurídico de cumprir certa prestação; e seu objeto, vale dizer, o comportamento que a ordem jurídica espera do sujeito passivo e que satisfaz, a um só tempo, o dever que lhe fora atribuído e o direito subjetivo de que era titular o sujeito pretensor.”

Ou seja, os elementos trazidos por Paulo de Barros Carvalho para que a obrigação tributária se constitua plenamente são os mesmos que já foram analiticamente tratados acima, embora o autor utilize uma terminologia diferenciada.

Portanto, por qualquer ângulo que analisemos a questão, a legislação tributária estadual, fundada na Constituição Federal e na LC 87/96, traz todos os elementos necessários para a cobrança estadual do imposto sobre serviços de comunicação.

Outra importante questão que a partir de agora enfrentaremos é saber o que devemos entender por serviços de comunicação. E, assim sendo, passemos ao tópico seguinte.

<sup>13</sup> Op. cit., p. 188 e segs.

#### 4. Os serviços de comunicação e o Convênio ICMS nº 2/96

A Constituição Federal de 1988 e a legislação que a ela se segue adota a seguinte terminologia: *o imposto incidirá sobre serviços de comunicação*.

Ao tratar da interpretação constitucional, o constitucionalista português J.J. Gomes Canotilho<sup>14</sup>, diante das dificuldades de investigação do conteúdo semântico da norma, vai observar que

“A investigação do conteúdo semântico das normas constitucionais implica uma operação de determinação (= operação de densificação, operação de mediação semântica) particularmente difícil no direito constitucional porque:

(1) os elementos linguísticos das normas constitucionais são muitas vezes, polissêmicos ou plurisignificativos.”

É o que acontece com o conceito trazido pela CF/88, que precisa ser densificado, determinado, para que possamos compreender seu autêntico significado e alcance.

É possível observar, desde logo, a opção por uma terminologia que comportasse especificação e detalhamento posterior. Ciente da crescente complexidade e dos inúmeros avanços tecnológicos, que, num mundo globalizado, crescem em proporção geométrica, não quis o legislador, sabiamente, enclausurar-se numa lista estática de serviços de comunicação. Por essa razão, adotou claramente a terminologia *serviços de comunicação, ou seja, todos os serviços de comunicação que hoje são prestados e outros que advirão*.

Há pouquíssimos anos atrás, ninguém poderia supor que nos comunicaríamos por meio de telefones celulares, *paggers*, *internet* etc. Logo, resta evidente que a melhor técnica legislativa para tratar dessa questão foi a utilizada pelo legislador constitucional e infraconstitucional. É uma forma de garantir estabilidade e segurança para o sistema jurídico, que não precisa ser alterado a toda nova introdução tecnológica, gerando o que se costuma chamar de inflação legislativa.

Entretanto, os sujeitos passivos do imposto estadual sobre serviços de comunicação souberam, ignorando os princípios mais elementares de moralidade, ética e cidadania, tirar

proveito, no mau sentido, da técnica legislativa utilizada e passaram a utilizar uma estratégia de pagamento do imposto que reduzia ao máximo os fatos imponíveis. Ou seja, as companhias concessionárias do serviço público selecionavam, de forma mais reduzida possível, o que poderia ser considerado fato gerador do imposto sobre serviços de comunicação.

Dessa forma, não obstante as empresas-contribuintes prestassem inúmeros serviços de comunicação, tais como “salto”, “atendimento simultâneo”, “siga-me”, “telefone virtual”, recolhiam o imposto sobre as singelas transmissões e recebimentos de mensagens telefônicas: sobre a ligação entre dois pontos por meios eletrônicos.

Ocorre que os avanços tecnológicos permitem, por exemplo, que o contribuinte preste o serviço que permite conectar, por meio eletrônico, não dois, mas três simultaneamente (chamado pela TELESP de atendimento simultâneo). E esse não seria, por acaso, um serviço de comunicação prestado?

Em face dessa realidade, ou seja, do não-recolhimento correto pelos contribuintes do imposto sobre serviços de comunicação que eles prestavam ao consumidor, é que foi editado o Convênio 2/96:

Convênio ICMS nº 2/96, de 22-3-96.  
*DOU*, 27 mar. 1996.

“Firma entendimento em relação à incidência do ICMS nas prestações dos serviços de telecomunicação que especifica.

O Ministro de Estado da Fazenda e os Secretários de Fazenda, Finanças ou Tributação dos Estados e do Distrito Federal, na 81ª reunião ordinária do Conselho Nacional de Política Fazendária, realizada em Brasília, DF, no dia 22 de março de 1996, tendo em vista o disposto nos arts. 102 e 199 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966),

considerando que o ICMS incide sobre a prestação dos serviços de telecomunicações e que há dúvidas por parte de alguns contribuintes, no que se refere a determinados serviços;

considerando a necessidade de uniformizar os procedimentos tributários nas prestações de serviços de telecomunicações;

<sup>14</sup> *Direito Constitucional*. 5. ed. ref. aum. Coimbra : Almedina, 1992. p. 224.

considerando a necessidade de esclarecer o contribuinte, para que corretamente possa cumprir suas obrigações tributárias, resolvem celebrar o seguinte

#### CONVÊNIO

*Cláusula primeira* – Os signatários firmam entendimento no sentido de que, em razão da incidência do ICMS sobre a prestação dos serviços classificados pelas empresas de telecomunicações sob as denominações a seguir indicadas, para cálculo e recolhimento daquele imposto, incluem-se na sua base de cálculo o valor correspondente ao respectivo preço:

- I) assinatura de telefonia celular;
- II) ‘salto’;
- III) ‘atendimento simultâneo’;
- IV) ‘siga-me’;
- V) ‘telefone virtual’.

O Convênio, portanto, *Não criou novas hipóteses de incidência*, simplesmente densificou o conteúdo semântico da expressão *serviços de comunicação*.

A TELESP distribui para seus tomadores de serviço uma lista de *Serviços TELESP*. Entre esses serviços, temos alguns denominados *facilidades CPA*, que, segundo a contribuinte:

“São serviços que permitem aos clientes de Centrais CPA (centrais telefônicas com controle por programa armazenado) novos recursos para a utilização da linha telefônica”.

Alguns desses serviços prestados também estão disponíveis para a telefonia celular. E outros só existem na telefonia móvel celular, como, por exemplo, o *correuio de voz (caixa postal – secretária eletrônica)*.

Os serviços de comunicação possíveis nas linhas CPA oferecidos pela TELESP são:

1) *atendimento simultâneo*: é a facilidade que permite, durante uma chamada telefônica, atender a uma segunda chamada sem desligar a primeira;

2) *transferência de chamadas (“siga-me”)*: é a facilidade que permite a pessoa programar o telefone para transferir automaticamente para outro número telefônico predeterminado todas as chamadas feitas para o primeiro número, o que pode ser feito também para quando o telefone toca e não responde, ou em caso de linha ocupada;

3) *consulta e conferência*: permite falar com dois telefones diferentes ao mesmo tempo, fazer uma conferência ou ainda falar com um de cada

vez, consultar um para depois falar com outro; permite também fazer uma segunda ligação telefônica sem desligar a primeira e, se houver necessidade, desligar o telefone fazendo com que os dois números com os quais se estava falando permaneçam interligados;

4) *não perturbe*: permite não receber chamadas durante um certo período, uma mensagem gravada avisa a quem ligar que o telefone não está recebendo chamadas temporariamente.

Esses são apenas alguns exemplos dos inúmeros serviços de comunicação prestados pela TELESP. Nada obsta a criação de outros, e provavelmente muitos outros ainda serão criados. Todos esses serviços devem compor a base de cálculo do imposto sobre serviço de comunicação em São Paulo.

Note-se que alguns dos serviços mencionados sequer constam do Convênio 2/96, que obviamente é *exemplificativo*, por todas as razões já expostas acima. Ademais, o Convênio foi realizado tendo-se em vista a realidade de todos os estados da federação, e não especialmente do Estado de São Paulo. Além disso, as denominações dos serviços de comunicação variam de uma telefônica para outra, bem como a própria disponibilidade dos serviços.

Note-se que a própria Constituição fala em serviços – no plural –, logo, a interpretação que restringe os serviços de comunicação a apenas a comunicação entre dois pontos, primeiro, faz-se de cega para as inúmeras possibilidades existentes de comunicação e que se consubstanciam em serviços prestados pelas telefônicas e, segundo, recusa-se a aceitar a própria terminologia empregada – serviços –, que está claramente a indicar a existência de mais de um serviço de comunicação, além do mais óbvio e que já é prestado há muito tempo.

Após a edição do Convênio, as contribuintes passaram a recolher o ICMS sobre aqueles serviços normalmente. E não houve qualquer questionamento no sentido de não considerar aquelas situações específicas como serviços de comunicação plenamente tributados pelo ICMS.

Do exposto, é possível concluir que a expressão “serviços de comunicação” é muito mais ampla do que querem fazer crer aqueles que questionam o imposto.

Por fim, resta a questão do serviço de habilitação na telefonia celular e sua relação com o imposto sobre serviço de comunicação, do que trataremos a seguir.

## 5. A incidência do imposto sobre serviços de comunicação na modalidade telefonia celular: a habilitação e o Convênio ICMS 69/98

Sendo o telefone celular uma nova modalidade de comunicação telefônica com praticamente as mesmas possibilidades da linha telefônica comum, embora de tecnologia muito mais avançada, possibilita a comunicação por meio de um sistema de telefonia móvel em contraposição ao antigo sistema fixo. O telefone celular é um transmissor e receptor de rádio. Quando ligado, ele recebe e transmite energia de radiofrequência (RF). E, como é um sistema de rádio, não existem fronteiras exatas.

A TELESP, concessionária do serviço móvel celular, é a responsável pela prestação dos serviços de comunicação, denominada, nesse caso específico, de *serviço móvel celular*. De acordo com o contrato de adesão padrão utilizado por ela, o serviço somente é prestado mediante a *habilitação*, que acaba por integrar os serviços de comunicação nesse sistema de telefonia. Por meio da habilitação, é fornecido um serviço consistente no registro do número de série da unidade móvel, relacionando-o a um número fornecido pela concessionária que possibilitará o acesso aos demais serviços de comunicação.

Pela prestação do serviço móvel celular, a concessionária cobra: *valor de habilitação, assinatura correspondente à disponibilidade do serviço, a utilização efetiva do mesmo e serviços suplementares/eventuais*.

Sobre todos esses valores incide o imposto sobre serviços de comunicação, nos mesmos moldes da telefonia comum, nos termos da legislação constitucional e infraconstitucional que rege os serviços de comunicação.

É documento oficial da TELESP o manual que dispõe sobre os serviços de comunicação disponíveis e seus valores. Nesse manual, encontramos elencada a habilitação, assinatura, utilização, serviços complementares tais como: transferência temporária de chamada, consulta e conferência, chamada em espera, correio de voz e serviços eventuais. Segundo o próprio manual, os valores expressos em reais contêm os *impostos devidos*, bem como os encargos sociais.

A habilitação, segundo a própria concessionária, é necessária para a especificação da estação móvel para a área de mobilidade, dentro da qual não são cobrados valores adicionais. Há áreas de mobilidade dentro do Estado de

São Paulo e sempre são cobrados valores adicionais quando a estação móvel encontra-se fora de sua área de mobilidade.

Portanto, a habilitação é parte inerente dos serviços de comunicação prestados pela concessionária.

Mas, ainda que assim não se entenda, recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, ao tratar da incidência do ICMS sobre radiochamada (BIP), entendeu que *instrumentos da atividade-fim da comunicação devem ser compreendidos pelo imposto sobre a prestação de serviços de comunicação*. Vejamos:

Agravo de Instrumento Nº 63.963-0/RS. Relator: Ministro Milton Luiz Pereira. p. 11.555. *DOU*, 2 maio 1995.

ICMS. Serviço de Comunicação. Radiochamada. (“BIP”).

“Incide o ICMS sobre a prestação de serviço de comunicação de radiochamada. Afasta-se a incidência do tributo municipal sobre serviços listados de secretária e aluguel de equipamento, eis que não constituem substancialmente o serviço prestado, mas instrumentos da atividade-fim de comunicação”.

Do exposto, é possível constatar que o Superior Tribunal de Justiça entendeu que até mesmo serviços porventura considerados por alguns não-integrantes do serviço de comunicação – como a secretária e aluguel de equipamento presentes no serviço de comunicação –, modalidade radiochamada, na verdade integram a base de cálculo, fazem parte da hipótese de incidência do imposto sobre serviços de comunicação, pois são instrumentos essenciais para o desenvolvimento da atividade-fim.

Portanto, ainda, na remota hipótese de se considerar a habilitação fora da atividade-fim da concessionária, é indubitável que ela é *instrumento necessário da atividade-fim*, nos mesmos moldes preconizados pelo referido acórdão da lavra do Superior Tribunal de Justiça.

A própria concessionária assim afirma no contrato de adesão, por ela formulado para obrigar seus tomadores de serviço: sem a habilitação, não é prestado o serviço objeto do contrato.

A mesma conclusão é possível extrair da leitura de Roque Antonio Carrazza<sup>15</sup>:

“Note-se que o ICMS não incide sobre a comunicação propriamente dita,

<sup>15</sup> Op. cit., p. 71.

mas sobre a ‘relação comunicativa’, isto é, a atividade de, em caráter negocial, alguém fornecer, a terceiro, *condições materiais para que a comunicação ocorra*.

Isto é feito mediante a instalação de microfones, caixas de som, telefones, rádio-transmissores etc. Tudo, enfim, que faz parte da *infra-estrutura mecânica, eletrônica e técnica necessárias à comunicação*.

(...)

São irrelevantes, para fins de ICMS, tanto a transmissão em si mesma considerada (“relação comunicativa”), como o conteúdo da mensagem transmitida”. (grifo nosso)

Essas considerações vão na mesma linha argumentativa do julgado do Superior Tribunal de Justiça, ou seja, tudo o que faz parte da infra-estrutura necessária para que a comunicação ocorra é tributado pelo ICMS sobre prestação de serviço de comunicação.

De forma que, mesmo argumentando-se, por hipótese, que a habilitação não é comunicação propriamente dita, ela indubitavelmente faz parte da “relação comunicativa”, nos exatos termos preconizados por Carrazza. Faz parte da infra-estrutura técnica, mecânica e eletrônica necessária à comunicação, parte integrante da base de cálculo, como reconhece expressamente a TELESP em seu contrato com o tomador do serviço.

Portanto, também a habilitação é um fato imponível que se subsume à hipótese de incidência: prestar serviços de comunicação, nos termos da Constituição Federal, Lei Complementar 87/96, Lei 6.374/89 e mais recentemente o Convênio 69 de 19 de junho de 1998, o qual os consumidores finais pretendem ver declarado inconstitucional *incidenter tantum*, que assim dispôs:

“Convênio ICMS 69 de 19 de junho de 1998

O Ministro de Estado da Fazenda e os Secretários de Fazenda, Finanças ou Tributação dos Estados Membros e do Distrito Federal, na 90ª reunião ordinária do Conselho Nacional de Política Fazendária, realizada em Campos do Jordão, SP, no dia 19 de junho de 1998, tendo em vista o disposto no art. 199 do Código Tributário Nacional e no artigo 13, § 1º, II, alínea “a” da LC 87/96

considerando a necessidade de uniformizar os procedimentos tributários nas prestações de serviço de comunicações e de esclarecer o contribuinte, para que corretamente possa cumprir suas obrigações tributárias, resolvem celebrar o seguinte Convênio:

*Cláusula primeira – Os signatários firmam entendimento no sentido de que se incluem na base de cálculo do ICMS incidente sobre prestações de serviços de comunicação os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem como assim aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada.*

*Cláusula segunda – Este Convênio entra em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União, ficando revogado o Convênio ICMS 2/96.”* (ratificado no Estado de São Paulo pelo Decreto 43.317 de 15.7.98).

Como se vê, esse Convênio tem a mesma natureza do Convênio 2/96. É um convênio de natureza interpretativa da expressão “serviços de comunicação”. E a habilitação, adesão, acesso, ativação, ou qualquer outro nome que tenha, só veio a constar agora pela mesma razão da edição do Convênio 2/96, ou seja, as concessionárias não vinham recolhendo o tributo devido sobre o serviço de habilitação.

Embora o Convênio 2/96 já fosse por sua própria natureza exemplificativo, as concessionárias contribuintes continuaram a não recolher o imposto na forma devida, o que acabou por gerar esse segundo Convênio, que tenta sepultar definitivamente quaisquer dúvidas que possam pairar sobre o que integra os chamados serviços de comunicação na área de telefonia. E o Convênio, ciente das crescentes inovações, teve a devida prudência de não construir uma lista fechada.

Evidentemente, reforça-se mais uma vez o já expandido, *não se trata de novas hipóteses de incidência*, mas sim da determinação de um conceito plurissignificativo, polissêmico, que foi utilizado pelo legislador constitucional e infraconstitucional. Portanto, o ICMS sobre esses serviços de comunicação sempre existiu após a CF/88, com a nova definição de competências.

Sendo assim, descabe falar-se em *retroatividade da cobrança*. Em nenhum momento se está a realizar uma cobrança vedada pela Constituição (art. 150, III, “a”). Ou seja, esse Convênio não sofre da eiva da inconstitucionalidade, não fere o princípio da anterioridade constante das limitações ao poder de tributar. A hipótese de incidência existe desde 1988. Foi instituída pelo Convênio 66/88 e hoje tem previsão expressa na LC 87/96 e na lei paulista 6.374/89. Cobrar o que não foi fulminado pela decadência é o que deve fazer em nome da indisponibilidade do interesse público.

Só uma interpretação divorciada de todo o sistema jurídico brasileiro pode entender que os serviços de comunicação previstos no ordenamento jurídico são apenas a comunicação entre dois pontos. Vai contra a letra da Constituição que menciona expressamente “Serviços”.

De forma que, sendo o imposto há muito devido, se o contribuinte não o recolheu, foi por sua própria conta e risco, se o computou no preço do serviço e não o repassou ao sujeito ativo, está indevidamente em poder de verbas públicas.

Se havia qualquer dúvida no tocante ao recolhimento, cabia ao contribuinte do imposto (a concessionária) ter consultado a Administração para saber como proceder e agir de forma autorizada pela administração tributária. Para isso, a legislação tributária (Lei nº 6.374/89, art. 104) põe à disposição do contribuinte do imposto o instituto da Consulta Tributária, que inclusive suspende procedimento fiscal apuratório:

“Artigo 104 – Todo aquele que tenha legítimo interesse pode formular consulta sobre interpretação e aplicação da legislação tributária estadual, nas condições estabelecidas em regulamento.

§ 1º – A apresentação da consulta pelo contribuinte ou responsável, inclusive pelo substituto, impede, até o término do prazo fixado na resposta, o início de qualquer procedimento fiscal destinado à apuração de infração relacionada com a matéria consultada.”

O contribuinte, assumindo todos os riscos, nunca buscou certificar-se das suas obrigações

tributárias. Portanto, agora terá que assumir todo o ônus de sua desídia.

Por derradeiro, gostaríamos de fazer menção ao argumento utilizado em algumas ações, que diz estarmos diante de uma hipótese de cobrança de taxa por prestação de serviço e não de imposto.

Mais uma vez se confunde institutos básicos, elementares do direito constitucional e tributário. Um imposto não pode ser confundido com uma taxa, quando assim determina a própria Constituição Federal:

“Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I – impostos;

II – taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

III – contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

(...)

§ 2º – As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos.”

A taxa pode ser cobrada pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição. O serviço de comunicação é um serviço público prestado pelo regime de concessão. Ocorre que esse serviço público já é base de cálculo própria de imposto, do imposto previsto pelo art. 155, II, da CF/88. Logo, *PREVALECE O IMPOSTO SOBRE O SERVIÇO PÚBLICO DE COMUNICAÇÃO DENOMINADO ICMS E DE COMPETÊNCIA DOS ESTADOS E DISTRITO FEDERAL. Jamais taxa, nos exatos termos do § 2º do art. 145 da CF/88.*

Ou seja, quando o fato imponible de prestar serviço público já for apanhado pela hipótese de incidência de um imposto, prevalece o imposto. Só poderia haver taxa sobre serviço de comunicação se ela não fosse base de cálculo de imposto, do ICMS.

Ademais, vale registrar que os próprios consumidores finais estão admitindo, com essa argumentação, que a *habilitação é um serviço*. É um bom começo!

# A concentração de empresas e a competência do CADE

JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES  
ONOFRE CARLOS DE ARRUDA SAMPAIO

## SUMÁRIO

*1. Introdução. 2. A defesa da concorrência e o fenômeno da globalização. 3. A livre concorrência na Constituição de 1988. 4. A atividade vinculada do CADE. 5. Os motivos de conveniência e de oportunidade na concentração de empresas. 6. Implicações constitucionais do poder de apreciar atos de concentração de empresas. 7. Concentração de empresas no Brasil e o CADE.*

## 1. Introdução

A internacionalização das economias nacionais, materialmente integradas pela revolução nos transportes e nas comunicações, está a exigir percepção atenta à nova ordem de valores e comportamentos que esse fenômeno gera, com a possível modificação ou superação de conceitos que se tornaram ultrapassados em face da nova realidade.

Nesse quadro, inclui-se a atividade consagrada aos Estados de preservar o ambiente concorrencial, oferecendo segurança jurídica aos agentes econômicos que nele atuem ou venham a operar, impedindo que práticas danosas ao sistema da livre iniciativa prosperem e frustrem os resultados que dela se espera.

A livre concorrência constitui princípio basilar que informa o sistema político econômico dos Estados Unidos, país que, ao contrário do Brasil, sempre preservou a livre iniciativa e a concorrência como valores fundamentais da nação. Leis foram promulgadas, estudos feitos, casos julgados, formando incomensurável acervo sobre a matéria, que tem servido de base para quantos tenham de enfrentar questões dessa natureza.

José Carlos de Magalhães é Advogado, Professor Associado da Faculdade de Direito da USP, Mestre em Direito (*Yale University*), Doutor em Direito (USP), Livre Docente (USP) e Presidente do Ramo Brasileiro da *International Law Association*.

Onofre Carlos de Arruda Sampaio é Advogado e especialista em Direito da concorrência.



Mesmo na Europa, a livre concorrência jamais constituiu princípio norteador das economias nacionais, registrando-se práticas monopolísticas e formação de cartéis em diversos países, a atestar a falta de universalidade do princípio da livre concorrência. Só recentemente, em virtude do inusitado processo de concentração de empresas, para fazer frente à crescente concorrência internacional e ante a constituição da União Européia, é que aqueles países passaram a dar ênfase às disposições dos arts. 85 e 86 do Tratado de Roma, que regulam o assunto<sup>1</sup>.

Essa modificação de comportamento coincide com o surgimento do fenômeno da globalização da economia, em que se registrou aumento significativo de aquisições, fusões e incorporações de empresas, em todo o mundo, fazendo com que decisões paradigmáticas em tempos passados se mostrassem impróprias para regular concentrações empresariais motivadas por realidades distintas, antes desconhecidas.

## 2. A defesa da concorrência e o fenômeno da globalização

Esse fenômeno fez com que a concentração de empresas passasse a ser encarada sob ótica diversa da que se registrava no passado. Os parâmetros adotados para mercados nacionais fechados, que operavam em ambiente diverso do atual, tornaram-se inadequados para a realidade presente em que as empresas são forçadas a formar alianças e a realizar ajustes de concentração, com fusões, incorporações ou acordos de cooperação, que lhes permitam ampliar a economia de escala e sinergia, para enfrentar a concorrência cada vez mais acirrada e, assim, sobreviverem. São mudanças estruturais realizadas sob as mais diversas formas jurídicas, com o objetivo de criar condições para enfrentar concorrentes, que, por sua vez, procuram ser mais eficientes, redesenhando seus perfis e estratégias.

<sup>1</sup> Esse controle, na verdade, visou mais evitar que empresas sediadas fora da área comunitária adquirissem empresas locais, ou com elas se fundissem, como forma de ingressar na União Européia e gozar das prerrogativas por ela oferecidas, do que as concentrações em si. A edição da Resolução 4.064, de 1989, da Comissão Européia, que entrou em vigor em 1991, é fruto dessa preocupação e da necessidade de se identificar concentrações de empresas cujos efeitos restringem-se a um país, distinguindo-as das que interferem na Comunidade.

Nos estados nacionais de economia fechada, as autoridades muitas vezes tiveram êxito em interferir e condicionar a estrutura e o comportamento de certos setores da economia, mediante intervenção direta, com regulamentações, ou indireta, com estímulos fiscais ou creditícios. Esse poder é hoje de certa forma limitado, sobretudo pelas normas da Organização Mundial do Comércio, que impede a adoção de políticas de subsídios, ou protecionismos formais, como a abandonada reserva de mercado na área de informática feita pelo Brasil, fazendo com que os Estados venham a depender dos agentes econômicos internos e internacionais, estes cada vez mais interdependentes e livres para atuar em economias abertas.

A adoção da política de fronteiras abertas, com o abandono da prática da substituição de importações, que, por longos anos, informou a atuação dos países não-industrializados, sobretudo dos latino-americanos, entre os quais o Brasil, fez crescer a preocupação em dar contornos novos à legislação antimonopólio.

De fato, embora o Brasil já dispusesse, desde 1945<sup>2</sup>, de lei específica sobre o assunto, reformulada em 1962<sup>3</sup>, e de órgão estatal encarregado de disciplinar o abuso do poder econômico e as infrações à ordem econômica, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, jamais foi incorporada ao espírito da burocracia estatal, tenazmente apegada ao exercício do poder e ao intervencionismo que a tem caracterizado.

Pelo contrário, o protecionismo tarifário<sup>4</sup> contra importações, a proteção à empresa nacional, mediante incentivos, a imposição de barreiras tarifárias e não-tarifárias, que excluíam o produto estrangeiro similar ao nacional, mesmo quando este fosse mais caro e de pior qualidade tecnológica, o controle da importação de tecnologia<sup>5</sup>,

<sup>2</sup> Lei Agamenon Magalhães, Decreto-Lei 7.666, de 1945.

<sup>3</sup> Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962, em vigor até a edição da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, que a revogou expressamente (art. 92).

<sup>4</sup> A Lei 3.244/57, denominada Lei das Tarifas, que criou o Conselho de Política Aduaneira, e o Decreto-Lei 63/66 conferiram base legal para a política de importações, freqüentemente ampliada pela Carteira de Comércio Exterior – Cacex, que exercia, de fato, o poder burocrático de controlar as importações, não raro à margem da lei, mediante expedientes próprios da burocracia.

<sup>5</sup> O famigerado Ato Normativo nº 15, do Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI, tardiamente revogado, estabelecia critérios rígidos para a

o monopólio estatal de certos produtos e serviços, tidos como estratégicos, a política de controle de preços, os sucessivos congelamentos de preços e salários, que o processo inflacionário agudo provocou, criaram, sobretudo na burocracia estatal, mentalidade incompatível com a livre concorrência e com o mercado aberto.

Essa mentalidade intervencionista contrasta, atualmente, com o interesse dos países neo-industrializados, como o Brasil, que podem ser os reais beneficiários do processo de integração econômica mundial, se forem capazes de atrair investimentos de capital para a instalação de indústrias voltadas à produção de bens para os mercados nacional e internacional. A esse propósito, salienta Jagdish Bhagwati<sup>6</sup> que os países do Sul vêm na integração com a economia mundial uma oportunidade, mais do que um perigo, de que estão temerosos os países do Norte, sobretudo ante o declínio do valor dos salários dos empregados não-qualificados nos Estados Unidos e o declínio do emprego na Europa, verificado nos anos 70 e 80. Esse fenômeno tem sido apontado como responsável pela política protecionista daqueles países, invertendo a situação anterior em que a proteção era buscada pelos países menos industrializados<sup>7</sup>. Curiosamente, são países como o Brasil que agora enfrentam o protecionismo norte-americano e europeu, disfarçado sob as mais diversas formas, compelindo o país a provocar a intervenção da OMC para impedir a continuação de tal política.

### 3. A livre concorrência na Constituição de 1988

Se, no plano externo, essa realidade evidencia o interesse do Brasil, como país neo-industrializado, na abertura e integração econômica, importação de tecnologia, podendo-se a ele atribuir certa responsabilidade pelo atraso tecnológico que afetou e afeta a indústria brasileira.

<sup>6</sup> BHAGWATI, Jagdish. The agenda of the WTO. DIJCK, Pitou van, FABER, Gerrit. (Org.) *Challenge to the New World Trade Organization*. Kluwer Law Intenational, 1996. p. 29.

<sup>7</sup> Segundo BHAGWATI, os salários reais dos trabalhadores não-qualificados nos Estados Unidos caíram sensivelmente nas últimas décadas. Em 1973, o salário por hora era de US\$8,55; em 1992, caiu para US\$7,43, montante equivalente ao percebido no final da década de 60. Se continuasse a tendência anterior, esse salário estaria em US\$12,00 por hora. Op. cit., p. 30.

contrastando com o interesse dos países desenvolvidos em adotar práticas protecionistas para defender salários e empregos, no plano interno, nota-se resistência de setores do empresariado nacional, acostumados a dispor de mercado cativo e não-concorrencial e do auxílio do Estado, bem como da própria burocracia estatal nem sempre disposta a abrir mão de poder. Os longos anos de prática intervencionista deixaram marcas profundas que a nação resolveu apagar, ao optar, na Constituição de 1988, pela livre iniciativa e pela não-intervenção do Estado na economia.

Essa opção se revela nos princípios gerais da atividade econômica, inscritos no art. 170 e seguintes da Constituição, que dão ênfase à livre concorrência, à defesa do consumidor e defesa do meio ambiente, entre outros, com o afastamento do Estado da exploração da atividade econômica, salvo quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou em virtude de relevante interesse coletivo (art.173).

Coerentemente, dispôs a Constituição, no parágrafo 4º do art. 173, que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros”, após haver, no parágrafo único do art. 170, assegurado “a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

Assim, no que tange à problemática da concorrência, os parâmetros traçados pela Constituição se fixaram no *abuso do poder econômico que objetive à dominação dos mercados, que vise à eliminação da concorrência ou que resulte no aumento arbitrário dos lucros*, significando isso que o que veda a Lei Maior é o *abuso do poder econômico*, por qualquer das formas de que se revista e que tenda a alcançar um ou alguns dos fins previstos. Não se cogita do poder econômico legítimo, assim configurado o alcançado mediante mecanismos próprios da atividade mercantil. Mesmo o monopólio é lícito, desde que não resulte de processo, gradual ou não, de eliminação de concorrentes, mediante abuso do poder econômico. Quem é titular de uma patente detém um monopólio legal, e sua exploração somente se tornará ilegítima se dela resultar aumento arbitrário dos lucros, ante a ausência de processo concorrencial que impeça, controle ou imponha limite em tais lucros.

A eliminação da concorrência é, igualmente, aceita pela ordem jurídica, se decorre da atividade industrial ou mercantil melhor desenvolvida, com

oferta de produtos com melhor tecnologia e melhor preço, sem que haja abuso do poder econômico. A disputa pelo cliente tem como pano de fundo a diminuição do poder do concorrente e tende a eliminá-lo, não sendo, por si só, ilegítima essa eliminação se não houver abuso de poder econômico ou atividade desleal ou ilícita. Esta, a propósito, a norma do parágrafo 1º do art. 20 da Lei 8.884/94, que não caracteriza como ilícita a dominação de mercado relevante de bens e serviços, mediante processo natural, fundado na maior eficiência do agente econômico.

Vê-se, do texto constitucional, que o fundamento para a repressão consiste sempre no abuso do poder econômico. E a Lei 8.884/94, ao dispor sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, tendo de se ater aos princípios constitucionais que a informaram, e deles não se podendo apartar, sob pena de inconstitucionalidade, deve ser interpretada de acordo com tais preceitos. Dentro dessa ótica, o art. 1º da Lei 8.884/94 declara:

“Art. 1º – Esta Lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, *orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.*”

As infrações e condutas capituladas nos arts. 20 e 21 não podem, por isso, estar dissociadas daqueles ditames. Da mesma forma, o art. 54 da Lei 8.884/94, ao regular o controle de atos e contratos que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência ou resultem na dominação de mercados, deve ser aplicado com observância dos mesmos princípios constitucionais referidos no art. 1º, quais sejam, liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade e repressão ao abuso do poder econômico. Daí estarem, na base de qualquer interpretação que se queira dar a tal preceito, os pressupostos da *repressão ao abuso do poder econômico, da liberdade de iniciativa, livre concorrência e defesa dos consumidores.*

#### 4. A atividade vinculada do CADE

Presentes os princípios constitucionais que informam a matéria e reiterados no art. 1º da Lei 8.884/94, quaisquer atos que possam prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou de serviços

devem ser submetidos à apreciação do CADE, para o exame de eventual abuso, em cumprimento ao que dispõe o art. 54 da mesma lei, assim redigido:

“Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.”

Verifica-se que o artigo estabelece que os atos nele mencionados devem ser submetidos à *apreciação* do CADE, não os vedando, nem criando exceções nos seus parágrafos, que se limitam a prever parâmetros para essa apreciação. Mesmo porque a competência da autarquia nesse ponto, definida no art. 7º, XII, da Lei 8.884/94, é de *“apreciar* os atos ou condutas, sob qualquer forma manifestados, sujeitos à aprovação nos termos do art. 54, fixando compromisso de desempenho, quando for o caso”.

O CADE não poderá classificar o ato de ilegal – e, por isso, determinar-lhe a desconstituição – se dele advierem os resultados previstos nos quatro incisos do parágrafo primeiro do art. 54 da Lei 8.884/94, quais sejam, o aumento da produtividade, melhora da qualidade dos bens ou serviços, eficiência e desenvolvimento tecnológico ou econômico; distribuição equitativa desses benefícios entre os participantes do ato e os consumidores e a não-eliminação de parte substancial do mercado relevante dos bens e serviços objeto do ato, com observância estrita dos limites necessários a se atingir os objetivos visados.

Da mesma forma, deverá considerá-lo regular se três das quatro condições estabelecidas no referido parágrafo primeiro do art. 54 forem atendidas, desde que haja motivo de preponderante interesse da economia nacional e do bem comum, como esclarecido no parágrafo segundo do mesmo artigo.

A atuação do CADE está, dessa forma, subordinada à lei, qualificando-se seus atos como atos vinculados da Administração, não dispondo o administrador de ampla liberdade de decisão. Pois, como ensina Hely Lopes Meirelles,

“Nessa categoria de atos administrativos, a liberdade de ação do administrador é mínima, pois terá que se ater à enumeração minuciosa do direito positivo para realizá-lo eficazmente. Deixando de

atender a qualquer dado expresso na lei, o ato é nulo, por desvinculado do seu tipo-padrão”<sup>8</sup>.

A jurisprudência dos tribunais brasileiros tem dado apoio à limitação do poder de decisão da Administração, em casos em que a lei estabelece critérios precisos para orientar sua atividade. A esse respeito, o mesmo Hely Lopes Meirelles reproduz julgado do Supremo Tribunal Federal, que sintetiza a matéria, com a ementa seguinte:

“A legalidade do ato administrativo, cujo controle cabe ao Poder Judiciário, compreende não só a competência para a prática do ato e de suas formalidades extrínsecas, como também os seus requisitos substanciais, os seus motivos, os seus pressupostos de direito e de fato, desde que tais elementos estejam definidos em lei como vinculadores do ato administrativo”<sup>9</sup>.

Essa hipótese aplica-se inteiramente ao CADE, cuja competência, definida na Lei 8.884/94, restringe-se à apreciação de atos que possam prejudicar a livre concorrência ou resultarem na dominação de mercados, além das infrações à ordem econômica definidas como tal pelos arts. 20 e 21 da mesma lei.

## 5. Os motivos de conveniência e de oportunidade na concentração de empresas

O parágrafo segundo do art. 54, por sua vez, dispõe que o CADE não poderá impugnar os atos referidos no *caput* se três das condições do parágrafo primeiro estiverem presentes, desde que demonstrada a necessidade por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum e ausência de prejuízo ao consumidor ou usuário final.

Nesse caso, a atuação do CADE, na apreciação do ato de concentração, deve levar em conta os *motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum* que o inspirou e que podem estar suportados por critérios de conveniência e de oportunidade, de competência exclusiva do Executivo. A discricionariedade para a identificação de motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum não se confunde

<sup>8</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 4. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, p. 88

<sup>9</sup> Idem, nota 7, p. 89. *Revista de Direito Administrativo*, n. 42, p. 227.

com arbitrariedade, pois trata-se de poder exercido dentro de certos limites estabelecidos por lei, podendo, se ultrapassados tais limites, caracterizar desvio de poder<sup>10</sup>. Ou, como acentua Celso Antonio Bandeira de Mello,

“Já se tem reiteradamente observado, com inteira procedência, que não há *ato propriamente discricionário*, mas apenas discricionariedade por ocasião da prática de certos atos. Isto porque nenhum ato é totalmente discricionário, dado que conforme afirma a doutrina prevalente será sempre vinculado com relação ao *fim* e à *competência*, pelo menos. Com efeito, a lei sempre indica, de modo objetivo, quem é competente com relação à prática do ato – e aí haveria inevitavelmente vinculação. Do mesmo modo, a finalidade do ato é sempre e obrigatoriamente um interesse público, donde afirmarem os doutrinadores que existe vinculação também com respeito a este aspecto”<sup>11</sup>.

Os limites desse poder estão claramente estabelecidos no parágrafo segundo do art. 54 da Lei 8.884/94, que justifica atos que prejudiquem a livre concorrência, ou resultem na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, se estiverem presentes pelo menos três das quatro condições previstas no parágrafo primeiro do mesmo artigo. Se apenas uma ou duas dessas condições forem atendidas, não poderá o CADE considerar regular o ato submetido a sua apreciação, ainda que se invoque motivo preponderante da economia nacional e do bem comum. E, se assim o fizer, poderão os interessados, ou o Ministério Público, impugnar o ato perante o Poder Judiciário, pois os pressupostos legais para sua admissão, não estando presentes, não poderão ser validamente considerados.

Da mesma forma, não poderá a autarquia determinar-lhe o desfazimento se três das quatro condições forem preenchidas e existir motivo preponderante da economia nacional e do bem comum.

<sup>10</sup> Segundo Hely Lopes Meirelles, “A discricionariedade administrativa encontra fundamento e justificativa na complexidade e variedade dos problemas que o Poder Público tem que solucionar a cada passo e para os quais a lei, por mais casuística que fosse, não poderia prever todas as soluções, ou pelo menos a mais vantajosa para cada caso ocorrente”. Nota 7, p. 137.

<sup>11</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. p. 249. Malheiros.

Uma indagação que o dispositivo, desde logo, sugere é se compete exclusivamente ao CADE decidir se há motivo preponderante da economia nacional e do bem comum para justificar determinados atos, ou se tal competência é do Estado, como um todo, assim consideradas quaisquer entidades que integram o aparato estatal. Em outras palavras, se outro órgão da administração federal, dentro de sua esfera de competência, entender que certo ato deve ser praticado por consultar aos interesses da economia nacional e do bem comum, pode o CADE apreciar esse fundamento e, assim, impedi-lo? A lei não esclarece, limitando-se a dispor que, se houver motivo preponderante da economia nacional e do bem comum que o justifique, e desde que não haja prejuízo ao consumidor ou usuário final, o ato pode ser considerado legítimo – sem esclarecer quem tem o poder de assim qualificar tal motivo. Sendo assim, é lícito concluir que qualquer outro órgão da administração federal, dentro de sua esfera de competência, estaria legitimado a emprestar tal qualificação ao ato.

Essa questão tem que ver com a atuação de outros órgãos da administração federal, como é o caso das novas agências reguladoras de atividades econômicas sujeitas a regulamentos especiais, ou do Conselho Monetário Nacional e do órgão encarregado de dar cumprimento a suas determinações, o Banco Central do Brasil, que tem competência para regular as atividades das instituições financeiras em geral. Considerar o CADE como o único órgão do Estado com incumbência para definir um ato como de interesse preponderante da economia nacional e do bem comum significaria conferir a essa autarquia um monopólio que vai muito além de suas atribuições específicas.

O poder discricionário conferido, com exclusividade, ao CADE é o de alterar o percentual de 20% de participação em um mercado relevante, estabelecido pelo parágrafo 3º do art. 20 da Lei 8.884/94, para caracterizar posição dominante presumida, desde que para setores específicos da economia. Embora o dispositivo legal não estabeleça parâmetros, é óbvio que, tratando-se de poder discricionário, tem a autarquia o dever de motivar sua decisão, como qualquer ato administrativo. Isso porque é princípio constitucional que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II, da CF), estando a Administração submetida ao princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, além de outros (art. 37 da CF).

## 6. Implicações constitucionais do poder de apreciar atos de concentração de empresas

A apreciação, pelo CADE, dos atos de concentração ou de quaisquer outros que possam prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços está prevista no art. 54 da Lei 8.884/94. Se não houver abuso do poder econômico, mas de um ato determinado resultar dominação de mercado, eliminação da concorrência ou aumento arbitrário dos lucros<sup>12</sup>, não poderia a lei simplesmente vedá-lo sem ferir os limites estabelecidos pela Constituição. Sendo a livre iniciativa um dos fundamentos da República, juntamente com os valores sociais do trabalho, do qual não se pode apartar o objetivo de desenvolvimento nacional, previsto pelo inciso II do art. 2º, deve preponderar sobre quaisquer outros que disponham sobre a atividade econômica que com ela eventualmente conflitem.

Complementando essas disposições, o inciso XVII do art. 5º da Constituição assegura a plena liberdade de associação para fins lícitos, e o XVIII afasta a necessidade de autorização para a criação de quaisquer associações, salvo para as cooperativas, que subordinou ao que a lei dispuser<sup>13</sup>. Nessa mesma linha, dispôs a Constituição, no art. 174, que o Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercerá as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, “sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

A essas normas agrega-se a do parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal, que, ao assegurar o livre exercício da atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, ressaltou os casos previstos em lei. Esse preceito poderia induzir à interpre-

<sup>12</sup> É importante ressaltar que o aumento arbitrário dos lucros somente pode ser condenado se advém do abuso do poder econômico, como é o caso de patentes de invenção, em que somente o titular tem qualidade para explorá-las. Não sendo assim, ainda que ocorra aumento arbitrário dos lucros, desde que haja concorrência, não se pode coibi-lo legalmente.

<sup>13</sup> Segundo José Afonso da Silva, o texto constitucional abrange as sociedades lucrativas, concluindo que “... a liberdade de associação inclui tanto as *associações em sentido estrito* (em sentido técnico estrito, associações são coligações de fim não lucrativo) e as *sociedades* (coligações de fim lucrativo)”. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 7. ed. Revista dos Tribunais, p. 236.

tação de que constitui fundamento à exigência de autorização, pelo CADE, o exercício de atividade econômica resultante de uma concentração de empresas. A norma constitucional, contudo, refere-se ao exercício de determinado tipo de atividade econômica, como a desenvolvida pelas instituições financeiras ou de seguro, ou de outras atividades sujeitas a normas e regulamentos especiais, como as telecomunicações e transportes, em que o interesse público exige controle e fiscalização, e que, por isso, dependem de autorização governamental ou estão sujeitas a regulamentação específica.

A interpretação do texto constitucional deve sempre ter como suporte os princípios básicos que a nação elegeu como fundamentais e, dentre estes, sobressai o da livre iniciativa, inscrita logo no art. 1º, IV, da Constituição, que, por ser um dos fundamentos mesmo da República, deve prevalecer sobre quaisquer outros na própria Constituição previstos. Por isso, lícito é concluir que a liberdade de associação, independentemente de autorização governamental, afinando-se com o princípio da livre iniciativa, abrange a atividade econômica em suas diversas formas<sup>14</sup>. E, ademais, estando a liberdade de associação prevista no art. 5º, que estabelece os direitos e garantias individuais, constitui garantia não modificável até por emenda constitucional, como previsto pelo art. 60, parágrafo 4º, IV, da Constituição.

Se há liberdade de associação, independentemente de autorização governamental, é lícita qualquer forma de concentração econômica resultante de uma associação entre empresas, desde que, é óbvio, dessa associação não resulte afronta ao princípio da livre iniciativa, nem resulte de abuso de poder econômico. Mesmo porque o dispositivo constitucional (art. 5º, XVII) dispõe que há liberdade de associação para fins lícitos, ou seja, para fins não-vedados por lei.

Daí que o art. 54 da Lei 8.884/94, afinado com o texto constitucional e com a realidade atual, confere poderes ao CADE para apenas apreciar atos ou condutas de que tratam o citado artigo, exercendo, nesse passo, uma atividade *preventiva*, destinada a averiguar se a associação sob seu exame fere a lei, que, por sua vez, não pode ultrapassar os limites constitucionais da atividade legislativa, que se deve pautar pelos

princípios fundamentais já referidos. Se, nessa apreciação, o CADE constatar que um ato já realizado fere os princípios constitucionais da livre iniciativa e decorre de abuso de poder econômico, incumbe-lhe determinar o desfazimento do ato, como previsto na lei.

Em outras palavras, a lei não pode vedar um ato de natureza econômica ou uma associação de empresas – e, assim, uma concentração – se não resultar de abuso de poder econômico, mesmo que venha a afetar a concorrência.

Tratando-se de mera atividade preventiva de exame de atos, não se pode considerar que o CADE possua o poder de autorização daqueles atos. Essa atribuição seria inconstitucional, por ferir o princípio da livre iniciativa e o da não-intervenção do Estado na economia (art. 174 da Constituição).

É verdade que o parágrafo primeiro do art. 54 diz que o CADE poderá *autorizar* os atos a que se refere o *caput* se presentes as condições estabelecidas nos seus incisos. Mas a palavra *autorizar* foi utilizada com evidente impropriedade, não podendo significar ato que preceda, necessariamente, a prática de determinado ato pelo agente econômico, sob pena de nulidade. Tanto que o parágrafo 9º determina a desconstituição dos atos que não venham a ser aprovados, “seja através de distrato, cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica...”. Todos esses atos pressupõem a eficácia – e, portanto, a validade – dos atos cuja desconstituição, distrato ou cisão se exige pela constatação, no processo de apreciação *a posteriori*, de que representam infração à ordem econômica. Daí por que a lei fala em desconstituição e não em nulidade. Somente se desconstitui o que foi constituído e somente se distrata o que foi validamente contratado, somente se vende bem que integra o patrimônio do vendedor. Essa disposição revela também a impropriedade do vocábulo *eficácia* empregado no parágrafo 7º do mesmo art. 54 – “a eficácia dos atos de que trata este artigo condiciona-se a sua aprovação, caso em que retroagirá à data de sua realização;...”. Se ato é ineficaz, não produz efeito e, se não produz efeito, não há que se falar em desconstituição mediante distrato, cisão, venda, etc.

Essa impropriedade terminológica da lei não obscurece o sentido global da atuação da Autarquia estabelecida nos arts. 1º, 7º e 54, que não lhe conferem poderes para autorizar quaisquer atos pelos agentes econômicos, mas

<sup>14</sup> Sobre a noção de atividade econômica, vide Eros Roberto Grau, *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3. ed. Malheiros. 1997. p. 121 e segs.

o de prevenir e reprimir infrações à ordem econômica.

Se é verdade que a Constituição admitiu certa intervenção no domínio econômico, para reprimir abusos do poder econômico e preservar a livre concorrência, é verdade também que delimitou essa intervenção à fiscalização para aquele fim. Pois, como adverte o Professor Miguel Reale,

“houve, por conseguinte, iniludível opção de nossos constituintes por dado tipo, o tipo liberal do processo econômico, o qual só admite a intervenção do Estado para coibir abusos e preservar a livre concorrência de quaisquer interferências, quer do próprio Estado, quer do embate econômico que pode levar à formação de monopólios e ao abuso do poder econômico visando ao aumento arbitrário dos lucros.”<sup>15</sup>

Por isso que, ao se interpretarem as disposições da Lei nº 8.884/94, não se pode perder de vista os princípios constitucionais que a informam, não se devendo erigir a Autarquia em órgão cartorário, ao qual os agentes econômicos devem recorrer para obter autorização para a realização de quaisquer atos negociais ou associações de empresas. Sua competência é sempre a de apreciação desses atos, para verificar se há ou não abuso do poder econômico ou outra infração à ordem econômica, como tal definida em lei.

Ademais, as associações de empresas são, via de regra, negociadas sob o maior sigilo, para evitar prejuízos de imagem e de credibilidade das participantes e anunciadas quando as negociações se encerrarem, com a assinatura de instrumento que assegure o cumprimento dos ajustes. A submissão da eficácia desses ajustes à condição suspensiva constitui precaução que as partes podem tomar, quando há dúvida sobre os eventuais efeitos no mercado e a apreciação que deles fizer o CADE. E, não obstante as decisões da Autarquia possam ser questionadas perante o Judiciário, é evidente que nenhuma empresa espera discuti-las por longo período, realizando investimentos e tomando iniciativas empresariais, sem ter a certeza de que a associação que realizou não venha a ser considerada como violadora da ordem econômica.

<sup>15</sup> REALE, Miguel. Inconstitucionalidade de congelamentos. *Folha de São Paulo*, 19 out. 1988. p. A-3, transcrito por Eros Roberto Grau, nota 12, p. 203.

## 7. Concentração de empresas no Brasil e o CADE

A análise dos limites da competência atribuída ao CADE até agora feita justifica-se pela importância que a Autarquia assumiu, no processo de transformação por que passa o Brasil, com o abandono da política de substituição de importações e com a abertura da economia, e a conseqüente admissão das importações em geral, ensejando maior volume de ingresso de novos investimentos de risco, muitos em associação com empresas nacionais, outros mediante aquisição de controle acionário, em nítido processo concentracionista, em que nem sempre fica claro qual seja o mercado relevante a ser considerado, se o nacional, o comunitário do Mercosul, ou o internacional. A atuação da Autarquia passou a ser relevante diante da possibilidade de impedir ou dificultar esse processo, com a imposição de condições e entraves que desestimulem o ingresso de capitais destinados à instalação de indústrias e empresas.

Mais do que isso, enquanto no passado constituía órgão de atuação quase que irrelevante, pois a Lei 4.137/62, que lhe deu nova configuração e contornos, contrariava a política econômica geral do país, intervencionista e favorável ao cartel, ao controle oficial de preços e à reserva de mercado, doravante sua existência é plenamente justificada para preservar a livre concorrência, desde que, contudo, não incorra no vício comum de ampliar sua competência, para tornar-se órgão intervencionista.

O país tem registrado número crescente de fusões e aquisições de empresas, realizadas com o objetivo primordial de adquirir competitividade local ou internacional, diante do fortalecimento de concorrentes em ambas as esferas, sobretudo no exterior, estes de maior relevância, ante a abertura econômica generalizada verificada em todo o mundo, inclusive nos países do leste europeu, ávidos de investimentos estrangeiros e com mercados promissores.

As aquisições ou associações de empresas têm sido apreciadas sob os critérios estabelecidos pelo art. 54 da Lei 8.884/94 e, via de regra, consideradas dentro de padrões aceitáveis, não se tendo registrado, ordinariamente, casos de abuso de poder econômico, mesmo em situações em que se constatou ampliação expressiva da participação das empresas envolvidas em determinado mercado relevante<sup>16</sup>. Essa orienta-

<sup>16</sup> De fato, o CADE aprovou os seguintes atos de concentração, até abril de 1997: Alcan/Ficap (AC 18/94); Ferinela/Índico (AC 42/95); Minasgás/São Felí-

ção do CADE está afinada com a tendência internacional de formação de blocos econômicos e de concentração de empresas. A esse propósito, é oportuno registrar opinião que, sobre o assunto, espousa o Professor José Afonso da Silva:

“O que cumpre reconhecer é que não existe mais economia de mercado, nem livre concorrência desde que o modo de produção capitalista evoluiu para as formas oligopolistas. Falar hoje em economia descentralizada, como economia de mercado, é tentar encobrir uma realidade palpável, de natureza diversa. A economia está centralizada nas grandes empresas e em seus agrupamentos. Daí por que se torna praticamente ineficaz a legislação tutelar da concorrência”<sup>17</sup>.

Na verdade, pode-se dizer que, ao contrário de ineficazes, as legislações sobre concorrência ganharam impulso inusitado nos últimos anos, adaptando-se à nova realidade, constituindo instrumento indispensável para assegurar o livre jogo do mercado, impedindo o abuso do poder econômico, com a consequente necessidade de cooperação entre agências estatais dedicadas ao assunto.

De fato, a abertura generalizada das fronteiras nacionais, impostas até pelo sucesso da Rodada Uruguai do GATT, que resultou na Organização Mundial do Comércio, motivou agrupamentos de empresas para enfrentar, nas esferas nacional e internacional, a concorrência de grupos cada vez mais fortalecidos pela economia de escala conquistada em mercados ampliados. Esse fenômeno, percebido a tempo pelas ciosas autoridades encarregadas de zelar pela preservação da livre competição nos Estados Unidos, gerou o que naquele país se apodou de *Antitrust Revolution*, em que se admitiu

cio/SHV Energy (AC 49/95); Crown/Grace (AC 4/95); Basf/Routtand/Scandiflex (AC 38/95); Exxon/Nalco (AC 28/95); Akzo Nobel/PPG (AC 65/96); Carfepe/Santista (AC 25/95); Colgate/Kolinos (AC 27/94); Electrolux/Oberdorfer (AC 62/95); Cobrasma/Iochpe-Maxion (AC 03/94); Karibê/Paramount/Moinho Santista (AC 30/95); Akzo Nobel/Flexys/Monsanto (AC 40/95); Linhas Corrente/Microlite (AC 51/95); KCC/Kenko (AC 90/96); Cargil Agrícola/Cargil T&C/São Valentin (AC 98/96); Ethyl Brasil/Ethyl Co./Texaco Brasil (AC 82/96); Echlin Mecano Fabril/Trats (AC 50/96); Alcan/TI Brasil Ltda. (AC 93/96) e Smithline Beecham PLC./Sterling Winthrop Inc. (AC 32/94). Cfe. Relatório Anual 1996 do CADE.

<sup>17</sup> SILVA, José Afonso da, nota 12, p. 667.

maior flexibilidade à política de fusões e aquisições de empresas, em face da realidade econômica atual<sup>18</sup>.

Essa flexibilização, na verdade, constitui adaptação de conceitos a fatos não mais tidos como ilícitos ou violadores dos princípios que norteiam a livre concorrência. É a dinâmica dos negócios e, mais do que isso, da atividade empresarial que aconselha a revisão desses conceitos. Assim, se um ato é legítimo em determinado momento, pode ser considerado ilegal em outro, impondo-se sua revisão ante o novo quadro em que se verificou. É o caso, por exemplo, da aplicação extraterritorial das leis antimonopólio, que, no início do século, era inadmissível em virtude da jurisdição territorial dos Estados e que, desde meados do século, passou a ser acolhida, inicialmente com restrições e objeções dos países afetados, sendo atualmente admitida pela generalidade dos Estados, como forma de controlar a atividade transnacional das empresas que atuam na esfera internacional<sup>19</sup>.

Registrou-se, também, mudança de orientação na apreciação das associações de empresas, visando adquirir força econômica para competir em determinados mercados, em que os participantes são constituídos, em sua maioria, por grandes corporações, com grande poder econômico e tecnológico. Nos Estados Unidos, a concentração na atividade bancária foi consequência de diversos fatores que motivaram a aquisição, por bancos maiores, de pequenos

<sup>18</sup> MORGAN, Thomas D. *Modern antitrust law and its origin*. West Publishing, 1994. p. 850 e segs.; sobre o assunto, vide também estudo de Carlos Alberto Bello, Uma avaliação da política antitruste frente às fusões e aquisições, a partir da experiência dos EUA. *REVISTA DO IBRAC*, v. 4, n. 3, p. 9-35, mar. 1997.

<sup>19</sup> Ao decidir o caso *American Banana versus United Fruit*, a Suprema Corte dos Estados Unidos, invocando doutrina tradicional do país, exposta pelo *Justice Marshall*, absteve-se de condenar esta última pelo abuso de sua posição dominante no território da Costa Rica, sob o fundamento de que os fatos teriam ocorrido fora da jurisdição americana e, portanto, não alcançáveis pelo *Sherman Act*. A partir da década de 50, a mesma Corte mudou de posição, aplicando as leis antitruste a fatos ocorridos fora do território americano. Sobre o assunto, vide José Carlos de Magalhães, Aplicação extraterritorial de leis nacionais. *Revista de Direito Público*, v. 66, p. 63-79, abr./jun. 1983. Vide também, Evelyne Friedel-Soucheu, *Extraterritorialité du Droit de la concurrence aux États-Unis et dans la Communauté Européenne*. L.G.D.J., 1994.



bancos, incapazes de atender às restrições sobre limites de empréstimos e de suportar os custos da atividade. Segundo Kronstein, Miller e Dommer<sup>20</sup>, durante o período de 1950 a 1959, 1.503 bancos comerciais desapareceram, registrando-se a média de 150 bancos extintos por ano, em grande parte em razão do forte movimento de fusão que se verificou naquele período. Os bancos preferiam adquirir bancos locais, ao invés de formarem novos estabelecimentos, diante dos inconvenientes que teriam de enfrentar e que abrangiam desde o atendimento dos severos requisitos impostos pela legislação local para o exercício da atividade até a captação de clientela, em processo demorado e custoso.

Posteriormente, procurou-se evitar que fusões ou aquisições similares fossem feitas, sob o fundamento de que, ao invés de adquirir uma empresa local, ou a ela se associar, realizando uma *joint venture*, por exemplo, era de interesse público a constituição de nova empresa, que passaria a aumentar a concorrência, por se tornar mais um participante no mercado relevante afetado. É a tese que ficou conhecida como “concorrência potencial”, pela qual, em certas e especialíssimas circunstâncias, não se permite a um concorrente potencial ingressar em um mercado por meio de uma associação com um produtor já estabelecido, no pressuposto de que tal impedimento o obrigue a fazê-lo ingressar isoladamente, passando então a constituir-se em mais um concorrente. Com isso, estaria aumentando a concorrência e desconcentrando referido mercado.

Essa doutrina, na verdade mais teoria do que visão realista dos efeitos de uma aquisição horizontal, foi efetivamente utilizada nos Estados Unidos na década de 60 e 70, em número limitado de casos, tornados paradigmáticos, menos pela decisão adotada, e mais pela polêmica e dúvidas que gerou.

Todavia, o ambiente econômico em que tal teoria foi aplicada naquele país é sensivelmente diverso do atual, em que empresas operam em mercados cada vez maiores, exigindo maior volume de capitais e tecnologia, impondo associações e parcerias para fazer frente a essa realidade.

<sup>20</sup> KRONSTEIN, Henrich, MILLER, John T. DOMMER, Paul P. *Major American Antitrust Laws*. New York : Institute for International and Foreign Trade Law; Oceana : Dobbs Ferry, 1965. p. 298-299.

Registram-se, a propósito, expressivo número de pactos empresariais nos Estados Unidos que permitiram o ingresso, naquele país, de empresas japonesas, mediante associações com empresas norte-americanas, ainda que temporárias e de efeitos limitados, como foi o caso de Toyota e General Motors, em 1983; Mitsubishi e Chrysler, em 1985; Suzuki e General Motors, em 1986; Mazda e Ford, em 1986; Honda e Rover, em 1986; Mitsubishi e Volvo, em 1990, como noticiam Laurent Cohen Tanugi e outros<sup>21</sup>. Idênticas referências são feitas por William Greider, que relata associações ou contratos de cooperação industrial envolvendo VW e Mercedes Bens, Motorola, Toshiba e Philips; Nec e Samsung; IBM, Toshiba e Siemens e muitas outras<sup>22</sup>. Segundo esse autor, as empresas de telecomunicações empreenderam a mais visível e dramática ação para firmar alianças, fazendo acordos para unir poder de mercado e ativos tecnológicos em sistemas de cabo e de telefonia, transmissão radiofônica, produtoras de filmes, edição e outros meios de comunicação, ao mesmo tempo em que buscavam sócios no exterior para explorar tal mercado<sup>23</sup>.

As associações entre gigantes empresariais, veementemente condenadas no passado, por constituírem ameaça de dominação econômica, com prejuízo ao consumidor, passaram a ser, até, defendidas pelo governo, como se percebe pela expressiva manifestação do Presidente Clinton em favor da fusão de Boeing e McDonald Douglas, contestada pela União Européia, cuja Comissão, embora resistindo, acabou por aprová-la, impondo certas restrições<sup>24</sup>. Vê-se, dessa pendência, a preocupação com o fortalecimento de uma atividade empresarial concentrada, na verdadeira disputa entre blocos econômicos, modificando o quadro anterior em que prevalecia o enfoque de defesa da concorrência no

<sup>21</sup> TANUGI, Laurent Cohen. *La Pratique Communautaire du Contrôle des Concentrations*. Droit/Economie -DeBoeck Université- 1995. p. 194)

<sup>22</sup> GREIDER, William. *One world ready or not : the manic logic of global capitalism*. Simon and Schuster, 1997. p. 171-191.

<sup>23</sup> Nota 21, p. 182.

<sup>24</sup> Segundo notícia publicada em *O Estado de São Paulo* do dia 17 de julho de 1997, p. B12, o Presidente “Clinton disse que os motivos apresentados por Bruxelas, para opor-se à aquisição da McDonald Douglas, eram inconsistentes e seu governo estava dando andamento a um plano de uma possível retaliação, caso a EU rejeitasse a fusão”.

mercado nacional. Atualmente a atenção volta-se para a área internacional, para os mercados globais que se formaram e que transformaram as economias nacionais em meras peças de um complexo jogo econômico internacional.

A inter-relação das economias nacionais e a diversidade de interesses entre elas, a esse propósito, têm motivado sugestões para a formação de um grupo de trabalho sobre a concorrência, para desenvolver uma agenda mundial sobre o assunto, ante a disparidade de entendimento e orientação entre os dois maiores blocos econômicos do mundo, a União Européia e os Estados Unidos<sup>25</sup>, já havendo acordos firmados a esse respeito, como os celebrados entre os Estados Unidos e a União Européia, e entre Canadá e Estados Unidos.

Na verdade, embora posto em evidência recentemente, o fenômeno constitui evolução natural da estratégia da empresa multinacional, à qual foi dada muita ênfase nos anos 60 e 70, merecendo até a instalação de uma Comissão da Empresa Transnacional, pela Organização das Nações Unidas, para controlar-lhes as atividades transnacionais<sup>26</sup>. A chamada “empresa global”, atualmente em voga, nada mais é do que a empresa multinacional, ou transnacional, em contínua evolução.

Essa nova configuração da atividade empresarial é que fez com que a política das autoridades federais americanas também se modificasse e influenciasse a Suprema Corte daquele país, que passou a considerar lícitas as concentrações, ante a constatação de que tais associações eram necessárias para fazer frente a vultosos investimentos e se beneficiarem de tecnologias dos parceiros, e, assim, adquirirão condições de competir no mercado mundial. Por isso, operações anteriormente proibidas, em nome da pureza do sistema da livre concorrência, passaram a ser aceitas, sobretudo na administração dos governos Reagan e Bush, e mesmo Clinton, influenciada pela teoria da escola de Chicago,

<sup>25</sup> Vide excelente artigo de Eleanor Fox, Toward world antitrust and market access”. *American journal of international law*, v. 91, n. 1, jan. 1997. p. 1-25.

<sup>26</sup> A matéria foi objeto de extensa literatura, naquela época, ante a preocupação dos Estados, com economias organizadas nacionalmente, em controlar um fenômeno que ultrapassava suas fronteiras. Sobre o assunto, vide José Carlos de Magalhães, A empresa multinacional : descrição analítica de um fenômeno contemporâneo. *Revista Forense*, v. 253, p. 167-181, 1976.

que põe em evidência os efeitos positivos das concentrações empresariais<sup>27</sup>.

Não foi, pois, por acaso que o legislador brasileiro, ao editar a Lei 8.884/94, quando a tendência internacional concentracionista já se manifestava há algum tempo, estabeleceu a competência do CADE, restringindo-a à aprovação de atos e contratos que “possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercado relevante de bens e serviços”, sem vedar as concentrações, antes admitindo-as, tratando apenas de estabelecer certos parâmetros, deixando de prever normas sobre o estímulo à concorrência.

De fato, as condições previstas no parágrafo primeiro do art. 54 da Lei 8.884/94 dizem respeito a atos ou associações de empresas reconhecidos como lícitos, ainda que reduzam ou limitem a concorrência, mas que tenham por objetivo o aumento da produtividade, a melhora da qualidade de bens e de serviços, a eficiência e desenvolvimento tecnológico; os benefícios sejam equitativos e distribuídos com os consumidores – a evidenciar a preocupação com o interesse público; a não-eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços e que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

Todas essas condições versam sobre a defesa e não o estímulo à concorrência. Ademais, há que se ter em mente que, em determinadas situações, não se pode mais examinar os efeitos, na concorrência, de determinado ato no quadro estreito do país, ou do bloco econômico a que pertence, mas no âmbito da economia internacional em geral, ante a permeabilidade das fronteiras econômicas, que permitem a qualquer participante atuar nas economias nacionais.

Daí que teorias, como a da concorrência potencial, aplicadas para estimular – e não defender – a concorrência não sejam acolhidas na legislação antimonopólio brasileira, pois, em última análise, pretende que a empresa interessada em participar de um mercado novo o faça individualmente, por si própria, ou mediante a constituição de uma subsidiária, com o que acirrará a concorrência local. Segundo essa teoria, a associação ou fusão de empresas, mesmo que lícita, pelos benefícios que traz, ou ausência de prejuízos à concorrência, não deveria ser admitida, por evitar a instalação de novo ator, cujo

<sup>27</sup> MORGAN, Thomas D. Nota 15, p. 802 e segs. ; TANUGI et al. Nota 17, p. 132.

ingresso faria aumentar a competição em determinado mercado. Mesmo nos Estados Unidos, onde a teoria foi empregada em alguns casos, como ressaltado, há sérias dúvidas sobre sua legalidade, como a levantada por Herbert Hovenkamp:

“A doutrina do concorrente potencial real comete alguma violência ao texto do parágrafo 7º, que condena fusões somente quando elas ‘possam diminuir substancialmente a concorrência’. A doutrina do concorrente potencial real condena uma fusão porque ela não aumenta a concorrência, não porque prejudica a concorrência existente de qualquer forma”<sup>28</sup>.

A aplicação dessa teoria no Brasil implicaria aguda intervenção do Estado na ordem econômica privada, com a imposição de diretrizes compulsórias para o ingresso em determinado mercado relevante, ferindo, com isso, os princípios constitucionais que regem a matéria, sobretudo o da livre iniciativa.

Assim, pode-se dizer que, diante da legislação brasileira, o CADE não é, nem pode ser, órgão formulador de política de fomento à concorrência, à semelhança do antigo Conselho de Desenvolvimento Industrial, cuja atuação estava voltada ao desenvolvimento da indústria brasileira, mediante incentivos concedidos em cada caso. A competência legal do CADE cinge-se em prevenir e reprimir condutas que possam “limitar ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados de bens e serviços”.

Por isso, uma empresa, presentes essas premissas legais, ao procurar entrar em determinado mercado, tem o direito de fazê-lo pelo modo que julgue mais fácil e menos custoso, até porque,

<sup>28</sup> Ou, no texto original: “*The actual potential entrant doctrine does some violence to the language of par. 7, which condemns mergers only when they may substantially lessen competition. The actual potential entrant doctrine condemns a merger because it fails to increase competition, not because it damages existing competition in any way*”. Herbert Hovenkamp, *Federal antitrust policy: The law of competition and its Practice*. West Publishing, 1994. p. 512. O autor nota, ainda, que, no caso *Marine Bancorporation*, a Suprema Corte declinou de uma segunda oportunidade para adotar a teoria do concorrente potencial real, acrescentando: “*It held that at the very least the government must show that the suggested alternative method of entry was feasible and that, if used, would have produced ‘deconcentration of (the target) market or other significant procompetitive effects’*”, p. 512.

assim agindo, estará observando o princípio constitucional da livre iniciativa e assumindo os riscos inerentes a sua decisão.

Mas não é só à empresa que ingressa que interessa a questão. Também a que aceita ou procura a associação com novo parceiro tem motivos que devem ser considerados. Ninguém admite um sócio em uma atividade se não tem necessidade, seja porque lhe falta capacidade econômica para expandir suas atividades, seja por carência de tecnologia de que dispõe o parceiro, seja, ainda, para não sucumbir, ou por outra razão relevante.

À Autarquia encarregada da defesa da concorrência cabe apenas e tão-somente aferir se a concentração resultante é ou não lícita diante do que dispõe a Lei 8.884/94, e, não havendo limitação à concorrência existente, ou, ainda que tal ocorra, estando preenchidos os pressupostos dos parágrafos 1º e 2º do art. 54, não poderá impedi-la. Mesmo porque o CADE age sob o princípio constitucional da reserva legal, devendo suas decisões serem motivadas com base no texto da lei, para terem efeito jurídico vinculante.

Não obstante tais considerações, é oportuno lembrar duas decisões do CADE em sentido contrário<sup>29</sup>, aplicando a teoria da concorrência potencial e, assim, contrariando orientação anterior da própria Autarquia<sup>30</sup>. Em uma delas<sup>31</sup>, a conclusão da maioria dos membros da Autarquia é a de que

“A opção pela associação, se racional do ponto de vista microeconômico, ao prolongar-se por tempo virtualmente indeterminado, é danosa à competição porque, de acordo com os ensinamentos

<sup>29</sup> AC 58/95 – Cia. Cervejaria Brahma/Miller Brewing Co. e Miller Brewing M 1855, Inc. e AC 83/96 – Cia. Antártica Paulista/Anheuser Bush International Inc/ABII, Anheuser Bush International Holding Inc – ABII

<sup>30</sup> Segundo levantamento feito pelo Presidente do CADE, Sr. Gesner de Oliveira, em seu voto dissidente no processo AC 83/96: Cia. Antártica Paulista/Anheuser Bush, publicado na *Revista do IBRAC*, v. 4, n. 5, p. 148-154, as decisões anteriores são: AC 28/95: Nalco/Exxon; AC 49/95: SHV Energy/Minasgás; AC 118/97: Isolde/Basf; AC 71/96: Electrolux/Umuarama; AC 82/96: Ethyl/Texaco; AC 50/95: Echlin/Mecano/Trats e AC 90/96: KCC/Kenko.

<sup>31</sup> AC 83/96 – Cia. Antártica Paulista/Anheuser Bush International Inc/ABII, Anheuser Bush International Holding Inc – ABII, na *Revista do IBRAC*, v. 4, n. 5, p. 37-244.

da jurisprudência internacional na matéria, elimina a competição potencial percebida e efetiva entre a firma estabelecida e a potencial entrante. Considerando ainda que a opção pela associação com as maiores fabricantes da indústria de cerveja foi a escolhida por outras potenciais entrantes no mercado....a aprovação da presente operação por este CADE excluiria a possibilidade de entrada efetiva no mercado da maior cervejaria do mundo, o que, além de promover a concorrência, implicaria real aporte de investimento, tecnologia, *know-how* e aumento da eficiência, além de inibir a entrada de novos participantes efetivos, que haveriam de deparar-se além das barreiras à entrada verificadas com força da marca e da presença de Anheuser-Bush no mercado brasileiro.<sup>32</sup>

Constata-se, dessa conclusão, o surgimento de certo vezo intervencionista da Autarquia, ao pretender ampliar sua competência legal para assumir papel de órgão tutelar da atividade empresarial, desconsiderando os limites constitucionais a que sua atividade está sujeita. É de se destacar, contudo, a falta de unanimidade em ambas as decisões. Um dos votos dissidentes proferido no processo AC 83/96 (Antarctica/Anheuser) dá ênfase à inaplicabilidade, no

Brasil, da teoria da concorrência potencial para estimular a concorrência, concluindo:

“É duvidosa, neste caso, a aplicação desta versão da doutrina ao caso brasileiro, haja vista que a Lei 8.884/94, no *caput* do art. 54, afirma que serão submetidos à apreciação do CADE os atos sobre qualquer manifestados, que possam limitar ou de qualquer prejudicar a livre concorrência. Se o ato não prejudica a concorrência, não está sob escrutínio.<sup>33</sup>”

Outro voto dissidente no mesmo processo salientou que

“Até agora a doutrina de concorrência potencial não preponderou na análise do CADE. Isto não quer dizer, naturalmente, que sua aplicação rigorosa, com as devidas provas e evidências fartamente preenchidas, não possa constituir algo positivo e inovador”<sup>34</sup>.

Ante a polêmica que as decisões geraram, com manifestações contrárias generalizadas, é provável que o CADE não insista na aplicação de teorias destinadas a impulsionar a concorrência, mas sim se fixe na previsão constitucional de atuar nos limites da prevenção e da repressão ao abuso do poder econômico que vise falsear a concorrência, prejudicando a livre iniciativa.

---

<sup>32</sup> Voto da Conselheira Relatora, Lúcia Helena Salgado e Silva, na *Revista do IBRAC*, p. 87-88

---

<sup>33</sup> Voto do Conselheiro Arthur Barrionuevo Filho, na *Revista do IBRAC*, v. 4, n. 5, p. 107-125.

<sup>34</sup> Voto do Presidente Gesner de Oliveira, na *Revista do IBRAC*, v. 4, n. 5, p.131-148.

# A responsabilidade civil do Estado e a denunciação da lide ao funcionário

RODRIGO GARCIA DA FONSECA

## SUMÁRIO

*1. Colocação do problema. 2. A responsabilidade civil do Estado. 3. Da denunciação da lide. 4. A ação regressiva contra o funcionário e a denunciação da lide. 5. Conclusões.*

### 1. Colocação do problema

A questão da responsabilidade civil do Estado<sup>1</sup>, e das pessoas jurídicas de direito público em geral, há muito que é das mais debatidas na doutrina e na jurisprudência. E não poderia ser de outra forma, diante da onipresença do Estado na sociedade moderna e da crescente procura dos particulares pelo Poder Judiciário, buscando o ressarcimento dos danos que entendem provocados pelos entes estatais.

Mas a responsabilização do Estado perante os particulares coloca desde logo um outro problema, o do ressarcimento aos cofres públicos das quantias dispendidas com as indenizações. O Estado não é uma entidade abstrata, que tudo pode e fabrica impunemente o seu próprio dinheiro, como muitas vezes parece ao desavisado.

Os recursos do Estado, em última análise, são provenientes dos contribuintes. Assim, cada vez que o Estado é condenado a pagar uma indenização a quem quer que seja, esse custo acaba repartido pela sociedade como um todo.

Ora, se interessa à sociedade ter um Estado organizado, e é para isso que as pessoas pagam

<sup>1</sup> Para efeitos do presente trabalho, as expressões “Estado” e “Administração” são utilizadas *lato sensu*, englobando quaisquer pessoas jurídicas de direito público.

os seus impostos, não é justo que todos repararam os prejuízos das indenizações devidas pelo Estado nas situações em que for possível identificar um servidor responsável pela provocação do dano imputado ao ente estatal.

Assim, em princípio, cumpre ao funcionário, causador do dano ao terceiro, a obrigação de reembolsar o erário, regressivamente.

Resta saber se a ação regressiva do Estado contra o funcionário pode ser resolvida nos mesmos autos da ação movida pelo lesado contra o Estado, mediante o emprego da denúncia da lide. É esse o questionamento do presente trabalho.

## 2. A responsabilidade civil do Estado

A responsabilidade civil do Estado, como conhecemos hoje no direito brasileiro, é fruto de longa evolução histórica, bem resumida por Hely Lopes Meirelles:

“A doutrina da responsabilidade civil da Administração Pública evoluiu do conceito de *irresponsabilidade* para o da *responsabilidade com culpa*, e deste para o da *responsabilidade sem culpa*. Por outras palavras, passou-se da fase da *irresponsabilidade da Administração* para a fase da *responsabilidade civilística* e desta para a fase da *responsabilidade pública* em que nos encontramos”<sup>2</sup>.

Na realidade, a fase da total irresponsabilidade da Administração por quaisquer atos se identifica com o surgimento dos Estados unitários europeus da Idade Média, com todos os poderes centrados na mão do monarca absolutista. Dentro dessa concepção política, vigorava o princípio *the king can do no wrong*, pelo qual a Administração estava absolutamente isenta de qualquer responsabilidade por seus atos.

A regra da irresponsabilidade, embora já afastada na maioria dos países ocidentais, vigorou na Inglaterra e nos Estados Unidos até pouco depois da Segunda Guerra Mundial, ainda baseada no velho brocardo medieval<sup>3</sup>.

No Brasil, já no início do século, o Código Civil passou a regular a responsabilidade civil

da Administração, estabelecendo-a na modalidade subjetiva, ou seja, sujeitando-a a reparar os danos causados por sua culpa. Assim dispõe o art. 15 do Código Civil:

“Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano”.

Vê-se, portanto, que, no sistema do Código Civil, a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público se assemelha à responsabilidade civil dos particulares em geral (art. 159), e em especial dos patrões por atos de seus prepostos (arts. 1.521, III, e 1.523). A responsabilidade só surgiria quando o funcionário agisse “de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei”.

Já se verifica no Código Civil, por outro lado, a preocupação em ressaltar ao Estado a ação regressiva contra o servidor responsável pelo dano, de modo que a sociedade não pague, ela toda, pelo ato ilícito do funcionário.

A partir da Constituição de 1946, porém, a responsabilidade civil do Estado, no direito brasileiro, passou à modalidade objetiva, dispensando-se a prova da culpa para o surgimento da obrigação de indenizar. Incorporou-se ao direito pátrio, assim, a teoria do risco administrativo<sup>4</sup>.

A regra da Constituição de 1946 sobre a matéria vinha no art. 194, reproduzido com pequenas alterações no art. 105 da Constituição de 1967 e no art. 107 da Emenda Constitucional nº 1 de 1969. A norma constitucional vigente é a do § 6º do art. 37 da Constituição de 1988, com a seguinte redação:

“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”.

A novidade da última carta constitucional foi a extensão do regime da responsabilidade civil da Administração também às pessoas jurí-

<sup>2</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 16. ed. Revista dos Tribunais, 1991. p. 546 – grifos originais.

<sup>3</sup> Ibidem; DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 9. ed. Forense, 1994. v. 2, p. 556.

<sup>4</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 8. ed. Forense, 1996. p. 133.

dicas de direito privado que prestem serviços públicos<sup>5</sup>.

A responsabilidade objetiva do Estado, independente da prova da culpa, justifica-se teoricamente pelos riscos inerentes à atividade estatal<sup>6</sup> (daí o nome “teoria do risco administrativo”), que é, necessariamente, de potencial lesivo aos particulares. Sendo assim, é justo que esse risco do desempenho das funções públicas seja diluído por toda a sociedade, que, ao menos em tese, beneficia-se dessas atividades. Em resumo, como as atividades do Estado aproveitam à coletividade, todos os cidadãos devem arcar com as conseqüências delas decorrentes<sup>7</sup>.

Nesse regime de responsabilidade civil objetiva, basta ao lesado provar o dano e o nexo de causalidade entre esse dano e a atividade da pessoa jurídica de direito público. Feitas as provas, a indenização será devida, mesmo que não haja qualquer ilicitude no comportamento da Administração, pelo princípio de que a satisfação geral da comunidade não deve ser realizada às expensas de setores restritos da sociedade, repartindo-se os prejuízos, assim, por todos<sup>8</sup>.

O estágio atual do direito brasileiro, neste particular, pode ser resumido no seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal, de 1996, que faz um apanhado geral do tema:

“A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros, desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitu-

cional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público.

Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ, n. 140, p. 636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ, n. 55, p. 503 – RTJ, n. 71, p. 99 – RTJ, n. 91, p. 377 – RTJ, n. 99, p. 1155 – RTJ, n. 131, p. 417).

O princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias – como o caso fortuito e a força maior – ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (RDA, n. 137, p. 233 – RTJ, n. 55, p. 50)<sup>9</sup>.

Por outro lado, não se justificaria que o funcionário causador do dano respondesse regressivamente pela indenização em qualquer hipótese, mesmo quando não tivesse agido com culpa e nem praticado qualquer ilícito.

O risco administrativo dos prejuízos causados por atos lícitos da Administração deve ser suportado pela sociedade, e não pelo funcionalismo. O funcionário obrigado a reembolsar a indenização paga pelo Estado é aquele que agiu com desídia, que foi o culpado por um dano, causado a um terceiro, dano que poderia ter sido evitado se ele tivesse atuado corretamente, pois, nessa hipótese, não se justifica a imposição do ônus, em última instância, aos cofres públicos.

<sup>5</sup> A prestação de serviços públicos envolve necessariamente riscos aos usuários do serviço e a terceiros. Como essa prestação, por pessoas jurídicas de direito privado, é sempre remunerada, o legislador constituinte entendeu apropriado estender-lhes a teoria do risco, sujeitando-as à responsabilidade civil objetiva. Trata-se de ônus da atividade, que o empresário deve levar em consideração quando do cálculo de sua remuneração.

<sup>6</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria geral das obrigações. 5. ed. Revista dos Tribunais, 1990. p. 273.

<sup>7</sup> BITTAR, Carlos Alberto. Responsabilidade civil do Estado. Estudos em Homenagem ao Professor Sílvio Rodrigues. Saraiva, 1989. p. 55.

<sup>8</sup> ALTERINI, Atilio A. *Lesión al crédito y responsabilidad del Estado*. Buenos Aires, Abeledo-perrot, 1990. p. 127.

<sup>9</sup> STF. 1ª Turma. Recurso Extraordinário nº 109.615-2-RJ. Relator: Ministro Celso de Mello. *Revista de Direito Renovar*, n. 6, p. 99.

Assim, podemos resumir a questão, sem medo de errar, afirmando que, perante terceiros, a Administração está sujeita à responsabilidade civil objetiva, tendo direito à ação regressiva, contra o funcionário causador do dano, apenas na modalidade subjetiva.

### 3. Da denunciação da lide

A denunciação da lide, por sua vez, é modalidade de intervenção de terceiros consagrada no Código de Processo Civil vigente e que permite à parte ressarcir-se, nos próprios autos, de eventuais prejuízos numa demanda judicial.

Na definição de Moacyr Amaral Santos, a “denunciação da lide é o ato pelo qual o autor ou o réu chamam a juízo terceira pessoa, que seja garante do seu direito, a fim de resguardá-lo no caso de ser vencido na demanda em que se encontram”<sup>10</sup>.

Para Sálvio de Figueiredo Teixeira, “é meio para obter indenização do denunciado, por prejuízo que o denunciante sofrer com a perda da ação”<sup>11</sup>.

O objetivo principal da denunciação da lide é agilizar a prestação jurisdicional, permitindo que duas relações jurídicas (autor vs. réu e denunciante vs. denunciado) sejam solucionadas num mesmo processo, numa única sentença. Trata-se de instituto intimamente ligado ao princípio da economia processual.

Ocorrendo a denunciação da lide, estabelece-se uma nova relação processual, entre denunciante e denunciado, paralela àquela entre autor e réu. Embora nos mesmo autos, tecnicamente são duas ações diferentes, ainda que conexas.

O inciso III do art. 70 do Código de Processo Civil tem a seguinte redação:

“Art. 70. A denunciação da lide é obrigatória:

(...)

III – àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda”.

A doutrina é francamente dominante no sentido de que, no caso do inciso III, a “obrigatorie-

<sup>10</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. 11. ed. Saraiva, 1987. v. 2, p. 27.

<sup>11</sup> TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de processo civil anotado*. 6. ed. Saraiva, 1996. p. 52.

dade” da denunciação é relativa, ou seja, a sua falta impede o regresso nos mesmos autos da demanda originária, mas não acarreta a perda do direito regressivo<sup>12</sup>.

A hipótese do inciso III do art. 70 é muito freqüente no foro, sendo comum a propositura de uma ação indenizatória contra um réu que formula, por sua vez, a denunciação da lide a um terceiro que esteja obrigado a reembolsar-lhe o prejuízo regressivamente (por exemplo, uma companhia de seguros obrigada contratualmente ao reembolso)<sup>13</sup>.

Ora, como a própria Constituição ressalva às pessoas jurídicas de direito público a ação regressiva contra o funcionário culpado pelo prejuízo causado a terceiros, em princípio, a hipótese enquadrar-se-ia no inciso III do art. 70 do Código de Processo Civil (obrigação legal ou contratual de indenização regressiva), cabendo a denunciação da lide. Mas a questão não é tão simples.

Na interpretação do dispositivo legal citado acima, a corrente majoritária pendente no sentido de restringir a admissibilidade da denunciação da lide para os casos de ação regressiva automática, de reembolso independente de indagações. Assim, seria cabível apenas nos casos da chamada garantia própria, afastada a sua possibilidade nas situações de garantia imprópria.

A admitir-se a denunciação em qualquer tipo de ação regressiva, o prejudicado acabaria sendo o terceiro litigante, pois a demanda secundária, com provas e contraditório diversos da demanda principal, acabaria retardando demasiadamente o desfecho do caso. A celeridade processual, maior razão de ser do instituto da denunciação da lide, acabaria sendo prejudicada por esse seu emprego alargado.

Theotônio Negrão, citando farta jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, anota que “não é possível introduzir nos autos uma nova demanda, com prova pericial e testemunhal, entre denunciante e denunciado”<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*. 10. ed. Forense, 1998. p. 253-4. Nessa última edição, o autor reviu a sua posição anterior, aderindo à doutrina majoritária. A perda do direito só ocorre no caso do inciso I, na hipótese de evicção.

<sup>13</sup> Sobre a denunciação da lide à seguradora, ver Barbi, op. cit., p. 254.

<sup>14</sup> NEGRÃO, Theotônio. *Código de processo civil*. 29. ed. Saraiva, 1998. p. 134, nota 11b ao art. 70.



Em resumo, não será possível, na denunciação da lide, afastar-se da ação proposta em primeiro lugar, não devendo ser admitida a introdução de qualquer fundamento novo no processo que exija dilação probatória diversa daquela necessária para o deslinde da ação original. Ou como coloca Vicente Greco Filho:

“Parece-nos que a solução se encontra em admitir, apenas, a denunciação da lide nos casos de ação de garantia, não a admitindo para os casos de simples ação de regresso, isto é, a figura só será admissível quando, por força da lei ou do contrato, o denunciado for obrigado a garantir o resultado da demanda, ou seja, a perda da primeira ação, *automaticamente*, gera a responsabilidade do garante.

Em outras palavras, não é permitida, na denunciação, a intromissão de fundamento jurídico novo, ausente na demanda originária, que não seja responsabilidade direta decorrente da lei e do contrato”<sup>15</sup>.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores é tranqüila em aceitar a limitação à introdução do fundamento novo, como se pode ver de diversos arestos, dos quais se tem uma pequena seleção abaixo:

“Intervenção de Terceiro. Denunciação da lide. Descabimento. Denunciado que não figura na relação jurídica originária com obrigação de garantir o denunciante. Impossibilidade de conter a petição fundamento jurídico novo, ausente na demanda primitiva, que não seja a responsabilidade direta decorrente da lei e do contrato”<sup>16</sup>.

“Em relação à exegese do art. 70, III, CPC, melhor se recomenda a corrente que não permite a denunciação nos casos de alegado direito de regresso cujo reconhecimento requeira análise de fundamento novo não constante na lide originária”<sup>17</sup>.

“Não se defere denunciação da lide que introduzir na demanda fundamento novo”<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Da intervenção de terceiros*. 3. ed. Saraiva, 1991. p. 91.

<sup>16</sup> STF. 2ª Turma. Recurso Extraordinário nº 114.332-1-PR. Relator: Ministro Francisco Rezek, RT, n. 631, p.255.

<sup>17</sup> STJ. 4ª Turma. Recurso Especial nº 49.418-4-SP. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo. DJU, p. 19.572, 8 ago. 1994.

<sup>18</sup> STJ. 4ª Turma. Recurso Especial nº 65.007-MA. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. DJU,

“Inadmissível é a denunciação da lide nos casos de alegado direito de regresso, cujo reconhecimento importe em análise de fundamento novo não constante da demanda originária”<sup>19</sup>.

Cabe indagar, portanto, se a denunciação da lide ao funcionário, na ação indenizatória movida contra o Estado, implica introdução de fundamento novo, ausente na demanda originária. Em caso positivo, será, em princípio, necessário reconhecer-se o descabimento de tal denunciação.

#### 4. A ação regressiva contra o funcionário e a denunciação da lide

Como se viu, mesmo que seja tida como admissível a denunciação da lide ao funcionário, a sua falta não acarretará a perda do direito regressivo da pessoa jurídica de direito público acionada pelo terceiro lesado.

Aliás, há casos em que, *ex vi legis*, nenhuma denunciação é cabível, *a priori*, mesmo se tratando de regresso automático. Assim é nas hipóteses de procedimento sumário (CPC, art. 280, I), que é obrigatório em ações de ressarcimento por danos em prédios (CPC, art. 275, II, “c”) ou decorrentes de acidentes de veículos (CPC, art. 275, II, “d”), por exemplo. Também não é cabível a denunciação nas ações cautelares ou de execução<sup>20</sup>, e tampouco na ação monitoria ou em procedimentos especiais.

Assim, a discussão cabe, essencialmente, nas ações de indenização pelo procedimento ordinário.

Parte significativa da doutrina entende que a denunciação da lide ao funcionário, pela pessoa jurídica de direito público, é descabida, por envolver a introdução de fundamento novo ausente da demanda originária. Com efeito, se a ação do lesado contra o Estado é fundada na responsabilidade civil objetiva, a demanda regressiva, fundada na responsabilidade subjetiva, envolverá elementos relativos à culpa e à ilicitude da atuação do funcionário, que são irrelevantes para a ação principal<sup>21</sup>.

p. 40.896, 27 nov. 1995.

<sup>19</sup> STJ. 4ª Turma. Recurso Especial nº 74.520-SP. Relator: Ministro Barros Monteiro. DJU, p. 12.577, 22 abr. 1996.

<sup>20</sup> TEIXEIRA, op. cit.,

<sup>21</sup> Nesse sentido, por exemplo: MEIRELLES, op. cit., p. 557; NERY JÚNIOR, Nelson, NERY, Rosa

A opinião de Vicente Greco Filho é incisiva e dá os argumentos favoráveis a essa corrente:

“Ao prejudicado que demanda contra o Estado não interessam a culpa ou o dolo do servidor, porque nossa Constituição adotou a teoria do risco administrativo quanto à responsabilidade civil da administração pública. Ora, porque não lhe interessam o dolo ou culpa do funcionário *não* servem como de fundamento jurídico para a demanda de reparação do dano. Como, portanto, admitir que numa simples petição, que pede a citação, numa demanda implícita, se responsabilize o funcionário que tem o direito de responder segundo as regras do contraditório ao fundamento jurídico que só aparece agora, o dolo ou a culpa?”

(...)

Especificamente no que se refere ao direito de regresso do Estado contra o funcionário, Hely Lopes Meirelles endossa nossa tese e expressamente afirma não ser possível o chamamento do agente causador do dano na ação de indenização que o particular intentar contra a administração para haver os prejuízos sofridos, uma vez que o fundamento dessa causa é diverso do da ação regressiva<sup>22</sup>.

A jurisprudência brasileira dominante, tradicionalmente, endossou a tese do descabimento da denúncia da lide ao funcionário na ação de responsabilidade civil do Estado. Essa era a posição do Supremo Tribunal Federal, resumida no seguinte julgado:

“1) *Constitucional*. Responsabilidade Civil do Estado. Seus pressupostos. 2) *Processo Civil*. A ação de indenização, fundada em responsabilidade objetiva do Estado, por ato de funcionário (Constituição, art. 107 e parágrafo único), não comporta obrigatória denúncia a este, na forma do art. 70, III, do Cód. Proc. Civil, para apuração da culpa, desnecessária à satisfação do prejudicado<sup>23</sup>.”

Maria Andrade. *Código de processo civil comentado*. 3. ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 352, citando farta jurisprudência; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. Malheiros, 1995. p. 598.

<sup>22</sup> GRECO FILHO, op. cit., p. 93.

<sup>23</sup> STF. 2ª Turma. Recurso Extraordinário nº 93.880-RJ, Relator: Ministro Décio Miranda. *RTJ*,

Há diversas decisões de Tribunais Estaduais nessa mesma direção, como se verifica dos seguintes exemplos, ambos já na vigência da Constituição de 1988:

“Intervenção de Terceiros. Denúnciação da lide. Ato praticado por agente público no exercício de suas funções. Dano causado a terceiro. Denúnciação do servidor público. Inadmissibilidade. Responsabilidade objetiva da Fazenda Pública, cabendo a esta o direito de regresso. Artigo 37, § 6º da Constituição da República. Recurso parcialmente provido<sup>24</sup>.”

“Processual Civil Administrativo. Responsabilidade Civil do Estado por atos atribuídos a agente seu. Denúnciação à lide. Descabimento.

Sendo de natureza objetiva a responsabilidade do ente público, não é de ser o servidor denunciado à lide por fundamento diverso (culpa), a frustrar a finalidade do instituto, associado à célere prestação jurisdicional<sup>25</sup>.”

Essa jurisprudência parece correta, por dar ao instituto processual da denúncia da lide a sua interpretação adequada. Não obstante, há opiniões em sentido diverso.

Em primeiro lugar, deve ser considerada a hipótese na qual a *causa petendi* invocada na petição inicial seja a atuação culposa (culpa em sentido amplo) do Estado e de seu funcionário. Em tal situação, a denúncia da lide não introduzirá qualquer fundamento novo na demanda, e será, em princípio, cabível.

Com efeito, embora a responsabilidade civil da Administração se revista de caráter objetivo, nada impede que o lesado, ao ajuizar o seu pedido indenizatório, faça-o com base na responsabilidade subjetiva, se estiver caracterizada a atuação culposa do ente estatal responsável. Em assim fazendo, estará abrindo ao Estado a oportunidade de efetuar a denúncia da lide ao(s) servidor(es) que tenha(m) praticado os atos em questão.

n. 100 p. 1.352 (a referência é feita à Constituição de 1969). Na mesma linha, a título de exemplo, pode ser citado o RE nº 95.091-RJ. Relator: Ministro Cordeiro Guerra. *RTJ*, n. 106 p. 1.054.

<sup>24</sup> TJSP. 2ª Câmara. Cív. Agravo de Instrumento nº 120.427-1. Relator: Des. César Peluso. *RJTJESP*, n. 122 p. 304.

<sup>25</sup> TJRJ. 7ª Câmara. Cív. Agravo de Instrumento nº 35/97. Relator: Des. Luiz Roldão F. Gomes. *DOERJ*, p. 190, 11 set. 1997.

Ocorre que há também significativas opiniões admitindo a denunciação qualquer que seja a *causa petendi* da ação movida pelo terceiro prejudicado contra a Administração. Nesse sentido, destaca-se a posição de Humberto Theodoro Júnior, para quem a denunciação, nessa hipótese, em nada agrava a situação do autor, e, se for requerida, não poderá ser indeferida<sup>26</sup>.

Embora até pouco fosse minoritária, essa linha de entendimento vem sendo prestigiada pelas decisões mais recentes do Superior Tribunal de Justiça, inclusive sob o argumento da economia processual do ponto de vista da Administração (em oposição à celeridade do ponto de vista do autor), pois o réu não terá de promover uma nova ação para obter o ressarcimento da indenização que tiver de pagar ao particular.

Na esteira dessa mudança de posicionamento da jurisprudência, podemos citar dois acórdãos, um de cada uma das Turmas de Direito Público do Superior Tribunal de Justiça:

“A denunciação da lide contra servidor público autor do ato ilícito discutido em ação de responsabilidade civil proposta contra o Poder Público, se por este requerida, não pode ser indeferida pelo juízo. A adoção desse sistema de fixação de tal relacionamento processual visa homenagear o princípio da economia processual, evitando-se uma nova demanda. Efeitos da ação regressiva. Recurso provido”<sup>27</sup>.

“Responsabilidade Civil. Servidor Público. Denunciação à lide. Artigo 70, III, do CPC. Nada impede que a Administração Pública denuncie à lide, na qualidade de terceiro, o seu funcionário na forma estabelecida no artigo 70, inciso III do CPC. Recurso especial conhecido e provido”<sup>28</sup>.

Diante dessa situação, é lícito concluir que, embora minoritária na doutrina, e rejeitada pelo Supremo Tribunal Federal, a admissão desse

tipo de denunciação da lide passou a ser acatada pelas decisões mais recentes do Superior Tribunal de Justiça, o que indica uma tendência de modificação na interpretação do art. 70, III, do Código de Processo Civil.

Embora respeitável a tendência mais recente, não concordamos com a mesma, por implicar excessivo alargamento do instituto da denunciação da lide, prejudicando os autores das demandas em benefício dos réus, o que não parece ser de boa política, especialmente num momento em que tanto se reclama da morosidade do Judiciário. Ademais, trata-se de interpretação, a nosso ver, menos técnica do que a contrária, pelos motivos já expostos acima.

Outra questão interessante, por fim, é quanto à aceitação da denunciação nas hipóteses em que a Administração, em sua contestação, nega a prática do ato danoso por parte de seu funcionário, mas mesmo assim formula a denunciação da lide.

Independentemente da opinião quanto ao cabimento da denunciação (em tese), ela será sempre inadmissível quando for logicamente incompatível com as razões da contestação. Ora, se o Estado nega a prática do ato, ou defende a sua licitude, não será coerente pretender exercer um direito de regresso contra o funcionário que ele mesmo isentou de qualquer responsabilidade no evento danoso.

A manifestação de Rui Stoco nos parece perfeita, quando afirma que

“será incoerente negar, *a priori*, a culpa do preposto e, mesmo assim, buscar sua integração à lide justamente para assegurar o direito de regresso contra ele”<sup>29</sup>.

Como a denunciação da lide se caracteriza como uma nova ação, entre denunciante e denunciado, o pedido de citação nessas condições será forçosamente inepto, merecendo o indeferimento, pois da narração dos fatos não decorrerá logicamente a conclusão (CPC, art. 295, I e parágrafo único, II).

Também há jurisprudência sobre o tema, como se vê do seguinte acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

“Intervenção de Terceiro. Denunciação da lide. Ação de Indenização contra a Fazenda Pública.

<sup>29</sup> STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. Revista dos Tribunais, 1994. p. 442.

<sup>26</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 10. ed. Forense, 1993. p. 127-8.

<sup>27</sup> STJ. 1ª T. Recurso Especial nº 95.368-SP. Relator: Ministro José Delgado. *DJU*, p. 44.489, 18 nov. 1996.

<sup>28</sup> STJ. 2ª T. Recurso Especial nº 15.614-0-SP. Relator: Ministro José de Jesus Filho. *RSTJ*, n. 62 p. 216.

Se a própria ré expressamente afasta a responsabilidade, no evento, dos seus servidores, não se justifica a denúncia da lide destes, pois a participação no processo em tal caso, conforme se extrai do texto constitucional, pressupõe a prática, pelo agente, de ato culposo ou doloso<sup>30</sup>.

Não obstante, noutro aresto mais recente, da mesma 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, decidiu-se, por maioria, que a denúncia da lide ao funcionário seria cabível mesmo que não lhe fosse desde logo atribuída a culpa pelo dano, nos seguintes termos:

“Na ação reparatória, pode a entidade pública promover a denúncia da lide ao seu preposto, sem a necessidade de atribuir-lhe, desde logo, a culpa pela ocorrência”<sup>31</sup>.

Mais uma vez se verifica a tendência recente de ampliar excessivamente o cabimento da denúncia da lide ao servidor, nessa hipótese, contrariamente a inúmeros princípios processuais. Com efeito, essa forma de denúncia, como se viu, é tecnicamente inepta.

*A contrario sensu*, porém, entendemos que, se a Administração desde logo admitir a culpa de seu preposto, e o caso comportar a denúncia (ação fundada em culpa), a mesma poderá ser aceita<sup>32</sup>.

Por último, deve ser lembrada a situação das pessoas de direito público que estejam sujeitas a leis específicas quanto ao exercício do direito de regresso frente aos seus servidores.

Nessa situação encontra-se, sobretudo, a União, cuja ação regressiva está disciplinada na Lei nº 4.619/65. O art. 2º desse diploma legal estabelece que a ação regressiva da União contra seus funcionários será ajuizada dentro de sessenta dias da data em que transitar em julgado a condenação imposta à Fazenda.

Assim, por expressa norma de lei, a União não poderá fazer a denúncia da lide, pois o seu direito regressivo só pode ser exercido a partir do trânsito em julgado de sua condena-

ção. Há decisões nesse sentido, como uma do antigo Tribunal Federal de Recursos:

“Não há denúncia da lide ao funcionário causador do dano na ação que o lesado promove contra a pessoa de Direito Público. A Constituição determina que a responsabilização por dolo ou culpa do servidor se faça por ação regressiva, observada a Lei nº 4.619, de 1965”<sup>33</sup>.

Assim, tratando-se de servidor da União, um dos requisitos para o ajuizamento da ação regressiva é a própria condenação prévia da Administração<sup>34</sup>.

Há outras leis com regras semelhantes, em vários Estados e Municípios, como lembra Milton Flaks, sempre com o objetivo de preservar o servidor público das despesas inerentes à sua defesa judicial, “pelo menos até que se concretize, de forma definitiva, o prejuízo ao erário”<sup>35</sup>. Também se preserva a própria Administração, que, no caso de improcedência da ação indenizatória, não terá de arcar com a sucumbência, na ação regressiva, em favor do servidor.

Assim, finalizando, também será incabível a denúncia da lide, qualquer que seja o procedimento ou a *causa petendi*, sempre que uma lei específica regule a ação regressiva da pessoa jurídica de direito público, de modo a só admiti-la depois de transitada em julgado a condenação na indenização pleiteada na demanda originária, como é o caso com a União.

## 5. Conclusões

De todo o exposto acima, resume-se que: (i) atualmente, a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público, no direito brasileiro, é de natureza objetiva; (ii) a ação regressiva contra o funcionário causador do dano ao terceiro é de cunho subjetivo; (iii) a denúncia da lide ao funcionário, pelo Estado-réu em demanda indenizatória, costuma implicar a introdução de fundamento novo ausente da demanda originária, e em princípio deve ser indeferida; (iv) quando a ação indenizatória originária for fundada em culpa, a demanda regressiva será admissível mediante a denúncia da lide, pois os fundamentos de ambas as ações

<sup>30</sup> STJ. 2ª T. Recurso Especial nº 89.507-SP. Relator: Ministro Pádua Ribeiro. *Adv-Coad Jurisprudência*, ementa 80216, p. 653, 1997.

<sup>31</sup> STJ. 2ª T. Recurso Especial nº 44.503-SP. Relator: Ministro Hélio Mosimann. *DJU*, p. 76. 16 mar. 1998.

<sup>32</sup> STOCO, op. cit.,

<sup>33</sup> Apelação nº 41.953... apud PAULA, Alexandre de. *O processo civil à luz da jurisprudência*. Forense, 1982. v. 1, nº 2.072. p. 484.

<sup>34</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 557.

<sup>35</sup> FLAKS, Milton. *Denúnciação da lide*. Forense, 1984. p. 175.

serão os mesmos; (v) a denúncia deve ser indeferida quando o Estado-réu negar a culpa do seu funcionário, ou a própria prática do ato danoso, por incompatibilidade lógica entre a denúncia e a contestação; (vi) também deverá ser indeferida a denúncia se houver lei específica impedindo a denúncia (como no caso do procedimento sumário) ou vinculando a ação regressiva da Administração à sua prévia condenação transitada em julgado (como ocorre com a União).

As afirmações acima correspondem à opinião do autor, com base nos argumentos expostos ao longo do texto, tendo em vista as disposições legais, a doutrina e a jurisprudência. De qualquer maneira, cumpre deixar registrado que as decisões mais recentes do Superior Tribunal de Justiça têm sido bastante tolerantes com a Administração, na medida em que vêm admitindo a denúncia da lide em casos nos quais, segundo a estrita técnica processual, ela seria incabível.

# As organizações sociais: sugestões para o aprimoramento do modelo federal

JUAREZ FREITAS

## SUMÁRIO

*1. Introdução. 2. O instituto das organizações sociais. Regime peculiar: pessoas jurídicas de direito privado, sem finalidade lucrativa, não-integrantes da Administração Pública indireta e submetidas a princípios juspublicistas. 3. Sugestões para o aprimoramento do modelo federal. 4. As principais conclusões.*

### 1. Introdução

O sistema normativo deve, antes de tudo, servir para coibir o vício e promover a solidariedade. Em semelhante linha, não há como sermos refratários a formas jurídicas novas, nos exatos limites em que se prestarem a tais funções superiores. Com essa observação inicial, forçoso asseverar que, com as devidas cautelas, as organizações sociais podem desempenhar papel precioso de colmatação de lacunas da ação estatal. Todavia, não devem agir de maneira substitutiva ou excludente. Em face da eleição dessa premissa maior, focalizamos as organizações sociais como alternativas tendencialmente úteis, a serem, sem maniqueísmo, encartadas no terceiro setor (nem estatal, nem exclusivamente privado), com a indispensável prudência. Nessa ótica, aliás, a disciplina normativa, no plano dos Estados e Municípios, não deve reprisar imprecisões e defeitos da legislação federal. Com ênfase, sobretudo, há de ser evitado o ensejo para possíveis desvios no sentido de uma operacionalização do instituto como forma de privatização dissimulada ou despida das imperativas precauções.

Destarte, adotando prisma crítico em relação ao modelo federal, porém reconhecendo, até por motivos empíricos, os insofismáveis méritos potenciais do instituto em tela (por exemplo,

Juarez Freitas é Professor de Direito Administrativo da UFRGS e do Mestrado em Direito da PUCRS.

na vitalíssima área da saúde), é que se encaminham as considerações que seguem.

## 2. O instituto das organizações sociais. Regime peculiar: pessoas jurídicas de direito privado, sem finalidade lucrativa, não-integrantes da Administração Pública indireta e submetidas a princípios juspublicistas

No âmbito federal, a Lei 9.637/98 apresentou, com alguma imprecisão, os aspectos conducentes à conceituação das organizações sociais. Apenas refere que o Poder Executivo poderá (numa censurável abertura excessiva à discricção) qualificar como tais as pessoas jurídicas de direito privado (associações civis e fundações) que, sem fins lucrativos, desempenharem determinadas atividades arroladas no referido diploma (ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, preservação do meio ambiente, cultura e saúde) e observarem os requisitos específicos elencados no art. 2º (registro do ato constitutivo com todos os elementos ali constantes e – noutra perigoso excesso de submissão a parâmetros políticos – aprovação, quanto à conveniência ou à oportunidade, de sua qualificação, pelo titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade e do Ministro da Administração Federal e da Reforma do Estado. Em outras palavras, as organizações sociais ocupam zona mesclada, intermediária entre o público e o privado, claramente integrantes do emergente e valiosíssimo terceiro setor. Convém notar, ainda, que essas entidades ocupam lugar característico que as diferenciam das demais organizações da sociedade civil de caráter público, porquanto a “publicização” do regime aparece em maior escala, embora não sejam catalogáveis como pessoas jurídicas integrantes da estrutura da Administração Pública Federal indireta. De qualquer sorte, sob pena de tautologia, não é adequado pensá-las apenas como pessoas jurídicas de direito privado designadas como tais, uma vez que preencham determinados requisitos. Além de lacunosa, essa definição se arrima, bem de ver, na incompreensão de fundo do próprio regime misto e na excessiva discricionariedade no tocante à habilitação, somente menos grave do que aquela destinada à desqualificação (nos termos do art. 16: “O Poder Executivo poderá proceder à desqualificação da entidade como organização social, quando constatado o descumprimento das disposições contidas no

contrato de gestão”). Ora, sobremaneira neste último caso, mostra-se incontornável dever – nunca uma mera faculdade – efetuar a desqualificação, revelando-se manifesto o lapso na opção efetuada pelo legislador, que preferiu, no ponto, uma politização exacerbada do regime de tais organizações, quiçá visando a acelerar o processo de privatização, paradoxalmente publicizando uma parcela do terceiro setor, como se vê no art. 20 do diploma em tela, tema que será retomado no tópico terceiro deste estudo.

Com efeito, o regime das organizações sociais desponta como atípico. Não atuam por delegação nos moldes de concessionárias ou permissionárias de serviços públicos, tampouco podem almejar finalidade lucrativa. Logo, não executam serviços públicos nos moldes do art. 175 da Constituição Federal, mas recebem delegação (a “qualificação” do art. 2º da Lei 9.637/98). De outra parte, estão obrigadas a outorgar ampla publicidade de seus atos, comprometendo-se com o cidadão-cliente e podem receber recursos humanos públicos (com ônus para origem), assim como permissão de uso de bens públicos. Não integram a Administração Pública indireta e se prestam a absorver atividades desenvolvidas por entidades públicas extintas por lei específica. Ainda: representantes do Poder Público devem, sob pena de não-qualificação, participar do Conselho de Administração. Decididamente, obedecem a um regime *sui generis*, não-estatal, porém certamente dominado por regras de direito privado e princípios de direito público (útil a distinção de Robert Alexy em *Theorie der Grundrechte*. Suhrkamp, 1994. p. 71-154. A calhar convém ter presente a observação de Hartmut Maurer em *Allgemeines Verwaltungsrecht*. München : C.H. Beck'sche Verlag, 1985. § 3º, 3, 9, p. 25-27, quando põe em realce que a administração pública apenas se utiliza das formas do direito privado, mas não da liberdade ou da autonomia no sentido privatista. Lembrando a conhecida expressão de Hans J. Wolff (*Verwaltungsrecht*. München : C.H. Beck'sche Verlag, 1974. § 23, p. 104-112), Maurer deixa claro que, no “direito administrativo privado” (*Verwaltungsprivatrecht*), se de um lado há conexão, de outro, há dominância do direito público sobre o direito privado:

“Der Verwaltung stehen nur die privatrechtlichen Rechtsformen, nicht die Freiheiten und Möglichkeiten der Privatautonomie zu. Man spricht daher in diesem Zusammenhang von Verwaltungs-

privatrecht (Wolff): Es ist das öffentlich-rechtlich überlagerte und gebundene Privatrecht, das der Verwaltung bei der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben zur Verfügung steht” (op. cit., p. 26).

Tal dominância de princípios públicos, não de regras, parece dever existir também fora da estrutura formal da Administração). No intuito de robustecer as assertivas anteriores, urge destacarmos os traços peculiares do regime de tais pessoas jurídicas de direito privado, integrantes do terceiro setor. Ei-los:

(a) os objetivos das organizações sociais devem ter relevância; em realidade, prestam serviço público *lato sensu* ou, para evitarmos quere-las terminológicas desnecessárias, serviços de relevância pública, em que pese o fato de serem prestados por pessoas privadas (art. 2º, I, a);

(b) a finalidade das mesmas deve ser não-lucrativa, razão pela qual seus excedentes deverão, forçosamente, ser reinvestidos em suas atividades sociais (art. 2º, I, b), vedada a distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido (art. 2º, I, h);

(c) devem respeitar a previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do Poder Público, sendo, na órbita federal, de vinte a quarenta por cento de membros natos no Conselho de Administração (arts. 2º, I, d, e 3º, I, a), regra que, malgrado sua boa intenção, não deve ser imitada à risca pelos legisladores estaduais e municipais, pois o referido Conselho é que deve aprovar o contrato de gestão da entidade (art. 4º, II), sendo este celebrado entre o Poder Público e a entidade qualificada, donde segue a recomendação de evitar uma relação possivelmente não-isenta das partes;

(d) precisam observar a obrigatoriedade de publicação oficial dos relatórios financeiros e de execução do contrato de gestão (art. 2º, I, f), além do dever de prestar contas que brota da própria Constituição (na redação dada pela Emenda Constitucional 19/98, vide o art. 70 da Lei Maior);

(e) devem averbar, no ato constitutivo, a hipótese de incorporação do patrimônio, em caso de extinção ou desqualificação, ao de outra organização social devidamente qualificada ou ao patrimônio público; neste último caso, numa ligeira atecnia, porquanto os bens públicos a serem alocados devem continuar sendo públicos, devendo haver, em regra, tão-só permissão

de uso, não doação dos mesmos (art. 2º, I, j), ainda que admitida a permuta (art. 13);

(f) submetem-se à necessidade de um contrato de gestão, a ser celebrado entre Poder Público e a respectiva organização social, tendo em vista a execução das atividades mencionadas (art. 5º), sendo mister assinalar que tal contrato deve guardar obediência aos princípios juspublicistas, inclusive moralidade e impessoalidade (art. 7º), assim como oferecer agasalho expresso aos critérios objetivos de avaliação de desempenho e estipulação de tetos para despesas com remuneração e vantagens de qualquer natureza, implicando desqualificação o descumprimento das disposições contidas no referido contrato (art. 16), o qual deveria integrar, desde logo, o rol dos requisitos específicos do art. 2º, não se justificando este descompasso temporal, seja por razões operacionais, seja por razões estratégicas. Observe-se, antes de ir além, que a dispensa do certame licitatório (a teor da Lei 9.648/98, art. 24, XXIV) somente ocorrerá se as organizações sociais estiverem desempenhando atividades contempladas no contrato público de gestão;

(g) desfrutam da possibilidade de destinação de recursos orçamentários e bens públicos imprescindíveis ao cumprimento do contrato de gestão (art. 12, § 1º), bem como da cedência especial de servidor público com ônus para a origem (art. 14), o que as força a prestar as referidas satisfações ao Tribunal de Contas.

Pois bem, em face dos traços extraídos da Lei 9.637/98, resta claro que o regime de tais pessoas jurídicas de direito privado é mesmo atípico. Em minha ótica, há uma dominância de regras de direito privado e simultânea preponderância de princípios de direito público, uma vez que se encontram imantadas pelas suas próprias e inescapáveis finalidades de cogenes matizes sociais. Certo está, como assinalado, que esse regime peculiar não o é em escala bastante para que se as considerem partes inerentes à estrutura formal da Administração Pública. Pertencem – convém reiterar – ao chamado terceiro setor; contudo, a elas se aplica, por exemplo, a legislação de combate à improbidade administrativa, sempre que, de algum modo, houver uso indevido dos recursos públicos (Lei 8.429/92). Da mesma sorte, a responsabilidade por danos causados por essas entidades, dado que se constituem pessoas jurídicas prestadoras de serviços de relevância social, em acepção ampla (estariamos diante de um servi-



ção privado de interesse público, como sugere Paulo Modesto em Reforma Administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil: as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais. *Revista do Serviço Público*, n. 2, p. 42, 1997), também haverá de receber o influxo parcial da regência publicista. Além disso, essa parceria qualificada bem deve ser vista como devendo acatar princípios publicistas por duas razões superlativas: primeira, o contrato de gestão, no reconhecimento do próprio legislador infraconstitucional, precisa ser elaborado em consonância com os princípios da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da economicidade, entre outros (vide o art. 7º). Ademais: a organização social deverá obedecer, na contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos oriundos do Poder Público, a uma regulamentação (nos termos do art. 17), certamente em conformidade com os mesmos princípios. Vai daí que seja misto o regime das organizações sociais, porquanto, no plano das regras, revela-se predominantemente de direito privado, mas, no plano mais alto das diretrizes do sistema, a superioridade pertence aos princípios juspublicistas.

Assim caracterizado o regime, merece menção que o novel instituto comporta riscos de utilização indevida se se prestar a um processo de privatização mais ou menos dissimulada. Senão vejamos: as entidades qualificadas como organizações sociais são declaradas de interesse social e utilidade pública, para todos os efeitos, embora apresentem nuances adicionais e singularizantes (v.g., a possibilidade de aproveitamento, sem ônus, de servidores ou empregados públicos e de bens estatais), que lhes habilitam, na prática, a assumir as funções desempenhadas pelas entidades federais extintas por lei específica, v.g., no âmbito da saúde (art. 18) ou as atividades de rádio e televisão (art. 19), dentro do mencionado paradoxal programa de “publicização” (criado, aliás por mero decreto), que visa assegurar a referida absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos (art. 20). Diferentemente e ao revés, a “publicização”, na perspectiva que advogo, nada mais deveria significar que o alerta para que estas ONGs guardem observância ainda maior às normas de ordem pública no cotejo com as demais integrantes do terceiro setor (a propósito, em documento do Ministério da Reforma do Estado, Caderno 2, 1998, restou dito, à p. 15:

“a desvinculação administrativa em relação ao Estado não deve ser confundida

com uma privatização de entidades da administração pública. As organizações sociais não serão negócio privado, mas instituições públicas que atuam fora da Administração Pública para melhor se aproximarem de suas clientelas (...).”

Já à p. 17, o mesmo documento admite, inoportunamente:

“A implementação de organizações sociais implica duas ações complementares: a publicização de determinadas atividades executadas por entidades estatais (que serão extintas); e a absorção dessas atividades por entidades privadas qualificadas como OS, mediante contrato de gestão”.

Os riscos, pois, de a publicização se converter numa privatização, efetuada sem as devidas cautelas, não são nada menosprezáveis.

De outra parte, por força da maior contribuição de recursos orçamentários e bens do Estado, convém sublinhar que maior haverá de ser o grau de comprometimento das mesmas com a obediência de requisitos específicos, bem como às cláusulas estipuladas no contrato público de gestão (definido este, nos termos do art. 5º, como “o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relacionadas no art. 1º”), em cuja elaboração (reza o art. 6º), moralidade e impessoalidade, entre outros princípios administrativistas, precisarão ser observados com rigor. Destarte, não se há de admitir que a “publicização”, ao contrário de induzir uma louvável complementaridade, venha a se converter numa “privatização assistida”, subsidiada ou auxiliada pelo Poder Público, com cedência de pessoal, permissão de uso de bens públicos e valores, a par da remessa dos servidores para quadros em extinção, sem maior justificativa à luz do interesse público. Por tudo, se se configurar o desvirtuamento, o modelo federal poderá ter produzido um modo extremamente afrontoso de contornar exigências oriundas dos próprios princípios norteadores dos contratos de gestão, bem como terá ofendido regras nucleares de preservação do patrimônio público.

### 3. Sugestões para o aprimoramento do modelo federal

No desiderato de contribuir para o aperfeiçoamento do modelo federal e, concomitante-

mente, sugerir formatações mais adequadas para os regimes a serem adotados no âmbito dos Estados e dos Municípios, convém sulcar as mais relevantes observações críticas à Lei 9.637/98.

Como visto, no campo dos requisitos específicos, há um excesso de discricionariedade conferida ao Poder Executivo. Este “poderá” qualificar, ou não, as organizações sociais, consoante o art. 1º. Depende, tal qualificação, de juízo favorável, quanto à conveniência, abrindo margem a discriminações arbitrárias, certamente porque o governo temia uma explosão (inocorrente) de pedidos de qualificação. E o que é mais grave: na dicção equivocada tecnicamente do art. 16, é dito que o Poder Executivo “poderá” proceder à desqualificação da entidade como organização social, quando constatado o descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão. Aqui, mais do que nunca, verifica-se uma impropriedade técnica, pois é cogente a desqualificação, não se devendo admitir terrenos férteis a juízos subalternos ou a descendências impertinentes.

No âmbito ainda dos requisitos específicos, merece reparo a exigência de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do Poder Público (art. 2º, I, *d*, nos percentuais do art. 3º, I, *a*). Trata-se de regra que não deve ser reprisada nas legislações estaduais e municipais. De início, convém apontar a generalidade excessiva da norma, o que a faz operacionalmente inviabilizadora da qualificação em inúmeros casos. Depois, bem de ver, como asseverado ao início, ao examinarmos os traços peculiares do regime, o Conselho, do qual participam os representantes do Poder Público (na composição tripartite), é que aprovará a proposta do contrato de gestão da entidade (nos termos do art. 4º), gerando uma relação perigosa e sem maiores vantagens sociais. Finalmente, convém ponderar que o terceiro setor não precisa nem deve ser “publicizado” por esse tipo de ingerência para que seja efetivamente controlado pela sociedade (diretamente ou por meio dos mecanismos institucionais vigentes).

Outra crítica deve ser endereçada ao aludido descompasso temporal na celebração do contrato de gestão, que deveria ser requisito específico e restou desvinculado, em certa medida, do momento da qualificação, do qual, pelo menos, deveria ser próxima senão contemporânea. Contudo, a mais penetrante ressalva tem que ver com o modo solto pelo qual as organizações sociais passaram a poder absorver ati-

vidades desenvolvidas por entidades públicas extintas, desfigurando a precípua natureza complementar e não-substitutiva do terceiro setor, algo que, à guisa de fortalecê-lo, suscita resistências culturais significativas e naturais.

Perante tais equívocos, resulta claro que as organizações sociais precisariam se adstringir a atuar, ao menos preferencialmente, de modo complementar à ação estatal, remanescendo, apenas para situações marcadamente excepcionais, o agir das mesmas no espaço dantes ocupado por entidades públicas, desde que, comprovadamente, não possam ser mantidas na esfera pública estatal e prestem serviços em relação aos quais não se mostra conveniente (ao interesse público) o regime de execução indireta, por meio de concessões, permissões ou autorizações (que supõem lucratividade). Nesse diapasão, as brechas involuntárias do regime federal – repito – não devem ser subestimadas, sobremodo pelos legisladores estaduais e municipais, que, ao versarem sobre a matéria, precisam operar, na fixação dos pressupostos para a qualificação, de maneira ainda mais cautelosa e comedida que aquela esposada pelo legislador federal.

Entretanto, tais desalinhos não são de porte a se tornarem paralisantes e, nos limites propostos, são sobrepujáveis, em larga medida, pelos benefícios do florescimento deste instituto. Com efeito, *v.g.*, hospitais, escolas, museus e orquestras são alguns dos muitíssimos casos de organizações sociais que, por certo, não substituem necessariamente, mas podem acrescentar qualidade e eficiência aos deficientes e faltosos serviços públicos (essenciais, por definição). As organizações sociais, portanto, devem existir, na peculiaridade do seu regime, como um dos vários instrumentos (não-excludentes) de concretização das inadiáveis tarefas socialmente relevantes, sob a forma de associações civis ou de fundações privadas (no bojo do terceiro setor) aptas a, com certo desmembramento, oferecer aporte inestimável em áreas tragicamente carentes, assim como se constata no setor de saúde. Decerto, devem receber, na estrita medida de suas necessidades, o auxílio público, tão-somente à proporção em que se mostrarem fiéis ao resguardo, em forte sentido, dos princípios administrativos, no seio destas “esferas públicas autônomas” (na expressão de Habermas em *Direito e Democracia*. RJ : Tempo Brasileiro, 1997. p. 186). Em outras palavras, entre os riscos e os benefícios, apesar das ressalvas feitas à Lei federal, compensam os

méritos do instituto, residindo o maior dos quais na ocasião de fazer com que o Poder Público, titular da prestação de serviços públicos, admita mais uma modalidade de execução indireta dos serviços de utilidade pública (*in casu*, por meio da atuação de parceiros qualificados ou, como parece melhor dizer, de uma aliança coobrigante sem finalidade lucrativa, à diferença do que sucede, por exemplo, nas concessões. E mais: a sociedade, ela mesma, assume, nas suas mãos (não raro dispostas a gestos de extrema e belíssima solidariedade anônima), a meta de sobrepassar desassistências crônicas, avançando no sentido da maioria-cidadã, um dos vetores máximos na fundamentação do Estado em novas e promissoras bases.

#### 4. As principais conclusões

Do exposto, extraem-se estas como as principais conclusões:

(I) As organizações sociais podem ser extremamente benéficas, se representarem, no plano concreto, um mecanismo complementar de atuação da sociedade civil na consecução, sem finalidade lucrativa, de tarefas de interesse social, perfeitamente catalogáveis como serviço público *lato sensu* ou de relevância pública.

(II) Já pela natureza dos serviços prestados, já pela intensa colaboração do Poder Público no desenvolvimento das atividades encetadas por tais organizações, estas pessoas jurídicas de direito privado precisam obedecer, de modo precípua, a princípios de ordem pública, donde dimanam as diretrizes relacionadas ao controle social de suas ações de modo transparente.

(III) Os vários mecanismos de controle não devem descuidar que, a despeito da letra da lei, inexistente discricionariedade, sobretudo em matéria de desqualificação, com todos os consecutórios (art. 16), sendo de não manter, no plano dos Estados e Municípios, a exigência de aprovação “política”, para efeitos de qualificação, por temerariamente aberta a juízos descoincidentes com o interesse público.

(IV) É forçoso, não obstante a busca, ao máximo, de reciprocidade e de harmonização legislativa, um maior rigor na disciplina dos pressupostos de tais organizações na seara dos Municípios e Estados, ao mesmo tempo em que se deve, na órbita federal, cogitar de uma aproximação normativa maior, em termos de regime, com as demais organizações da sociedade civil de relevo público.

(V) Indispensável se revela que a absorção das atividades de entidades públicas extintas não se converta numa espécie de privatização sem as cautelas obrigatórias, ou seja, numa espécie de “publicização” desdestinada, devendo a mesma ser entendida tão-só como ênfase do caráter predominantemente publicista do regime destas pessoas componentes do terceiro setor.

(VI) A ênfase proclamada no cidadão-cliente (art. 20 da Lei 9.637/98) bem demonstra que o legislador reconhece que tais organizações devem estrita observância a dispositivos de ordem pública, entre os quais os que cuidam da proteção do consumidor, cumprindo, no atinente à responsabilidade, ser recordada, em sua ampla gama de efeitos, a condição de prestadora de serviços públicos relevantes.

(VII) O regime das organizações sociais deveria deixar mais nítida a vinculação a regras como as relativas à probidade administrativa, sem embargo de se buscar, de *lege ferenda*, em vários outros aspectos, um entrosamento mais produtivo entre Poder Público e o terceiro setor, que se apresenta como uma das mais fecundas possibilidades de mobilização das melhores energias da sociedade, aquelas forças anímicas que mantêm vivas e consistentes as nossas esperanças de viabilizar uma “terceira via”, que não afaste o Estado de seu papel interventivo, tampouco reduza o cidadão a espectador de uma guerra globalizada de todos contra todos: um Estado que mereça, processual e substancialmente, o qualificativo “democrático”, mercê de um respeito às exigências decorrentes da própria maioria cívica.

# COMUT, reprografia e direito autoral

NEWTON PAULO TEIXEIRA DOS SANTOS

Há cerca de quinze anos, o COMUT (Conselho de Comutação Bibliográfica) procurou o CNDA (Conselho Nacional de Direito Autoral) para saber sobre as implicações do direito autoral sobre seu procedimento. O processo teve como relator o conselheiro Carlos Alberto Bitar, que, em artigo publicado na Revista de Informação Legislativa, escreveu o seguinte:

“A integração do sistema de comutação ao de cobrança de direitos autorais. Avanço significativo, nesse sentido, foi dado, entre nós, em recente decisão do Conselho Nacional de Direito Autoral – a que pertencemos –, que, apreciando consulta formulada pelo representante do Sistema Nacional de Comutação Bibliográfica (COMUT), respondeu afirmativamente quanto à incidência dos direitos autorais na extração de cópias de obras intelectuais realizadas pelas bibliotecas que o integram.

Em nosso voto como relator no processo – acompanhado à unanimidade pelo Conselho –, deixamos evidenciado que esses direitos, por destinarem-se ao amparo da mais nobre criação humana, devem ser respeitados mesmo que os fins visados na extração sejam de interesse da coletividade, desde que exista cobrança – como no caso – de um determinado valor, mesmo a título de recuperação de despesas. Caso contrário, estaríamos sacrificando o criador às custas do benefício trazido ao, ou pelo, serviço de reprodução.”<sup>1</sup>

Newton Paulo Teixeira dos Santos é Mestre e Doutor em Comunicação, membro do Instituto dos Advogados Brasileiros, da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual, da Associação dos Arquivistas Brasileiros e do Instituto de Pesquisa em Propriedade Intelectual Henri Debois (Paris), Advogado e perito judicial para questões referentes ao Direito Autoral e Direito à Imagem. Foi professor da Universidade Federal do Rio de Janeiro e membro do Conselho Nacional de Direito Autoral.

<sup>1</sup>Revista de informação legislativa, ano 20, n. 80 (out. dez. 1983).

Essa referência serve para mostrar como o problema é antigo no próprio COMUT. Nós próprios já trabalhamos a questão em comunicação feita ao II Seminário de Direitos Autorais, promovido pela Biblioteca Nacional (Rio de Janeiro), em agosto de 1995<sup>2</sup>. Por se tratar de uma questão complexa, que vai-se tornando mais complexa a cada avanço tecnológico, vamos tratá-la por partes.

Em sentido amplo, reprografia designa qualquer processo ou técnica de reprodução mecânica de escritos, imagens e sons. Em sentido estrito (e é o que interessa ao COMUT), significa apenas a reprodução mecânica de escritos e corresponde à definição vista no Aurélio:

“conjunto de processos de reprodução que, em vez de recorrerem aos métodos tradicionais de imprimir, recorrem às técnicas de fotocópias, eletrocópias, microfilmagem, heliografia, xerografia, etc.”

É verdade que, nesse sentido, já se deve incluir o COMUT *on line*. Como se lê no *folder* da instituição:

“Você já pode solicitar cópia de documentos por meio eletrônico. Para ter acesso a este novo serviço, navegue pela Internet, até o IBICT, pelos seguintes endereços.”

A questão sobrevém (é claro) quando o conteúdo do documento solicitado está protegido pelo direito autoral, o que exclui os que estiverem em domínio público (v. art. 45 da Lei nº 9.610/98) e outros documentos como textos legais, decisões judiciais, documentos bancários, notícias do dia, etc. Isso importa em dizer que cada documento há de ser avaliado caso por caso. Às vezes é muito fácil; outras, nem tanto, como ocorre com as traduções, por exemplo, em que o tradutor também tem um direito autoral, ou quando ocorre a morte de um autor e a contagem do prazo de proteção se torna complicada.

Dá para sentir a enormidade do problema. Se formos adotar as lições do direito autoral clássico, haveremos de seguir os conselhos de Carlos Alberto Bittar e nos afogarmos em um dilúvio de normas legais. Nem a ameaça penal estampada nas “Advertências”, que costumam preceder as reproduções gráficas, fonográficas ou de multimídia, estancou o fenômeno reprográfico. Como diz José de Oliveira Ascensão:

<sup>2</sup>V. Reprografia e reprodução em massa, in *Revista de informação legislativa*, ano 32, n. 128, p. 157-60.

“Não se estanca um oceano com uma declaração de princípios”<sup>3</sup>. Por isso é imperioso repensarmos a questão.

Ora, podemos apreciar de três ângulos diversos o fenômeno da reprografia:

- a) do ponto de vista sociológico;
- b) do ponto de vista econômico;
- c) do ponto de vista jurídico.

Do ponto de vista sociológico, estamos diante de um fenômeno dos mais ricos, pronto a sustentar nossos processos de troca de informações, e é dessa troca que nossa sociedade se alimenta. Seríamos loucos se tentássemos frear esse processo. Tanto mais que ele ocorre especialmente no domínio das publicações científicas de alto nível, como documentam as estatísticas do COMUT. Devemos até estimulá-lo, para que se processe uma farta distribuição do saber.

Do ponto de vista econômico, é indiscutível que o consumidor sai ganhando, em virtude do barateamento dos suportes. O prejuízo que possa trazer ao autor e/ou ao editor é muito mais aparente que real. Há um discurso já instalado nesse setor que fala em milhões de dólares perdidos anualmente pelos autores e/ou editores. Não é bem assim. Vejam só: as fontes, isto é, as bibliotecas precisam adquirir o livro ou a revista para reproduzi-los; em princípio, o usuário não vai satisfazer-se com o texto reprografado, ao contrário, vai ser estimulado pela bibliografia citada, e muitas vezes vai adquirir o próprio livro para complementar seu conhecimento, ou para guardá-lo como livro de referência. Diga-se, ainda, que é bem pouco provável que ele o comprasse se não houvesse o estímulo da cópia. Copiam-se muito as revistas técnicas, e dizem que elas saem prejudicadas; mas elas sempre tiveram uma tiragem reduzida. Apesar das cópias, assiste-se, hoje, a uma expansão dessas publicações.

Do ponto de vista jurídico (e aqui chegamos ao ponto), é preciso distinguir:

- a obra não está protegida, portanto não há implicações com o direito autoral;
- a obra está protegida. Então temos que distinguir:

- a) trata-se de cópia única para uso privado? Então não há como pensar em recompensa para o autor e/ou editor;

<sup>3</sup>Vamos acompanhar o pensamento lúcido de José de Oliveira Ascensão em seu recente *Direito autoral*. 2ª. ed. Refundida e ampliada. Rio de Janeiro, Renovar, 1997.

b) não se trata de uso privado. Agora, sim, temos uma questão jurídica. Mas temos ainda que distinguir:

b.1) ocorre uma comercialização ilícita: isso é crime, é violação de um direito autoral. Se o usuário multiplica a cópia para tirar um proveito econômico, comete um ato ilícito. É caso de pirataria, que se visualiza mais nos fonogramas que nos textos literários ou científicos, mas pode ocorrer;

b.2) outras formas de utilização, como nas escolas, nas universidades, nas empresas. Aqui está o ponto mais delicado, porque há interesses legítimos dos titulares da obra que devem ser satisfeitos, em virtude da multiplicação não autorizada e concorrente, embora esta tenha um fim (digamos) didático ou cultural.

Portanto, só nos casos em que não há uso privado, ocorre necessidade de soluções onerosas e/ou punitivas. As punitivas serão entregues à polícia. Vejamos as onerosas.

Essas soluções têm sido procuradas no mundo inteiro e às vezes pretendem tributar o próprio uso privado, a chamada cópia única. Como remunerar o autor devidamente? Entre nós, há mais de vinte anos, estão sendo feitas tentativas. Autoralistas renomados como Antônio Chaves e Antônio Carlos Bittar fizeram propostas que não frutificaram. Em 1992, foi fundada a Associação Brasileira de Direitos Reprográficos (ABDR). Depois de seis anos, é preciso avaliar seu desempenho.

O vilão já não é só a fotocópia ou o fax, porque o documento já pode ser acessado *online*. Mas o fax ainda é um dos maiores responsáveis pela reprodução de textos literários ou científicos. Deixem-me lembrar que o fax (abreviatura de *fac simile*) não pode ser tido como tecnologia de ponta. Ele foi inventado em 1907 por Edouard Belin, que chamou a sua invenção de belinógrafo, invenção capaz de transmitir imagens fixas por meio do telefone. Foi um fracasso; até que os japoneses aperfeiçoaram a invenção, pois viram nela um meio ideal para transmitir seus ideogramas. Sua difusão foi espetacular. Tanto a vida das empresas como a vida social se transformaram. Há muito tempo, no Japão, os alunos já fazem o dever de casa e o enviam por fax à escola; quando, no dia seguinte, chegam à escola, o dever já está corrigido. E o fax recuperou, reabilitou uma coisa que estava sendo desprezada – a expressão escrita, a

letra manuscrita. E com ela a autenticidade da mensagem.

Também o fax vem desfazendo aquela fronteira que havia entre a vida profissional e a vida privada, pois um fax doméstico permite que se tenha um escritório em casa, enviando e recebendo cópias reprográficas. Na Itália, o sucesso foi tão grande, que a Igreja precisou anunciar que a confissão por fax não estava autorizada...

Por tudo isso, temos que distinguir dois tratamentos quando ocorre reprodução de texto protegido:

a) a cópia única para uso privado;

b) outras formas de utilização da cópia de um texto protegido.

O segundo caso é criminoso, e a violação já está prevista no Código Penal (arts. 184 a 186).

O primeiro caso (cópia única) é uma limitação hoje prevista pelo art. 46, I, da Lei nº 9.610/98, que diz assim:

“Não constitui ofensa ao direito autoral:

I – a reprodução em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que seja feito por este, sem intuito de lucro.”

Essa norma está autorizada pela Convenção de Berna, art. 9.2:

“Fica reservada às legislações dos países da União a faculdade de permitirem a reprodução das referidas obras, em certos casos especiais, desde que tal reprodução não prejudique a exploração normal da obra nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor.”

O nosso Código Civil, de 1917, assimilou a regra da Convenção, em seu art. 661, VI:

“Não se considera ofensa aos direitos do autor:

(...) VI – a cópia, feita à mão, de uma obra qualquer, contanto que não se destine à venda.”

Quando chegou a lei de 1973, a redação foi atualizada. Veja-se o art. 49:

“Não constitui ofensa aos direitos do autor:

(...) II – a reprodução, em um só exemplar, de qualquer obra, contanto que não se destine à utilização com intuito de lucro.”

Já não se exigiu que a cópia fosse feita “à mão”, pois a fotocópia estava bem difundida.

Agora é que a nova lei introduziu algumas expressões perturbadoras. Fala em “pequenos trechos”, o que pode sugerir uma citação, mas não é o caso de uma citação, porque esta está autorizada expressamente no inciso III.

Será, então, um capítulo, um artigo, parte do livro, etc. O conceito de “pequenos trechos” ficou em aberto. Talvez sejam aqueles que não digam o que seja principal na obra, mas nada é mais subjetivo.

Não é só. A lei diz que a reprodução “deve ser feita por este” (o copista).

O que significa? É preciso que eu tenha uma máquina fotocopadora? Parece ser o entendimento de Eduardo Ss. Pimenta, em obra recente:

“A alínea II autoriza cópias da obra se estas ocorrerem em aparelho de fotocópia próprio; não está autorizado o uso de aparelhos de terceiros, como um centro de reprodução”<sup>4</sup>.

No entanto, ele cita o art. 19 da lei suíça, de 9 de outubro de 1992, sobre direitos autorais, que diz assim:

“Utilisation de l’oeuvre à des fins privées.

2 – la personne qui est autorisée à reproduire des exemplaires d’une oeuvre pour son usage privé peut aussi en charger un tiers; les bibliothèques qui mettent à disposition de leurs utilisateurs un appareil pour la confection de copies sont également considérées comme tiers au sens du présent alinea.”

Essa citação me parece auxiliar muito a interpretação do texto brasileiro, que não pode ser rigorosa, mesmo levando-se em conta o que diz o art. 4º, que fala em interpretação restrita; mas, a rigor, aqui não se trata de um negócio jurídico<sup>5</sup>.

No entanto, o próprio Ascensão, apesar de discursar longamente sobre a necessidade de repensar o direito autoral quando se fala em reprografia, não avança muito e diz:

“Assim, a instituição científica que tomasse a iniciativa de enviar cópias de

obras protegidas a quem as solicitasse, mesmo sem intuito de lucro, estaria de certo agindo de modo que os limites mais amplos da reprografia não podem tolerar. A distribuição de cópias ao público, indiscriminadamente, é sempre vedada”<sup>6</sup>.

Esse rigor é um pouco inquietante, pois é grande o número de instituições científicas que se prevalecem dessa limitação ao direito dos autores.

Ora, há quase vinte anos, Eduardo Vieira Manso já visualizara a questão com muita nitidez, ao comentar nossa lei de 1973:

“Contudo, dada a licença que o novo direito confere ao usuário de realizar cópias mecanicamente, não mais exigindo sua pessoal atuação em manuscritos, é preciso ater-se ao fato de que, nem sempre (melhor ainda será afirmar que *quase nunca*) esse usuário é, ele próprio, proprietário dos aparelhos que fornecem as cópias e, quase sempre, essas reproduções são onerosas.”

E continua o saudoso Eduardo Vieira Manso:

“Assim, enquanto o interessado na obtenção da cópia visa unicamente a utilizar a obra para fins meramente intelectuais, fazendo estrito uso privado da própria obra, segundo a natureza desta, aquela pessoa (no geral uma pessoa jurídica) que possui a máquina copiadora estará tirando um proveito econômico da mesma obra, mediante um preço que cobra pela cópia que fornece. Há, pois, em cena, dois interesses que se satisfazem com diferentes formas de usar a obra: um, tire o proveito natural, que é a sua utilização intelectual (para a qual se vale de cópia); outro, um proveito anormal, quando não autorizado para tal.”

Veja-se com que propriedade o ilustre Vieira Manso vai adiante e vem em nosso socorro:

“O primeiro, enquanto se mantiver nos limites do uso pessoal, ou privado, será livre e não implicará violação de direitos autorais; o segundo, que ultrapassa o conceito de puro uso, eis que colhe algum fruto da utilização, não deveria ser livre, ou, ao menos, gratuito, e muito bem poderia a lei ter instituído uma licença legal para ele. É que, enquanto da parte do que tira proveito intelectual, há uma úni-

<sup>4</sup>PIMENTA, Eduardo Ss., *Código de direitos autorais*. São Paulo, Lejus, 1998. P. 160.

<sup>5</sup>Art. 4 - Interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais.

<sup>6</sup>Ob. Cit., p. 251.

ca cópia, do lado do proprietário da máquina copiadora o número de exemplares copiados é ilimitado, podendo constituir verdadeiras ‘edições’. E, nesta hipótese, nada poderia impedir que também se falasse em verdadeira ‘pirataria sobre obra literária’<sup>7</sup>.

Como agir?

Na comunicação que fiz por ocasião do referido II Seminário organizado pela Biblioteca Nacional, reduzi as soluções já propostas para o caso de reprografia a um quadro que contemplava: 1 – a arrecadação; 2 – a distribuição dos direitos autorais.

Propus que a arrecadação abandonasse a idéia impraticável de recolher um direito autoral só de obras protegidas e depois distribuísse esse fundo aos respectivos titulares. Ao contrário, pensei em onerar a máquina e o suporte, investindo-se o resultado em favor da cultura. Vejo, no entanto, que isso seria o mesmo que criar um novo imposto, nada tendo que ver com o direito autoral, que pressupõe um determinado autor e uma determinada obra. Seria mais ou menos igual

ao atual imposto sobre o cheque, que pretensamente é arrecadado em favor da saúde...

Mas não há outra maneira.

À vista do exposto, proponho os seguintes procedimentos:

– Em cada reprodução feita por fotocópia ou enviada por fax, inscreva-se, de forma bem visível, a advertência: REPRODUÇÃO PROIBIDA.

– Nas mensagens enviadas *on-line*, acrescente-se o seguinte: ADVERTÊNCIA: Ao usuário é concedido um direito individual, não coletivo e não exclusivo, sobre o conteúdo do documento. Ele pode salvá-lo com a intenção de tornar a visualizá-lo em sua tela, ou imprimi-lo em um só exemplar. São proibidas as reproduções e todas as formas de difusão em rede, mesmo que parcial. Esse direito é pessoal e para uso exclusivo do usuário. Qualquer outro uso depende de autorização prévia e expressa do COMUT. As violações a essas normas submetem o contraventor e todas as pessoas responsáveis às penas civis e criminais previstas em lei.

Este é um parecer, e, portanto, sujeito a melhor juízo.

---

<sup>7</sup>MANSO, Eduardo Vieira. *Direito autoral*. São Paulo, José Bushatsky Ed., 1980. p. 303, n. 180.

\*Notas bibliográficas conforme original.



# Prova emprestada no processo civil e penal

EDUARDO TALAMINI

## SUMÁRIO

*1. Introdução. 2. Conceito, forma e valor. 3. Admissibilidade da prova emprestada – perspectiva constitucional. 3.1. Prova emprestada e contraditório. 3.2. Prova emprestada e oralidade. 3.3. Prova emprestada, juiz natural e inafastabilidade da jurisdição. 4. Outros requisitos de admissão e produção legítimas. 5. Prova emprestada no quadro da validade das provas. 6. A natureza do vício. 6.1. Conseqüências da inobservância dos requisitos constitucionais. 6.2. Inobservância dos requisitos “legais” de produção e admissão – decorrências. 7. Irrelevância dos possíveis destinos do processo anterior. 8. Empréstimo ex officio de prova. 9. Prova produzida sob sigredo da Justiça e prova obtida mediante interceptação autorizada. 10. Empréstimo de depoimento pessoal. 11. A recente disciplina da juntada de verbais no processo penal italiano. 12. Conclusão: funções e fundamentos da prova emprestada – notas finais sobre sua admissibilidade e valor – a proporcionalidade.*

## 1. Introdução

É indiscutível a existência de uma série de fatores que autorizam falar em “teoria geral do processo jurisdicional”. Processo civil e penal instrumentalizam a atuação da mesma função estatal. Ambos têm, na sua essência, um sistema de garantias constitucionais em prol do jurisdicionado. Identificam-se, igualmente, na pluralidade de escopos: atuação imparcial da ordem jurídica; pacificação social; garantia da liberdade – e assim por diante.

Até tendências aparentemente antagônicas de um e outro têm na sua base, no mais das vezes, o mesmo elemento unificador. Significativo, nesse sentido, é o destaque que se dá à “ampla defesa” no processo penal e ao “acesso à justiça” no processo civil: ambos têm por

Eduardo Talamini é Advogado em Curitiba, Professor na Faculdade de Direito da UFPr e Mestrando em Direito Processual na Faculdade de Direito da USP.

móvel a preocupação com as garantias do jurisdicionado em face do Estado. É explicável do mesmo modo o realce à liberdade das provas e aos poderes probatórios do juiz, no processo civil, em confronto com a maior regulamentação dos meios probatórios e a intensificação do sistema acusatório, no processo penal: as duas orientações têm em vista a efetivação de maior equilíbrio entre as partes<sup>1</sup>.

De outro lado, é também inegável a existência de regimes diferenciados em determinados pontos dos processos civil e penal. A relação processual civil, por exemplo, normalmente se satisfaz com a possibilidade do contraditório; a penal, exige-o efetivo. No processo civil, o “princípio da verossimilhança” ganha, a cada dia, mais espaço, fazendo com que, antes de o juiz lançar mão das regras de distribuição dos ônus probatórios para decidir, valha-se intensamente das máximas da experiência, das deduções lógicas, ampliando as hipóteses de tutela de urgência etc. Já no processo penal, a garantia da presunção de inocência impõe que, na situação de dúvida, o juiz decida contra a acusação, que titulariza a substancialidade dos ônus probatórios. E não deixa de ser interessante que mesmo essa diversidade de regimes decorra de aspecto comum: a permeabilidade do processo – civil ou penal – ao direito material. É precisamente em face da essencialidade dos bens sempre envolvidos na causa penal – a liberdade ou, quando menos, a honra do que se vê acusado – que se estabelece regime de garantias mais rígido na esfera penal. Tanto é assim que, toda vez que a causa civil tem por conteúdo matéria de indisponibilidade mais intensa, o processo civil “aproxima-se” do penal.

No campo probatório, dá-se o mesmo. “Estrutural” e “funcionalmente”, a prova civil e a penal não se distinguem<sup>2</sup> (razão pela qual – antecipe-se – não há nenhum óbice ao traslado de prova de um para o outro<sup>3</sup>, desde que cumpridos os requisitos adiante expostos). Todavia, a diferença de intensidade do sistema de garantias de um e outro processo espelha variedades nas respectivas disciplinas probatórias.

Pretende-se examinar o empréstimo de prova tanto no processo civil quanto no penal sem

<sup>1</sup> Sobre o tema, v. DINAMARCO. *Instrumentalidade...* cap. 2; CINTRA, DINAMARCO, GRINOVER. *Teoria geral...* passim e em esp. p. 65-66; GRINOVER. *Liberdades públicas...* p. 102-103, nota 117.

<sup>2</sup> CARNELUTTI, *Prove civili...* p. 3.

<sup>3</sup> 3ª Turma. V.u. Resp. 135.777-GO. Relator: Ministro Eduardo Ribeiro. *DJU*, p. 89, 16 fev. 1998.

que se perca de vista o complexo de igualdades e variações que caracteriza o confronto entre os dois ramos – sob a perspectiva do direito processual constitucional. Vai-se tentar verificar em que medida o “traslado de prova” é constitucionalmente legítimo e quais valores constitucionais podem, por meio dele, vir a ser concretizados.

## 2. Conceito, forma e valor<sup>4</sup>

A prova emprestada consiste no transporte de produção probatória de um processo para outro. É o aproveitamento de atividade probatória anteriormente desenvolvida, mediante traslado dos elementos que a documentaram.

A prova emprestada ingressa no segundo processo sob a *forma* de documento.

São trazidos do primeiro processo todos os elementos documentais em que se consignou a atividade probatória a ser reaproveitada. “Tomase emprestada” perícia elaborada em outro processo, por meio da juntada de cópias autenticadas das folhas de que constaram: a decisão definidora do objeto da perícia; os quesitos formulados pelas partes e (ou) pelo juiz; o laudo pericial; os possíveis quesitos de esclarecimento do laudo e sua resposta; as manifestações dos assistentes técnicos; o eventual termo de ouvida do perito e dos assistentes em audiência – e assim por diante. Igualmente, caso se empreste prova testemunhal, trasladam-se reproduções de todas as folhas dos autos do primeiro processo que documentaram a produção dessa prova. É indispensável o transporte de todas as peças atinentes à atividade probatória objeto do empréstimo ou de certidão com esse teor. Apenas assim o juiz do segundo processo poderá verificar a presença dos requisitos de legitimidade da prova emprestada (itens 3 e 4, adiante). Mais do que isso, só dessa forma ele poderá valorá-la adequadamente.

Em sentido parcialmente diverso, Devis Echandía afirma que seria “conveniente”, “mas não necessário”, juntarem-se todas essas peças. Segundo ele, seria “presumível” a validade da prova que se emprestou. A parte contrária à que

<sup>4</sup> Sobre conceito, forma e valor da prova emprestada, confirmam-se, entre outros: ECHANDÍA. Devis. *Teoria general...* v.1, esp. p. 367; ARAGÃO. Moniz de. *Exegese...* v. 4, t. 1 p. 62; ARANHA. Camargo. *Da prova...* p. 196-197; DA SILVA, Ovídio B. *Curso...* v. 1, p. 295; GRINOVER, *Prova emprestada*, p. 66; SANTOS. Amaral. *Prova judiciária...* v. 1, esp. p. 307 e 326; LESSONA. *Trattato dele prove...* v. 1, esp. p. 14-15.

está pleiteando o empréstimo é que teria o ônus de provar, por meio de cópias, o vício no processo anterior<sup>5</sup>. Ora, a “presunção” de validade somente se estabelecerá quando apresentada toda a documentação do *iter* probatório. Daí que incumbe à parte que requer o empréstimo trazer aos autos a integralidade dessas peças. Isso feito, se a produção original da prova for inválida em face de algum aspecto *externo* ao procedimento probatório (por exemplo, a nulidade da citação), então sim, será ônus da parte contrária comprovar a existência do defeito.

Mesmo sendo apresentada no segundo processo pela forma documental, a prova emprestada não valerá como mero documento. Terá a *potencialidade* de assumir exatamente a eficácia probatória que obteria no processo em que foi originariamente produzida. Ficou superada a concepção de que a prova emprestada receberia, quando muito, valor de documento, “prova inferior” ou “ato extrajudicial”<sup>6</sup>. O juiz, ao apreciar as provas, poderá conferir à emprestada precisamente o mesmo peso que esta teria se houvesse sido originariamente produzida no segundo processo. Eis o aspecto essencial da prova trasladada: apresentar-se sob a forma documental, mas poder manter seu valor originário. É tal diversidade que confere à prova emprestada regime jurídico específico – o qual não se identifica com o da prova documental nem com o da prova que se emprestou, em sua essência de origem.

Bem por isso, o traslado de prova documental já apresentada em outro processo não constitui “prova emprestada”<sup>7</sup>. Não há, nesse caso, o contraste entre forma e valor potencial.

### 3. Admissibilidade da prova emprestada – perspectiva constitucional

Só se poderá conferir à prova emprestada o valor acima mencionado quando ela for reputada legítima. Como se dá em relação a todos os meios probatórios, existem requisitos para sua admissibilidade. De muito se destaca a falácia que reside na busca incondicionada da suposta “verdade real”.

A reconstrução histórica dos fatos da causa não é valor absoluto; não é a meta final do pro-

<sup>5</sup> Op. cit., p. 377-378.

<sup>6</sup> Era o que afirmavam, por exemplo, Bentham (*Tratado...* v. 2, p. 5-6), Sabatini (*Teoria delle prove...* p. 426) e Florian (*Delle prove penale*, p. 128-130).

<sup>7</sup> LESSONA, op. cit., p. 14; SILVA, O. B. da. op. cit., p. 296; SANTOS, A. op. cit., p. 309.

cesso. Escopo do processo é a atuação do ordenamento jurídico, com a conseqüente pacificação social que tal atuação trará. E a verificação dos fatos ocorridos é apenas uma etapa para a consecução desse objetivo. É óbvio que, para realizar tal fim, o juiz deverá fazer o possível para apurar a verdade dos fatos. Mas a “verdade” – conceito absoluto – é inatingível. A falibilidade do ser humano não lhe permite alcançá-la; melhor dizendo: não lhe permite sequer saber se e quando a está de fato alcançando. Um evento que ocorreu no passado talvez jamais possa ser reconstituído exatamente como foi<sup>8</sup>.

Isso não quer dizer que o juiz deva renunciar ao ideal de atingir a verdade. Daí ser inadequado distingui-la em três graus: a) a “verdade absoluta”; b) a “verdade material” (que seria a atingida no processo penal); c) e a “verdade formal” (da qual se ocuparia o processo civil). Todo processo jurisdicional, como uma das etapas para a consecução de seus objetivos, visa, da mesma forma, à reconstituição dos fatos envolvidos na causa<sup>9</sup>. Mas existem outros valores a considerar.

De um lado, é impossível que a controvérsia permaneça indefinidamente irresolvida, em uma busca eterna da verdade – sob pena de denegação de tutela jurisdicional. Ainda que não convencido sobre “a verdade dos fatos”, em um dado momento o juiz haverá de decidir – na última das hipóteses, contra quem não se desincumbiu de seus ônus probatórios (no processo penal, contra a acusação – em face da garantia da presunção de inocência do acusado –, CF, art. 5º, LVII).

De outro lado, a investigação probatória tem de ser compatibilizada com a série de princípios condensados na fórmula do devido processo legal. A atuação do ordenamento por meio do processo não se dá só com a prestação da tutela

<sup>8</sup> V., por todos, CALAMANDREI. *Verità...* p. 165-166, e CARNELUTTI. *Diritto e processo*, p. 254.

<sup>9</sup> “A contraposição ‘verdade material’ - ‘verdade formal’, diz Castro Mendes, ‘foi, em nossa opinião, das invenções mais perniciosas para a clareza das idéias neste campo’ (ARAGÃO, op. cit., p. 83). Como observam Grinover, S. Fernandes e M. Gomes Fº, se algum sentido tem a qualificação da “verdade” como “material”, esse há de ser o de que o juiz não fica adstrito, no campo das provas, à mera atividade das partes (*As nulidades...* p. 111). E isso já não é peculiaridade do processo penal em contraposição ao civil (sobre os poderes probatórios do juiz no processo civil, cf. por todos Bedaque, *Poderes probatórios...* esp. p. 57).

final. Também a incidência das garantias fundamentais no curso do processo é forma de atuação da ordem jurídica. Portanto, seria contrassenso que a atividade de reconstrução dos fatos – que só se explica como instrumento para a atuação do ordenamento – se desenvolvesse ao arrepio dos valores consagrados nesse mesmo ordenamento. E isso vale igualmente para o processo penal e o civil.

Nesse passo, a “presença das partes” e a “presença do juiz” são reconhecidas como aspectos essenciais para a validade e eficácia das provas<sup>10</sup>. Em face desse binômio, que tem *status* constitucional (art. 5º, XXXV, XXXVII, LIII e LV), é que se há de examinar a admissibilidade da prova emprestada.

### 3.1. Prova emprestada e contraditório

As partes do segundo processo têm de haver participado em contraditório do processo em que se produziu a prova que se visa a aproveitar. Mais precisamente, é imprescindível que a parte contra a qual vai ser usada essa prova tenha sido parte no primeiro processo<sup>11</sup>.

Amaral Santos sustenta que, no “sistema do juiz ativo”, em que o julgador tem “predominante função” na formação da prova, a negativa de valor à prova emprestada de processo entre

<sup>10</sup> Vede, entre outros: COUTURE. *Fundamentos...* p. 253; GRINOVER. *O conteúdo...* p. 21-24; GRINOVER, FERNANDES, GOMES Fº, op. cit., p. 106-107.

<sup>11</sup> Afirmando a necessidade da presença de ambas as partes, entre outros: LESSONA, op. cit.; ARAGÃO, op. cit., p. 62; ALVIM, Arruda, ALVIM, Teresa A. *Manual...* v. 2, p. 233. Afirmando apenas a necessidade da presença do desfavorecido pela prova, entre outros: ECHANDÍA, op. cit., p. 367-368; COUTURE, op. cit., p. 255-256; MARQUES, F. *Instituições...* v. 3, p. 305, e *Elementos...*, v. 2, p. 307-308; DA SILVA, O. B. op. cit., p. 295; ARANHA, Camargo. *Da prova...* p. 197; GRINOVER, *Prova emprestada*, p. 66. O STF, em processo civil, já deu provimento a recurso extraordinário para reconhecer ofensa ao contraditório no empréstimo de prova colhida sem a participação da parte contra a qual deveria operar (*RTJ* n. 56 p. 283). Em outra ocasião, em causa penal, o STF reiterou esse entendimento, mas denegou *habeas corpus* por considerar que a sentença de pronúncia não se fundou na prova emprestada (*RT* n. 690 p. 380). Vede ainda: *RePro*, n.11/12 p. 347, em. 165; *RT* n. 300 p. 229; *RT* n. 615 p. 69; *RT* n. 667 p. 267; *RT* n. 673 p. 146; *RT* n.719 p. 166; *JTA* n. 106 p. 207; *JTA* n. 111 p. 360; *RJTJESP* n. 105 p.217; *RJTAMG* n. 29 p. 224; *TRF-1ª* Região,

terceiros teria de ser acolhida “com certa reserva”, vez que “a prova é do juízo”. Para ele, o requisito do contraditório no processo anterior só teria sentido no processo “dispositivo” (*sic*)<sup>12</sup>. Não há como concordar com a afirmação. Em qualquer caso, o contraditório terá de ser respeitado. Em primeiro lugar, porque sempre – mesmo em um hipotético sistema de monopólio da iniciativa probatória pelas partes – as provas são “do juízo”, enquanto a ele se destinam. Depois, a concessão de maiores poderes ao juiz não autoriza a restrição dos poderes das partes – que permanecerão *sujeitos* no processo, jamais se tornando seu *objeto*. Aliás, é precisamente no sistema de amplos poderes judiciais que maior relevância assume a garantia do contraditório como forma de controle do correto desempenho da função jurisdicional.

Na esfera civil, é mais freqüente a hipótese de não coincidirem integralmente as partes do processo em que se produziu a prova e as do processo para o qual se pretende emprestá-la. Haverá de se verificar se aquele a quem desfavorece a prova emprestada participou de ambos. Já no processo penal, *em regra*, um dos pólos da relação processual será ocupado pelo Ministério Público. Daí que o traslado de prova em favor da defesa de um processo penal para outro, normalmente, não esbarrará no requisito ora examinado: sendo uno e indivisível o Ministério Público, no mais das vezes ele terá participado de ambos. Mas não é correto afirmar que, por isso, a necessidade de verificação da presença do requisito só geraria dificuldades, no âmbito penal, quando a prova emprestada fosse usada contra o acusado<sup>13</sup>. Ainda que excepcionalmente, pode-se estar diante de ação penal “privada”. Nessa hipótese, a prova emprestada contrária à acusação submeter-se-á, do mesmo modo, ao requisito do contraditório. Se o querelante não houver sido parte no processo originário, não se admitirá, em princípio, o empréstimo. Além disso, ainda quando se tratar de ação penal pública, a prova emprestada em prol da

Ap.Cív. 0103499-MG. *DJU*, p. 17737, 5 ago 1991; Idem. Ap.Cív. 0112779-MG. *DJU*, p. 01881, 10 fev. 1992; Idem. Ap. Cív.0116986-MA. *DJU*, 5 mar. 1990; Idem Ap. Cív. 0108237-MG. *DJU*, p. 21397, 9 maio 1994; Idem. Ap. Cív. 0126637-MG. *DJU*, p. 32265, 20 jun. 1994; Idem. R. Ord. Trab. 0105655-DF. *DJU*, p. 48389, 5 set. 1994; TRF - 4ª Região. Ap. Cív. 0408315- RS. *DJU*, p. 08834, 22 fev. 1995.

<sup>12</sup> Op. cit., p.312.

<sup>13</sup> Como faz ARANHA, op. cit., p. 197.

defesa pode vir a ser inadmissível. Basta imaginar a hipótese de ela haver sido originariamente colhida em processo civil de que não participou o Ministério Público. (Porém, em tais casos, ressalve-se a eventual aplicação do princípio da proporcionalidade – v. item 12).

Não procede a assertiva de que seria desnecessária a participação do prejudicado no processo anterior, bastando que se lhe desse oportunidade de manifestação sobre a prova depois de seu traslado<sup>14</sup>. É que o contraditório não consiste na simples garantia de defesa em face da prova já produzida. Mais do que isso, por meio dele assegura-se a possibilidade de participação efetiva em toda atividade judicial destinada à formação do convencimento do magistrado. Há o direito de “fiscalizar” e “influenciar” o desenvolvimento da instrução, inclusive a probatória<sup>15</sup>.

Sob o prisma do contraditório, comumente se aponta apenas a necessidade de que a parte contra a qual a prova emprestada operará tenha participado do processo anterior. Mas, para que o traslado da prova não seja incompatível com essa garantia, ainda outros dois aspectos devem ser observados.

Não basta a mera participação no processo anterior daquele a quem a prova transportada desfavorecerá. É preciso que o grau de contraditório e de cognição do processo anterior tenha sido, no mínimo, tão intenso quanto o que haveria no segundo processo. Por exemplo, pode ser inadmissível o empréstimo de elementos probatórios produzidos em procedimento de jurisdição voluntária que dispense o exame mais profundo das questões fáticas (v.g., inventário) para outro de jurisdição contenciosa<sup>16</sup>.

Há ainda outro tópico, com acentuada relevância para o processo penal. O direito processual civil geralmente se satisfaz com a potencialidade de contraditório: basta que se dê às partes a oportunidade de participar. O direito proces-

sual penal exige o contraditório efetivo. A defesa técnica é indisponível. Assim, não pode ser emprestada para *processo penal* (ou para processo “civil” em que prevaleça a indisponibilidade da defesa) prova para ser usada contra alguém que, conquanto tenha formalmente figurado como parte no primeiro processo, dele não tenha participado em *efetivo* contraditório. A prova produzida contra revel em processo civil, v.g., não pode ser utilizada por empréstimo contra esta mesma pessoa em processo penal. Não fosse assim, por meio de caminho tortuoso, seria inobservada a regra da indisponibilidade da defesa técnica.

Mas as partes não têm só o direito ao contraditório. Possuem o direito de exercê-lo perante o órgão jurisdicional<sup>17</sup>. Por isso, a legitimidade constitucional do empréstimo de prova tem de ser examinada também diante de outros valores processuais constitucionalmente consagrados.

### 3.2. Prova emprestada e oralidade

A oralidade, enquanto complexo de subprincípios (imedição, identidade física, concentração, irrecorribilidade das interlocutórias, poderes probatórios do juiz...), estabelece como diretriz a necessidade de o julgador ter contato *pessoal, direto e recente* com os elementos formadores de sua convicção para a decisão da causa<sup>18</sup>.

Na medida em que serve para garantir procedimento rápido (e, portanto, uma resposta célere) e a melhor formação do convencimento do juiz (e, portanto, uma resposta mais justa), a oralidade tem direito suporte constitucional nas garantias da adequada tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV) e do devido processo legal (art. 5º, LIV). Ainda, um processo mais rápido e com juiz atuante e em contato direto com as provas e as partes amplia o acesso à Justiça (também contido na fórmula do inc. XXXV do art. 5º), aproximando-a dos menos favorecidos (eis porque a oralidade é adotada pelos juizados especiais)<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Cf. por todos COMOGLIO. *La garanzia...* p. 217, e TROCKER, *Processo civile...* p. 514-515.

<sup>18</sup> Chiovenda, *Saggi...* v. 1: Lo stato attuale del processo civile in Italia... *Relazione sul progetto di riforma...* *Saggi...* v. 2: Lo stato attuale del processo civile in Italia... *Saggi...* v. 2: L'oralità e la prova e *Instituições...* v. 3, p. 45-65. Outras referências bibliográficas e mais amplas considerações sobre a natureza e a extensão da oralidade constam de *A nova disciplina do agravo...* p. 126-132, de minha autoria.

<sup>19</sup> TALAMINI, *A nova disciplina...* p. 127. Por isso, não parece correto pura e simplesmente afirmar que a identidade física e a imedição “não vigoram no

<sup>14</sup> Com esse argumento, o STF admitiu prova trazida de processo do qual a parte por ela desfavorecida não havia participado (*RTJ*, n. 129 p. 727). No mesmo sentido: TRF-1ªR. Ap.Cív. 0110064-MG. *DJU*, p. 17444, 15 jun. 1992.

<sup>15</sup> Cf. entre outros: COUTURE. *op. cit.*, p. 253-254; DINAMARCO. *Execução civil*, p. 168-169; GRINOVER, *O conteúdo...* p. 19-21; GRINOVER, FERNANDES, GOMES Fº. *op. cit.*, p. 107; GOMES Fº. *Sobre o direito à prova...* p. 141.

<sup>16</sup> Exemplo semelhante é dado por O. B. da Silva, p. 296.

Mas, em si mesma, a oralidade não constitui garantia direta e absoluta, que valha em si e por si. É sempre desdobramento e meio de consecução de outros valores – esses, sim, constitucionais. Daí que ela jamais pode ser imposta em termos absolutos. Cede espaço toda vez que existam outros mecanismos mais adequados ao conseguimento dos mesmos fins por ela visados – o que, aliás, é inerente ao Direito.

A recorribilidade de interlocutórias, por exemplo, prevista tanto no processo civil como no processo penal brasileiro, mitiga a oralidade. A própria possibilidade de revisão da decisão final pelo órgão de grau superior também lhe traz limitação, na medida em que se permite nova decisão por magistrados que não tiveram necessariamente contato direto com a produção das provas. Ainda, a utilização das cartas rogatórias, precatórias e de ordem igualmente diminuem a incidência da imediação. Enfim, há diversas hipóteses em que a oralidade não prevalece – sem que, por isso, verifique-se afronta ao sistema de garantias constitucionais do processo. Pelo contrário, a supressão desses mecanismos mitigadores da oralidade é que acabaria por gerar inconstitucionalidades: não se conceberia sistema constitucionalmente legítimo sem nenhum duplo grau; em que as interlocutórias fossem sempre irrecorríveis por via autônoma; em que se vedassem as provas que tivessem de ser produzidas em outra localidade... – e assim por diante.

A prova emprestada insere-se perfeitamente nesse quadro. Outros valores a autorizam (v. item 12), ainda que ela represente diminuição de incidência da diretriz da oralidade.

Isso não significa que, de algum modo, a oralidade não possa influir na avaliação da prova emprestada: precisamente porque não teve participação direta e imediata na atividade de produção originária da prova, o juiz, em face de outros elementos probatórios com ela incompatíveis, pode conferir-lhe fundamentadamente valor menor do que aquele que receberia se tivesse sido produzida diretamente no segundo processo (sobre o tema, v. item 12). Isso, entretanto, não é peculiaridade da prova emprestada. Pode acontecer em qualquer caso em que não

processo penal” (como fazem, p. ex., MORAIS, P. H. de. LOPES. J. B. *Da prova penal...* p. 45). Mais acertada é a observação de Greco F<sup>o</sup>, de que a identidade física não é “regra cogente” no processo penal, mas elemento “importante para a descoberta da verdade” (*Manual...* p. 201).

se dê a imediação do juiz com as provas (colheita por carta; substituição de juiz no curso do processo...).

É levando em conta tal aspecto que se há de definir a possibilidade de empréstimo da inspeção judicial. Trata-se da verificação direta de pessoas ou coisas pelo juiz, para se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa (CPC, art. 440 e segs.; cabível também no processo penal, vez que moralmente legítima e não vedada expressamente). A imediação é inerente à inspeção judicial. Esta só terá valor específico e diferenciado do de outros meios probatórios quando realizada precisamente por aquele que julgará o feito. Isso, contudo, não obsta seu “empréstimo”. Mas é a única prova que, se emprestada, não tem absolutamente como manter o valor originário (o que a afasta do aspecto comum aos demais empréstimos de prova, consistente na *potencialidade* de ser mantida a força probante original – v. 2, acima). De qualquer modo, a restrição ao valor da inspeção não ocorrerá só nos casos de traslado, mas toda vez que o juiz que inspecionar não vier a ser o mesmo que julgará: para o segundo magistrado, sua documentação terá valor apenas enquanto veiculadora do depoimento do primeiro.

### 3.3. Prova emprestada, juiz natural e inafastabilidade da jurisdição

O princípio constitucional do juiz natural desdobra-se em dois âmbitos: vedação a tribunais de exceção (art. 5<sup>o</sup>, XXXVII, da CF) e garantia do juiz competente (art. 5<sup>o</sup>, LIII, da CF). O princípio do juiz competente assegura às partes não só o direito de serem sentenciadas por autoridade jurisdicional cuja competência para tanto tenha sido previamente estabelecida, mas também a garantia de que a instrução processual ocorra perante essa mesma autoridade (“ninguém será *processado* nem sentenciado senão pela autoridade competente”).

Tal exigência estabelece limitação ao empréstimo da prova? A prova, para que possa ser emprestada, tem de haver sido produzida perante juiz que também seria competente para o julgamento do segundo processo<sup>20</sup>?

Um primeiro passo para a resposta à indagação pode ser dado mediante o exame da (extensão da) constitucionalidade da regra segundo a

<sup>20</sup> A admissibilidade da prova emprestada não tem sido examinada à luz dessa garantia. Como exceção, confira-se Grinover (*Prova emprestada*, p. 63-66) – que chega a solução diversa da aqui preconizada.

qual são nulos apenas os atos decisórios praticados pelo juiz incompetente (CPC, art. 113, § 2º; CPP, art. 567). Caso se considere constitucionalmente possível que provas colhidas perante o juiz incompetente sejam aproveitadas no prosseguimento do mesmo processo junto ao órgão competente, não haverá o que justifique a rejeição do empréstimo da prova tão-só pelo fato de o juiz do primeiro processo não deter competência para a causa objeto do segundo.

Podem ser resumidas em quatro as correntes de entendimento acerca do destino dos atos não-decisórios praticados pelo juiz incompetente: (a) seriam nulos (ou inexistentes) em qualquer caso, por ofensa à garantia do juiz competente: a lei infraconstitucional não poderia abrir exceção não-prevista pela Constituição; (b) seriam nulos (ou inexistentes) apenas nos casos de violação às normas constitucionais de repartição de competência; quando a incompetência decorresse de ofensa a norma infraconstitucional, seria aplicável a regra de aproveitamento dos atos não-decisórios igualmente estabelecida em âmbito infraconstitucional; (c) seriam nulos (ou inexistentes) somente nos casos em que os processos fossem instaurados perante a “Justiça Especial” quando competente a “Justiça Comum”, vez que só os órgãos desta estariam idealmente investidos de toda a jurisdição; (d) seriam sempre válidos, vez que a Constituição limita-se a repartir competências: a economia processual justificaria o estabelecimento de regras infraconstitucionais de aproveitamento dos atos não-decisórios<sup>21</sup>.

Tem-se entendido que, no processo civil, é integralmente aplicável, sem violação à Constituição, a regra do aproveitamento dos atos não-decisórios (CPC, art. 113, § 2º)<sup>22</sup> – com a ressalva de que, remetidos os autos para o órgão competente, esse tem poderes para reexaminar todos esses atos já praticados. Não que o processo civil seja infenso ao princípio do juiz competente.

<sup>21</sup> Sobre as várias correntes, vede: CINTRA, DINAMARCO, GRINOVER, op. cit., p. 238; Ap. 34.847, do 2ª TACivSP, colhida por Arruda Alvim e outros em *Competência...* p. 338-339; voto do Min. Moreira Alves no REExt. 80.226-BA (RTJ n. 89 p. 478-479).

<sup>22</sup> Tal entendimento tem prevalecido perante os Tribunais: v., p. ex., os acórdãos do STF e do 2ª TACivSP, indicados na nota anterior; ainda: STF. REExt 88131-1. DJU p. 5.846, 10 ago. 1979. TRF-1ªR. Ap.Cív 0121993-DF. DJU p. 48251, 3 ago. 1995. Em doutrina, A. Alvim indica expressamente o aproveitamento de atos instrutórios (p. 175). Na Itá-

Este vigora também na esfera civil: a incompetência acarreta a invalidade dos atos decisórios instrumentais e finais; o desrespeito à competência absoluta enseja a rescisão da sentença de mérito transitada em julgado (CPC, art. 485, II). Todavia, reputa-se que a economia processual possui relevância axiológica suficiente para mitigar o rigor da exigência de integral processamento da causa perante juiz competente.

Isso é o que basta para reconhecer, no âmbito civil, que a incompetência do juiz do primeiro processo, relativamente à causa objeto do segundo, não é obstáculo ao empréstimo da prova.

No direito processual penal, entretanto, é mais freqüente a afirmação de que não seria aproveitável nenhum ato do processo desenvolvido perante juiz constitucionalmente incompetente. A norma do art. 567 do CPP só se aplicaria aos casos em que a incompetência decorresse de violação a preceitos infraconstitucionais<sup>23</sup>.

É dispensável, aqui, a verificação do acerto da tese. Para os fins do texto, é suficiente considerar os três aspectos que poderiam fazer justificável solução diferente daquela a que se chega no processo civil: (a) a exigência de integral processamento perante o órgão competente assegura, no caso da ação penal pública, que a própria denúncia seja proposta pelo órgão acusatório competente; (b) garante, além disso, que o juiz constitucionalmente competente – e apenas ele – decida acerca do recebimento da denúncia ou queixa (a pendência da demanda penal é muito mais gravosa para o réu do que a litispendência civil); (c) no mais das vezes, verificada a incompetência por ofensa a normas constitucionais, o aproveitamento de atos não-decisórios é impraticável em virtude da radical diversidade entre o procedimento penal já desenvolvido perante o órgão incompetente e aquele que se deverá efetivar frente ao órgão competente<sup>24</sup>.

Ainda que razoáveis tais argumentos, para explicar a nulidade *ab initio* do processo penal

lia, Romboli – examinando o princípio do juiz natural inclusive sob o prisma do juiz competente – aponta a necessidade de, como se dá com todo princípio, “coordená-lo”, “balanceá-lo” e “temperá-lo” com os demais valores constitucionais (*Il giudice...* p. 237-238).

<sup>23</sup> Nesse sentido: BREDA, *Efeitos da declaração...* p. 186-189; GRINOVER, FERNANDES, E GOMES Fº, op. cit., p. 45-46.

<sup>24</sup> Quanto a esse último aspecto, vede BREDA, op. cit., p. 188.

praticado frente ao juízo incompetente, nenhum deles interfere na legitimidade constitucional do empréstimo da prova produzida perante juízo que não deteria competência para processar e julgar o feito para o qual se fará o traslado. Portanto, mesmo no processo penal, é dispensável que o juiz que presidiu a colheita da prova a se emprestar detenha competência para conhecer a causa do segundo processo.

Um último requisito constitucional impõe-se indistintamente para o empréstimo de prova tanto no processo civil quanto penal. A prova tem de haver sido originariamente colhida em processo frente a órgão jurisdicional. Trata-se de decorrência direta da inafastabilidade da jurisdição e do devido processo legal (CF, art. 5º, XXXV e LIV). Não há apenas o direito de ser ouvido e receber uma resposta do órgão jurisdicional. Mais ainda, existe o direito de, perante esse – e com o completo sistema de garantias que peculiariza o processo jurisdicional –, desenvolverem-se as atividades destinadas a “*far valere sul piano probatorio le proprie ragione e di influire sullo svolgimento della controversia*”<sup>25</sup>. Nesse ponto, “presença das partes” e “presença do juiz” interagem.

Não se tratando de prova inerentemente preconstituída, sempre que possível (v. 12, adiante), deve ser produzida no processo jurisdicional, sob o pálio de suas garantias. Nesses casos, não é cabível o mero empréstimo de “prova” produzida em processo ou procedimento administrativo, inclusive inquérito policial<sup>26</sup>.

Tampouco se admite o empréstimo de prova colhida em procedimento arbitral. Dentro de

<sup>25</sup> TROCKER, op. cit., p. 514-515, comentando o reconhecimento da inconstitucionalidade de lei que na Itália entregava a órgão administrativo, com exclusividade, a comprovação de determinados fatos. Tratando do mesmo caso, Comoglio destaca que haveria inconstitucionalidade ainda que existisse a possibilidade de contraditório frente à administração (op. cit., p. 218-219).

<sup>26</sup> Nesse sentido: LESSONA, op. cit., p. 31-32 (note-se que, quando o autor admite o empréstimo de prova de *giudizio amministrativo*, está a referir-se ao processo *jurisdicional* desenvolvido perante a *Gius-tizia amministrativa*; a seguir, não aceita o traslado de prova colhida na *pratica od inchiesta amministrativa*). Na jurisprudência, afastando o empréstimo de prova colhida em inquérito, vejam-se: *RJTJESP* n. 99 p. 201; *RePro* n. 43 p. 289; *RTJ* n. 56 p. 283 (nos três casos, porém, embora se fizesse menção à inadmissibilidade *também* por ser proveniente de inquérito, não se preenchia igualmente o requisito do contraditório).

certos limites, a arbitragem não ofende o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, representando importante meio alternativo de solução de conflitos. Todavia, não possui caráter jurisdicional<sup>27</sup>. O compromisso arbitral constitui ato de autonomia privada, no âmbito do direito material, pelo qual as partes submetem ao julgamento de terceiro controvérsia que envolva direito disponível. Além disso, a matéria subtraída à apreciação do juiz limita-se precisamente à *solução* do tema objeto do compromisso. Para a resolução de outros conflitos, alheios ao que foi objeto da arbitragem, os atos instrutórios desenvolvidos perante o árbitro não se revestem de valor especial<sup>28</sup>.

É igualmente inviável o empréstimo de prova produzida no exterior<sup>29</sup>. Órgãos, ainda que jurisdicionais, de outros Estados não exercem jurisdição brasileira (por isso a sentença estrangeira só adquire eficácia no Brasil se homologada pelo STF). Todavia, em todos aqueles casos em que a prova não tenha como ser realizada no Brasil, torna-se admissível seu traslado de processo já desenvolvido em outro Estado (por exemplo: a oitiva de testemunhas no exterior; exame pericial sobre bem situado fora do território nacional etc.). Afinal, a exigência de que as provas se produzam frente à jurisdição brasileira tem seu limite na própria possibilidade de tal produção – sob pena de haver desarrazoada restrição ao direito de provar (v. 12, adiante). Daí por que, nesses casos, não se põe em dúvida a legitimidade constitucional da carta rogatória. Conseqüentemente, a economia processual autoriza que, presentes os demais requisitos, empreste-se a prova já produzida no exterior, em vez de se expedir carta rogatória para a repetição do ato.

#### 4. Outros requisitos de admissão e produção legítimas

Há ainda requisitos que poderiam ser chamados de “legais” – embora indiretamente também atendam a valores constitucionais. Terão

<sup>27</sup> Vede, entre outros, CHIOVENDA. *Instituições...* p. 78; FAZZALARI, *Istituzioni...* p. 505.

<sup>28</sup> Em sentido contrário: ECHANDÍA. op. cit., p. 376.

<sup>29</sup> Nesse sentido: LESSONA. op. cit., p. 31-32. Em sentido contrário, Echandía (op. cit., p. 376-377), afirmando incorretamente que essa também seria a posição de Lessona. Lessona admitia, isso sim, aproveitamento de provas produzidas frente à “jurisdição consular” e aos “tribunais coloniais”, que na época integravam a jurisdição italiana.



de ser observadas as prescrições atinentes à natureza originária da prova, tanto no primeiro processo quanto no segundo. Além disso, no processo para o qual a prova está sendo emprestada, terão de ser observadas as normas atinentes à prova documental, já que é sob esta forma que se dá o traslado<sup>30</sup>.

Cabe aqui uma diferenciação.

A exigência de que a prova, no primeiro processo, tenha sido regularmente colhida é requisito de *admissibilidade* para seu empréstimo.

Do mesmo modo, a observância, no segundo processo, das normas que disciplinam a admissibilidade da prova em sua essência originária também é pressuposto de *admissibilidade* do empréstimo. Exemplificando: em tese, não seria possível o empréstimo de prova testemunhal para a comprovação de fatos que não admitem prova mediante testemunha (v.g., CPC, art. 401). Esse requisito tende a ser mitigado, na medida em que as tarifações legais de prova vão recebendo interpretação cada vez mais restritiva (por exemplo, confira-se a tendência jurisprudencial limitadora do alcance e da extensão do art. 401 do CPC, nas notas ao preceito apostas por T. Negrão, *CPC...*, p. 307).

Ainda, inclui-se entre os pressupostos de *admissibilidade* da prova emprestada o respeito, no segundo processo, às normas que traçam os limites e condições para a juntada de documento.

Já a observância do procedimento da atividade probatória documental por ocasião do empréstimo não constitui um pressuposto para sua admissão – e sim parâmetro de regularidade do traslado. Não é um requisito da sua aceitação, mas da sua *produção válida*, depois de aceita, no segundo processo (a distinção tem relevância porque podem ser diferentes as consequências da admissão indevida e da produção indevida do empréstimo).

A mais significativa das normas relativas à *produção* da prova documental é a que assegura o contraditório. Nos termos do art. 398 do CPC, será ouvida a parte contrária à que requereu o empréstimo. Tendo sido o traslado determinado *ex officio*, ouvem-se ambas<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> ARANHA, *Da prova...* p. 197; GRINOVER, *Prova emprestada*, p. 66.

<sup>31</sup> Sobre o contraditório em relação às provas colhidas de ofício, v., por todos, GRINOVER. *O conteúdo...* p. 24-27.

Embora o CPP não possua regra genérica determinando a observância do contraditório por ocasião da juntada aos autos da prova documental, também no processo penal o juiz deverá dar ciência do traslado às partes. A essa conclusão se chega quer pela aplicação extensiva (CPP, art. 3º) do art. 475 do CPP (que proíbe “a produção ou leitura de documento que não tiver sido comunicado à parte contrária, com antecedência, pelo menos, de três dias”), quer pela aplicação subsidiária do art. 398 do CPC – senão pela incidência direta da garantia constitucional do contraditório (art. 5º, LV)<sup>32</sup>.

Por isso, não parecem acertadas as decisões que consideram desnecessária a abertura de vista à parte depois do empréstimo, sob o argumento de que ela já exercera o contraditório por ocasião da produção originária da prova<sup>33</sup>. A parte tem o direito de se manifestar sobre a admissibilidade do empréstimo, sobre o valor que, concretamente, no segundo processo, a prova trasladada deve merecer – e assim por diante. Para tanto, tem de lhe ser dado conhecimento da juntada.

Há quem ainda estabeleça outro pressuposto da prova emprestada: a identidade ou semelhança do fato probando nos dois processos<sup>34</sup>. Não é, porém, requisito *específico* da prova emprestada, senão o pressuposto genérico de pertinência e relevância a ser considerado para a admissão de qualquer meio probatório<sup>35</sup>.

É no âmbito da relevância e pertinência que se insere a questão da possibilidade de empréstimo de prova sobre a saúde mental do acusado. Como observa Vicente Greco Filho:

“O exame será sempre específico para os fatos relatados no inquérito ou no processo, e não pode ser substituído por interdição civil ou exame de insanidade realizado em razão de outro fato. Isto porque, em virtude do sistema biopsicológico sobre a inimputabilidade acolhido pelo Código Penal, os peritos devem responder se à *época do fato* o acusado era,

<sup>32</sup> Nesse sentido, entre outros: GRINOVER, *O conteúdo...* p. 26; Gomes Fº. op. cit., p. 163; Greco Fº. op. cit., p. 210.

<sup>33</sup> TRF-3ªR. Ap.Cív. 03007150-SP. *DOE*, p. 80, 2 abr. 1990. TRF-3ªR. Ap.Cív. 03024861-SP. *DOE*, p. 173. 3 ago. 1992.

<sup>34</sup> SANTOS. op. cit., p. 314; ARANHA. *Da prova...* p. 197.

<sup>35</sup> Nesse sentido, GRINOVER. *Prova emprestada*, p. 67.

ou não, capaz de entender o caráter criminoso do fato e de determinar-se segundo esse entendimento. Logo, não pode haver aproveitamento de outro exame referente a outro fato”<sup>36</sup>.

Essa constatação limita bastante, mas não exclui por completo o empréstimo de prova acerca da sanidade. Pode ter havido, em outro processo, perícia relativa ao estado mental do acusado precisamente à *época do fato*. Além disso, o empréstimo pode destinar-se a comprovar insanidade superveniente – a qual também tem repercussão jurídica (CPP, art. 152). Fora dessas hipóteses, o traslado de exame será inadmissível, posto que tem por objeto fato *irrelevante*.

## 5. Prova emprestada no quadro da validade das provas

Tem prevalecido, na doutrina brasileira, classificação que distingue as provas “ilegais” em “ilícitas” e “ilegítimas”. Nas palavras de Ada Grinover, reportando-se a terminologia de Nuvolone,

“a prova pode ser ilegal, por infringir à norma, quer de caráter material, quer de caráter processual. (...) Vê-se daí que a distinção entre prova ilícita e prova ilegítima se faz em dois planos. No primeiro enfoque, a distinção diz com a natureza da norma infringida ou violada: sendo esta de caráter material, a prova será ilícita; sendo de caráter processual, a prova está ilegítima. No segundo plano, a distinção é estabelecida quanto ao momento em que se dá a violação, isso porque a prova será ilícita infringindo, portanto, norma material, quando for ‘colhida’ de forma que transgrida regra posta pelo direito material; será, ao contrário, ilegítima, infringindo norma de caráter processual, quando for ‘produzida’ no processo, em violação à regra processual”<sup>37</sup>.

A prova emprestada que não atenda aos pressupostos apresentados nos dois itens anteriores se insere na categoria das provas “ilegítimas”, vez que violadora de normas que tutelam valores atinentes “à lógica e à finalidade do

<sup>36</sup> Op. cit., p. 170 – com destaque no original.

<sup>37</sup> *Provas ilícitas*, p. 170-171. Vede ainda de Grinover: *Interceptações...* p. 61, e *Liberdades...* p. 96-99; e, em conjunto com FERNANDES, GOMES F<sup>o</sup> op. cit., p. 113.

processo”. No item 9, examinam-se especiais hipóteses em que o empréstimo da prova pode-se dar com a ofensa a normas de direito material, tornando-a “ilícita”.

## 6. A natureza do vício

A natureza do vício e as conseqüências do empréstimo ilegítimo variam, contudo, conforme os requisitos que tenham sido desatendidos.

### 6.1. Conseqüências da inobservância dos requisitos constitucionais

Inobservados os requisitos constitucionais (item 3), a prova trasladada é juridicamente inexistente; é uma “não-prova”, arremedo de prova<sup>38</sup>. Outra não pode ser a conseqüência da frontal violação às normas constitucionais. Enquanto prova constitucionalmente ilegítima:

(a) *Não poderá ser nem anexada ao processo, por expressa cominação constitucional (art. 5<sup>o</sup>, LVI)*. Embora a fórmula empregada no inc. LVI do art. 5<sup>o</sup> da CF tenha aludido a provas “ilícitas”, a sanção ali estabelecida aplica-se a toda prova ofensiva a valores constitucionais fundamentais, inclusive os processuais.

De mais a mais, e diferentemente de outras espécies de provas produzidas em desrespeito a regras processuais, não há como se sanar o vício nesse caso: não há o que se fazer se a parte contra a qual se pretendia usar a prova emprestada não participou do processo anterior; igualmente nada há que supra a circunstância de o órgão perante o qual se produziu originalmente a prova não ter caráter jurisdicional. Logicamente, a repetição, no segundo processo, da prova que se pretendia emprestar não é “saneamento” do empréstimo ilegítimo. Nesse caso, não se estará suprindo defeito na prova trasladada, mas se desenvolvendo exatamente a atividade probatória que em princípio seria dispensável se a prova emprestada fosse válida<sup>39</sup>.

(b) *Se indevidamente juntada, terá de ser desentranhada*. Esse é o sentido do vocábulo

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 20-21 e 121.

<sup>39</sup> Nesse ponto, não há como não se mencionar a peculiar disciplina da prova emprestada no direito processual civil colombiano. Se aquele contra quem vai ser empregada não participou do processo anterior, a prova testemunhal emprestada é admissível desde que se proceda à sua “ratificação”: a testemunha é chamada ao segundo processo para confirmar o que disse no primeiro (ECHANDÍA, op. cit., p. 367-

“inadmissibilidade”. No processo penal italiano, a “*inutilizzabilità*” da prova proibida chegou a ser interpretada por alguns como sua tão-só impossibilidade de utilização no momento da valoração. O CPP de 1988 (art. 191) e os debates que o precederam deixaram claro que a “*inutilizzabilità*” consiste na inviabilidade de aproveitamento da prova desde o início do procedimento probatório: mais do que ser desconsiderada quando da decisão, a prova vedada não pode nem ser admitida<sup>40</sup>. A Constituição brasileira foi precisa. O termo empregado evidencia que o procedimento probatório não poderá nem mesmo passar da etapa de admissão. Desrespeitada a regra e admitido o que não poderia sê-lo, sanciona-se com o desfazimento da admissão ofensiva à norma constitucional.

(c) De qualquer modo, *caso permaneça nos autos, não poderá ser considerada no julgamento*. O poder de livre valoração de que é investido o julgador pressupõe provas legais. Antes, delimitam-se as provas constitucionalmente admissíveis: dentro desse universo é que se desenvolve a liberdade para a formação de um convencimento motivado.

(d) *Se utilizada pelo juiz, acarretará a nulidade absoluta da decisão*.

As decorrências apontadas até aqui são basicamente as que afirma Ada Grinover, em parecer que envolvia caso penal<sup>41</sup>. Aplicam-se igualmente ao processo civil. Ressalve-se, apenas, que a incidência do princípio da proporcionalidade pode vir a afastar tais conseqüências, tanto no processo civil, quanto no penal (v. item 12).

A ilustre processualista destaca ainda outro aspecto. A nulidade absoluta de que será eivada a decisão fundada na prova emprestada ilegítima ocorrerá independentemente de se considerar a parte que requereu o empréstimo. Isso porque, em primeiro lugar, à nulidade absoluta não se aplica o “princípio do interesse”. Depois, em face do “princípio da comunhão”, a prova é do juiz e não das partes – sendo irrelevante quem a requer<sup>42</sup>.

A constatação é válida, como regra, para o processo penal. Especialmente em virtude da indisponibilidade da ação pública e da defesa

técnica, as partes não podem dispor do contraditório perante o juiz constitucionalmente competente.

Já no processo civil, em que a regra geral é a da disponibilidade das posições processuais, tem de ser outra a solução. Se a própria parte a quem a prova desfavorece requereu seu empréstimo (ou não o impugnou), fica afastado o óbice de ela não haver participado em contraditório no processo anterior. A situação não será em nada diversa daquela que haveria se, no próprio processo em que a prova foi produzida, houvesse sido dada a oportunidade de contraditório a essa parte e ela tivesse aberto mão de seu exercício. Ainda, quando, no processo civil (em que prevaleça a disponibilidade da ação e da defesa), a própria parte desfavorecida por prova não-produzida perante a Jurisdição é quem pleiteia seu empréstimo, ou com ele concorda, também então este não será inadmitido. De todo modo, ficará sempre ressalvada a hipótese de o juiz, com base nos seus poderes probatórios, fundamentadamente determinar nova produção da prova – a despeito da concordância das partes quanto ao empréstimo (aliás, em qualquer caso, o juiz sempre terá essa possibilidade – v. item 12).

## 6.2. Inobservância dos requisitos “legais” de produção e admissão – decorrências

Quando não se tiverem observado, no processo de origem, os pressupostos de produção válida da prova (v. item 4), será também inadmissível seu empréstimo – aplicando-se o regime discriminado no tópico anterior. Como já se expôs, não há como corrigir, no segundo processo, os vícios ocorridos no primeiro. Eventualmente, o processo de origem ainda não se encerrou e o vício de que padece a prova é sanável. Nessa hipótese, suprido o defeito no primeiro processo, poderá ser admitido seu empréstimo para o segundo.

Já se o defeito disser respeito exclusivamente ao segundo processo (v. item 4: inobservância das normas atinentes à prova em sua essência original ou das normas atinentes à prova documental), terão de ser diferenciadas duas hipóteses: (a) inobservância das regras de *admissibilidade* da prova documental ou da prova em sua essência de origem; (b) inobservância das regras sobre a *produção* da prova documental.

Relativamente ao primeiro caso (desrespeito às regras de admissibilidade), as conseqüências serão semelhantes às do item anterior. Então,

368). Ora, aí não há empréstimo nenhum, mas nova produção da prova.

<sup>40</sup> GALANTINI. *L'inutilizzabilità...* p. 85.

<sup>41</sup> *Prova emprestada*, p. 65, 67-68.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

caso se junte prova emprestada no procedimento do júri sem o respeito à limitação de juntada ou leitura de prova documental constante do art. 475 do CPP, terá de ser desentranhada dos autos. Decisão a que se chegue depois de sua juntada ou leitura será nula. Caso o júri dela tenha tomado conhecimento, impor-se-á sua dissolução. Afinal, como o júri é dispensado de apresentar a motivação do seu convencimento, não haveria como se verificar se ele valeu-se de tal prova inadmissível.

Diante da segunda hipótese (ofensa às normas de produção da prova documental), a resposta variará conforme a natureza do vício – submetendo-se à disciplina geral das nulidades no campo probatório e havendo a repetição de atos, quando necessário. Assim, por exemplo, se, por ocasião da juntada aos autos das peças que documentam a prova emprestada, não se der vista às partes (ou à parte adversária da que requereu o traslado), a decisão que nela se fundar será nula, por ofensa ao contraditório. Todavia e por óbvio, a consequência não será a inadmissibilidade do empréstimo, mas a cassação do ato decisório e a concessão da oportunidade do contraditório que antes faltou.

### 7. Irrelevância dos possíveis destinos do processo anterior

O resultado do processo anterior, em si mesmo, não repercute sobre a definição da admissibilidade e eficácia da prova emprestada.

Assim, não importa qual foi a influência da prova no convencimento do juiz do primeiro processo. O que se transporta de um processo para o outro não é a convicção a que chegou o julgador e sim as peças que documentaram a produção probatória<sup>43</sup>. Feito o traslado, o juiz do segundo processo poderá chegar a conclusão diversa da adotada pelo primeiro juiz relativamente à mesma prova. Por isso, é irrelevante se o processo anterior recebeu ou não julgamento de mérito e, em caso positivo, qual a valoração que nele mereceu a prova objeto do empréstimo – até porque a regra geral é a de que não se revestem da autoridade da coisa julgada as conclusões acerca da existência ou inexistência de fatos contidas na motivação da sentença (CPC, art. 469, II). Pode-se até emprestar prova de processo que ainda nem se encerrou.

Havendo a extinção do processo sem julgamento de mérito, só será vedado o empréstimo

<sup>43</sup> ECHANDÍA. op. cit., p. 369.

quando os atos de produção da prova tiverem sido atingidos pelo vício que acarretou o fim anormal do feito. Mas tal não significa um requisito para o empréstimo diferente dos já indicados acima. Apenas se estará levando em conta a exigência de que a prova tenha sido regularmente produzida no processo anterior (item 4, acima). O mesmo vale para o processo anulado. Apenas não se admitirá o empréstimo se a anulação decorrer de vício em ato anterior e que constitua antecedente lógico à produção da prova<sup>44</sup>.

### 8. Empréstimo ex officio de prova<sup>45</sup>

O juiz poderá determinar de ofício o empréstimo de prova – observados os requisitos acima expostos. Aplica-se a regra do art. 130 do CPC. Nem se diga que, por conhecer de antemão o resultado probatório, sabendo a qual parte o empréstimo favorecerá, o juiz estaria violando seu dever de imparcialidade. Basta inverter a questão para demonstrar o erro desse argumento: deixando de determinar o empréstimo, o juiz estará sendo parcial em favor daquele que seria prejudicado pela prova.

Se a reconstituição dos fatos determinada de ofício vem a beneficiar *quem tem razão*, não há nisso infração ao dever de imparcialidade, mas o adequado cumprimento da função jurisdicional. A imparcialidade se concretiza pela concessão de iguais oportunidades aos litigantes e a consideração mais isenta possível de seus argumentos – e cessa aí. As vantagens que advêm no processo a alguma das partes, precisamente porque e na medida em que esta tem razão, não são mais do que consequências da correta atuação imparcial.

Não fosse assim, toda vez que se emitisse provimento jurisdicional ou se efetivasse medida executiva em favor de um dos litigantes, faltaria imparcialidade. Na feliz expressão de Fazzalari,

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 371-372, 375-376; LESSONA. op. cit., p. 21. A. Santos afirma possível o empréstimo apenas quando a anulação decorre de defeito em momento subsequente à atividade probatória (op. cit., p. 318), não se apercebendo de que o vício pode estar em ato anterior à produção da prova sem que afete a validade dessa, por não lhe ser um antecedente lógico.

<sup>45</sup> O tema é examinado, à luz do dever de imparcialidade, por Ivan Righi em *Os poderes do juiz*, que, inclusive, relata interessante caso com que se defrontou, na condição de magistrado.

o provimento jurisdicional é, nesse sentido, “*squisitamente parziale, é tutto a favore di chi ha ragione*”<sup>46</sup>.

### 9. Prova produzida sob sigredo da Justiça e prova obtida mediante interceptação autorizada

Cabe o exame de duas hipóteses particulares de empréstimo de prova, em que sua realização poderá importar violação de normas de direito material.

Há processos que, em atenção ao direito à intimidade ou ao interesse público, têm sua publicidade restrita às partes e seus procuradores (CF, art. 5º, LX; CPC, art. 155; CPP, art. 792).

Alguém que seja terceiro em relação a tal processo não poderá pleitear o empréstimo de prova nele produzida, por não ter conhecimento do que nele ocorre. Se o tiver, poderá inclusive estar caracterizado crime de quebra de sigredo da Justiça (Lei 9.296/96, art. 10). No mesmo tipo penal, este terceiro incidirá quando, por conta própria e independentemente de autorização judicial, trazer para os autos do feito em que é parte cópia de termos que documentaram a produção de prova em processo de publicidade restrita. O empréstimo, nessa hipótese, caracterizará prova “ilícita” (v. item 5), vez que produzido em violação a direito de intimidade ou ao interesse público. Os documentos juntados pela parte terão de ser desentranhados, sendo inutilizáveis no processo (v. item 6.1).

As partes do processo que tramita sob sigredo da Justiça não poderão pretender o empréstimo de prova nele produzida para outro em que qualquer delas litigue contra terceiro – quando menos, porque isso afrontaria a garantia do contraditório (item 3.1).

Resta a hipótese do empréstimo de prova do processo de publicidade restrita para outro envolvendo exatamente as mesmas partes. Põem-se duas alternativas: (a) constata-se que, embora integrante de processo que tramita sob sigredo da Justiça, a prova não implica a necessidade de sigilo – trasladando-se-a, simplesmente; (b) ou, não sendo assim, passa a vigorar a publicidade restrita às partes e seus procuradores também no processo para o qual a prova é emprestada. Nesse último caso, o empréstimo não será possível se o segundo processo envolver, como litisconsorte ou assistente de qualquer das partes, alguém que seja terceiro em relação ao

primeiro processo – a não ser que o sigredo da Justiça esteja tutelando exclusivamente interesse da própria parte que pleiteia o empréstimo, a qual, assim, concorda em estender o conhecimento da matéria sigilosa aos participantes do segundo feito.

A Constituição autoriza excepcionalmente a colheita de provas mediante interceptação de comunicações previamente autorizada por ordem judicial, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (art. 5º, XII, parte final). A Lei 9.296/96 disciplinou o tema, fixando os pressupostos da interceptação e restringindo-a à investigação ou comprovação de fatos que constituam crimes puníveis com reclusão (art. 2º).

Indaga-se da possibilidade de, autorizada a interceptação em determinado processo penal, emprestar-se para outro processo a prova obtida por meio dela.

Na doutrina, há quem já tenha admitido tal empréstimo – inclusive para processo civil, no qual o juiz jamais poderia diretamente autorizar a interceptação telefônica<sup>47</sup>. Barbosa Moreira resume os argumentos essenciais contra e a favor do empréstimo, nos seguintes termos:

“(...) pode argumentar-se que, uma vez rompido o sigilo, e por conseguinte sacrificado o direito da parte à preservação da intimidade, não faria sentido que continuássemos a preocupar-nos com o risco de arrombar-se um cofre já aberto. Mas, por outro lado, talvez se objete que assim se acaba por condescender com autêntica fraude à Constituição. A prova ilícita, expulsa pela porta, voltaria a entrar pela janela...”<sup>48</sup>.

Não cabe, aqui, examinar o acerto da opção política do Constituinte ao restringir drasticamente o emprego das provas ilícitas e das hipóteses de autorização de interceptações – mas, apenas, precisar o conteúdo da disciplina estabelecida no ordenamento.

A definição da questão exige que se considere o regime que a Lei 9.296/96 conferiu às interceptações autorizadas. É nos estritos limites desse diploma que opera a exceção à garantia da inviolabilidade das comunicações. Tanto é assim que, antes, o STF havia negado validade a interceptações telefônicas, mesmo quando autorizadas pelo juiz em processo penal, por

<sup>47</sup> NERY JR. *Princípios...* p. 145-146.

<sup>48</sup> *A Constituição e as provas...* p. 153.

reputar que a parte final do inc. XII do art. 5º da CF dependia de regulamentação legislativa<sup>49</sup>. O parágrafo único do art. 2º da Lei 9.296/96 impõe que, “em qualquer hipótese”, seja “descrita com clareza a situação objeto da investigação”. E, nos termos do art. 9º, toda a gravação que não interessar à prova de tal situação

“será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual, ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada”.

É, portanto, absolutamente inaproveitável para qualquer outro fim a gravação que não diga respeito à comprovação da situação apresentada ao juiz quando se requer a interceptação – ainda que se preste à comprovação de outros fatos. Essa mesma diretriz há de vigorar para as gravações que interessem à situação investigada e sejam levadas ao processo penal: apenas neste serão utilizáveis – não se permitindo seu emprego para outras finalidades, mediante empréstimo de prova.

Nos casos ora examinados, em que se concluiu pela negativa de empréstimo, fica também ressalvada a possível aplicação do princípio da proporcionalidade (v. item 12).

## 10. Empréstimo de depoimento pessoal

Enquanto espécie probatória, também o depoimento pessoal é passível de empréstimo para outro processo – desde que presentes os requisitos antes examinados. Exclui-se dessa afirmação a confissão ficta ou presumida, que, quando cabível, não é mais do que consequência da preclusão da possibilidade de cumprimento de um ônus – sendo, por isso, necessariamente limitada ao processo em que ocorre.

Carlo Lessona, depois de admitir o empréstimo de confissão, apresenta grave ressalva a esse entendimento, mediante um exemplo: em processo em que se buscava provar ser nulo o testamento por demência do testador, “confessa-se” que o testamento foi feito em 17 de abril – e não 16, conforme constara do respectivo instrumento – com a certeza de que isso não teria relevância para o feito; extinguindo-se o processo sem julgamento de mérito, o sucumbente

<sup>49</sup> HC 69.912-RS. DJU 26 nov. 1993 (v. *Informativo STF*, n. 36, 29 jun. 1996); Ação Penal 307 (RTJ, n. 162 p. 3).

propôs nova ação, alegando falsa data do testamento e invocando a anterior “confissão”. Para Lessona, a anterior admissão de que a data do testamento era falsa não poderia ser aproveitada como confissão no segundo processo, porque faltaria o *animus confitendi* (a intenção de o depoente fornecer, por meio de sua declaração, uma prova para o adversário)<sup>50</sup>.

Não é de se concordar com tal assertiva. A confissão tem, em nosso sistema, natureza de ato probatório. Não constitui ato de disposição, de submissão à pretensão do adversário. É precisamente por isso que não se identifica com o reconhecimento do pedido e a renúncia ao direito em que se funda a ação. No âmbito subjetivo do confitente, a única exigência que se põe é a da voluntariedade da confissão – no sentido de ser livremente apresentada, sem que haja coação. É irrelevante que o confitente tenha a intenção de, ao admitir fatos como verdadeiros, favorecer seu adversário. Daí que, *presentes os demais requisitos* (v. itens 3 e 4), pode ser trasladado para um segundo processo, servindo como confissão, o termo de depoimento pessoal em que a parte admitiu como verdadeiros fatos que, para o primeiro processo, eram irrelevantes.

Pondere-se, entretanto, que, como as demais fontes probatórias, a confissão tem valor relativo, submetendo-se à avaliação livre e motivada que o juiz desenvolve (CPC, art. 131; CPP, arts. 197 e 200).

A esse aspecto somam-se outros, no processo penal, que mitigam a importância da confissão emprestada. O acusado tem o direito ao interrogatório. Este, mais do que ato de instrução, é ato de *defesa*: é a oportunidade que se dá ao réu do processo penal de apresentar direta e pessoalmente ao juiz sua versão dos fatos. A falta desse ato acarreta a nulidade do processo (CPP, art. 564, III, e)<sup>51</sup>. Assim, e mesmo quando trazido de empréstimo o depoimento do acusado prestado em outro processo, é *indispensável* a realização do interrogatório – ocasião em que inclusive o réu será inicialmente informado de seu direito de permanecer em silêncio (CF, art. 5º, LXIII). Além disso, a confissão é retratável: o acusado pode negar fatos que antes admitira – cabendo ao juiz, livre e motivadamente, ponderar qual versão deve prevalecer (CPP, art. 200).

<sup>50</sup> LESSONA, op. cit., p. 628.

<sup>51</sup> Vede, por todos: GRECO Fº, op. cit., p. 200; MARQUES. *Elementos...* v. 2, p. 321; GRINOVER, FERNANDES, GOMES Fº, op. cit., p. 71.

## 11. A recente disciplina da juntada de *verbali* no processo penal italiano

O CPP italiano de 1988, na parte destinada à prova documental, disciplinou a admissibilidade da juntada de *verbali* (termos a que se reduzem determinados atos processuais, inclusive a colheita de certas provas) de outros processos (art. 238, *comma* 1<sup>o</sup> a 3<sup>o</sup>). O dispositivo não significa a regulamentação integral da prova emprestada, pois nem toda prova se documenta em *verbali*.

Se os *verbali* foram produzidos em outro processo penal, a admissibilidade de sua juntada submete-se aos seguintes requisitos: (a) devem retratar atos desenvolvidos com as garantias devidas para valer como prova. Como observa Grevi, já esse requisito exclui as provas produzidas em audiências ou inquéritos preliminares<sup>52</sup>; (b) o traslado tem de ser consentido por ambas as partes, que renunciam ao direito de elaborar tal prova no processo em curso.

Caso os *verbali* tenham sido produzidos em processo civil, sua juntada aos autos do processo penal só é possível se o processo de origem já tiver sido definido com sentença transitada em julgado. Siracusano destaca que a convicção acerca das provas formada no primeiro processo não vincula o julgador do segundo<sup>53</sup>.

Por fim, os *verbali* que documentam atos que “não são repetíveis” têm seu traslado permitido independentemente desses requisitos.

Embora as normas ora noticiadas estejam previstas apenas para o processo penal, é inegável sua repercussão (por analogia ou aplicação subsidiária) sobre o processo civil italiano. Assim, Proto Pisani, depois de, em princípio, negar o cabimento do empréstimo de prova no processo civil, admite que a nova disciplina estabelecida para o processo penal “è destinata a riaprire e a porre su nuove basi di diritto positivo il problema”<sup>54</sup>.

## 12. Conclusão: funções e fundamentos da prova emprestada – notas finais sobre sua admissibilidade e valor – a proporcionalidade

A função primeira e imediata do empréstimo da prova é a economia processual. Busca evitar a repetição desnecessária de atos a fim de que,

com menor dispêndio de tempo e recursos materiais, o processo seja mais acessível a todos (é aplicação do célebre “princípio econômico”, formativo do processo). Sendo essa a função normal da prova emprestada, impõem-se, com rigor, a observância dos requisitos antes mencionados e a sanção por seu descumprimento. Afinal, a pura e simples economia processual não justificaria o olvido dos valores constitucionais indicados acima. Também por ser essa a função primária da prova emprestada, justifica-se a diferença de seu regime – em determinados pontos – no processo penal e civil, precisamente em virtude da diversidade de valores envolvidos em um e outro.

Dentro dos parâmetros antes delineados, é a economia processual, somada à circunstância de que nenhuma garantia constitucional está sendo violada, que autoriza o empréstimo da prova a despeito de inexistir sua previsão genérica no ordenamento. Como observava Couture – exatamente ao analisar a prova emprestada –, a admissão de um meio de prova não depende tanto de sua expressa previsão legal, quanto de sua consonância com os valores constitucionais<sup>55</sup>.

Assim, preenchidos os pressupostos específicos e genéricos, a parte tem *direito* a que se proceda ao empréstimo. Nessa hipótese, a simples possibilidade de sua reprodução não é motivo para a inadmissão.

Isso não significa, contudo, que a prova emprestada receberá sempre, absoluta e necessariamente, o valor que talvez possuísse em sua essência originária. Também não é correto dizer que, mesmo sendo admissível, ela não poderá jamais assumir tal valor. O juiz, no caso concreto e motivadamente, conferirá-lhe o valor que ela mereça. Poderá até determinar que se repita a prova. Mas nisso, aliás, a prova trasladada não se diferencia dos outros meios probatórios: em qualquer caso, o juiz, concreta e fundamentadamente, avaliará a prova conforme sua convicção, podendo mandar repeti-la.

Por outro lado, ausentes os requisitos constitucionais para sua admissão, não é concebível nem mesmo sua permanência nos autos do segundo processo. Não parece acertada a afirmativa de que, em tais situações, poderia ser aproveitada como “simples indício” ou “argumento de prova”<sup>56</sup>.

<sup>52</sup> Prove, p. 200.

<sup>53</sup> Le prove, p. 439.

<sup>54</sup> Lezioni... p. 481.

<sup>55</sup> Op. cit., p. 255.

<sup>56</sup> Admitem, nesses termos, o empréstimo de prova ofensivo a garantias processuais, entre outros:

Basta que se considere o significado de “indício”: é o fato (“secundário”) já conhecido que possibilita, mediante procedimento lógico (“presunção”), a conclusão quanto à existência ou inexistência de outro fato (“primário”). Quando se fala em “prova indiciária”, está a referir-se ao meio probatório que demonstra a existência do indício (a “prova do fato secundário”) ou à própria presunção. Então, a diferença entre “prova direta” e “prova indiciária” (ou indireta) não se encontra primordialmente na maior ou menor idoneidade de uma ou outra. Reside no objeto sobre o qual recaem: a primeira, diretamente sobre a afirmação atinente ao fato principal, “constitutivo, impeditivo ou extintivo” do direito em discussão (“A causou lesões corporais em B”; “X é pai de Y”); a segunda, sobre a afirmação de um fato que permite conclusão lógica, mais ou menos segura, sobre a existência, ou não, do fato principal (“A estava em outro país no momento em que B foi agredido”; “X é absolutamente impotente”). Ora, a prova que se pretende emprestar pode ter por objeto tanto a afirmação de fato principal quanto de fato secundário. Nesse sentido, sempre poderá ser prova “direta” ou “indireta” (“indiciária”). Não é a circunstância de não se preencherem os requisitos para seu empréstimo que transmutará seu objeto.

A tese ora criticada pura e simplesmente torna utilizável prova inconstitucional: a afirmação de que ela pode ser utilizada como indício é apenas um primeiro passo; passo seguinte e inevitável é o reconhecimento de que, em face do livre convencimento, também tal “indício” pode embasar a decisão do juiz. Daí que o resultado final será o aproveitamento dessa prova, como outra qualquer. Nem se diga que, em tais casos, a prova inconstitucional serviria apenas para “corroborar” outros elementos probatórios, pois de duas uma: ou bem esses elementos probatórios por si só já bastariam (e então a prova inconstitucional seria até dispensável, não havendo razão para permanecer nos autos); ou tais elementos seriam insuficientes e precisamente a prova inconstitucional é que faria a diferença (ou seja, estaria sendo *aproveitada* como elemento decisivo – em frontal colisão com a determinação constitucional de inaproveitabilidade). Enfim, a manutenção da prova inconstitucional nos autos como “simples indício” acaba

LESSONA, op. cit., p. 15, 31, 32-33; ECHANDÍA, op. cit., p. 374; SANTOS, A. op. cit., p. 307, 312-313; ARAGÃO, op. cit., p. 62.

servindo de expediente para burlar a vedação ao seu emprego<sup>57</sup>.

Ocorre que, eventualmente, o empréstimo de prova não se destina apenas à economia processual. Há casos em que a prova é irrepetível ou, quando menos, sua repetição só se faria a um custo bastante alto e despropositado. A prova emprestada, então, assume função diversa e especial: evitar a perda da prova irrepetível ou de difícil repetição. Seu fundamento passa a ser o próprio direito à prova – radicalmente ligado à ampla defesa e ao acesso à jurisdição: ou permite-se o traslado ou priva-se a parte de provar sua razão.

Em tais situações, não estando presentes os requisitos constitucionais da prova emprestada, surgirá conflito de valores igualmente fundamentais. Caso admitido o empréstimo, sairão sacrificadas as garantias que estão à base daqueles requisitos. Na hipótese contrária, o direito à prova e os que lhe servem de supedâneo é que sofrerão o prejuízo.

A única solução concebível será a aplicação do princípio da proporcionalidade. Tais valores (e também os que estão em jogo nos próprios pólos da situação controvertida, objeto do processo) terão de ser ponderados de modo a se verificar quais entre eles são os mais “urgentes e fundamentais” no caso concreto<sup>58</sup>.

Por isso, não se descarta, em termos absolutos, a admissão da prova emprestada que não preencha os requisitos antes mencionados. Outras situações-limite semelhantes à ora exposta poderão surgir e a admissão do traslado destinar-se-á a evitar resultados desarrazoados e desproporcionais. É sob essa ótica que, em

<sup>57</sup> Confira-se panorama jurisprudencial acerca das provas ilegalmente obtidas em processo penal apresentado por Scarance Fernandes e Magalhães Gomes F<sup>o</sup> (*Os resultados...* esp. p. 94): em vários casos, a despeito de se reconhecer a invalidade da confissão exclusivamente perante a polícia, admitiu-se-a sob o argumento de que foi corroborada por outros elementos.

<sup>58</sup> Sobre o princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*), vede por todos Larenz, *Metodologia...* p. 490. Quanto à sua aplicação em tema de provas, confirmam-se, entre outros: ARAGÃO, op. cit., p. 80; GRINOVER, FERNANDES GOMES F<sup>o</sup>, op. cit., p. 115-116, 119-120; MOREIRA, Barbosa. *A Constituição e as provas...* passim. Nestas duas últimas obras, há referências jurisprudenciais, inclusive do STF. Ainda que sem referir-se expressamente ao princípio, Barbosa Moreira dele faz aplicação precisamente no tema da prova emprestada, na conferência “Provas atípicas” (p. 125).



muitos casos, justificar-se-á o transporte de prova favorável ao acusado, mas que não preenche as condições iniciais de admissão. Também assim, a prova produzida em processo ou procedimento administrativo desfavorável à própria administração poderá ser aproveitada.

E, em todas essas hipóteses, admitido o empréstimo, caberá ao juiz, motivadamente, dar à prova o valor que, em concreto, ela mereça.

## Bibliografia

- ALVIM, J. Manoel Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990. v. 1.
- ALVIM, J. Manoel Arruda, Alvim, Tereza A. ———. 4. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991. v. 2.
- ALVIM, J. Manoel Arruda, ALVIM, Teresa A., MAURÍCIO, Ubiratan do Couto. *Competência* : repertório de doutrina e jurisprudência. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1986. 508 p.
- ARAGÃO, Egas D. Moniz de. *Exegese do CPC*. Rio de Janeiro : Aide, [198?]. v. 4, t. 1.
- ARANHA, Adalberto J. Q. T. Camargo. *Da prova no processo penal*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1994.
- BEDAQUE, J. Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994.
- BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. Obra compilada de los manuscritos del autor por E. Dumont; Traducción del frances por Manuel Ossorio Frorit. Buenos Aires : Ejea, 1971. v. 2.
- BREDA, A. Acir. Efeitos da declaração de nulidade no processo penal. *Revista de Processo*, n. 20, p. 179-194, out./dez. 1980.
- CALAMANDREI, Piero. Verità e verosimiglianza nel processo civile. *Rivista di diritto processuale*, 1955.
- CARNELUTTI, Francesco. Prove civili e prove penali. *Rivista di diritto processuale civile*, n. 2, 1ª parte, 1925.
- . *Diritto e processo*. Nápoles : Morano, 1958.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução da 2. ed. italiana por J. Guimarães Menegale; acompanhada de notas por Enrico T. Liebman. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1965. v. 1 e 3.
- . *Saggi di Diritto Processuale Civile*. Milão : A. Giuffrè, 1993. v. 2 : L'oralità e la prova.
- . *Saggi di Diritto Processuale Civile*. Milão : A. Giuffrè, 1993. v. 2 : Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Commissione per il dopo guerra.
- . *Saggi di Diritto Processuale Civile*. Milão : A. Giuffrè, 1993. v. 1 : Lo stato attuale del processo civile in Italia e il projeto Orlando di riforme processual.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994. 358 p.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires : Depalma, 1990.
- DEVIS ECHANDÍA, H. *Teoria general de la prueba judicial*. 5. ed. Buenos Aires : V. P. de Zavalía, 1981. v. 1.
- DINAMARCO, Cândido R. *Execução civil*. 3. ed. São Paulo : Malheiros, 1993.
- . *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. São Paulo : Malheiros, 1993.
- FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 6. ed. Pádua : Cedam, 1992.
- FLORIAN, Eugenio. *Delle prove penali*. Milão : F. Vallardi, 1921. v. 1.
- GALANTINI, Novella. *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*. Pádua : Cedam, 1992.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães, FERNANDES, A. Scarance. *Os resultados da interceptação telefônica como prova penal*. *Revista de Processo*, n. 44, p. 85-99, out./dez. 1986.
- . *Sobre o direito à prova no processo penal* : Tese para o concurso de Livre-Docência na FADUSP. São Paulo, 1995. (inédita).
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1995.
- GREVI, Vittorio. *Profili del nuovo Codice del Procedura Penale*. 2. ed. Pádua : Cedam, 1992: Prove.
- GRINOVER, Ada P. *Liberdades públicas e processo penal* : as interceptações telefônicas, 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1982. 288 p.
- . *Novas tendências do direito processual*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1990: O conteúdo da garantia do contraditório.
- . *Novas tendências do direito processual*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1990. 451 p. Interceptações telefônicas e gravações clandestinas no processo penal.
- . *O processo em sua unidade – II*. Rio de Janeiro : Forense, 1984, 354 p. Provas ilícitas.
- . Prova emprestada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 4, 1993.
- GRINOVER, Ada P., FERNANDES, A. Scarance, GOMES FILHO, A. Magalhães. *As nulidades*

- no processo penal*. 3. ed. São Paulo : Malheiros, 1993. 261 p.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução da 5. ed. alemã, de 1983, por J. Lamego. 2. ed. Lisboa : C. Gulbenkian, 1989.
- LESSONA, Carlo. *Trattato delle prove in materia civile*. 3. ed. Florença : Fratelli Camelli, 1914. v. 1.
- LIEBMAN, Enrico T. *Manual de direito processual civil*. Tradução e notas de Cândido R. Dinamarco, da 4. ed. italiana, de 1980. 2. ed. I, Rio de Janeiro : Forense, 1985.
- LOPES, João Batista, MORAIS, Paulo Heber de. *Da prova penal : teoria e prática*. São Paulo : Julex, 1978.
- MARQUES, J. Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1965. v. 2.
- . *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1972. v. 3.
- MOREIRA, J. Carlos Barbosa. Provas atípicas. *Revista de Processo*, n. 76, p.144-126, out./dez. 1994.
- . A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista de Processo*, n. 84, 1996.
- NEGRÃO, Theotonio. *CPC e legislação processual em vigor*. 27. ed. São Paulo : Saraiva, 1996.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992.
- PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. Nápoles : Jovene, 1994.
- RIGHI, Ivan. Os poderes do juiz. *Jurisprudência Brasileira*, v. 169, p. 41-50, jan./mar. 1993.
- ROMBOLI, Roberto. *Il giudice naturale : studio sul significato e la portata del principio nell'ordinamento costituzionale italiano*. Milão : Giuffrè, 1981.
- SABATINI, Guglielmo. *Teoria delle prove nel diritto giudiziario penale : 2ª parte*. Catanzaro : Tip. Gaetano Silipo, 1911.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no civil e no comercial*. 4. ed. São Paulo : Max Limonad, 1970. v. 1.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. Porto Alegre : S. A. Fabris, 1987. v. 1.
- SIRACUSANO, Delfino. *Manuale di diritto processuale penale*. Milão : A. Giuffrè, 1990. v. 1. Le prove.
- TALAMINI, Eduardo. A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo. *Revista de Processo*, n. 80, 1995, *Revista de Informação Legislativa*, n. 129, p. 67-83, jan./mar. 1996, e *Revista da AASP*, n. 48, 1996.
- TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione : problemi di diritto tedesco e italiano*. Milão : A. Giuffrè, 1974.

# A construção jurisprudencial do direito comunitário europeu<sup>1</sup>

JORGE FONTOURA

## SUMÁRIO

*1. Introdução. 2. Direito comunitário originário e derivado. 3. A jurisprudência como metamorfose essencial do direito europeu. 4. Primazia: o acórdão Costa/Enel. 5. Efeito direto: o acórdão Van Geend en Loos. 6. O direito comunitário de segunda geração: o acórdão Francovich. 7. A natureza do caso Francovich.*

### 1. Introdução

Conforme ocorre com os fatos históricos, também as grandes construções jurídicas só podem ter a devida valoração *a posteriori*. Há alguns processos, no entanto, que, não obstante a cautela recomendada pelo devenir histórico, podem, de imediato, projetar-se como exemplares de magna criação.

O direito comunitário, recentemente construído no âmbito da União Européia, é, nesse sentido, um vigoroso e rutilante exemplo. Assente mais que em tratados e normativas comunitárias, o direito das comunidades européias tem, em verdade, se desenvolvido na efetividade e realismo das decisões da Corte do Luxemburgo (o tribunal de justiça supranacional criado pelo Tratado de Roma de 25 de março de 1957), que, ampliando os horizontes do que fora previsto pacticiamente, deu à Europa integrada, por meio da jurisprudência, a dinâmica e a consistência garantidoras do seu contingente sucesso histórico.

A construção de um direito não-estatal, no sentido de gerado além das instâncias internas

Jorge Fontoura é Doutor em Direito Internacional pela Universidade de Parma, Itália, e Universidade de São Paulo, é Consultor do Senado Federal e da Comissão Parlamentar do Mercosul, Membro-Consultor do Conselho Federal da OAB em Brasília-DF; foi Professor dos Cursos de Pós-graduação da UnB e da UFPR, e Professor-titular do Instituto Rio Branco, do Ministério das Relações Exteriores.

<sup>1</sup> Texto revisto e anotado da conferência proferida no XV Seminário Roma-Brasília, UnB / Universidade La Sapienza, de Roma, (“Latinidade e Integrações Jurídicas e Continentais”), Brasília, 29 de agosto de 1998.

de *municipal law* e não proveniente da negociação estatal soberana e expressa, pelo viés do tratado internacional, ou mais remotamente pelo consentimento tácito com *opinio juris*, na forma do costume, conforme vem-se construindo o direito comunitário europeu, é prática inusitada e extravagante sob o ponto de vista do direito internacional público clássico, por excelência “estatólatra” e “soberanófilo”. Nesse sentido, seu ineditismo e atipia têm sido objeto de críticas de grande densidade doutrinária, com o trabalho de interpretação construtiva e aplicação interativa das normativas comunitárias europeias pela Corte de Justiça, sendo considerado por muitos juristas como o colapso branco da velha democracia iluminista, com a imprecação de ter a União Européia se construído à revelia dos parlamentos, sob a égide ilegítima da magistratura comunitária, em uma inaceitável *Europe des juges*.

Não há como se negar, de fato, a substancial natureza pretoriana da construção do direito comunitário, cujos princípios basilares vêm sendo deduzidos a partir da jurisprudência luxemburguesa, proferida por quinze juízes que, formal e materialmente, não representam seus Estados, senão o compromisso apátrida da consolidação e do aprofundamento comunitários. Os quinze juízes e os nove advogados-gerais que compõem a Corte são nomeados de comum acordo pelos governos, por seis anos renováveis por mais seis. De fato, cada um dos Estados-membros designa um juiz, e os cinco maiores países, Alemanha, França, Itália, Reino Unido e Espanha, dispõem cada um de um advogado-geral permanente, estabelecendo-se um sistema de rodízio para os quatro demais postos. Contando com três assessores pessoais, *les référendaires*, os magistrados comunitários usam o Francês como idioma de trabalho, com a cultura jurídico-comunitária impondo-se de forma a não identificá-los como representantes ou prepostos nacionais.

O aperfeiçoamento das relações políticas, econômicas e culturais dos Estados comunitários europeus tem sido, com efeito, rigidamente conduzido por uma neonata ordem jurídica, de todo inovadora em seus princípios e propósitos. A maciça adesão ao processo de integração europeia que se tem verificado, o seu inexorável sucesso político, recomenda, no entanto, dentro de uma concepção da Ciência do Direito como dúctil caudatária dos influxos sociais, antes que inflexível e dogmática condutora das sociedades, que à *Europe des juges* se contraponha a idéia correlata, porém distinta em essência, de *Europe du Droit Communautaire*.

## 2. Direito comunitário originário e derivado

A novidade e atipia do fenômeno de integração de Estados soberanos com o objetivo de formar blocos econômicos, surgido a partir do Tratado de Paris, de 18 de abril de 1951, e substancialmente sofisticado com o Tratado de Roma, que instituiu as Comunidades Europeias, em 25 de março de 1957, determinaram a imediata criação do Direito Comunitário Europeu. Tomando por referencial o modelo adotado, que poderia, grosso modo, ser seguido em análogos processos de integração, o ordenamento jurídico comunitário comportaria três grupos de normas jurídicas, diferenciados a partir de suas fontes.

O primeiro grupo, dito direito comunitário originário ou primário, seria composto pelas normas previstas nos tratados de integração, incluindo seus eventuais protocolos modificativos ou complementares. Trata-se, a toda evidência, de normas que, enquanto inseridas em tratados geradores de obrigações recíprocas entre Estados soberanos, diriam respeito claramente ao direito internacional público *tout court*, em cujo âmbito podem receber o específico tratamento e valoração. Não é sem mais razão que os primeiros estudiosos de direito comunitário são oriundos da área do direito público externo, com a percepção para o *approche* com as questões jurídico-comunitárias sendo eminentemente de “direito das gentes”. Trata-se, porém, de mero início, logo superado pelo turbilhão de demandas que se vão formulando. Veja-se, por exemplo, o caso do corriqueiro particularismo dos direitos comerciais de países comunitários: o que fazer diante de títulos de crédito específicos de um único direito comercial, na emergência de um mercado onde circulam livremente bens, serviços, pessoas e capitais?

Cumprir assinalar que, nesse sentido, um dos fatores complicadores para o entendimento jurídico da integração reside, em nosso País, no pouco estudo que temos dedicado ao direito internacional público, considerado por significativa parte da comunidade jurídica como “perfumaria” de pouca ou nenhuma utilidade. Celso de Albuquerque Mello registra, com muita propriedade, no prefácio da 8ª edição de seu antológico *Curso de Direito Internacional Público*, Editora Renovar, o surrealismo da propalada abertura do Brasil para o mundo, em oposição à carência quase que absoluta de conhecimentos jurídicos para a empreitada. Em verdade, ainda é possível o bacharelado jurídico em prestigiosas

faculdades brasileiras sem cursar-se a disciplina de direito internacional público, meramente facultativa ou mesmo “não oferecida”, não obstante ter sido incluída no currículo mínimo da graduação em Direito, do Ministério da Educação, em 1994.

No segundo grupo de normas jurídicas atinentes a um proposto direito comunitário, agora de natureza derivada, teríamos aquelas que se referem ao ordenamento jurídico interno dos organismos comunitários comuns. Se algumas dessas normas podem derivar do texto dos tratados, é claro que outras tantas promanam dos próprios organismos comunitários, no sentido de disciplinarem suas atividades internas e seu funcionamento geral. Do ponto de vista formal, tal normatividade representa um sistema claramente distinto daquele derivado dos tratados, destinando-se ao âmbito restrito do organismo institucional comunitário. O estudo desse segundo grupo apresenta virtualmente maior complexidade, não propriamente pelo seu ineditismo, mas pelo fato de tais normas exprimirem-se por meio de regras *interna corporis* e não em relação a direitos e deveres recíprocos de prosaicos sujeitos de direito internacional público. Com toda a cautela que deve derivar das comparações fáceis, poderíamos aqui entrever o nítido delinear de um incipiente direito administrativo intracomunitário.

No terceiro grupo, teríamos as normas legisladas pelos próprios organismos e autoridades comunitárias, nos limites de suas competências de elaboração normativa previstas pelos tratados institutivos e eventuais protocolos complementares, destinadas a serem aplicadas nos territórios dos Estados comunitários, em cujos espaços jurisdicionáveis se devem concretizar.

No modelo da União Européia, seriam exemplos de normas de tal espécie os Regulamentos e as Diretivas, provenientes do Conselho e da Comissão Européia, nos termos do art. 189 do Tratado de Roma de 25 de março de 1957.

Em que pese estarmos há poucas décadas do início e ainda em pleno processo de consolidação e aprofundamento da Europa de instituições comuns, já é, no entanto, possível asseverar que a construção comunitária é fundamentalmente um processo de construção jurídica. E também é a experiência recente que tem demonstrado a vitalidade e a oportunidade da jurisprudência, diante do silêncio obsequioso dos tratados em relação a matérias vitais ou politicamente indesejáveis em determinado momento histórico, o que não vincula a posterior facul-

dade decisória de uma instância judicial supranacional.

As características originárias do direito comunitário europeu deduzidas a partir do Tratado de Roma têm sido identificadas como *autonomia, obrigatoriedade e uniformidade de aplicação e interpretação*. O modelo seguido pelo direito europeu para conformar tal uniformidade foi surpreendente: valendo-se do instituto que se constitui na chave mestra ou válvula estabilizadora de todo o direito comunitário, os juízes nacionais, que são, em última análise, seus efetivos aplicadores, podem, sempre que a matéria permita, consultar, por via “pré-judicial”, a Corte do Luxemburgo, para que esta pronuncie a correta interpretação aplicável ao caso concreto. O ineditismo do julgamento com via “pré-judicial”, bem como os princípios de independência e livre convicção do juiz que adotamos, seguramente nos distanciam em muito de tal solução. O julgamento com a consulta prévia feita pelo juiz singular (facultativa), ou colegiado de última instância (obrigatória), em busca de um *prius logico* que conforme a sentença, por mais extraordinário que possa parecer, já é aplicado corriqueiramente na União Européia, conforme ordena o emblemático art. 177 do Tratado de Roma, assim redigido em sua versão oficial para a língua portuguesa:

“O Tribunal de Justiça é competente para decidir a título prejudicial :

- a) Sobre a interpretação do presente Tratado;
- b) Sobre a validade e interpretação dos actos adoptados pelas Instituições da Comunidade;
- c) Sobre a interpretação dos estatutos dos organismos criados por um acto do Conselho, desde que estes estatutos o prevejam.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal de Justiça que sobre ela se pronuncie.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de

recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal de Justiça”.

Certamente a parte final do dispositivo, que constringe à via prejudicial em casos de julgamentos nacionais de última instância (“...*talle giurisdizione è tenuta a...*”, no texto original do Tratado de Roma), é a que mais estupefaz e intriga a nossa visão latino-americana e, logo, ibero-gênica de exercício da jurisdição.

### 3. A jurisprudência como metamorfose essencial do direito europeu

Às características originárias, subsumidas da interpretação literal do Tratado de Roma e de seus complementos institucionais<sup>2</sup>, têm-se somado aquelas que, forjadas na jurisprudência luxemburguesa, apresentam-se como *sine quibus non* à efetividade da integração contida no projeto europeu, a saber : a *primazia* do direito comunitário sobre os ordenamentos jurídicos internos e o seu *efeito direto* sem os mecanismos de incorporação aos direitos estatais. Pelo seu caráter inusitado, essas inovadoras e surpreendentes clivagens têm sido designadas como direito comunitário de primeira geração, distinguindo-se do segundo grande passo jurisprudencial dado pela Corte do Luxemburgo, ao afirmar o princípio da responsabilidade do Estado pela violação do direito comunitário, ainda que em relação aos seus próprios jurisdicionados, deduzido a partir do Acórdão Francovich, de 19 de novembro de 1991, e que vem sendo considerado direito comunitário de segunda geração<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Além do pré-existente Tratado de Paris de 18 de abril de 1951, que criou a Comunidade do Carvão e do Aço, CECA, cumpre elencar os Acordos de Lomé de 28 de fevereiro de 1975, o Ato Único Europeu de 28 de fevereiro de 1986, o Tratado Schengen de 19 de junho de 1990, o Tratado de Maastricht de 7 de fevereiro de 1992 e o Tratado de Amsterdam de 2 de outubro de 1997.

<sup>3</sup> Ainda que não devidamente elaborado doutrinariamente, em muito devido a sua total novidade, a obrigação do juiz nacional aplicar “de ofício” o direito comunitário, independentemente da invocação das partes, passa a constituir-se no mais recente desdobramento jurisprudencial do direito comunitário europeu, a partir dos Acórdãos Jeroën Von Schijndel”, (Processos C-430/93 e C-431/93) e Peterbroeck (Processo C-312/93). Prolatados em 14 de dezembro de 1995, os dois rumorosos acórdãos projetam-se como a mais recente e instigante questão jurídico-comunitária,

### 4. Primazia: o acórdão Costa /Enel

No silêncio dos tratados institutivos das então Comunidades Europeias quanto à hierarquia das normas comunitárias em relação aos ordenamentos jurídicos internos (o que seguramente foi deixado pelo legislador comunitário para ser construído pela tessitura inquestionável dos fatos, em uma insuspeita inspiração de *common law*)<sup>4</sup>, já na primeira metade dos anos 60, a Corte do Luxemburgo constrói e prolata o princípio da primazia do direito comunitário. Com isso, consolida-se o entendimento de que normas internas posteriores não poderiam revogar o direito comunitário, fosse ele originário ou derivado.

Tratou-se do histórico Acórdão Costa/Enel, em reenvio procedente da Itália, proferido em 15 de julho de 1964, que definiu o particularismo do direito comunitário em relação ao direito internacional clássico:

“... *le transfert opéré par les États, de leur ordre juridique interne au profit de l'ordre juridique communautaire, des droits et obligations correspondant aux dispositions du traité, entraîne donc une limitation définitive de leurs droits souverains contre laquelle ne saurait prévaloir un acte unilatéral ultérieur incompatible avec la notion de communauté.*”<sup>5</sup>

Dando contornos mais definitivos à característica da primazia, o Aresto Simmenthal, de 9 de março de 1978, sobre questão “pré-judicial” proveniente do Tribunal de Susa, na Itália<sup>6</sup>, em causa da *Amministrazione delle Finanze* contra

fadada a transportar-nos a um hipotético direito comunitário de novíssima ou terceira geração.

<sup>4</sup> “Sans doute, les fondateurs des communautés ont voulu faire preuve de prudence politique et les Traités de Paris et de Rome ne contiennent aucune dispositions expresse du type allemand : ‘bundesrecht bricht landsrecht’, le droit fédéral brise le droit local – consacrant la primauté. Mais l’absence d’une règle explicite sur ce point sur les traités ne préjuge évidemment pas de souhait implicite des pères fondateurs de l’Europe de voir consacré la supériorité du droit communautaire”, BERRANGER, Thibaut de. *Constitutions nationales et construction communautaire*. Paris : Librairie Générale de Droit et Jurisprudence.

<sup>5</sup> CJCE. *Processo n° 6/64*. Recueil, p. 1141.

<sup>6</sup> CJCE. *Processo n° 106/77*. Recueil, p. 629.

*S.p.a. Simmenthal*, determinou que o juiz nacional encarregado de aplicar, no âmbito da sua competência, a disposição de direito comunitário tem a obrigação de garantir a plena eficácia de tais normas, deixando de aplicar, por iniciativa própria, qualquer disposição contrastante da legislação nacional, ainda que posterior, sem solicitar ou esperar a prévia modificação legislativa ou mediante qualquer outro procedimento constitucional<sup>7</sup>.

Considerada a característica mais sacrílega do direito comunitário, sob o ponto de vista da concepção clássica do Direito, a primazia do ordenamento jurídico comunitário acabou por incorporar-se pacificamente à cultura jurídica europeia, tendo a jurisprudência comunitária recebido o respaldo de interpretações benignas de alguns textos constitucionais de Estados comunitários, como ocorreu na França, onde a arraigada concepção cartesiana de soberania foi suplantada pela inteligência pró-integração do art. 55 da Constituição da V República<sup>8</sup>.

Também merece destaque o caso da Itália, onde reiterados arestos da Corte de Cassação consagraram o primado do direito comunitário, apoiados na interpretação extensiva do art. 11 da Constituição de 1946, historicamente destinado a permitir a adesão da República Italiana às Nações Unidas, no delicado contexto do segundo pós-guerra<sup>9</sup>.

Vale considerar, quanto à questão da primazia, que o direito comunitário suscita *insights* totalmente novos para um dos mais tradicionais

<sup>7</sup> “Il giudice nazionale incaricato de applicare nell’ambito della propria competenza le disposizioni di diritto comunitario há l’obbligo di garantire la piena efficacia de tali norme, disapplicando all’occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa remozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale”. POCCAR, Fausto. *Lezioni di diritto delle comunità europee*. 2. ed. Milano : Giuffrè, 1979.

<sup>8</sup> “Art. 55 – Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont dès leurs publication une autorité supérieure à celle des lois sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l’autre.”

<sup>9</sup> “Art. 11 – L’Italia repudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali; consente, in condizioni di parità con le altre Stati, alle limitazioni de sovranità necessarie ad un ordinamento che assicure la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo”.

temas debatidos no direito público clássico e que diz respeito às relações de potencial conflito entre o direito interno e o direito internacional, ou, dialeticamente, apenas não-interno na contingência do direito comunitário europeu. Diante dos novos quadros que se verificam na União Europeia, tendentes a aplicarem-se em virtuais direitos comunitários de blocos econômicos que à imagem e semelhança da Europa se pretendam mercados comuns, as tradicionais doutrinas do monismo e do dualismo, bem como as antológicas teses de Tripel e Anzilotti, parecem irremediavelmente superadas por demandas inconcebíveis há apenas poucas décadas.

## 5. Efeito direto: o acórdão Van Geend en Loos

O histórico processo *Van Geend en Loos*, julgado em 5 de fevereiro de 1963 e que define jurisprudencialmente os termos do efeito direto do direito comunitário europeu, tem sido curiosamente considerado em doutrina, pese embora o capricho cronológico de seu anterior julgamento em relação ao caso *Costa/Enel* (15 de julho de 1964), como corolário e decorrência inelutável da primazia.

Não expressamente previsto como princípio geral no Tratado de Roma, a dispensa da passagem do direito comunitário derivado (não contido nos tratados institutivos e seus eventuais protocolos adicionais) pelos tradicionais mecanismos de incorporação e recepção do direito interno, o efeito direto logo se consagrou na cultura jurídica comunitária, implementado pela jurisprudência do pretório luxemburguês.

Em verdade, o art. 189, *c*, do Tratado de Roma, ao estipular que os regulamentos comunitários eram diretamente aplicáveis no ordenamento jurídico interno, deixou um imenso hiato em relação a todas as demais normativas comunitárias, em especial as diretivas, o que conduziu a Corte do Luxemburgo a realizar uma efetiva construção pretoriana do efeito direto. O ponto de partida, o caso *Van Geend en Loos*, estabeleceu a faculdade que os particulares têm de invocar o direito comunitário de qualquer natureza, já perante suas jurisdições nacionais, independentemente da eventual incorporação que se lhe tenha conferido mediante os trâmites constitucionais ordinários.

Como clara decorrência doutrinária da primazia, o efeito direto recebeu definição mais acabada também pelo viés jurisprudencial, nos

termos do Acórdão *Simmenthal*, prolatado em 9 de março de 1978 :

“... a aplicabilidade direta significa que as regras de direito comunitário devem operar a plenitude de seus efeitos de uma maneira uniforme em todos os Estados-membros, a partir de suas entradas em vigor e durante todas as suas vigências; da mesma forma, tais disposições são uma fonte imediata dos direitos e obrigações para todos, quer se tratem de Estados-membros ou particulares que sejam partes em relações jurídicas relevantes de Direito Comunitário. Tal efeito concerne ainda a todo magistrado, que, no âmbito da competência da qual é investido, possui, enquanto órgão do Estado-membro, a missão de proteger os direitos conferidos aos particulares pelo Direito Comunitário”<sup>10</sup>.

A assimilação do princípio geral do efeito direto das normas comunitárias deu-se de forma lenta, porém incisiva. O direito inglês, especialmente, viu-se obrigado a prodígios de criatividade e incomum desprendimento, no sentido de viabilizar juridicamente a presença do Reino Unido como Estado comunitário. Para tal propósito, o *Europeans Communities Act*, de 17 de outubro de 1972, concebeu uma inventiva fórmula de compromisso para conciliar o ancestral dualismo britânico com as ingentes necessidades da integração. Nos termos de seu art. 2 § 1, por meio de um ato do Parlamento, incorporava-se não só o Direito Comunitário então existente, como ainda conformava-se uma espécie de incorporação antecipada de todas as normativas comunitárias futuras, sem precedentes em qualquer ordenamento jurídico e mesmo na lógica jurídica, concedendo uma efetiva “carta branca” à Comissão Européia. De certa forma, foi somente no recente episódio das “vacas loucas” que a opinião pública britânica pôde efetivamente compreender o significado e abrangência do *European Communities Act*<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> CJCE. *Processo n.º 106/77*. Recueil, 1978, p. 629.

<sup>11</sup> *Europeans Communities Act* – “Art. 2. (1) All such rights, powers, liabilities, obligations and restrictions from time to time created or arising by or under the Treaties, and all such remedies and procedures from time to time provided by or under Treaties, or as in accordance with Treaties, are without further enactment to be given legal effect or used in the U.K. shall be recognised and available in law, and be enforced, allowed and followed accordingly ...”. CJCE. *Processo n.º 60/90*. Recueil, p. I-573.

## 6. O direito comunitário de segunda geração: o acórdão Francovich

Ao julgar o processo C-6/90, firmando o acórdão de 19 de novembro de 1991 (“Andrea Francovich e outros” *versus* “República Italiana”), a Corte de Justiça das Comunidades Européias decidiu que

“o direito comunitário impõe o princípio segundo o qual os Estados-membros são obrigados a reparar os prejuízos causados aos particulares pela violação de direito comunitário que lhes sejam imputáveis...”<sup>12</sup>.

A responsabilidade do Estado pelos prejuízos causados aos particulares, compreendidas as pessoas físicas ou jurídicas, não está prevista em nenhuma disposição dos Tratados de Roma ou Maastricht, ou mesmo no Ato Único Europeu, ou em qualquer outro documento convencional da União Européia. Pelo mecanismo tradicional, a ação de incumprimento, solução que se depreende da interpretação dos artigos 169, 170 e 171 do Tratado de Roma, constituía-se em remédio ineficaz, já que se resolvia, com pouca convicção, a questão das sanções a serem aplicadas a um Estado comunitário faltoso. Diante da ação ou omissão estatal em relação ao direito comunitário, tal Estado deveria tão somente tomar as medidas necessárias à execução do acórdão decorrente, em uma típica atitude de *soft law*, ou seja, a redação retórica e pouco eficaz que se pode utilizar em tratados, dentro do espírito de coordenação ínsito ao direito internacional público. Se, no entanto, o Estado nada fizesse, poderia apenas sofrer, como consequência, ou uma nova ação por incumprimento, ou uma ação de natureza política, levada a cabo pelos Estado-membros insatisfeitos, o que poderia ocorrer ou não, em função das peculiaridades do caso objetivamente considerado. A propósito, a Professora Marta Chantal da Cunha Machado Ribeiro afirmou em sua tese de doutoramento, na Universidade de Coimbra, em 24 de novembro de 1995, que

“... tomando em consideração este panorama, a única conclusão possível era a de que o cumprimento do direito comunitário e o próprio sucesso da construção comunitária dependia só e exclusivamente da vontade ilimitada dos Estados-membros. Fenômeno de direito internacional

<sup>12</sup> CJCE. *Processo n. C-6/90*. Recueil, p. I-573.



ainda que dotado de características próprias, o direito comunitário padecia aqui de uma mesma fraqueza, mais concretamente, ausência de uma sanção eficaz para a violação do princípio *pacta sunt servanda*<sup>13</sup>.

Por outro lado, Joël Rideau lembra que as ações ou inações dos Estados sempre tiveram a possibilidade de constituir violação do direito comunitário, suscetíveis de engajar suas responsabilidades<sup>14</sup>, tendo inclusive a Corte de Justiça Comunitária se manifestado expressamente, conforme ocorreu no Acórdão Humblet, de 16 de dezembro de 1960<sup>15</sup>.

Também a revisão do Tratado de Maastricht, ao introduzir modificações no art. 171 do Tratado de Roma, criando sanções financeiras aos Estados inadimplentes do direito comunitário, com intuito meramente dissuasório, não chegou, no entanto, a viabilizar efetivas indenizações em relação a prejuízos sofridos por jurisdicionáveis comunitários.

A Corte do Luxemburgo permaneceu, a propósito, por longo tempo silenciosa sobre a efetivação da responsabilidade estatal, aparentemente deixando à discrição dos Estados e de seus ordenamentos jurídicos uma eventual responsabilização do poder público. Tratava-se, a toda evidência, de matéria altamente polêmica e que trazia à lume o delicado contexto da remanescente autoridade do Estado, *vis-à-vis* o crescente espaço de poder grangeado pela “Europa Comum”.

Conforme observou Denys Simon, desde sua cátedra na Universidade Robert Schuman, em Estrasburgo-França, o pano de fundo para a construção do princípio da responsabilidade do Estado pela violação do direito comunitário em relação a particulares, por meio do eficaz iter da elaboração jurisprudencial, já havia sido adre-damente lançado, com a adoção dos princípios da primazia e do efeito direto.

Ao julgar o Caso Francovich, em verdade e mais amplamente, também o caso “Bonifaci e outras” *versus* “República Italiana”, contemplando uma diretiva sobre tutela de empregados em caso de falência do empregador, e inatendida

<sup>13</sup> RIBEIRO, M. C. C. M., Da responsabilidade do Estado pela violação do Direito comunitário. Coimbra : Almedina, 1996.

<sup>14</sup> RIDEAU, Joël. *Droit Institutionnel de l' Union et des Communautés Européennes*. 2. ed. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1996.

<sup>15</sup> CJCE. *Processo n° C - 6/60*. Recueil, p. 1128.

pela Itália, a Corte do Luxemburgo deu o terceiro e decisivo passo na construção jurisprudencial do direito comunitário europeu.

## 7. A natureza do caso Francovich

Em janeiro de 1990, deram entrada na Secretaria da Corte de Justiça das Comunidades Europeias, por despachos *a quo* de 9 de julho e 30 de dezembro de 1989, os processos C-6/90, Tribunal de Vicenza, Itália, e C-9/90, Tribunal de Basano del Grapa, Itália, para efeitos de reenvio “pré-judicial”, nos termos do art. 177 do Tratado de Roma, trazendo à mesa judicial comunitária a questão da correta interpretação do artigo 189, parágrafo 3º, do mesmo Tratado de Roma, bem como a Diretiva 80/987 CEE do Conselho, de 20 de outubro de 1980<sup>16</sup>. Tal norma comunitária derivada referia-se à harmonização legislativa dos Estados-membros no que concerne à proteção dos trabalhadores assalariados, em caso de insolvência dos empregados, no sentido de constituírem-se fundos imediatamente disponíveis para a pronta e efetiva tutela econômica dos cidadãos abruptamente desempregados.

O primeiro dos processos, C-6/90, referia-se à demanda de Andrea Francovich contra a República da Itália, fundado na seguinte *causa petendi* : o autor tinha trabalhado para a empresa CDN Elettronica S.n.C., em Vicenza, de 11 de janeiro de 1983 a 7 de abril de 1984, tendo apenas recebido pagamentos esporádicos por conta de seu salário, pelo que demandou o empregador no Tribunal de Vicenza, que condenou a empresa, por decisão de 31 de janeiro de 1985, a pagar ao reclamante a quantia de 6 milhões de liras italianas.

Na fase de execução da sentença, o oficial de justiça certificou a negativa de penhora, estando o estabelecimento fechado, dilapidado e abandonado, pelo que invocou então Andrea Francovich o direito de obter as garantias contempladas pela Diretiva comunitária que não havia sido cumprida pelo Estado italiano.

O processo C-9/90, que foi poucos meses posterior ao caso Francovich, era totalmente análogo e dizia respeito à ação proposta por Danila Bonifaci e outras contra a empresa Gaia Confezioni S.r.L., declarada em situação falimentar em 5 de abril de 1985, sem possibilidades de

<sup>16</sup> *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, n. L 253, p. 23, 20 out. 1980.

indenizar as reclamantes. Da mesma forma, pleiteou-se então junto à Justiça italiana, no Tribunal de Basano del Grapa, diante da insolvência da ré, a responsabilização da República Italiana por não ter obedecido à Diretiva 80/987, violando dessa forma o direito comunitário. Tal *status quaestio* levou o juiz italiano a suspender a instância, até que a Corte do Luxemburgo decidisse, a título “pré-judicial”, a efetiva natureza da responsabilidade do Estado, diante da pretensão dos particulares destinatários do dano.

Com o reenvio pré-judicial à Corte de Luxemburgo, procedido pela Justiça italiana, suspendeu-se o julgamento até 19 de novembro de 1991, quando da publicação do Acórdão Francovich, fadado historicamente a marcar a mais importante evolução instrumental do direito das comunidades européias.

Nos anos que se seguiram, inúmeras causas análogas às demandas italianas foram trazidas à Corte Européia, com a responsabilidade do Estado sendo detalhadamente construída a partir da violação do direito comunitário, em especial nos Acórdãos “Brasserie du Pêcheur” (processo nº C-46/93)<sup>17</sup>. Referindo não mais a indivíduos como vítimas de prejuízos materiais e sim a empresas, tivemos, no primeiro caso, uma cervejaria francesa demandando a República Federal da Alemanha por danos sofridos diante de barreiras não-tarifárias, que impediram a livre circulação de seu produto, em flagrante violação do artigo 30 do Tratado de Roma, tendo o reenvio pré-judicial procedido da Suprema Corte Federal alemã. No segundo caso, originário da *High Court*, Reino Unido, havia uma demanda proposta por armadores espanhóis da empresa Factortame, que, tentando operar no Reino Unido, foram impedidos, haja vista uma série de exigências nacionais de domicílio e

residência de proprietários de navios, totalmente extravagantes ao bom direito comunitário.

De toda a sorte, o princípio da responsabilidade estatal, deduzida a partir do caso Francovich, o mais importante aperfeiçoamento instrumental do Direito Europeu, consagra-se como indiscutível consequência inerente ao sistema de tratados de construção e consolidação da Europa de instituições comuns.

No momento em que o Mercosul parece decididamente superar sua fase de decisões seminiais, para, como marca internacionalmente vencedora, afirmar-se na qualidade de efetiva terceira união aduaneira de toda a História (o *Zollverein*, do processo de unificação alemã, e o Tratado de Roma das comunidades européias são os dois outros casos relevantes), e diante do inexorável aprofundamento das relações entre os países signatários do concerto de Assunção de 26 de março de 1991, a consideração dos aspectos aqui abordados da construção do direito comunitário europeu projeta-se com grande significado.

É certo que, nos processos de integração, não há modelos, e cada projeto é um conjunto próprio de circunstâncias políticas, históricas e mesmo geográficas. Não será a imagem e semelhança do modelo europeu de integração que irão garantir o sucesso da construção de blocos econômicos, como as imensas dificuldades que vêm sendo enfrentadas pela Comunidade Andina parecem demonstrar com clareza solar. Como, no entanto, na feliz expressão de Estevão Chaves de Rezende Martins, “... ninguém nasce em um mundo vazio de História”<sup>18</sup>, é imperioso que, lançando os olhos para a experiência européia, dela saibamos haurir a boa lição.

---

<sup>17</sup> “L’importance de l’arrêt rendu par la Cour de Justice de 5 mars 1996 dans ces affaires mérite sans aucune doute une appréciation à souligner le souce d’élaborer un système complet de protection du particulier dans l’ordre juridique communautaire. En effet il complète de manière décisive la construction par le juge communautaire d’une véritable théorie de l’action en responsabilité fondée sur la violation du droit communautaire par les autorités nationales, malgré le contexte lui aussi particulière, dans lequel s’inscrivaient les deux litiges au principal.

---

Dans les deux cas en effet, la violation du droit communautaire, à l’origine du préjudice allégué par les requérants, trouvait sa source dans une omission ou une action du législatuer national”. RIGAUX, Anne. *L’Arrêt Brasserie du Pêcheur* : factortame III : le roi peut mal faire en droit communautaire. Strasbourg : Juris Classeur, 1996.

<sup>18</sup> Correio Braziliense, Estudos, fls. 38, edição de 14 de novembro de 1995.

# A soberania absoluta e o Direito Internacional Público

OTTO EDUARDO VIZEU GIL

Enquanto a Iugoslávia foi chefiada pelo legendário Marechal Tito, a disputa entre as etnias locais viveu um clima de enganosa tranquilidade. Isso se deveu ao enorme prestígio daquela liderança carismática. E foi com o propósito evidente de preservar a paz naquela região que o Parlamento iugoslavo fez consignar, na Constituição de 1963, este curioso exemplo de casuísmo:

“Art. 220: O Presidente da República é eleito consecutivamente por nova legislatura. *No que concerne à eleição para a Presidência da República, não há limitação para Josip Broz Tito*”.

Era evidente que o desaparecimento de Tito faria ressurgir as velhas diferenças entre sérvios, bósnios e croatas. A morte de Tito foi o prelúdio de uma carnificina gigantesca, que começou na Bósnia e se alastrou, com extrema violência, pela província separatista do Kosovo. Esse fato, e outros que o antecederam, evidenciam que o Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, responsável pelo sistema das defesas coletivas, já não vem podendo restringir esses confrontos, ou, pelo mínimo, policiá-los adequadamente.

Recorde-se o generalizado genocídio que tem vitimado diversos países do continente africano à força de guerras tribais internáveis. Recorde-se o triste regime do *apartheid*, que resistiu demoradamente na África do Sul, e as atrocidades praticadas entre judeus e árabes, e as violências do governo mexicano contra os insurretos do sul do país, e os assassinatos na guerra do sem-fim, na Irlanda do Norte, e o terrorismo entre os povos bascos do norte da Espanha... Recorde-se toda essa barbárie colossal e ter-se-á, na visão da humanidade angustiada, o panorama apocalíptico de um mundo descomposto.

Otto Eduardo Vizeu Gil é advogado.

Ao Conselho de Segurança das Nações Unidas foram reservados o policiamento e a regulação da convivência entre os povos. Em linha de princípio, sempre que alguma desavença puser em risco a paz mundial, instaura-se a competência do Conselho de Segurança, que deve e pode atuar as medidas que a Carta das Nações Unidas lhe confere para restabelecer a tranquilidade que lhe cabe preservar. O Capítulo VII da Carta, nos seus artigos 39 a 51, aponta as providências ao atendimento dessa missão grandiosa, e que ora se restringem a simples recomendações, de pequena densidade coativa, ora alcançam posturas mais energéticas, que podem chegar à intervenção armada. Mas sucede que essas medidas, costuradas pelos juristas que compuseram a Carta das Nações Unidas, não têm logrado impedir o ingurgitamento das tensões, e a comunidade internacional parece já ter reconhecido uma certa fadiga, ou, na melhor das hipóteses, um esgarçamento de todo o sistema de defesas coletivas, que carece, assim, urgentemente corrigido.

Essa questão se vincula a duas componentes que se entrelaçam, e se completam. A primeira diz com a abrangência das atribuições do Conselho de Segurança da ONU, o que suscita a indagação sobre se a atuação desse organismo está restrita à “internacionalidade” dos conflitos, nos casos de agressões externas, de que é exemplo a invasão do Afeganistão pelas tropas russas, ou, ao revés, se a competência do Conselho de Segurança da ONU também pode alcançar as dissensões domésticas que representam ou (1) um risco, ainda que eventual, ao bem-estar das nações, ou (2) um gravame aos direitos da pessoa humana, como o que resultou das hostilidades do governo iraquiano às minorias curdas.

Mas tanto os conflitos de grandeza internacional como os que se confinam ao território de um Estado podem provocar, por força do efeito multiplicador nascido de um mundo quase sem fronteiras, conseqüências danosas que terminam por alcançar, mais ou menos diretamente, uma boa parte da humanidade.

O problema é que o Conselho de Segurança da ONU não vem guardando, no que pertine às dimensões do conceito de soberania, um entendimento uniforme. A posição do órgão, ao contrário, tem oscilado segundo os interesses políticos prevaletentes, e a verdade é que turbações de gravidade igual – como a detonação dos artefatos atômicos em Biquini e Mururoa, de um lado, e na Índia e Paquistão, do outro

lado – não foram submetidas ao mesmo receituário. Essa postura instável, que ora exarceba, aos extremos, a rigidez do conceito e ora o exercita de forma complacente, faz da soberania um conceito fugaz e nebuloso, e debilita, e deteriora, a autoridade do organismo a que se reservou a instrumentação jurídica adequada à segurança dos povos. Esse sistema de “dois pesos e duas medidas” é censurável. E perigoso.

O Direito, entre os povos civilizados, tem evoluído de forma constante, acelerada, mesmo, e nem as guerras têm paralisado esse processo. Isso tem acontecido tanto no Direito Privado quanto no Direito Público, e contam-se às dezenas os exemplos dessas novas conquistas, que parecem abranger todo o espectro da ciência jurídica. No Direito de Família, os filhos naturais e os adulterinos já foram, há bastante tempo, equiparados à prole legítima, e a união estável alcançou patamar constitucional e foi reconhecida como entidade familiar, gerando eficácia jurídica, e o divórcio já conquistou inúmeras legislações, inclusive a nossa. No Direito das Obrigações, o clássico princípio de que o contrato faz lei entre as partes (*pacta sunt servanda*) vai cedendo a vez à doutrina que procura enrijecer a excludente da excessiva onerosidade da prestação sempre que essa onerosidade vier a provocar um desequilíbrio na equação financeira do contrato. No Direito Societário, já não se contesta o comprometimento social da empresa e a co-participação do empresário no contexto global do processo de produção. A legitimação da propriedade, há algum tempo, está condicionada à sua utilização em benefício da comunidade. O princípio do *due process of law*, que o direito americano consagrou, vem sendo generalizadamente observado e é preocupação constante dos tribunais. Essas conquistas, e muitas outras, estão já sedimentadas, e não mais comportam atenuação ou recuo.

Mas isso não vem acontecendo na área do Direito Internacional Público, que avança e retrocede com freqüência espantosa. A soberania é o atestado mais gritante dessa instabilidade, e o Conselho de Segurança da ONU, em razão disso, está perdendo a sua credibilidade. Já não se concebe que o poder político que se irradia da soberania seja recebido como um poder absoluto e impermeável. Não deve ser assim. A soberania deve suportar a inflexão de uma atenuante que a fragiliza, e que é a condicionante certa da paz mundial. É o princípio do abuso do direito, que penetrou no Direito Privado e penetrou no Direito Público, e passou a ganhar corpo com

as obras pioneiras de Josserand (*De l'Abus des Droits*. Paris, 1905), Campion (*La Théorie de l'Abus des Droits*. Paris, 1925) e Saleilles (*Théorie Générale des Obligations*. 3. ed.), mas que vem encontrando aplicação tortuosa no campo do Direito Internacional Público: a soberania somente pode ser aceita como um direito sujeito a um certo policiamento, e são as medidas inseridas nesse policiamento que vão poder conter os riscos das agressões e das atrocidades, e evitar as grandes catástrofes.

A ONU construiu um mecanismo jurídico teoricamente adequado à segurança dos povos, mas o problema é que não os juristas os homens que se apresentam para exercitá-lo, mas, sim, os senhores de todas as guerras, apenas comprometidos com o enfoque político das questões. E como o Conselho de Segurança está sob o controle de umas poucas potências, são os interesses dessas potências que vão matizar o direito de soberania, ora enrijecendo-o, para seguir a reboque do princípio da autodeterminação, ora amenizando-o, para capacitá-lo a receber os influxos do princípio salutar do abuso de direito.

A missão da ONU não se exaure no deslinde das questões internacionais. Além das atribuições de manter a paz e a segurança internacionais, acionando medidas tendentes a reprimir atos de agressão etc., a ONU tem outro objetivo importantíssimo, expresso no inciso 3 do artigo 1º da Carta, que é o de promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião. Assim, se estava inclusa na competência daquele Conselho a prerrogativa de arregimentar as forças necessárias à contenção da invasão do Kuwait pelas tropas iraquianas, também há de poder o organismo interferir na economia interna de qualquer Estado em cujo território venham ocorrendo turbulências que atentem contra direitos fundamentais da pessoa humana.

A atribuição que se extrai desse inciso 3 do artigo 1º da Carta das Nações Unidas tolera, ainda que em desfavor da rigidez do princípio

da soberania, interpretação ampla. Assim, por exemplo, o preceito também se dirige à correção de conduta perigosa, sempre que os efeitos danosos desse desvio extrapolam o território do ofensor e vão colocar em risco a segurança e o bem-estar dos nacionais de um Estado circunvizinho. É preciso que se leve em consideração que a tendência de se rejeitar, como velha e superada, a doutrina da soberania absoluta vai colher, de futuro, os Estados que vêm desconsiderando o fenômeno da desintegração das fronteiras, que começou na Europa e vai-se propagar ao resto do mundo.

Mas, para que essa tendência, que é sadia, possa concretizar-se como linha de ação consistente e inalterável, é essencial que se acrescente à competência da Corte Internacional de Justiça – de agir como órgão meramente consultivo das Organizações das Nações Unidas, a que está integrado – atribuição para, *de ofício*, acionar o Conselho de Segurança sempre que alguma convulsão, ainda que restrita ao território de um só Estado, puser em risco a segurança, a saúde ou bem-estar de outros povos. É a segunda componente dessa intrincadíssima equação.

O Direito Internacional moderno está voltado para esse norte e parece certo que o capítulo pertinente à soberania terá de ser repensado. O Brasil, que ainda pratica um modelo antiquado, e insustentável, deve preparar-se para receber convenientemente esse novo influxo cultural, começando por reduzir a ineficiência com que vem exercitando a sua soberania sobre a região amazônica e, para esse fim, procurando aparelhar uma estrutura, financeira e técnica, para a gestão, pelo mínimo razoável, de área tão extensa. A integração da nossa Amazônia com a de nossos vizinhos, facilitando a interação de certos crimes, como o tráfico de drogas, o contrabando e o desmatamento, é fator que vem aviventando a preocupação, que vai pouco a pouco se generalizando, de que o Brasil dificilmente vai poder exercer, nesse vasto e inóspito trato de terras, um tipo de soberania que seja aceitável para os padrões do mundo civilizado.

# A competência para expedir e cassar salvo-conduto em direito eleitoral

ANA CLARICE DE SÁ L. S. ÁVILA PAZ

## SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Garantias eleitorais. 3. Garantia à liberdade de votar ou de ter votado. 4. Conclusões.

### 1. Introdução

A Constituição Federal de 1988, em seu Capítulo IV, trouxe matéria atinente aos Direitos Políticos, importante reflexo da democracia, estabelecendo alguns princípios básicos para o exercício da soberania popular.

Os direitos políticos, portanto, disciplinam a participação do cidadão – por meio do voto – no governo de um dado território, intervindo de forma mais ampla ou mais restrita, de acordo com a intensidade desses direitos. Teori Albino Zavascki<sup>1</sup> assim conceitua direitos políticos:

“conjunto dos direitos atribuídos ao cidadão que lhe permite, através do voto, do exercício de cargos públicos ou da utilização de outros instrumentos constitucionais e legais, ter efetiva participação e influência nas atividades de governo”.

Embora a CRFB fale em “sufrágio universal” e “voto direto e secreto”, devemos fazer as devidas separações, vez que se tratam de elementos distintos. Enquanto o *sufrágio* é direito público subjetivo democrático, cuja palavra significa aprovação, apoio, o *voto* é o instrumento mediante o qual o cidadão exercita aquele direito. E o voto direto nada mais é senão a escolha imediata de seus representantes, prescindindo de intermediários.

Ana Clarice de Sá L. S. Ávila Paz é Bacharela em Direito e Assessora de Juiz Federal no RN.

<sup>1</sup> Artigo “Diretos políticos – perda, suspensão e controle jurisdicional”, publicado na Revista Trimestral de Direito Público, vol. 10.

Dalmo de Abreu Dallari<sup>2</sup> escreveu:

“A natureza jurídica do voto deve ser bem explicada. Ele é essencialmente um direito público subjetivo, é uma *função* da soberania popular na democracia representativa e na democracia mista como um instrumento deste, e tal função social justifica e legitima a sua imposição como um dever, posto que o cidadão tem o dever de manifestar a sua vontade na democracia”.

Ocorre que, algumas vezes, institutos precisavam ser criados para que o cidadão exerça seu direito de votar sem qualquer constrangimento: trata-se das *garantias eleitorais*, previstas na Parte Quinta do Código Eleitoral, arts. 234 a 239, além de outras localizadas em legislação extravagante.

## 2. Garantias eleitorais

Se o voto é o exercício do sufrágio garantido e exigido constitucionalmente, temos então que o voto é um *direito*, mas antes de tudo um *dever* do cidadão. E como para cada direito assegurado corresponde uma garantia, utilizada numa possível violação desse, também encontramos em nosso ordenamento jurídico as garantias eleitorais.

Ditas garantias têm como objetivo a proteção ao exercício regular do sufrágio e visam uma correta e pura – pelo menos em tese! – aplicação da democracia.

Entretanto, cuidou o Código Eleitoral de prever garantias específicas, cujo objetivo é salvaguardar direitos também individualizados, especiais, tais como a liberdade de voto, a função pública dos membros das mesas receptoras ou a liberdade do eleitor.

Trataremos aqui, de forma breve e sem a preocupação de esgotar a matéria, acerca da garantia eleitoral elencada no art. 235 do prefalado *codex*.

## 3. Garantia à liberdade de votar ou de ter votado

Analisemos detalhadamente o que diz o art. 235:

“O juiz eleitoral, ou o presidente da mesa receptora, pode expedir salvo-con-

<sup>2</sup> in Comentários à Constituição Brasileira, de Pinto Ferreira, 1989.

duto com a cominação de prisão, por desobediência, até 5 (cinco) dias, em favor do eleitor que sofrer violência, moral ou física, na sua liberdade de votar, ou pelo fato de haver votado.

Parágrafo único. A medida será válida para o período compreendido entre 72 (setenta e duas) horas antes até 48 (quarenta e oito) horas depois do pleito”.

Especificamente nesse dispositivo, visa-se proteger o eleitor, em sua liberdade de votar ou de haver votado, de ser constrangido por qualquer pessoa (leia-se cidadão, membro ou delegado de partido político etc.). Esse constrangimento pode ser iminente, não precisando estar consumado, embora a redação do dispositivo seja “em favor do eleitor que sofrer violência, moral ou física”.

Poderíamos então falar em duas condutas distintas para a proteção do eleitor: a repressiva e a preventiva, dependendo do caso concreto (violência consumada ou em vias de consumar-se). Faz-se apenas imperioso destacar que a coação iminente deve ser real, e não simples conjectura do eleitor, devendo este demonstrar fundado receio de que o ato coator é bastante plausível e verossímil de ocorrer.

Essa violência consumada ou na iminência de consumar-se é quebrada pela expedição de salvo-conduto em favor do eleitor, documento cuja função precípua é de proteger essa garantia eleitoral. E qualquer semelhança com o salvo-conduto previsto na legislação processual penal *não é* mera coincidência! Justamente para buscar o espírito protetivo do instituto, resolveu o legislador trazê-lo para o Direito Eleitoral. Concedido com a finalidade de obstar a concretização da violência ou até fazê-la cessar, o salvo-conduto é instrumento de proteção à liberdade física ou pessoal do indivíduo e, ainda, no presente caso, à liberdade moral, entendida como qualquer forma de coação psicológica.

Pois bem. Vista a figura do salvo-conduto e a causa de sua expedição, passemos a verificar quem detém legitimidade para expedir-lo. O artigo já referido não deixa qualquer dúvida: o juiz eleitoral ou o presidente da mesa receptora.

O juiz eleitoral é a autoridade suprema durante os trabalhos eleitorais, seja antes, durante ou depois da eleição, quando se dá a apuração e a contagem dos votos. A ele cabe zelar pelo regular desempenho dos trabalhos e cuidar para que não se verifique qualquer vício de vontade, violência ou coação no momento da votação ou mesmo depois.

Já o presidente da mesa receptora é nomeado juntamente com os outros membros (v. art. 120, Código Eleitoral) sessenta dias antes da eleição, pelo menos, escolhidos preferencialmente entre eleitores daquela mesma seção, sendo a autoridade maior desse conjunto e escolhido pelo juiz eleitoral entre aqueles com maior grau de escolaridade, maior experiência, aptidão para as funções, profissão etc. Em geral são funcionários públicos, profissionais liberais, bancários etc.

Verifica-se então que o presidente da mesa receptora de votos é o mais apto a resolver questões surgidas quando do início dos trabalhos, não estando presente o juiz eleitoral. Como está patente que este último não possa fiscalizar e acompanhar os trabalhos de todas as seções concomitantemente, cabe ao presidente fazer uso do que a lei lhe oferece: uma gama de atribuições objetivando auxiliar o juiz.

Elencados no art. 127, CE, entendo que mais merecem destaque: decidir dúvidas, ocorrências e dificuldades, além de manter a ordem, dispondo para tanto de força pública. Poder-se-ia chamar de verdadeiro poder de polícia! Ainda outro importante ato deferido ao presidente de mesa é a expedição do salvo-conduto.

Seria dispendioso se pensar que apenas o juiz teria competência para lavrar tal documento. Imagine-se uma comarca com várias seções eleitorais onde surgissem inúmeros casos de violência à liberdade de voto do eleitor. Seria impossível e tumultuado se todos os prejudicados se dirigissem ao fórum à procura de uma solução a ser dada pelo único capaz: o juiz.

É muito mais lógico, e atende muito mais à finalidade desejada, se cada presidente de mesa dispuser de uma parcela de competência para resolver questões em sua seção, bem como para realizar ato específico de magistrado – como é o caso do salvo-conduto – desde que legalmente autorizado.

No entanto, como toda competência se exerce em dada limitação territorial, assim também acontece com a atribuição para se expedir o remédio – tanto do juiz eleitoral quanto do presidente de mesa. É que o juiz está investido na jurisdição, detendo apenas uma parcela, que nada mais é do que a sua competência.

O mesmo ocorre com o presidente de mesa, que é competente para expedir salvo-conduto apenas em favor de eleitor da seção eleitoral da qual ambos façam parte (eleitor e presidente).

Do contrário, estará ingressando numa esfera de competência estranha à sua, ocasionando um *plus* ilegal em sua legitimação.

Além da restrição no tocante à competência, o parágrafo único do artigo em questão delimita o espaço temporal em que a medida poderá ser tomada. O juiz eleitoral e o presidente de mesa poderão expedi-la a partir das setenta e duas horas antes da eleição ou nas quarenta e oito horas antes subseqüentes. Por essa razão que o *caput* declara “liberdade de votar, ou pelo fato de haver votado”.

Outro aspecto que merece referência é quanto aos legitimados à impetração da ordem. Diz Fávila Ribeiro que pode ser qualquer cidadão ou partido político, além de ser possível a concessão da ordem, *de ofício*, pelo próprio juiz eleitoral ou pelo presidente da mesa, lembrando apenas que este tem competência para conceder o remédio somente a eleitor inscrito em sua seção eleitoral.

Ocorre que a expedição do salvo-conduto é assunto que não causa maiores controvérsias. O ponto crucial da questão é saber quem é competente para cassar salvo-conduto e em que hipóteses.

Tanto o juiz quanto o presidente podem cassar o salvo-conduto expedido. Entretanto, entendendo que o presidente da mesa receptora de votos não poderia invadir uma atribuição da função jurisdicional para cassar uma ordem expedida pelo juiz eleitoral legalmente investido em seu cargo. Seria adentrar numa competência para a qual não dispõe de autorização legal expressa. Poderá cassar a ordem por ele próprio expedida se verificar que não há mais razões para a sua manutenção, por ter cessado o ato violador do direito ao voto ou sua iminência.

Quanto ao juiz eleitoral, entendo ser possível que casse salvo-conduto expedido por presidente de mesa. Basta lembrar que o juiz é quem mais possui poderes, tanto antes e durante a realização das eleições, quanto na contagem de votos. É por essa razão que o juiz tem competência para cassar ordem concedida pelo presidente de mesa. E não apenas no caso de o presidente tê-la concedido em favor de eleitor estranho à sua seção, como também em relação àquela expedida em favor de eleitor da mesma seção eleitoral.

Desnecessário afirmar que evidentemente o juiz somente poderá cassar a ordem expedida pelo presidente, ou até mesmo por ele próprio, se ausentes as condições ensejadoras do remé-



dio: cessar a violência contra o eleitor ou cessar sua iminência, não mais se caracterizando o objetivo da expedição do salvo-conduto, posto que sua finalidade já fora alcançada.

Explica ainda Fávila Ribeiro que não há uma forma específica para o pedido de salvo-conduto, nem para sua concessão, devendo apenas esta última conter as informações essenciais, como o nome da pessoa a quem a ordem é dirigida, o nome do beneficiário eleitor, a determinação de cessação do constrangimento e a pena cominada para o caso de seu descumprimento, prevista no art. 235, *caput*.

Sendo o salvo-conduto uma ordem, uma determinação, expedida por quem o Código entende apto, deve ser cumprida prontamente sob pena de o agente responder pelo crime de desobediência – exceto no caso de ter sido a ordem concedida com flagrante abuso de poder.

Assim, o dispositivo traz o prazo de cinco dias para a duração da prisão pelo crime de desobediência, que pode ou não coincidir com o lapso temporal concedido pela legislação em favor da proteção do eleitor (72h antes e 48h depois), sendo da alçada do juiz ou do presidente da mesa cominá-la no final da concessão da medida.

De forma prática, requerida por partido político ou pelo próprio eleitor ameaçado, a medida, contendo os requisitos acima identificados, é expedida pelo juiz eleitoral ou presidente de mesa e exibida ao coator para que apresente a vítima (no caso de ter sido requerida por partido político) e faça cessar o constrangimento, sob pena de prisão por crime de desobediência.

A execução da medida poderá ser efetivada por oficial de justiça ou outro eleitor, nomeado *ad hoc* pelo juiz eleitoral ou até mesmo pelo presidente, ou ainda por autoridade policial, a qual poderá ser requisitada para o fiel cumprimento do remédio. Segundo Fávila Ribeiro, é possível a designação de eleitor, na ausência de oficial de justiça, para o cumprimento da medida. Todavia, entendo que não só ao juiz é permitida essa nomeação, mas também ao presidente da mesa receptora de votos, de forma a garantir a efetiva satisfação da ordem concedida.

#### 4. Conclusões

O instituto do salvo-conduto é medida protetiva que visa assegurar a liberdade de voto a cada eleitor. Por ser uma garantia eleitoral específica, deve ser concedido pelo juiz ou pelo presi-

dente da mesa receptora de votos, o que alarga o plano de competência para que se atinja a finalidade buscada.

Embora ambos tenham atribuição para expedir-lo, o presidente da mesa não é competente para cassar ordem expedida por juiz eleitoral, vez que tal proceder adentra na esfera jurisdicional deste último, o que é inadmissível.

Consiste efetivamente na confecção de documento a ser entregue ao autor do constrangimento para que faça cessar a violência contra o eleitor, sob pena de prisão por crime de desobediência.

Sua execução dar-se-á por meio de oficial de justiça, eleitor *ad hoc* ou autoridade policial, que ainda poderá ser requisitada para apenas dar cumprimento imediato à medida caso o coator negue obediência ao comando expedido.

O salvo-conduto tem como forma de eficácia a cominação de prisão, por crime de desobediência, se descumprida a ordem, em até cinco dias, período em que poderá vigorar a garantia, o que depende daquele que a conceda e da forma para a qual foi deferida.

Instrumento de grande importância no Direito Eleitoral, a ordem de salvo-conduto contribui para uma melhor obtenção da democracia representativa em pleitos eleitorais.

#### Bibliografia

- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo : Saraiva, 1988/1989. Vol. 2. p. 579-582.
- CÂNDIDO, Joel José. *Direito Eleitoral Brasileiro*. 6. ed. São Paulo : Edições Profissionais, 1996. p. 155-160.
- Enciclopédia Saraiva do Direito. Coordenação do Prof. Rubens Limongi França. São Paulo : Saraiva, 1977. Vol. 66. p. 514-515.
- FERREIRA, Pinto. *Código Eleitoral Comentado*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1991. p. 250-252.
- . *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo : Saraiva, 1989. Vol. 1. p. 288-297.
- RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. 2. ed. São Paulo : Forense, 1986, p. 267-271.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Direitos políticos : perda, suspensão e controle jurisdicional*. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, V. 10, p. 178-186, 1995.

\* Notas bibliográficas conforme original.

# O sistema da promessa de compra e venda de imóveis

DILVANIR JOSÉ DA COSTA

## SUMÁRIO

*1. A compra e venda e sua execução. 2. Natureza da promessa de compra e venda. 3. A execução das obrigações de fazer e sua evolução. 4. A obrigação de emitir declaração de vontade e sua despersonalização. 5. A consagração em lei da execução coativa específica. 6. A exigência de inscrição da promessa no registro imobiliário como requisito da adjudicação. 7. O direito de arrependimento na promessa de compra e venda. 8. A interpelação para constituição em mora do promitente comprador. Ação de consignação. 9. Da resolução do compromisso e seus efeitos. 10. Promessa de compra e venda e usucapião. Promessa não registrada e embargos à penhora. 11. A forma do contrato de promessa.*

### 1. A compra e venda e sua execução

O sistema da promessa ou compromisso de compra e venda e sua execução pressupõem o conhecimento do contrato de compra e venda e sua execução.

A compra e venda gera obrigação de dar ou entregar a coisa vendida, passível de execução coativa e específica (por meio da própria coisa), em regra. Isso significa que o juiz pode ordenar a apreensão do objeto móvel em poder do vendedor e entregá-lo ao comprador, sem que o fato importe em ofensa à liberdade e à dignidade daquele (art. 625 do CPC e seu suporte doutrinário). Quanto aos imóveis, firmado o contrato ou a escritura, o próprio comprador se incumbe de seu registro na matrícula respectiva, como modo de aquisição do domínio. A imissão na posse será decorrência do *jus in re*, em que se transformou o contrato translático. Se é assim em nosso direito, que adota o sistema romano-germânico de constituição do direito real pela duplicidade formal (contrato translático mais

Dilvanir José da Costa é Professor de Direito Civil nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG. Doutor em Direito Civil. Advogado.

tradição ou transcrição), com maior razão ocorre no sistema franco-italiano-português da unidade formal, em que basta o acordo de vontades para a constituição do direito real: o comprador dispõe de ação real ou seqüela para exigir do vendedor a entrega da coisa.

## 2. Natureza da promessa de compra e venda

Muitas vantagens e conveniências levaram as partes interessadas a optarem por um contrato preliminar de compra e venda: a reserva natural do domínio pelo vendedor até o recebimento total do preço (função de garantia); a impossibilidade ou dificuldade da lavratura imediata do contrato definitivo; a intenção do comprador de repassar o negócio a terceiro.

Assim surgiu o contrato preliminar, que tem por objeto o contrato definitivo de compra e venda, enquanto este é que tem por objeto a transferência do domínio da coisa. Daí, como consequência, o contrato de compra e venda constituir uma obrigação de dar ou entregar a própria coisa, enquanto o contrato preliminar constitui obrigação de fazer (outorgar a contrato definitivo).

## 3. A execução das obrigações de fazer e sua evolução

As obrigações de fazer sofreram a influência individualista do princípio *nemo cogi potest ad factum praecise*, segundo o qual não se pode obrigar alguém à prática de um ato *manu militari*. Seria atentar contra a sua liberdade física e dignidade. Resolver-se-ia a obrigação em perdas e danos ou execução indireta. Fez-se a primeira abertura com a distinção entre obrigações fungíveis e infungíveis ou *intuitu personae*. Aquelas podem ser executadas por terceiro a expensas do devedor (art. 634 do CPC).

Outra grande fase ou etapa da evolução ou atenuação do princípio foi a admissão, na obrigação de prestação infungível, da coação moral sobre a vontade do devedor, a fim de vencer-lhe a resistência à prática do ato devido, sob cominação de multa ou pena pelo descumprimento do preceito. É o sistema das *astreintes* do direito francês, consagrado pelos artigos 287, 644 e 645 de nosso Código de Processo Civil.

Mas interessa à espécie a obrigação de emitir declaração de vontade e sua despersonalização, por meio de longo debate doutrinário e jurisprudencial

que conduziu à sua consagração no sistema legal.

## 4. A obrigação de emitir declaração de vontade e sua despersonalização

Entre as obrigações de fazer, destacou-se a de emitir declaração de vontade ou de praticar um ato jurídico, sobretudo a conclusão de um contrato, de que é exemplo típico e maior o compromisso ou promessa de compra e venda de imóvel. Tão arraigado era o preconceito quanto ao respeito à liberdade física e psicológica das pessoas que não se admitia obrigar alguém a “querer”, a manifestar sua vontade e muito menos conduzi-lo a cartório debaixo de vara para assinar uma escritura que prometera. Por isso mesmo, o nosso Código Civil, que é de 1916, no auge do preconceito, veio dispor:

“Art. 1088. Quando o instrumento público for exigido como prova do contrato, qualquer das partes pode arrepender-se, antes de o assinar, ressarcindo à outra as perdas e danos resultantes do arrependimento, sem prejuízo do estatuído nos arts. 1095 a 1097.”

O debate desse tema foi amplo na França, na Alemanha e na Itália, com repercussão no Brasil, preparando o caminho para a reforma da legislação preconceituosa do respeito à liberdade psicológica do cidadão.

J. Frederico Marques, em comentário ao artigo 1006 do CPC/39, um dos primeiros textos mundiais a admitir o suprimento, por sentença, de uma declaração de vontade não emitida pelo devedor, assim resume, com suporte em Liebman, os fundamentos da tese que veio a ser vitoriosa:

“Se a declaração de vontade se apresenta como *infungível*, o seu efeito na esfera das relações intersubjetivas que o direito regula pode, no entanto, ser isolado, pelo que tal *infungibilidade* é apenas de ordem *jurídica*, e não a de ordem natural como sucede, *v. gratia*, com as obras e serviços que se exigem *ratione personae*, tais como o quadro de um pintor, o concerto de um músico, a estatueta de um escultor, etc.

Quando se trata de declaração de vontade – diz Liebman – ‘não é impossível isolar o efeito jurídico que a declaração de vontade deveria produzir e, concorrendo determinadas condições,

permitir aos órgãos da Justiça realizar esse efeito diretamente, não tanto suprindo a vontade do obrigado inadimplente quanto prescindindo dela. O respeito à vontade individual não pode ser tão absoluto a ponto de impedir a produção do efeito jurídico que a declaração de vontade produziria, quando existe obrigação anterior de emitir essa declaração e o obrigado se recusa a cumpri-la.’

Neste caso, a sentença ‘fará as vezes do ato que deveria ser praticado’, visto que produzirá os efeitos da declaração de vontade não prestada.” (*Instituições de Dir. Proc. Civil*. Rio de Janeiro : Forense. v. 5, § 214, p. 318-319, com suporte em Luiz Eulálio de Bueno Vidigal, Pontes de Miranda, Amílcar de Castro, Leite Velho e Afonso Fraga)

Segundo o Professor Darcy Bessone, renomado monografista da promessa de compra e venda,

“O movimento de idéias alcançou repercussão no Brasil, principalmente através de Filadelfo de Azevedo, cuja contribuição se notabilizou, não só no tocante à exposição dos debates europeus, como na demonstração de que o nosso direito positivo não era infenso à execução *in natura* da obrigação de fazer, salvo quando somente pudesse efetivar-se mediante violência à pessoa humana. (Conf. ainda SANTOS, Carvalho. CC interpret., v. 15, p. 132 e PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. R. For. v. 74, p. 437).

Não lograram êxito, porém, as tentativas realizadas. Predominou a solução consistente no ressarcimento por perdas e danos, prestigiada por altas expressões do pensamento jurídico, do tomo de Leonardo Coviello, Nicola Coviello, De Palo, Gabba, Carnelutti, Ascoli, Tartufari, Tendi, Degni, Moschella, Gregorio, Caporali, Ruggiero e outros.”

(...)

“Alguns juristas, advertidos ou não na clara lição de Pothier, preferiram, nem sempre percorrendo o mesmo caminho, o primeiro rumo, enquanto outros, em maior número, seguiram por estrada diversa.

Entre os últimos, tornou-se freqüente dizer, contudo, que a lei poderia autorizar a execução em forma específica, solução que aplaudiriam.

Em atenção a esse voto, alguns países, como a Alemanha, a Áustria, o Brasil (art. 16 do DL 58/37 e art. 346 do CPC/39) e, mais recentemente, a Itália, passaram a formular leis, consagrando aquela solução.”

(...)

“No plano doutrinário, temos como certo, portanto, que:

a) o objeto da promessa é o *contrahere*, o ato de contratar;

b) tal objeto se traduz em um *facere*, o que quer dizer que o promitente assume a *obrigação de fazer*;

c) uma corrente doutrinária, encabeçada por Pothier e prestigiada por Chiovenda, admite que a *obrigação de fazer* comporta execução coativa e *in natura* quando se realize sem violência física à pessoa do devedor;

d) mesmo entre aqueles que não se deixam seduzir por essa doutrina, muitos admitem que a lei pode autorizar tal forma de execução;

e) leis de vários países a admitiram.”

(...)

“Mesmo antes do decreto-lei 58/37, começava a formar-se, à margem do art. 1088 do Código Civil, opinião favorável à *execução compulsória, em forma específica*, da promessa de compra e venda.” (Filadelfo de Azevedo, Carvalho Santos, Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto). (*Da compra e venda, promessa & reserva de domínio*, Belo Horizonte : Bernardo Álvares, 1960. p. 146-149).

## 5. A consagração em lei da execução coativa específica

O primeiro texto legal a admitir a execução específica, por meio de sentença, da obrigação de emitir declaração de vontade, foi o artigo 779 do antigo Ordenamento Processual alemão, reproduzido no § 894 do ZPO, *verbis*:

“Se o devedor tiver sido condenado à emissão de uma declaração de vontade, esta considerar-se-á emitida ao passar em julgado a sentença.”

Em termos semelhantes foi o § 367 do Regulamento Executivo austríaco.

Em seguida, em nosso país, o DL 58/37 (dispõe sobre o loteamento e a venda de terrenos

para pagamento em prestações), em seu artigo 16, admitiu a adjudicação compulsória, por sentença, ao promitente comprador, do imóvel loteado prometido à venda, em caso de recusa da escritura pelo vendedor.

Na seqüência, o artigo 346 do CPC de 1939 regulou o procedimento para a respectiva ação, enquanto o artigo 1006 do mesmo código, de forma ampla e abrangente, assim dispôs:

“Condenado o devedor a emitir declaração de vontade, será esta havida por enunciada logo que a sentença de condenação passe em julgado.”

O Código Civil italiano de 1942 regulou a matéria em termos semelhantes, *verbis*:

“Esecuzione specifica dell’obbligo di concludere un contratto. Se colui che è obbligato a concludere un contratto, non adempie l’obbligazione, l’altra parte, qual’ora sia possibile e non sia escluso dal titolo, può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso.”

A nossa Lei 649/49 modificou a redação do artigo 22 do DL 58/37, a fim de estender aos compromissos de compra e venda, sem cláusula de arrendimento, de imóveis *não loteados*, o direito de adjudicação compulsória.

O DL 745/69 instituiu a necessidade de interpelação, com o prazo de 15 dias, para constituição em mora dos compromissários compradores de imóveis *não loteados*.

O vigente Código de Processo Civil (Lei 5.869/73) veio admitir:

a) o suprimento, por sentença, da obrigação de emitir declaração de vontade, reiterando a disposição abrangente do artigo 1006 do Código anterior e reproduzindo o § 894 do ZPO alemão (art. 641);

b) o suprimento, por sentença, do compromisso de concluir um contrato, reproduzindo a disposição supra do Código Civil italiano (art. 639);

c) disposição idêntica para a hipótese específica de contrato que tenha por objeto a transferência da propriedade de coisa ou direito (art. 640).

A Lei 6.014/73 adaptou ao novo CPC a redação do artigo 22 do DL 58/37 (remissão aos arts. 640 e 641 do CPC).

O artigo 27 e seus parágrafos da Lei 6.766/79 estenderam a proteção do DL 58/37 aos pré-contratos, propostas de compra, reservas de

lotes e instrumentos similares, mediante aplicação dos artigos 639 e 640 do CPC.

O artigo 84 e seus parágrafos do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) vieram tornar clara e efetiva a tutela específica da obrigação de fazer em geral, assegurando ao credor a obtenção do *resultado prático equivalente ao adimplemento*. Idênticas garantias de execução coativa, de forma específica, da obrigação de fazer em geral, foram incorporadas ao artigo 461 do CPC pela Lei 8.952/94.

Somente após tantas providências repetidas e ociosas se pôs fim definitivo às principais dúvidas e polêmicas suscitadas pelas primeiras leis de nosso país, acima apontadas, conforme passaremos a analisar.

## 6. A exigência de inscrição da promessa no registro imobiliário como requisito da adjudicação

Essa a polêmica maior que perdurou por muitas décadas na jurisprudência, a despeito da doutrina emanada do conjunto da legislação.

Darcy Bessone chegou a comentar em sua obra já referida, na página 169:

“O preconceito de que a *obrigação de fazer* não comporta execução compulsória, em forma específica, resiste até à lei, que expressamente a admite (art. 16 do DL 58 e arts. 346 e 1006 do CPC/39).”

Aliás, é comum o preconceito em certas áreas mais sensíveis do direito: o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62) levou vinte anos para ser interpretado e aplicado convenientemente.

A própria introdução ao DL 58/37, em seus “consideranda”, refere-se ao artigo 1088 do Código Civil como um obstáculo à obtenção da escritura de compra e venda, ao permitir a qualquer das partes arrepender-se do compromisso. Foi sua intenção derogá-lo, amparando os compradores de lotes. Por isso consagrou, claramente, no artigo 16, o direito à ação de adjudicação compulsória do lote ao compromissário, valendo a sentença como título para a transcrição.

Ampliando a disciplina da execução da obrigação de emitir declaração de vontade, o artigo 1006 do CPC/39 considerou enunciada a vontade logo que a sentença passasse em julgado. E ainda por cima regulou o procedimento (art. 346).

O artigo 1006 referido é a reprodução do texto correspondente do ZPO alemão (§ 894) e corresponde ao texto similar do artigo 2.932 do Código Civil italiano (1942), que Eduardo Espínola considera como tendo regulado a matéria “em termos corretos e satisfatórios” (op. cit., p. 70, nota 25).

Tudo passou a ocorrer tão bem com os imóveis loteados que o novo regime foi estendido aos *não loteados* doze anos depois, pela Lei 649/49, que alterou a redação do artigo 22 do DL 58/37, nestes termos:

“Os contratos, sem cláusula de arrependimento, de compromisso de compra e venda de imóveis não loteados, cujo preço tenha sido pago no ato de sua constituição ou deva sê-lo em uma ou mais prestações, desde que inscritos em qualquer tempo, atribuem aos compromissários direito real oponível a terceiros e lhes confere o direito de adjudicação compulsória nos termos dos arts. 16 desta lei e 346 do Código de Processo Civil.”

A trapalhada do texto supra foi condicionar a execução coativa específica, por meio da adjudicação compulsória, a esta cláusula: “desde que inscritos em qualquer tempo”.

Dessa forma, a Lei especial 649/49 excepcionou e restringiu, indevidamente, não só a letra e o espírito do DL 58 como o artigo 1006 do CPC/39, idêntico ao texto do ZPO alemão, amplos e abrangentes sobre a obrigação de emitir declaração de vontade.

O Professor Darcy Bessone assim concluiu sua tese sobre a natureza do direito de adjudicação e da sua independência de inscrição da promessa:

“Concluimos que o chamado *direito à adjudicação compulsória*, simples forma coativa e específica de execução de uma *obrigação de fazer*, inclui-se na categoria dos *direitos pessoais*.

Sendo essa a sua natureza, ele resulta do pagamento integral do preço avençado e independe da averbação ou inscrição da promessa de venda no Registro de Imóveis.

A essa conclusão chegamos, como se viu, através de análise ampla, que colocou, acima da letra insegura de alguns textos isolados, o sistema e a teleologia do nosso direito positivo.” (Op. cit., n. 60, p. 170)

De fato, a inscrição ou registro da promessa é uma das garantias atribuídas ao promitente comprador pela Lei protetora. A função técnica e jurídica do registro imobiliário, na espécie, é instituir um direito real de aquisição. Sendo direito real já diz tudo: eficácia *erga omnes* contra alienação ou oneração e também direito à adjudicação. Mas a falta de registro não impede a execução compulsória contra o promitente, sendo este o titular do domínio. Achando-se registrada a promessa, já constitui direito real de aquisição e, na prática, quase prescinde de execução da obrigação, visando à escritura definitiva, que só se transforma em direito real mediante o registro. Logo, a promessa que necessita mesmo de sentença adjudicatória é a não registrada (mero crédito ou obrigação), para que a decisão seja registrada e crie o direito real.

Mas as dúvidas suscitadas pela má redação, sem técnica, da Lei 649/49, reiterada pela Lei 6.014/73, foram tantas que o STF chegou a firmar a seguinte jurisprudência:

“Súmula 167. Não se aplica o regime do DL 58, de 10.12.37, ao compromisso de compra e venda não inscrito no registro imobiliário, salvo se o promitente vendedor se obrigou a efetuar o registro.”

E evoluiu para:

“Súmula 168. Para os efeitos do DL 58, de 10.12.37, admite-se a inscrição imobiliária do compromisso de compra e venda no curso da ação.”

“Súmula 413. O compromisso de compra e venda de imóveis, ainda que não loteados, dá direito à execução compulsória, quando reunidos os requisitos legais.”

Nessa altura e diante das novas disposições claras e incisivas dos artigos 639/641 do CPC, art. 27 da Lei 6.766/79, art. 84 da Lei 8.078/90 e da nova redação do artigo 461 do CPC, os tribunais puseram fim ao preconceito e passaram a distinguir: ação de adjudicação para os compromissos registrados e ação do artigo 639 do CPC para os não registrados (mas registráveis), eis que o compromisso não pode superar obstáculos jurídicos, inclusive atropelar direitos reais de terceiros.

Afinal, o STJ firmou o entendimento de que a adjudicação compulsória ou execução coativa, em forma específica, da promessa de compra e venda de imóvel não loteado independe de inscrição prévia no registro imobiliário (*RSTJ*, n. 25, p. 465, n. 29, p. 356, n. 32, p. 309, n. 42, p. 407).

## 7. O direito de arrependimento na promessa de compra e venda

O artigo 1088 do Código Civil, contrariando a melhor doutrina sobre a possibilidade de execução compulsória, em forma específica, da promessa de compra e venda de imóvel, por meio de sentença com o mesmo efeito, sem ofensa à liberdade física do devedor, permitia a qualquer das partes arrepender-se do compromisso.

Foram muitas as frustrações de promissários compradores de lotes na periferia das grandes cidades, diante do exercício desse direito pelos vendedores.

O DL 58/37 veio remediar a situação, atribuindo aos promissários o direito de exigir a escritura definitiva, inclusive por meio da ação de adjudicação (arts. 15 e 16). Pelo mesmo diploma ficou vedada, inclusive, a estipulação de cláusula de arrependimento nos compromissos, com o caráter de disposição de ordem pública protetora de uma classe social. Assim interpretou o STF, ao formular a Súmula 166, referindo-se, obviamente, aos imóveis loteados:

“É inadmissível o arrependimento do compromisso de compra e venda sujeito ao regime do DL 58, de 10.12.37.”

Sobreveio a Lei 649/49, que deu nova redação ao artigo 22 do DL 58/37 e estendeu o seu regime protetivo, sobretudo o direito à adjudicação, aos compromissários de imóveis não loteados. Mas ressaltou que só teriam essa proteção os contratos “sem cláusula de arrependimento”. Parece contraditório: afastar o regime do artigo 1088 do Código Civil, que admite o arrependimento, e permitir a cláusula convencional de arrependimento. É que os imóveis não loteados estão ligados a uma classe social superior e mais consciente, que pode livremente estipular ou não tal cláusula.

A cláusula de arrependimento enfraquece o vínculo, gerando um contrato condicional. Quando aliada às arras, altera os efeitos destas, que se tornam arras penitenciais. A regra em nosso código são as arras confirmatórias, que fortalecem o vínculo. Assim, o sinal simples em um contrato, sem estipular o direito de arrependimento, caracteriza as arras confirmatórias. Nessa hipótese, quem infringir o contrato não indeniza a outra parte somente o valor das arras (perda do sinal ou devolução em dobro), mas estará sujeito a indenização maior, se provado o prejuízo. Já a entrega de sinal, aliada à esti-

pulação do direito de arrependimento, constitui arras penitenciais, com perda apenas do sinal, salvo estipulação diferente. Clovis Bevilacqua resumiu, de forma magistral, a diferença nestes termos: “o Código admite o direito de arrependimento em conjunção com as arras, mas não como consequência delas” (*CC Comentado*, art. 1095, nº 1).

Assim, o contrato com arras ou sinal, mas sem cláusula de arrependimento, redigida por uma de suas variadas formas, considera-se irretroatável e se beneficia com a execução coativa e específica, desde que observadas as demais exigências legais. A simples ausência de cláusula de arrependimento torna o contrato irretroatável, que é o seu efeito normal.

Também não se deve confundir a cláusula penal ou de multa contratual com o direito de arrependimento. A cláusula penal reforça o vínculo, visando incentivar o contratante a cumpri-lo espontaneamente, sob cominação da multa. Cláusula penal e cláusula de arrependimento são fenômenos opostos, que não se conciliam, em regra. As arras ou sinal é que podem se conjugar com o direito de arrependimento, impossibilitando a execução compulsória do contrato.

A propósito, o STF formulou ainda a Súmula 412, segundo a qual a conjugação de arras com arrependimento tem como efeito a perda do sinal, sem indenização maior, tal como dispõe o artigo 1095 do Código Civil.

Os tribunais vêm decidindo que o promitente vendedor já não pode exercer o direito de arrependimento depois de pago todo o preço e até parte do mesmo. Não se arrependeu quem concordou com a execução do contrato. (*RTJ*, n. 119, p. 705; *JTA*, n. 93, p. 168; *JTARS*, n. 75, p. 213)

## 8. A interpelação para constituição em mora do promitente comprador. Ação de consignação

O maior direito do promitente comprador é, sem dúvida, a execução coativa do compromisso, em forma específica.

Outro importante direito é o de purgar a mora ou pagar as prestações em atraso, no prazo de 30 dias a contar da intimação que lhe fizer o oficial do registro do loteamento, a requerimento do compromitente vendedor (art. 14 e §§ do DL

58/37 e art. 32 e §§ da Lei 6.766/79, quanto aos imóveis loteados).

Esse direito veio a ser estendido aos promissários compradores de imóveis não loteados pelo artigo 1º do DL 745/69, nestes termos:

“Nos contratos a que se refere o art. 22 do DL 58/37, ainda que deles conste cláusula resolutiva expressa, a constituição em mora do promissário comprador depende de prévia interpelação judicial, ou por intermédio do cartório de Registro de Títulos e Documentos, com quinze dias de antecedência.”

O STF chegou a decidir, reiteradamente, que o texto supra só se aplicava aos contratos inscritos no registro imobiliário (*RTJ*, n. 90, p. 138, n. 90, p. 1.047, n. 92, p. 1.134, n. 98, p. 445, n. 108, p. 775, n. 112, p. 945). Mas o STJ passou a decidir em sentido contrário e até formulou a Súmula nº 76, *verbis*:

“A falta de registro do compromisso de compra e venda de imóvel não dispensa a prévia interpelação para constituir em mora o devedor.”

O mesmo tribunal decidiu que a citação para a ação de resolução não supre a falta de interpelação (3ª Turma. REsp. 43.377-RJ. *DJU*, 20 maio 1996) e que a ausência de interpelação importa em impossibilidade jurídica do pedido por falta de condição da ação resolutória (4ª Turma. REsp. 21.130-RJ. *DJU*, 7 jun. 1993; *RSTJ*, n. 18, p. 490). O TJSP decidiu que:

“...pacificado se encontra que, enquanto não constituído em mora, pode o adquirente, a qualquer tempo, consignar utilmente a dívida.” (Ap. 279.813-1/5. unân., *BDI*, n. 97, p. 20-11).

E o STJ:

“Consignação admissível enquanto o credor não haja extraído da mora *debitoris* os efeitos cabíveis. A consignação tanto se destina à prevenção como à emenda da mora” (REsp. 1.426-MS. Relator: Ministro Athos Carneiro, cit. na decisão anterior).

“Vencido em ação de consignação, não pode o promissário purgar a mora na ação de rescisão do contrato.” (*RSTJ*, n. 32, p. 301).

“É desnecessária a interpelação se o comprometente comprador já havia movido ação de consignação.” (*RSTJ*, n. 67, p. 352)

## 9. Da resolução do compromisso e seus efeitos

A execução compulsória específica do compromisso e o direito de purgar a mora, mediante prévia interpelação comprovada, são garantias em favor do promissário comprador. O promitente vendedor tem em seu prol o direito de resolução do contrato por inadimplemento do comprador, a qual obedece a dois procedimentos distintos:

a) nos imóveis loteados, mediante procedimento administrativo: cancelamento da averbação do compromisso junto ao oficial do registro imobiliário respectivo, comprovada a interpelação e o não pagamento (art. 14 e §§ do DL 58/37 e art. 32 e §§ da Lei 6.766/79). Isso libera o imóvel para nova alienação. É possível, contudo, o controle judicial desse procedimento (RT 513/155), inclusive para reintegração de posse, indenização por benfeitorias etc.;

b) nos imóveis não loteados, mediante ação judicial de resolução do compromisso, mediante prévia interpelação (DL 745/69). A lei não quis ainda confiar essa resolução a um procedimento administrativo.

Os efeitos da resolução obedecem às regras gerais do Código Civil e das leis especiais, inclusive do Código de Defesa do Consumidor, variando as soluções conforme as causas e a parte que provocou.

Em regra, os compromissos podem ser cumpridos coativa e especificamente. Quando não o sejam, sem culpa das partes, retornam estas ao estado anterior ao contrato. Se por culpa do promitente comprador, incidem as regras comuns do Código Civil (art. 1056 e ss.) e as específicas de amparo à categoria.

A primeira consequência é a devolução do imóvel ao vendedor, que pode ocorrer, inclusive, com a cumulação da ação resolutória com a de reintegração de posse. Admite-se a ação possessória independente da resolutória se no contrato houver cláusula de resolução expressa ou independente de ação (*RTJ*, n. 72, p. 87, n. 74, p. 449, n. 83, p. 401, *RJTJESP*, n. 111, p. 53, *JTA*, n. 103, p. 191). Se é possível a cláusula de arrependimento, também o será a de resolução independente de ação. Mas não independente de interpelação (DL 745/69 e Súmula 76 do STJ). Não cabe ação reivindicatória do promitente vendedor contra o promissário comprador na pendência do compromisso, por falta do requisito posse injusta (*RSTJ*, n. 32, p. 287).



Resolvido o compromisso, administrativa ou judicialmente, a posse poderá ser recuperada ainda segundo o artigo 621 do CPC (entrega de coisa certa). O promitente comprador não poderá opor eficazmente o compromisso sem registro ao terceiro reivindicante com título registrado. (RSTJ, n. 43, p. 458)

Quando tenha que restituir o imóvel, em consequência de resolução do compromisso, surgem as seguintes questões básicas: a) indenização por acessões e benfeitorias realizadas; b) indenização pelo uso do imóvel; c) perda das prestações pagas; d) valor da cláusula penal.

*Acessões e benfeitorias. Indenização pelo uso do imóvel*

O promitente comprador tem posse titulada e, portanto, de boa-fé. Por isso, tem direito de indenização por acessões e benfeitorias, em regra, *ex vi* dos artigos 516 e 547 do Código Civil. A Lei 6.766/79, que veio aperfeiçoar o DL 58/37, prevê expressamente a indenização, “sendo de nenhum efeito qualquer disposição em contrário” (art. 34), salvo, obviamente, abuso ou ilegalidade (Parágrafo único). Seria enriquecimento do vendedor. Pela mesma razão, a jurisprudência admite o direito de indenização pelo uso do imóvel pelo promissário inadimplente, a ser compensado do valor das acessões e das prestações pagas.

*Perda das prestações pagas e redução da cláusula penal*

O artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) prevê expressamente a nulidade de pleno direito das cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas pelo compromissário inadimplente.

Fixa, também, o mesmo Código, as multas de mora em 2% do valor da prestação (art. 52, § 1º). A propósito do tema ainda polêmico, decidiu o STJ:

“O Código de Defesa do Consumidor não se aplica aos contratos celebrados em data anterior a sua vigência.

Validade de cláusula contratual que estipula, no caso de inadimplemento dos compromissários compradores, a perda de quantias pagas.

Contudo, tendo tal cláusula natureza compensatória, pode o Juiz reduzir a pena convencional, autorizado pelo art. 924 do Código Civil. Precedentes. Recurso conhecido e provido, em parte.” (REsp. 42.226-SP. DJU, p. 11.122, 7 abr. 1997)

Ainda sobre a inaplicabilidade do CDC aos contratos anteriores à sua vigência, em respeito ao ato jurídico perfeito, citam-se as decisões nos REsp. 45.666-SP, 67.739-PR e 119.291-RJ. DJU, p. 9433, 25 mar. 1997.

## 10. Promessa de compra e venda e usucapião. Promessa não registrada e embargos à penhora

Questão polêmica é a do contrato de promessa em que o promissário cumpre todas as obrigações e não obtém a escritura nem espontânea nem compulsoriamente, por falta dos requisitos desta (ausência de outorga uxória na promessa, falta de documentação do vendedor etc). Mesmo com posse vintenária, o STF vinha negando a prescrição aquisitiva, sob o fundamento da falta do requisito “possuir como seu”. Segundo o Ministro Moreira Alves, na promessa, o promissário reconhece o domínio do promitente. *Data venia*, a promessa de compra e venda deve ser excluída das posses contratuais, para efeito de usucapião. Seria um contra-senso reconhecê-lo em favor de quem tem posse sem efetuar qualquer pagamento, e não admiti-lo em favor de quem já pagou o preço, visando ao domínio. O rigor técnico deve ceder à lógica e ao bom senso.

Mas a situação está mudando. Ao contrário do STF, que não reconhecia *animus domini* no promitente comprador, o STJ vem reconhecendo até *justo título*, para efeito de usucapião ordinário:

“Segundo a jurisprudência do STJ, não são necessários o registro e o instrumento público, seja para o fim da Súmula 84, seja para que se requeira a adjudicação. Podendo dispor de tal eficácia, a promessa de compra e venda, gerando direito à adjudicação, gera direito à aquisição por usucapião ordinário. Inocorrência de ofensa ao art. 551 do Cód. Civil. Recurso conhecido pela alínea “c”, mas não provido.” (REsp. 32.972-SP. Relator: Ministro Cláudio Santos. DJU, p. 20.320, 10 jun. 1996.)

Tão cabível o usucapião na promessa que até se recomenda nas hipóteses de documentação incompleta ou complicada, sucessões não regularizadas, como decidido pelo TJSP. Ap. 269.631-2/0. BDI, SP, n. 15, p. 26, 1997.

A propósito da promessa e os embargos à penhora do objeto da mesma, o STF formulou esta Súmula:

“621. Não enseja embargos de terceiro à penhora a promessa de compra e venda não inscrita no registro de imóveis.”

Mas o STJ mudou a orientação, tornando sem efeito a interpretação supra das leis federais, nestes termos:

“Súmula 84. É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro.”

O STF valorizava o Registro Imobiliário. O STJ encarou a realidade social e valorizou a posse de boa-fé, fundada na promessa de compra e venda, ressalvada a prova de fraude.

## 11. A forma do contrato de promessa

A discussão sobre a forma do contrato de promessa acompanhou a evolução da própria execução desse contrato.

O artigo 134, II, do Código Civil exige, como regra, a escritura pública nos contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis.

O DL 58/37 abriu a primeira exceção, ao admitir o instrumento particular para a promessa de compra e venda de imóveis loteados, inclusive para efeito de averbação no registro imobiliário (art. 11). Mas o artigo 22 do mesmo diploma, ao tratar dos imóveis *não loteados*, usou a expressão *escrituras de compromisso*. Logo em seguida, o CPC/39, ao disciplinar a execução das promessas de contratar, exigiu que o contrato preliminar preenchesse “as condições de validade do contrato definitivo”.

Somente a partir da Lei 649/49, que deu nova redação ao artigo 22 do DL 58 e mudou o termo “escritura” para contrato, é que se fez uma abertura para a admissão do instrumento particular nas promessas de imóveis não loteados. Mas persistiu a dúvida e a jurisprudência continuou resistindo.

A Lei 4.380/64 admitiu o instrumento particular nas operações imobiliárias do Sistema Financeiro da Habitação (art. 61, § 5º). Nova abertura.

O vigente CPC/73, ao tratar da execução da obrigação de “concluir um contrato”, no artigo

639, correspondente ao 1006 do código anterior, não mais exigiu que o contrato preliminar preenchesse “as condições de validade do contrato definitivo”. A partir daí, a execução coativa específica da promessa de qualquer imóvel foi desatrelada não só do instrumento público, como da necessidade de registro imobiliário prévio. O registro institui, em favor do promissário, um direito real de aquisição do imóvel, ou seja, torna a promessa eficaz *erga omnes* e por isso impede nova alienação ou oneração do imóvel, além de tornar pacífica a adjudicação compulsória em qualquer tempo. Tanto que muitos compromissos registrados permanecem tranquilamente por longo tempo como direito real de aquisição e sem transformação em domínio. Somente para raros efeitos, existe distinção entre os dois fenômenos. Há uma tendência a equipará-los, provada a quitação do compromisso, independente de procedimento judicial.

Mas a execução específica, por meio de sentença com os mesmos efeitos do contrato definitivo, já não mais depende do instrumento público da promessa e do respectivo registro imobiliário (desde que registrável), conforme assentado nas seguintes decisões do STJ:

“A promessa de venda gera efeitos obrigacionais, não dependendo, para sua eficácia e validade, de ser formalizada em instrumento público. O direito à adjudicação compulsória é de caráter pessoal, restrito aos contratantes, não se condicionando a *obligatio faciendi* à inscrição no registro de imóveis.” (REsp. 30-DF. Relator: Ministro Eduardo Ribeiro. *RSTJ*, n. 3, p. 1043)

“Tratando-se de opção de compra irrevogável, válida e regular, uma vez não cumprida pelo devedor a obrigação, é permitido ao credor obter a condenação daquele a emitir a manifestação de vontade a que se comprometeu, sob pena de, não o fazendo, produzir a sentença o mesmo efeito do contrato a ser firmado. Aplicação do art. 639 do CPC. Recurso especial conhecido e provido.” (REsp. 5.406-SP. Relator: Ministro Barros Monteiro. *DJU*, 29 abr. 1991)

“A adjudicação compulsória independe de inscrição do compromisso de compra e venda no registro imobiliário.”

(REsp. 10.383-MG. Relator: Ministro Fontes de Alencar. *RSTJ*, n. 32, p. 309)

“A promessa de venda gera efeitos obrigacionais, não dependendo, para sua eficácia e validade, de ser formalizada em instrumento público. O direito à adjudicação compulsória é de caráter pessoal, restrito aos contratantes, não se condicionando a *obligatio faciendi* à inscrição no registro de imóveis. Recurso conhecido e provido.” (REsp. 19.410-MG. Relator: Ministro Waldemar Zveiter. *RSTJ*, n. 42, p. 407)

Nem sequer se faz necessário o rigoroso cumprimento das exigências dos regulamentos do registro público, com relação aos dados do imóvel no contrato:

“Para efeito de transcrição do título produzido pela sentença, em caráter de substituição da declaração de vontade sonogada, o oficial do Registro de Imóveis integrará a sentença com os dados relativos ao imóvel constantes dos compromissos, sem necessidade de se cumprirem formalidades não exigidas pelos arts. 639 e 641 do CPC.” (TJSP. *RJTJSP*, n. 110, p. 66)

Tanto mais correta a decisão supra após o advento do artigo 84 e §§ da Lei 8.078/90 (CDC) e da nova redação do artigo 461 do CPC.

## Bibliografia

- AGUIAR, Mário. *Promessa de compra e venda*. Rio de Janeiro : Aide.
- AZEVEDO JR, José Osório de. *Compromisso de compra e venda*. São Paulo : Saraiva.
- BESSONE, Darcy. *Da compra e venda, promessa & reserva de domínio*. Belo Horizonte : Bernardo Álvares, 1960.
- BEVILAQUA, Clovis. *C.C. Comentado*. Franc. Alves.
- BUSSADA, Wilson. *Compromisso de compra e venda interpretado pelos tribunais*. 3. ed. Rio de Janeiro : Liber Juris.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *Dos contratos nominados no Direito Civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro : Conquista, 1956.
- LIMA SOBRINHO, Barbosa. *As transformações da compra e venda*. Rio de Janeiro : Borsoi, s/d.
- MARQUES, J. Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro : Forense, v. 5.
- PEIXOTO, Carlos Fulgêncio Cunha. *Revista Forense*, v. 74, p. 437.
- PORTUGAL, Altino. *A promessa de compra e venda de imóveis no Direito brasileiro*. Curitiba : Senai, 1957.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Promessa de compra e venda e parcelamento do solo urbano*. 3. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais.
- SANTOS, Frutuoso. *Contrato de promessa de compra e venda de imóvel não loteado*. 1951.
- SANTOS, J. M. Carvalho. *C.C.B. Interpr.*, v. 15.

# Alimentos

(noções e execução)

ANILDO FABIO DE ARAUJO

## SUMÁRIO

*1. Noções. 1.1 Introdução. 1.2. Generalidades. 1.3. Pressupostos da obrigação alimentar. 1.4. Fixação dos alimentos. 1.5. Modos da prestação. 1.6. Duração dos alimentos. 1.7. Alimentos provisionais e provisórios. 1.8. Revisão de alimentos. 1.9. Prescrição. 1.10. Imposto de renda. 2. Execução da prestação alimentícia. 2.1. Da execução. 2.2. Alimentos devidos pela Fazenda Pública. 2.3. Alimentos devidos no estrangeiro. 2.4. Prisão do devedor. 2.5. Foro competente. 2.6. Citação. 2.7. Petição inicial. 2.8. Ritos. 2.9. Ministério Público. 2.10. Recursos. 2.11. Observações finais.*

## 1. Noções

O direito a alimentos visa assegurar a sobrevivência e o desenvolvimento do indivíduo e, também, o mais importante dos direitos humanos: o *Direito à vida*. Para a realização desse direito, o Estado deve usar de todos os seus meios e instrumentos, sob pena de falhar em seus objetivos fundamentais, quais sejam: a construção de uma sociedade justa e solidária; a redução das desigualdades sociais; e a promoção do bem de todos.

### 1.1. Introdução

Este estudo tem por objetivo facilitar a atividade do profissional do direito no processo de execução de prestação alimentícia, decorrente do direito material e do ato jurídico, *lato sensu*. Para sua complementação, faz-se necessário a busca de outros estudos, mais abrangentes, tais como os relacionados na bibliografia.

Notas ao final do texto.

Anildo Fabio de Araujo é advogado e técnico processual do Ministério Público da União/Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios.

## 1.2. Generalidades

A idéia de alimentos, no direito pátrio, prende-se à relação que obriga uma pessoa a prestar à outra o necessário para sua criação e educação, ou seja, os recursos necessários à pessoa para atender às suas necessidades físicas, sociais e jurídicas.

Decorre o direito a alimentos, para uns, e a obrigação alimentar, para outros, de lei, de testamento, de sentença judicial, de contrato, etc.

*Alimentos*, em sentido estrito, são os proveenientes do *ius sanguinis* (parentesco em linha reta consanguínea, ao infinito, e na colateral até o 4º grau, também consanguínea). Vejamos a ordem de preferência:

1º art. 396, Código Civil<sup>1</sup> (parentesco);

2º art. 397, Código Civil<sup>2</sup> (recíproco entre pais e filhos);

3º ascendentes, na ordem de proximidade, na falta dos pais;

4º descendentes;

5º colaterais, até o 4º grau.

*Alimentos*, em sentido lato, são aqueles que derivam:

a) do parentesco (*ius sanguinis*): arts. 396 a 398 do Código Civil<sup>3</sup>; art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – Lei nº 8.069/90<sup>4</sup>; art. 227 e § 6º e art. 229 da Constituição da República<sup>5</sup>. Também denominados como legítimos;

b) do casamento e sua dissolução: arts. 233, inciso IV, 221 e 234 do Código Civil<sup>6</sup>; arts. 19 a 22 e 28 a 30 da Lei do Divórcio<sup>7</sup>; art. 1.121, incisos III e IV, do Código de Processo Civil<sup>8</sup>; e § 6º do art. 226 da Carta Federal<sup>9</sup>. São denominados como conjugais;

c) da tutela: arts. 424, inciso I, e 425 do Código Civil<sup>10</sup>;

d) da doação: art. 1.183, inciso IV, do Código Civil<sup>11</sup>;

e) da responsabilidade civil por homicídio: art. 1.537, inciso II, do Código Civil<sup>12</sup>; e Súmula 490 do Supremo Tribunal Federal<sup>13</sup>;

f) do legado específico: arts. 1.687, 1.690, 1.691, 1.694 e 1.696, parágrafo único, do Código Civil<sup>14</sup>;

g) da adoção: § 6º do art. 227 da Carta Suprema<sup>14</sup> e art. 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>16</sup>;

h) da união estável ou concubinato: § 3º do art. 226 da Lei Básica Federal<sup>17</sup>; art. 1º da Lei nº 8.971/94<sup>18</sup> e arts. 2º, II, e 7º da Lei nº 9.278/96<sup>19</sup>;

i) da reparação por ato ilícito: arts. 1.539 e 1.540 do Código Civil<sup>20</sup> e art. 602 do Código de Processo Civil<sup>21</sup>;

j) da lide processual: art. 224 do Código Civil<sup>22</sup> (separação judicial); arts. 733 e 852 e seguintes do Código de Processo Civil<sup>23</sup> (alimentos provisionais); art. 4º da Lei nº 5.478/68<sup>24</sup> (alimentos provisórios); e art. 7º da Lei nº 8.560/92<sup>25</sup>; e

l) do contrato (contratuais).

O direito a alimentos é personalíssimo, irrenunciável, inalienável, irrepelível<sup>26</sup>, impenhorável e recíproco, ou seja, não pode ser cedido, transmitido, transacionado, compensado ou restituído. Pode-se deixar de pedir alimentos (direito subjetivo), mas não se pode renunciá-los:

SÚMULA nº 64, TFR: “A mulher que dispensou, no acordo de desquite, a prestação de alimentos, conserva, não obstante, o direito à pensão decorrente do óbito do marido, desde que comprovada a necessidade do benefício”.

SÚMULA nº 379, STF: “No acordo de desquite não se admite renúncia aos alimentos, que poderão ser pleiteados ulteriormente, verificados os pressupostos legais”.

O art. 23 da Lei nº 6.515/77 (Lei do Divórcio) estabelece que “a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor”, na forma do art. 1.796 do Código Civil, em todos os casos de prestação alimentícia, estando abrogado o art. 402 do Código Civil. Deve-se interpretar que se transmite o débito existente até a data do falecimento do devedor (*de cuius*), até o limite da herança, conforme previsão infraconstitucional (art. 1.796, CC).

## 1.3. Pressupostos da obrigação alimentar

Baseando-se no art. 400 do Código Civil e no art. 854 do Código de Processo Civil, pode-se afirmar que a obrigação alimentar decorre dos seguintes pressupostos:

a) necessidade do reclamante (ausência de bens e de condições para o próprio sustento); e

b) recursos (possibilidade, capacidade) da pessoa obrigada (reclamada).

Devem ser observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade da

prestação, sendo desnecessária a relação de direito material (substancial) entre as partes.

#### 1.4. Fixação dos alimentos

O art. 400 do Código Civil estabelece que “os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada”. O critério usual é a fixação dos alimentos em um terço ou 30% do que recebe (rendimentos) o alimentante, mas essa fração ou porcentagem pode elevar-se ou reduzir-se, tendo em vista as peculiaridades do caso concreto. Vejamos alguns julgados:

DIREITO CIVIL – ALIMENTOS – IMPOSSIBILIDADE – ALIMENTANTE – AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUANTO AOS RENDIMENTOS DA APELANTE – PRESUNÇÃO DE QUE A ALIMENTANTE RECEBA UM SALÁRIO MÍNIMO – INTELIGÊNCIA DO ART. 399 DO CÓDIGO CIVIL E ART. 7º, VII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Não havendo prova nos autos quanto aos rendimentos da alimentante, mas somente de que a mesma é diarista, presume-se que esta perceba um salário mínimo. Não é razoável a fixação de um salário mínimo a título de pensão alimentícia se a alimentante percebe, presumidamente, apenas esse salário. Isso tornaria inviável a execução da decisão judicial. Devem ser descontados do salário da alimentante, para fins de fixação da pensão, os gastos que a alimentante realiza com o seu sustento e o de sua filha menor. Recurso de apelação parcialmente provido para reduzir o percentual da pensão alimentícia para 30% do salário mínimo. (TJDFT – Apelação Cível nº 40.542/96, 2ª Turma Cível, unân., Rel. Des. Hermenegildo Gonçalves, Ac. nº 91.980).

ALIMENTOS – MODIFICAÇÃO DE CLÁUSULA. Somente em casos especiais, nos quais reste comprovada a impossibilidade real de o alimentante arcar com a despesa mensal de um salário mínimo, deve a pensão ser fixada em menos de que este, dado ser o mínimo capaz de atender às necessidades vitais básicas – CF, art. 7º, IV (TJES – Ac. unânime da 2ª Câm. Cível, de 15.09.92 – Ap. 19.910 – Rel. Des. Feu Rosa).

A decisão que fixa alimentos (provisória ou definitiva) não faz coisa julgada material, sujeitando-se, se necessário, a posterior revisão. Nesse sentido, o art. 15 da Lei de Alimentos

esclarece que “a decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado e pode a qualquer tempo ser revista em face da modificação da situação financeira dos interessados”.

O advogado (defensor) deve proceder da seguinte maneira:

a) se mandatário do alimentante: requerer a fixação dos alimentos em porcentagem fixa do salário mínimo;

b) se mandatário do alimentando: requerer a fixação dos alimentos em porcentagem fixa dos rendimentos do alimentante.

Cabe destacar, também, o enunciado da Súmula nº 490 do Supremo Tribunal Federal:

“A pensão correspondente à indenização oriunda de responsabilidade civil deve ser calculada com base no salário-mínimo vigente ao tempo da sentença e ajustar-se-á às variações ulteriores”.

#### 1.5. Modos da prestação

Os alimentos podem consistir em: a) pensionamento periódico do alimentando (prestação em dinheiro); b) constituição de certa renda em favor do alimentando; c) cessão de direito (recebimento de aluguéis de prédio de propriedade do alimentante); d) sustento e hospedagem do alimentando; e) usufruto de determinado(s) bem(ns) do alimentante; etc.

É admissível a concomitância de duas ou mais formas de prestação de alimentos, para satisfazer a obrigação alimentar, decorrente das necessidades do alimentando.

#### 1.6. Duração dos alimentos

Os alimentos são devidos durante o tempo em que subsistirem as necessidades do alimentando e as possibilidades do alimentante. O termo inicial é a data da citação (conforme § 2º do art. 13 da Lei de Alimentos e entendimento do Superior Tribunal de Justiça<sup>27</sup>). A jurisprudência predominante assegura aos filhos universitários o direito a alimentos até a idade de 24 (vinte e quatro) anos<sup>28</sup>. Quanto aos filhos inválidos<sup>29</sup>, é pacífico o entendimento de que os alimentos perduram até o fim da invalidez ou com a morte.

A Súmula nº 226 do Supremo Tribunal Federal enuncia que:

“Na ação de desquite, os alimentos são devidos desde a inicial e não da data da decisão que os concede”.

## 1.7. Alimentos provisionais e provisórios

### a) Diferenças

Designam-se alimentos provisionais<sup>30</sup> os destinados ao provimento do necessitado. Trata-se de *medida cautelar* solicitada pelo alimentando e deferida por juiz ou tribunal. Podem ser requeridos antes da ação principal ou no curso desta, em qualquer fase do feito, mesmo na pendência de recurso. Destinam-se ao sustento do autor enquanto durar a demanda, inclusive para pagamento das despesas processuais. Também podem ser concedidos na Ação Revisional de Alimentos<sup>31</sup>. Estão previstos no art. 852 e seguintes do Código de Processo Civil. A Lei nº 883, de 21-10-49 (art. 5º), dispõe sobre alimentos provisionais em Ação de Investigação de Paternidade<sup>32</sup>.

Os alimentos provisórios têm, também, natureza cautelar. São requeridos ao juiz na Ação de Alimentos (art. 4º, Lei nº 5.478/68), podendo o magistrado deferir a *medida liminar*, fixando provisoriamente os alimentos. São requeridos *initio litis* na ação principal.

### b) Semelhanças

Tanto os alimentos provisórios quanto os provisionais são *temporários* e destinam-se ao sustento do requerente durante a lide (até o trânsito em julgado da causa). Os alimentos provisórios serão devidos até a decisão final, inclusive o julgamento do recurso extraordinário (art. 13, § 3º, da Lei nº 5.478/68). Ambos podem ser revistos a qualquer tempo, sendo, também, passíveis de execução forçada.

O art. 733 do Estatuto Processual Civil prevê a execução dos alimentos provisionais. O referido dispositivo é aplicável também aos alimentos provisórios e aos definitivos.

## 1.8. Revisão de alimentos

Pode haver exoneração ou extinção da obrigação alimentar, decorrente de casamento, morte, cessação da incapacidade para o trabalho, idade ou emancipação do alimentando. O casamento ou nova união do alimentante não o exonera da obrigação alimentar, mesmo com o advento de filho(s).

Os alimentos decorrentes do direito de família, do ato ilícito e da vontade das partes (contratual) sujeitam-se à revisão, desde que ocorra modificação das condições econômicas do credor ou do devedor. Assim, os alimentos são regidos pela cláusula *rebus sic stantibus*.

As ligações íntimas do cônjuge separado ou divorciado com terceiros não exonera o devedor de prestação alimentícia da obrigação, pois, apesar da extinção dos deveres de coabitação e fidelidade, subsiste o dever de mútua assistência. As ligações íntimas não são motivos para exoneração. É necessária a convivência contínua, em comum.

Ressalte-se, também, que a falta de pagamento de pensão alimentícia (inadimplemento da obrigação), fixada na sentença (condenatória ou homologatória) de separação, constitui óbice legal à procedência do pedido de conversão da separação em divórcio<sup>33</sup>.

A revisão se aplica aos alimentos provisórios, provisionais e definitivos. Os alimentos provisórios fixados na inicial poderão ser revistos a qualquer tempo, se houver modificação na situação financeira das partes, mas o pedido será sempre processado em apartado (art. 13, § 1º, Lei de Alimentos).

## 1.9. Prescrição

O direito (material) a alimentos é imprescritível, podendo ser requerido a qualquer tempo pelo necessitado. O art. 23 da Lei de Alimentos esclarece que “a prescrição quinquenal referida no art. 178, § 10, I, do Código Civil, só alcança as prestações mensais e não o direito a alimentos, que, embora irrenunciável, pode ser provisoriamente dispensado”. O art. 178, § 10, inciso I, do Diploma Material Civil estabelece que as prestações de pensões alimentícias prescrevem em cinco anos. Na sua defesa, pode o devedor (executado) alegar a prescrição, parcial ou total, se for o caso, visando diminuir ou eximir-se do débito a ser solvido.

## 1.10. Imposto de renda

A prestação alimentícia pode ser abatida no cálculo do imposto de renda a título de encargo de família. As quantias recebidas em dinheiro, como alimentos ou pensões, constituem rendimentos tributáveis, salvo se inferior ao valor fixado como limite de isenção. O contribuinte que, em virtude de acordo ou sentença judicial, esteja obrigado a pagar pensão alimentícia à(s) ex-esposa(s) ou ao(s) descendente(s) de casamento(s) anterior(es) pode deduzir o valor efetivamente pago e ainda considerar a esposa e os filhos do casamento atual como dependentes.

Em 5-10-95, o Coordenador-Geral do Sistema de Tributação expediu o Ato Declaratório nº 35,

declarando, em caráter normativo, às Superintendências Regionais da Receita Federal e aos demais interessados que:

1 – Estão abrangidos pela isenção de que trata o art. 6º, inciso XXI, da Lei nº 7.713, de 22-12-88, acrescentado pelo art. 47 da Lei nº 8.541/92, os valores recebidos a título de pensão em cumprimento de acordo ou decisão judicial, inclusive a prestação de alimentos provisionais, quando o beneficiário desses rendimentos for portador de uma das doenças relacionadas no inciso XIV do referido art. 6º da Lei nº 7.713/88, com a nova redação dada pelo art. 47 da Lei nº 8.541/92.

2 – A doença deverá ser reconhecida por meio de parecer ou laudo emitido por dois médicos especialistas na área respectiva ou por entidade médica oficial da União.

3 – A isenção se aplica aos rendimentos de pensão recebidos a partir de 1º-1-93.

4 – Para as moléstias contraídas após 1º-1-93, a isenção se aplica aos rendimentos recebidos a partir: a) do mês da emissão do laudo ou parecer que reconhecer a moléstia; b) da data em que a doença for contraída, quando identificada no laudo ou parecer.

O art. 8º, inciso II, letra f, da Lei nº 9.250, de 26-12-95, prevê deduções, na base de cálculo do imposto de renda, relativas às importâncias pagas a título de pensão alimentícia em face das normas do Direito de Família, quando em cumprimento de decisão judicial ou acordo homologado judicialmente, inclusive a prestação de alimentos provisionais. A Instrução Normativa nº 90, de 24-12-97, do Secretário da Receita Federal, que dispõe sobre a apresentação, pelas pessoas físicas, da Declaração de Ajuste Anual, prevê a dedução do valor total pago a título de pensão alimentícia em face das normas do Direito de Família, por força de decisão judicial ou acordo homologado judicialmente, inclusive o valor dos alimentos provisionais.

O art. 20 da Lei nº 5.478/68 estabelece que “as repartições públicas, civis ou militares, inclusive do Imposto da Renda, darão todas as informações necessárias à instrução dos processos previstos nesta Lei e à execução do que for decidido ou acordado em juízo”.

## 2. Execução da prestação alimentícia

A base legal está nos artigos 732 a 735 do Código de Processo Civil e art. 16 e seguintes

da Lei nº 5.478/68. O art. 13, *caput*, da Lei de Alimentos estabelece que o disposto nesta Lei aplica-se igualmente, no que couber, às ações ordinárias de desquite (separação judicial), nulidade e anulação de casamento, à revisão de sentenças proferidas em pedidos de alimentos e respectivas execuções.

### 2.1. Da execução

O alimentante deve pagar, nas datas estabelecidas, os valores a que ficou obrigado, sob pena de ser executado civilmente e de ser responsabilizado penalmente (art. 244, Código Penal). Deve fundar-se em título executivo judicial ou extrajudicial. O próprio devedor pode propor a ação de execução, citando o credor (alimentando), para receber a quantia devida<sup>34</sup>. Entretanto, a ação de execução de prestação alimentícia, geralmente, é proposta pelo credor, principal interessado em seu adimplemento.

Dado o caráter especialíssimo da prestação de alimentos, o legislador acrescentou ao procedimento geral (idêntico ao da execução por quantia certa contra devedor solvente) algumas peculiaridades, como frisado e que consistem no seguinte:

a) a execução se funda em sentença (condenatória ou homologatória), acórdão ou acordo extrajudicial, que deve conter a quantia certa a que foi o réu condenado ou a que se comprometeu;

b) não comporta liquidação por artigos, como reconhece a jurisprudência. Quando muito se submeterá a algum cálculo, de atualização, a ser realizado pela parte (Lei nº 8.898/94), caso não se encontrarem nos autos elementos de convicção que autorizem arbitramento seguro e equitativo;

c) deve ser obedecida a seguinte ordem em observância ao princípio de que a execução far-se-á pelo modo menos gravoso para o devedor (art. 620, CPC):

D) desconto em folha<sup>35</sup>: quando o devedor for funcionário público civil (arts. 45 e 48, Lei nº 8.112/90), militar, diretor ou gerente de empresa, bem como empregado sujeito à legislação do trabalho (art. 734, CPC, e art. 16, Lei de Alimentos) e, também, se for beneficiário do Instituto Nacional de Seguro Social – INSS (art. 115, IV, da Lei nº 8.213/91). Neste caso, deve ser oficiado o empregador ou órgão responsável. No ofício, deve constar a qualificação do devedor, inclusive o número do CPF, carteira de identidade (RG) e a



prestação estabelecida, visando individualizar o devedor e facilitar a realização da prestação alimentar;

II) rendimento das rendas do alimentante: o art. 17 da Lei nº 5.478/68 permite que as prestações alimentícias sejam cobradas de aluguéis de prédios e quaisquer outros rendimentos do devedor (dividendos de ações, por exemplo), que serão recebidos diretamente pelo alimentando ou por depositário nomeado pelo juiz. Trata-se de cessão de crédito compulsória;

III) depósito em conta bancária: quando for conveniente para o credor, sendo este possuidor de conta-corrente em instituição financeira pública ou privada;

IV) pagamento direto ao próprio credor ou a pessoa habilitada: quando a relação entre alimentante e alimentando for harmoniosa;

V) constituição de usufruto: se o cônjuge (credor) preferir, o juiz poderá determinar que a pensão consista no usufruto de determinados bens do cônjuge devedor. Pela lei processual comum, caberá a outros alimentandos o direito de usufruto;

VI) execução específica: não sendo possível a satisfação do julgado ou do acordo, pelos meios já expostos, terá aplicação o art. 733, CPC;

VII) garantia real ou fidejussória: trata-se de medida cautelar prevista nos arts. 826 a 838 do CPC. Beneficia o cônjuge, podendo ser estendida aos filhos. O art. 602, § 2º, CPC, permite substituir a constituição do capital por caução fidejussória se a obrigação resultar de ato ilícito;

VIII) execução por quantia certa contra devedor solvente; não alcançando êxito nenhuma das hipóteses anteriores, o exequente poderá, ainda, fazer uso desta modalidade de execução.

## 2.2. Alimentos devidos pela Fazenda Pública

O crédito de natureza alimentícia define-se por seu objeto, destinando-se a garantir a subsistência do credor e de sua família, incluindo-se nessa classe, entre outros, as prestações salariais, os benefícios previdenciários, os vencimentos de servidores públicos, a remuneração de celetistas, as vantagens funcionais acessórias, os honorários cobrados por profissionais liberais, as indenizações por acidente de trabalho, morte ou invalidez fundadas na responsabilidade civil<sup>36</sup>.

O Texto Magno de 1988<sup>37</sup> e os Textos Regionais de 1989<sup>38</sup> estabelecem que os créditos de natureza alimentícia não estão sujeitos ao precatório. Diante dos dispositivos constitucionais, conclui-se que aqueles devem ser pagos imediatamente.

O CPC consagrou a execução contra a Fazenda Pública nos arts. 730 e 731. De acordo com esses dispositivos, na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública (Federal, Estadual, Distrital ou Municipal, e respectivas autarquias e fundações públicas), citar-se-á a devedora para opor embargos em dez dias; se esta não os opuser, no prazo legal, observar-se-ão as seguintes regras: a) o juiz requisitará o pagamento por intermédio do presidente do tribunal competente; b) far-se-á o pagamento na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito. Se o credor for preterido no seu direito de preferência, o presidente do Tribunal, que expediu a ordem, poderá, depois de ouvido o Procurador-Geral (da República ou de Justiça), ordenar o seqüestro da quantia necessária para satisfazer o débito.

As pensões alimentícias devem ser pagas fora do regime dos precatórios, mas pela força dos recursos orçamentários, com o que a decisão judicial poderia ser estendida ao Legislativo, para que autorizasse verbas suplementares e fontes de receitas, a fim de que, no próprio exercício financeiro, tenha-se verba necessária ao seu cumprimento<sup>39</sup>.

Esse, entretanto, não tem sido o entendimento dos Tribunais pátrios. O STF tem entendido, com base no art. 4º da Lei nº 8.197/91, que também os créditos de natureza alimentícia sujeitam-se à ordem cronológica dos precatórios, isentando-os da observância da ordem cronológica em relação às dívidas de outra natureza, porventura mais antigas<sup>40</sup>. Assim, deve ser elaborada uma lista dúplice: uma para os créditos de natureza alimentar e outra para os de natureza diversa (demais créditos). O STJ tem seguido o mesmo posicionamento (Súmula 144). Tais créditos devem ser pagos em única vez, atualizados. A Portaria nº 50/95 do Conselho de Justiça Federal determina que o valor seja atualizado<sup>41</sup>. Vejamos as súmulas dos Tribunais:

Súmula nº 144, STJ: “Os créditos de natureza alimentícia gozam de preferência, desvinculados os precatórios da ordem cronológica dos créditos de natureza adversa”.

Súmula nº 4, TRF-1ª Região: “A preferência prevista no art. 100, *caput*, da Constituição Federal não obriga a Fazenda Pública a dispensar a expedição de precatório no pagamento dos créditos de natureza alimentícia”.

Súmula nº 1, TRF-5ª Região: “Na execução de dívida alimentícia da Fazenda Pública, observa-se o rito do art. 730, CPC, expedindo-se precatório cujo pagamento tem preferência em classe especial”.

Com relação ao INSS, Antonio Carlos Polini e Francisco Antonio Zem Peralta<sup>42</sup> esclarecem que “o instituto segurador social, mesmo sendo autarquia federal, jamais poderá integrar o conceito de Fazenda Pública quando chamado a cumprir a obrigação precípua de pagamento de benefícios e suas revisões, e o próprio fundo previdenciário/acidentário nunca poderá ser confundido como integrante do patrimônio público ou de verba pública, fatos que tornam inaplicáveis os dispositivos da Lei 8.197/91 e do Decreto 430/91 aos débitos previdenciários”.

Os mesmos juristas ilustram o nobre entendimento do Juiz Renato Sartorelli<sup>43</sup>, expresso num acórdão do Egrégio Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo:

“Conclui-se, pois, que a r. decisão combatida, confortada pelo art. 100 da Carta Constitucional, deve subsistir, seja porque os créditos acidentários têm caráter alimentar, seja porque a norma constitucional invocada e a Lei 8.197/91 são conflitantes, donde, por decorrência lógica e jurídica, aquela sobrepuja esta na regência da questão em debate, sem contar que a Lei 8.213/91 (art. 128) afastou definitivamente qualquer interpretação no sentido da manutenção do sistema de precatórios para as verbas de natureza alimentar (Ac. Unânime da 1ª Turma do 2º TACSP – Ag. 355.442/0-00 – Rel. Juiz Renato Sartorelli, j. 15.6.92).

O Presidente do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) reconheceu o caráter alimentar dos créditos decorrentes de condenação judicial envolvendo benefícios e autorizou a quitação de todos os precatórios judiciais dentro do próprio mês de sua apresentação, colocando como única condição a existência de recursos no orçamento (Resolução nº 102, de 25-6-92, publicada no DOU de 29-6-92, Seção I, p. 82.169). Cabe ressaltar, ainda, que o art. 128 da Lei nº 8.213/91 (Planos de Benefícios da Previdência Social), com redação dada pela Lei nº 8.620, de

5-1-93, regula que as demandas judiciais que tiverem por objeto as questões previdenciárias (benefícios e indenização acidentária), de valor não superior a Cr\$1.000.000,00 (um milhão de cruzeiros) por autor, serão liquidadas imediatamente, não se lhes aplicando o disposto nos artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil. Nesses casos e obedecido o teto fixado, a execução processa-se imediatamente, sendo inaplicável o procedimento dos precatórios judiciais, previstos constitucional e legalmente.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal (ADIn nº 1.252-5, Tribunal Pleno, em 28-5-97) declarou a inconstitucionalidade do art. 128, *in fine*, da Lei nº 8.213/91, com redação dada pela Lei nº 8.620, de 5-1-93. Essa decisão considerou inconstitucional a expressão “e liquidadas imediatamente, não se lhes aplicando o disposto nos artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil”. Assim, até os créditos previdenciários estão sujeitos ao regime dos precatórios (art. 100, CF/88, e arts. 730 e 731, CPC).

### 2.3. Alimentos devidos no estrangeiro

A sentença estrangeira deve ser homologada no Brasil. O Supremo Tribunal Federal é o órgão judiciário competente para a homologação<sup>44</sup>. A Procuradoria-Geral da República é a instituição intermediária responsável pelo cumprimento das sentenças alienígenas (art. 26 da Lei de Alimentos) quando o devedor residir no território nacional. A execução deve ser processada perante a Justiça Comum Federal (art. 109, inciso X, da Constituição da República). O Decreto Legislativo nº 10, de 13-11-58, e o Decreto nº 56.826, de 2-9-65 (Convenção sobre prestação de alimentos no estrangeiro) também tratam desse assunto.

### 2.4. Prisão do devedor

Refere-se a coerção do alimentante por prisão civil, se não cumprido o dever de pagar a prestação alimentícia. Em palestra proferida na Universidade Federal de Uberlândia (Curso de Especialização em Direito Processual Civil), em 27 de novembro de 1992, o Professor Donaldo Arnelim afirmou que “o Direito Processual Brasileiro não funciona efetivamente e há uma necessidade de se buscar o Direito Penal para fazer cumprir as decisões processuais civis”.

Pelo rito da constrição pessoal, o credor deverá citar o devedor para em três dias: efetuar o pagamento; provar que já o fez ou justificar

(por escrito) a impossibilidade do cumprimento da prestação.

O juiz concederá prazo razoável para o alimentante cumprir a prestação, se provada a impossibilidade momentânea. A impossibilidade do cumprimento da prestação pode ser justificada mesmo depois de decretada a prisão.

A prisão civil não tem caráter de cumprimento de pena, mas de sanção que subsiste apenas enquanto a obrigação não é prestada<sup>45</sup>. O devedor não pode pretender o cumprimento da ordem em prisão albergue domiciliar; mas poderá em quartel ou prisão especial<sup>46</sup> se, por suas condições pessoais, a tal benefício tiver direito. Na falta de estabelecimento adequado, o cumprimento da prisão civil se efetivará em seção especial da Cadeia Pública (art. 201 da Lei nº 7.210/84 – Lei de Execuções Penais).

Só cabe *habeas corpus* no restrito âmbito da apreciação dos aspectos formais da decretação da pena ou quando é decretada a prisão antes de esgotados outros meios para a execução civil. Cabe, também, contra decisão não-fundamentada. Não cabe *habeas corpus* (preventivo) contra: a) a decisão relacionada a fixação de alimentos; b) a decisão que rejeita a alegação de falta de recursos pecuniários do alimentante; e c) a ameaça de prisão, caso o devedor não pague a prestação.

A prisão do alimentante deve ser decretada somente se for pedida pelo alimentando. Assim, não pode ser decretada de ofício pelo juiz. Este não pode admitir a prestação de fiança, nem o benefício da liberdade provisória.

O Código Penal (art. 244) cuida do crime de abandono material, punindo a falta de pagamento de pensão alimentícia judicialmente fixada<sup>47</sup>. A ação penal por esses crimes independe da ação de execução de prestação alimentícia<sup>48</sup>.

Constitui crime contra a administração da Justiça deixar o empregador ou funcionário público de prestar ao juízo competente as informações necessárias à instrução de processo ou execução de sentença ou acordo que fixe pensão alimentícia (art. 22 e parágrafo único da Lei de Alimentos).

A prisão civil do devedor de alimentos inadimplente pode ser decretada e imposta tantas e quantas vezes forem necessárias para o cumprimento da obrigação. O cumprimento integral da pena de prisão não exime o devedor do pagamento das prestações alimentícias,

vincendas ou vencidas e não-pagas (art. 19, § 1º, da Lei de Alimentos).

O prazo de duração da prisão é diferenciado:

a) na execução de alimentos provisionais, pode ser estabelecida de um a três meses (art. 733, § 1º, CPC);

b) na execução de alimentos definitivos, o prazo máximo é de até sessenta dias (art. 19 da Lei nº 5.478/68).

Cabe salientar que o art. 5º, inciso LXVII, da Carta Federal de 1988 estabelece que

“não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

O art. 7º, Parágrafo 7º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), de 1969, ratificada pelo Brasil em 26-5-92, por meio do Decreto Legislativo nº 27, prescreve:

“Ninguém deve ser detido por dívidas. Esse princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

## 2.5. Foro competente

De acordo com o art. 100, inciso II, do Diploma Processual Civil, é competente para processar e julgar o processo de execução o juízo do foro do domicílio ou residência do alimentando, prevalecendo este dispositivo sobre o art. 575, inciso II, da mesma norma. Esse também é o entendimento do STJ, salvo se ação de alimentos ainda estiver tramitando<sup>49</sup>. Entretanto, se o alimentando mudar de residência, pode executar a sentença no foro diferente daquele da ação de conhecimento. Há entendimento diverso, prejudicial aos hipossuficientes (alimentandos), compreendendo que a competência do juízo da fixação dos alimentos é absoluta, devendo neste ser processada também a ação de execução. Convém salientar que a primazia do foro, em favor do alimentando, decorre das dificuldades que este enfrentaria se tivesse que dirigir até o foro do domicílio do alimentante, o que em muitos casos, certamente, ensejaria a obstacularização do seu direito ou até a sua inércia. A título de argumentação, o STJ tem se posicionado, em casos semelhantes, a favor do hipossuficiente, como fez o legislador:

SÚMULA nº 1, STJ: “O foro do domicílio ou da residência do alimen-

tando é o competente para a ação de investigação de paternidade quando cumulada com a de alimentos”.

De acordo com a Resolução nº 274, publicada em 17-2-95, expedida pelo Presidente da Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG), o processamento e o julgamento das ações de alimentos e partilha, fundadas, as primeiras, no art. 1º e parágrafo, e, as segundas, nos arts. 2º e 3º, todos da Lei Federal nº 8.971, de 29-12-94, competirão às Varas Especializadas de Família e Sucessões, respectivamente, onde houver. As ações originárias e os recursos respectivos serão apreciados pelo Tribunal de Justiça (art. 106, I, “c”, “d” e “g”, e II, “c”, da Constituição do Estado de Minas Gerais). O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJSC) compartilha desse mesmo entendimento.

Cabe ressaltar, ainda, que a Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, que regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal, estatui: “Toda matéria relativa à união estável é de competência do juízo da Vara de Família, assegurado o segredo de justiça” (art. 9º). A Corregedoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro publicou seus entendimentos referentes à Lei nº 9.278/96. O Enunciado nº 8 tem a seguinte redação:

“As ações fundadas em união estável, relativas a alimentos, são da competência das Varas de Família (unânime)”.

## 2.6. Citação

Nos termos dos arts. 222, letra “d”, e 224 do Estatuto Processual Civil, com redação dada pela Lei 8.710/93, a citação será feita por oficial de justiça (mandado) nos processos de execução. Se o executado for domiciliado em comarca ou país diverso, proceder-se-á a citação por carta precatória ou rogatória, respectivamente. Frustrada a citação por oficial de justiça, far-se-á por edital. É vedada a citação postal (pelo correio).

Nas ações de conhecimento, a citação do devedor poderá ser feita pelo correio, mediante remessa realizada pelo escrivão (art. 5º da Lei de Alimentos).

## 2.7. Petição inicial

Devem ser observados os requisitos dos arts. 282 e 733 do CPC. Geralmente, deve ser distribuída por dependência e apensada aos autos do processo de conhecimento anterior<sup>50</sup>

(alimentos, divórcio, separação, investigação de paternidade, indenização por ato ilícito, etc.). Se o executado for domiciliado no mesmo domicílio do credor, a citação será por oficial de justiça (mandado). Todavia, se o executado tiver domicílio fora da comarca, deve ser requerida a citação por carta precatória ou rogatória. Deve ser requerida a intimação do Ministério Público para intervir no feito. O valor da causa é o correspondente ao total das prestações devidas, devendo ser requerido o pagamento das prestações vencidas e vincendas. A atualização dos valores deve ser realizada pelo exequente, conforme determinação da Lei nº 8.898/94, que deu nova redação ao art. 604, CPC.

## 2.8. Ritos

Há dois ritos. Se o credor optar pelo rito do art. 733, CPC<sup>51</sup>, o devedor não deve depositar quantia para oposição de embargos, pois estes não podem ser manuseados nesse rito. Verificada a impossibilidade de cumprimento da obrigação, deve ser feita a justificação, sob pena de prisão. Optando o credor pelo rito estipulado no art. 732 do Diploma Processual Civil, não pode pedir a prisão do devedor, prevista no art. 733, CPC; nem pode o devedor alegar impossibilidade de cumprir a obrigação. Este, nomeando bens a penhora, deverá defender-se mediante embargos de devedor.

O Professor Humberto Theodoro Junior<sup>52</sup> ensina que

“pode perfeitamente iniciar-se o processo executivo por qualquer dos dois caminhos legais”.

“Mas a escolha da primeira opção não lhe veda o direito de, após a prisão ou a justificativa do devedor, pleitear o prosseguimento da execução por quantia certa, sob o rito comum das obrigações dessa natureza (art. 733, § 2º), caso ainda persista o inadimplemento.”

## 2.9. Ministério público

O *parquet* geralmente atua como *custo legis* (fiscal da lei), podendo atuar como substituto processual, visto ser legítimo representante dos interesses dos civilmente incapazes e hipossuficientes (por exemplo, na *actio ex delicto*<sup>53</sup>).

Quando atua como *custo legis*, não tem legitimidade para requerer a prisão do alimentante. Se num dos pólos da relação jurídica houver incapaz, a atuação do Ministério Público

fica vinculada aos interesses do assistido (incapaz). Trata-se de hipótese de legitimação interventiva assistencial.

Nos termos do art. 201, inciso III, do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Ministério Público tem legitimidade ativa para “promover e acompanhar as ações de alimentos”. O § 1º do referido artigo ressalta que “a legitimação do Ministério Público para as ações cíveis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo dispuserem a Constituição e esta lei”. Esta legitimação do *parquet* se restringe aos casos em que o menor se encontra em situação irregular. Nesse caso, a Vara da Infância e da Juventude, se existente na comarca ou circunscrição, será competente para processar e julgar a ação.

Para Yussef Said Cahali, “o que se tem admitido é que, manifestada a pretensão alimentícia pelo interessado (ou por seu representante legal, se incapaz), seja por petição, seja por termo em audiência perante o magistrado, sem indicação de advogado ou nomeação de ofício do profissional, intervenha o Ministério Público para referendá-lo, quer como fiscal da lei, quer para velar pelos interesses do menor, com o prosseguimento regular da ação, com o entendimento, inclusive, de que, a partir daí, a própria desistência manifestada pelo representante do menor pode ser obstada pelo Ministério Público, no pressuposto de que se trata de direito indisponível (*Dos Alimentos*. São Paulo, p. 508).”<sup>54</sup>

## 2.10. Recursos

Da sentença que fixa o valor da prestação alimentícia cabe recurso de apelação com efeito, apenas, devolutivo, possibilitando a execução provisória (art. 14 da Lei de Alimentos). Poderá, entretanto, ser concedido, pelo relator da apelação, o efeito suspensivo (art. 558, parágrafo único, c/c 520, II, CPC).

Do indeferimento ou deferimento (art. 19, § 2º, da Lei de Alimentos) do pedido de prisão cabe agravo de instrumento, que poderá ter efeito suspensivo, conforme estabelece o art. 527, II, c/c art. 558, do CPC, diploma processual que tem aplicação supletiva nos processos de alimentos (art. 27, Lei nº 5.478/68). O efeito suspensivo deverá ser requerido nas razões recursais do agravante, ao relator, se da prisão civil puder resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação. Se o relator atribuir efeito suspensivo ao agravo,

a medida coercitiva ficará suspensa até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara recursal, devendo a decisão do relator ser comunicada ao juiz recorrido.

Cabe agravo de instrumento contra a decisão do juiz que mandar citar o devedor, causando gravame à parte.

O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido que: “A beneficiária de alimentos, nos termos do art. 920, CPC, tem legítimo interesse em recorrer da decisão concessiva de *habeas corpus* em favor do devedor inadimplente”<sup>55</sup>.

## 2.11. Observações finais

O Projeto de Código Civil, aprovado pelo Senado, dispõe sobre os alimentos (arts. 1.722 a 1.739). Apenas nas hipóteses dos alimentos decorrentes do casamento é que existem restrições relevantes. Vejamos:

“Art. 1.722. Podem os parentes ou os cônjuges pedir uns aos outros os alimentos de que necessitam para viver do modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação, quando o beneficiário for menor.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

Art. 1.723. São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.

Art. 1.724. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

Art. 1.725. Na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais.

Art. 1.726. Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o

encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato. Sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos. Intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.

Art. 1.727. Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação patrimonial de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou agravação do encargo.

Art. 1.728. A obrigação de prestar alimentos não se transmite aos herdeiros do devedor.

Art. 1.729. A pessoa obrigada a suprir alimentos poderá pensionar o alimentando, ou dar-lhe hospedagem e sustento, sem prejuízo do dever de prestar o necessário à sua educação, quando menor.

Parágrafo único. Compete, porém, ao juiz, se as circunstâncias o exigirem, fixar a forma do cumprimento da prestação.

Art. 1.730. Na separação judicial litigiosa, sendo um dos cônjuges inocente e desprovido de recursos, prestar-lhe-á o outro a pensão alimentícia que o juiz fixar, obedecidos os critérios estabelecidos no art. 1.722.

Art. 1.731. Para a manutenção dos filhos, os cônjuges separados judicialmente contribuirão na proporção de seus recursos.

Art. 1.732. Se um dos Cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, caso não tenha sido considerado culpado na separação judicial.

Parágrafo único. Se o cônjuge considerado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, e nem aptidões para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a fazê-lo, fixando o juiz apenas o indispensável à subsistência.

Art. 1.733. Para obter alimentos, também os filhos adulterinos, que não satisfaçam aos requisitos do art. 1.624 e seu parágrafo único, bem como os incestuosos, podem acionar os genitores, em segredo de justiça.

Art. 1.734. Os alimentos provisionais serão fixados pelo juiz, nos termos da lei processual.

Art. 1.735. Pode-se deixar de exercer, mas não se pode renunciar o direito a alimentos, nem pode o respectivo crédito ser objeto de cessão, transação, compensação ou penhora.

Art. 1.736. Ao cônjuge separado judicialmente não cabem alimentos, enquanto viver em concubinato, ou tiver procedimento indigno.

Art. 1.737. O casamento ou o concubinato do credor da pensão alimentícia determinará a sua extinção.

Art. 1.738. Se o cônjuge devedor da obrigação vier a casar-se, o novo casamento não altera a sua obrigação.

Art. 1.739. As prestações alimentícias, de qualquer natureza, serão corrigidas monetariamente obedecendo à variação nominal da Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional - ÖRTN."

O art. 3º, § 3º, da Constituição do Estado do Amazonas assegura que "o julgamento da ação de inconstitucionalidade, do *habeas corpus*, do mandado de segurança individual ou coletivo, do *habeas data*, do mandado de injunção, da ação popular, da ação indenizatória por erro judiciário, das ações de alimentos e da ação relativa aos atos de lesa-natureza terá preferência absoluta sobre quaisquer outros". Esse entendimento deveria ser consagrado ou recepcionado pelos Poderes Legislativo e Judiciário da União e dos demais Estados da Federação.

## Bibliografia

- BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Alimentos*. 4. ed. São Paulo : LEUD, 1979.
- CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. São Paulo : Revista dos Tribunais. [1984?].
- FRIGINI, Ronaldo. *Alguns aspectos da prestação alimentar*. RTJESP, n. 131, p. 22, jul./ago. 1991.
- NEGRÃO, Theotônio. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 25. ed. São Paulo : Malheiros, 1994.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. 5. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1996.
- PORTO, Sérgio Gilberto. *Doutrina e prática dos alimentos*. Rio de Janeiro: Aide, 1985.

## Notas

<sup>1</sup> Art. 396, Código Civil: “De acordo com o prescrito neste Capítulo podem os parentes exigir uns dos outros os alimentos de que necessitem para subsistir.”

<sup>2</sup> Art. 397, Código Civil: “O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.”

<sup>3</sup> Art. 398, Código Civil: “Na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem da sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos, como unilaterais.” Os artigos 396 e 397, CC, foram citados em notas anteriores.

<sup>4</sup> Art. 22, ECA: “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.”

<sup>5</sup> CF/88, art. 227, § 6º: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” Art. 229: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”

<sup>6</sup> Código Civil, art. 233, inciso IV: “O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (arts. 240, 247 e 251). Compete-lhe: (...) IV - prover a manutenção da família, guardadas as disposições dos arts. 275 e 277.” Art. 221: “Embora anulável, ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória. Parágrafo único. Se um dos cônjuges estava de boa-fé, ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a esses e aos filhos aproveitarão.” Os alimentos são devidos no casamento putativo, de acordo com o entendimento do STF, consubstanciado no REX. 81.105, em 5-9-78: anulado o casamento, porém declarado putativo, o “cônjuge” inocente tem direito a alimentos, sem limitação no tempo, Relator: Ministro Cordeiro Guerra. *RJTJESP* n. 56, p. 38. Art. 234: “A obrigação de sustentar a mulher cessa, para o marido, quando ela abandona sem justo motivo a habitação conjugal, e a esta recusa voltar. Neste caso, o juiz pode segundo as circunstâncias, ordenar, em proveito do marido e dos filhos, o seqüestro de parte dos rendimentos particulares da mulher.”

<sup>7</sup> Lei nº 6.515/77, art. 19: “O cônjuge responsável pela separação judicial prestará ao outro, se dela necessitar, a pensão que o juiz fixar.” Art. 20: “Para a manutenção dos filhos, os cônjuges, separados judicialmente, contribuirão na proporção de seus recursos.” Art. 21: “Para assegurar o pagamento da pensão alimentícia, o juiz poderá determinar a constituição de garantia real ou fidejussória. § 1º Se o cônjuge credor preferir, o juiz poderá determinar que a pensão consista no usufruto de determinados bens do cônjuge devedor. § 2º Aplica-se, também, o disposto no parágrafo anterior, se o cônjuge credor justificar a possibilidade de não-recebimento regular da pensão.” Art. 22: “Salvo decisão judicial, as prestações alimentícias, de qualquer natureza, serão corrigidas monetariamente na forma dos índices de atualização das Obrigações do Tesouro Nacional – OTN. Parágrafo único. No caso do não-pagamento, o devedor responderá, ainda, por custas e honorários de advogado apurados simultaneamente.” Art. 28: “Os alimentos devidos pelos pais e fixados na sentença de separação poderão ser alterados a qualquer tempo.” Art. 29: “O novo casamento do cônjuge credor da pensão extinguirá a obrigação do cônjuge devedor.” Art. 30: “Se o cônjuge devedor da pensão vier a casar-se, o novo casamento não alterará sua obrigação.”

<sup>8</sup> O art. 1.121 do CPC trata da Separação Judicial Consensual, estabelecendo que “a petição, instruída com a certidão de casamento e o contrato antenupcial se houver, conterà: (...) III - o valor da contribuição para criar e educar os filhos; IV - a pensão alimentícia do marido à mulher, se esta não possuir bens suficientes para se manter.”

<sup>9</sup> Art. 226, § 6º, CF/88: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.”

<sup>10</sup> Código Civil, art. 424, I: “Cabe ao tutor, quanto à pessoa do menor: I - dirigir-lhe a educação, defendê-lo e prestar-lhe alimentos, conforme os seus haveres e condição”. Art. 425: “Se o menor possuir bens, será sustentado e educado a expensas suas, arbitrando o juiz, para tal fim, as quantias, que lhe pareçam necessárias, atento o rendimento da fortuna do pupilo, quando o pai, ou a mãe, não as houver taxado.”

<sup>11</sup> Art. 1.183, IV, Código Civil: “Só se podem revogar por ingratidão as doações: (...) IV - se, podendo ministrar-lhos, recusou ao doador os alimentos, de que este necessitava.”

<sup>12</sup> Art. 1.537, II, Código Civil: “A indenização, no caso de homicídio, consiste: (...) II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia.”

<sup>13</sup> Súmula nº 490, STF: “A pensão correspondente à indenização oriunda de responsabilidade civil deve ser calculada com base no salário-mínimo vigente ao tempo da sentença e ajustar-se-á às variações ulteriores”.

<sup>14</sup> Código Civil, art. 1.687: “O legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se ele for menor.” Art. 1.690: “O legado puro e simples confere, desde a morte do testador, ao legatário o direito, transmissível aos seus sucessores, de pedir aos herdeiros instituídos a coisa legada. Parágrafo único. Não pode, porém, o legatário entrar, por autoridade própria, na posse da coisa legada.” Art. 1.691: “O direito de pedir o legado não se exercerá, enquanto litigue sobre a validade do testamento, e, nos legados condicionais, ou a prazo, enquanto penda a condição, ou o prazo se não vença.” Art. 1.694: “Se o legado consistir em renda vitalícia, ou pensão periódica, esta, ou aquela, correrá da morte do testador.” Art. 1.695: “Se o legado for de quantidade certa, em prestações periódicas, datará da morte do testador o primeiro período, e o legatário terá direito a cada prestação, uma vez encetado cada um dos períodos sucessivos, ainda que antes do termo dele venha a falecer.” Art. 1.696: “Sendo periódicas as prestações, só no termo de cada período se poderão exigir. Parágrafo único. Se, porém, forem deixadas a título de alimentos, pagar-se-ão no começo de cada período, sempre que o contrário não disponha o testador.”

<sup>15</sup> Art. 227, § 6º, CF/88: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

<sup>16</sup> Art. 41, ECA: “A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.”

<sup>17</sup> Art. 226, § 3º, CF/88: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

<sup>18</sup> Lei nº 8.971, art. 1º: “A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de 5 (cinco) anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade. Parágrafo único. Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva.” Esta foi uma das últimas leis sancionadas pelo ex-Presidente Itamar Franco; regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Anteriormente à edição desta lei, o Poder Judiciário, geralmente negava os pedidos de alimentos e de direitos sucessórios a pessoas com esse tipo de vínculo. De acordo com a nova lei, aqueles que vivem juntos há mais de cinco anos ou que tenham filhos em comum podem pedir alimentos desde que provem a necessidade e enquanto não constituírem nova união. Aos concubinos foi consagrado o direito de usar o rito especial, previsto na Lei de Alimentos (Lei nº 5.478/68), e que só poderia

ser usado por cônjuges e filhos. Entretanto, se o concubinato for inferior a cinco anos ou com ausência de prole, o(a) concubino(a) pode pleitear alimentos, não pela Lei de Alimentos, mas mediante ação ordinária, que não tem rito especial e não consagra a fixação provisória dos alimentos.

<sup>19</sup> Lei nº 9.278, art. 2º: “São direitos e deveres iguais dos conviventes: (...) II - assistência moral e material recíproca”. Art. 7º “Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos.”

<sup>20</sup> Código Civil, art. 1.539: “Se da ofensa resultar defeito pelo qual ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua o valor do trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescência, incluirá uma pensão correspondente à importância do trabalho, para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.” Art. 1.540: “As disposições precedentes aplicam-se ainda ao caso em que a morte, ou lesão resulte de ato considerado crime justificável, se não foi perpetrado pelo ofensor em repulsa de agressão do ofendido.”

<sup>21</sup> Art. 602, Código de Processo Civil: “Toda vez que a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, o juiz, quanto a esta parte, condenará o devedor a constituir um capital, cuja renda assegure o seu cabal cumprimento. § 1º Este capital, representado por imóveis ou por títulos da dívida pública, será inalienável e impenhorável: I - durante a vida da vítima; II - falecendo a vítima em consequência do ato ilícito, enquanto durar a obrigação do devedor. § 2º O juiz poderá substituir a constituição do capital por caução fidejussória, que será prestada na forma dos arts. 829 e seguintes.”

<sup>22</sup> Art. 224, Código Civil: “Concedida a separação, a mulher poderá pedir os alimentos provisionais, que lhe serão arbitrados, na forma do art. 400.”

<sup>23</sup> Código de Processo Civil, art. 852: “É lícito pedir alimentos provisionais: I - nas ações de desquite e de anulação de casamento, desde que estejam separados os cônjuges; II - nas ações de alimentos, desde o despacho da petição inicial; III - nos demais casos expressos em lei. Parágrafo único. No caso previsto no n. I deste artigo, a prestação alimentícia devida ao requerente abrange, além do que necessitar para sustento, habitação e vestuário, as despesas para custear a demanda.” Art. 853: “Ainda que a causa principal penda de julgamento no tribunal, processar-se-á no primeiro grau de jurisdição o pedido de alimentos provisionais.” Art. 854: “Na petição inicial, exporá o requerente as suas necessidades e as possibilidades do alimentante. Parágrafo único. O requerente poderá pedir que o juiz, ao despachar a petição inicial e sem audiência do requerido, lhe arbitre desde logo uma mensalidade para manutenção.”

<sup>24</sup> Art. 4º da Lei nº 5.478/68: “Ao despachar o pedido, o juiz fixará desde logo alimentos provisórios a serem pagos pelo devedor, salvo se o credor



expressamente declarar que deles não necessita. Parágrafo único. Se se tratar de alimentos provisórios pedidos pelo cônjuge, casado pelo regime da comunhão universal de bens, o juiz determinará igualmente que seja entregue ao credor, mensalmente, parte da renda líquida dos bens comuns, administrados pelo devedor.”

<sup>25</sup> Lei nº 8.560/92, art. 7º: “Sempre que na sentença de primeiro grau se reconhecer a paternidade, nela se fixarão os alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido que deles necessite.”

<sup>26</sup> A regra da irrepetibilidade sofre exceção nos casos de erros grosseiros sobre a pessoa do devedor, cabendo ao terceiro prejudicado atuar regressivamente contra o causador do dano (desconto indevido, por exemplo).

<sup>27</sup> 3ª Turma. REsp. nº 9.661/91. Relator: Ministro Nilson Naves. Somente nos casos de alimentos decorrentes de ação de investigação de paternidade é que o STJ posicionou-se no sentido de que os alimentos são devidos a partir da sentença de 1º grau (3ª Turma. REsp. nº 36.066/93. Relator: Ministro Claudio Santos).

<sup>28</sup> Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 5ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 10.018/85. Relator: Des. Narcizo Pinto; e Apelação nº 2.544/88. Relator: Des. Barbosa Moreira.

<sup>29</sup> TJRS. 6ª Câmara Cível. Apelação nº 585.058.142. Relator: Des. Adroaldo Fabrício.

<sup>30</sup> Ver: THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 16. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1996. v. 2, p. 498-506.

<sup>31</sup> Theodoro Junior (op. cit., p. 499) esclarece que “não há, portanto, alimentos provisionais *preparatórios* diante da ação principal de alimentos, mas apenas *incidentais*.”

<sup>32</sup> Geralmente são devidos a partir da sentença de 1º grau. Existindo provas evidenciadoras (indícios) da paternidade investigada, o juiz pode deferir pedido inicial ou incidental de alimentos provisionais na ação de conhecimento. Nesse sentido é o escólio dos Professores Caio Mário da Silva Pereira (Reconhecimento de paternidade e seus efeitos. 5. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1996. p. 249-250) e Theodoro Junior (op. cit., p. 503). Ver, também, Recurso Extraordinário nº 37.914-SP. Relator: Ministro Villas Boas.

<sup>33</sup> Há julgados que flexibilizam essa orientação: “Conversão de separação em divórcio. Inexistência da prestação de alimentos. Ônice insuficiente para impedir a conversão. Não constitui empecilho para conversão da separação em divórcio o cumprimento insatisfatório da obrigação alimentar.” (TJDF. 2ª Turma Cível. Apelação Cível nº 29.064. Relator: Des. Natanael Caetano).

<sup>34</sup> O art. 570 do CPC também prevê a faculdade, no processo de execução: “O devedor pode requerer

ao juiz que mande citar o credor a receber em juízo o que lhe cabe conforme o título executivo judicial; neste caso, o devedor assume, no processo, posição idêntica à do exequente”. Para os fins do art. 570, poderá o devedor proceder ao cálculo aritmético, instruindo o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo, depositando, de imediato, o valor apurado (art. 605, CPC). O art. 24 da Lei nº 5.478/68 dispõe sobre essa faculdade, no processo de conhecimento: “A parte responsável pelo sustento da família, e que deixar a residência comum por motivo que não necessitará declarar, poderá tomar a iniciativa de comunicar ao juízo os rendimentos de que dispõe e de pedir a citação do credor, para comparecer à audiência de conciliação e julgamento destinada à fixação dos alimentos a que está obrigado”.

<sup>35</sup> Theodoro Junior (op. cit., p. 266), com base no escólio de Moacyr Amaral Santos, esclarece que, “uma vez averbada a prestação em folha, considera-se seguro o juízo, como se penhora houvesse, podendo o credor oferecer embargos à execução, se for o caso.”

<sup>36</sup> Entendimento consubstanciado no art. 57, § 3º, da Constituição do Estado de São Paulo. A constitucionalidade desse dispositivo foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn nº 446, Pleno, 24 de junho de 1994, e no RE nº 189.942-SP.

<sup>37</sup> Art. 100: “À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

§ 1º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público de verba necessária ao pagamento de seus débitos constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, data em que terão atualizados seus valores, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte.

§ 2º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias respectivas à repartição competente, cabendo ao Presidente do tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento, segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência, o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito.

<sup>38</sup> As Constituições dos Estados federados consagram disposições iguais ou semelhantes às da Carta Federal: Acre (art. 100, §§ 1º e 2º), Amazonas (art. 68, §§ 1º e 2º), Bahia (art. 111, §§ 3º a 5º), Ceará (art. 99, §§ 3º a 5º), Espírito Santo (art. 106, §§ 1º e 2º), Goiás (art. 44, §§ 1º e 2º), Maranhão (art. 79, §§ 1º e 2º), Minas Gerais (art. 163, §§ 1º e 2º), Mato Grosso (art. 100, §§ 1º e 2º), Mato Grosso do Sul (art. 111, §§ 1º a 3º), Pará (art. 159, §§ 1º e 2º), Paraíba (arts. 118 a 120), Paraná (art. 98, §§ 2º a 5º),

Pernambuco (art. 49, III a V), Piauí (art. 114, §§ 1º e 2º), Rio Grande do Norte (art. 81, §§ 1º e 2º), Rio de Janeiro (art. 150, §§ 1º e 2º), Rondônia (art. 76, §§ 1º e 2º), Santa Catarina (art. 81, §§ 1º e 2º), São Paulo (art. 57, §§ 1º a 4º), Sergipe (art. 96, §§ 1º e 2º) e Tocantins (art. 84, §§ 1º e 2º). A Constituição do Rio Grande do Sul e a Lei Orgânica do Distrito Federal, porém, não consagraram a matéria, aplicando-se, indistintamente, o dispositivo constitucional federal. Cabe salientar que a Constituição do Mato Grosso do Sul (art. 111, § 3º) esclarece que “as verbas necessárias ao pagamento dos precatórios não se incluem nas dotações orçamentárias destinadas ao Poder Judiciário.”

<sup>39</sup> O art. 98, § 5º, da Constituição do Paraná estatui que “os créditos de natureza alimentícia deverão ser pagos pela Fazenda Estadual ou Municipal e pelas autarquias, no prazo de trinta dias contados da data da apresentação dos precatórios, na ordem cronológica de sua apresentação”.

<sup>40</sup> Ver Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 571-5 (proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Relator: Ministro Marco Aurélio. Nesta ação, o Tribunal indeferiu, por maioria, o pedido de medida cautelar contra o dispositivo legal citado) e ADIn nº 673 (proposta pelo Partido dos Trabalhadores contra o Decreto Federal nº 430/92. Relator: Ministro Paulo Brossard. O Tribunal não conheceu da ação, quanto ao sistema do precatório diferenciado).

<sup>41</sup> Algumas Constituições estaduais asseguram, expressamente, a atualização dos créditos devidos pela Fazenda Estadual e Municipal. A Constituição da Bahia (art. 111, § 5º) garante a atualização monetária por indexador oficial, pré-estabelecido, a ser apurado na época do pagamento. A Constituição de São Paulo (art. 57, §§ 3º e 4º) estabelece que “os créditos de natureza alimentícia, nesta incluídos, entre outros vencimentos, pensões e suas complementações, indenizações por acidente de trabalho, por morte ou invalidez fundadas na responsabilidade civil, serão pagos de uma só vez, devidamente atualizados até a data do efetivo pagamento”, “os créditos de natureza não-alimentícia serão pagos nos termos do parágrafo anterior, desde que não superiores a trinta e seis mil Unidades Fiscais do Estado de São Paulo ou o equivalente vigentes na data do efetivo pagamento”. A Constituição de Sergipe (art. 96, § 1º) permite nova atualização, quando da data da efetiva liquidação da obrigação. O Supremo Tribunal Federal julgou constitucional o art. 57, § 3º, da Constituição Paulista (Pleno. ADI nº 446. 24 de junho de 1994; e RE nº 189.942-SP. *DJU*, de 24 nov. 1995). Ver a respeito RE n. 214.761-PR. Relator: Ministro Néri da Silveira. *DJU*, 17 nov. 1997. Seção I. Cabe ressaltar, ainda, que o STF já firmou entendimento no sentido de que a requisição a título de complementação dos depósitos insuficientes, a ser feita no prazo de noventa dias, somente deve referir-se a diferenças resultantes de erros materiais ou aritméticos ou de inexatidões

dos cálculos dos precatórios e na hipótese de substituição, por força de lei, do índice aplicado (ADIn nº 1.098-1-SP; e RE-AgRg n. 209.053. Relator: Ministro Maurício Corrêa).

<sup>42</sup> POLINI, Antonio Carlos, PERALTA, Francisco Antonio Zem. “Previdência não integra o conceito de Fazenda Pública quando paga benefício-orçamento próprio e finalidade única-custeio satisfeito previamente - analogia pagamento administrativo sem exigência do precatório”. *Jornal do 6º Congresso Brasileiro de Previdência Social*, São Paulo, n. 29, 29 jul. 1993. p. 22-23).

<sup>43</sup> SARTORELLI, apud POLINI, Antonio Carlos, PERALTA, Francisco Antonio Zem. Natureza alimentar dos benefícios e suas revisões - proteção constitucional da verba alimentar - liquidação imediata do precatórios. *Jornal do 6º Congresso Brasileiro de Previdência Social*, São Paulo, n. 29, 29 jul. 1993, p. 24-25.

<sup>44</sup> O art. 102, inciso I, letra “h”, da Constituição Federal dispõe que compete ao STF processar e julgar, originariamente, a homologação das sentenças estrangeiras e a concessão do *exequatur* às cartas rogatórias, que podem ser conferidas pelo regimento interno ao Presidente. No mesmo sentido, quanto à competência do Tribunal Apice: art. 483, CPC. Os arts. 215 e ss. do Regimento Interno do STF tratam da homologação de sentença estrangeira. De acordo com o art. 215, RISTF, a sentença estrangeira não terá eficácia no Brasil sem a prévia homologação pelo Supremo Tribunal Federal ou por seu presidente. Já o art. 224 estatui que a execução far-se-á por carta de sentença, no juízo competente, observadas as regras estabelecidas para a execução de julgado nacional da mesma natureza (nesse sentido: art. 484, CPC).

<sup>45</sup> Theodoro Junior (op. cit., p. 266), em face de julgados do TJSP e TJRJ, expõe que “a dívida que autorize a imposição da pena de prisão é aquela diretamente ligada ao pensionamento em atraso. Não se pode, pois, incluir na cominação de prisão verbas como custas processuais e honorários de advogado.”

<sup>46</sup> O Autor publicou, no jornal *Correio da Região*, em Capinópolis-MG, dia 28 ago. 1995, p. 07, o artigo “Prisão Especial”, esclarecendo o instituto legal e seus beneficiários.

<sup>47</sup> Código Penal, art. 244: “Deixar, sem justa causa, de prover à subsistência do cônjuge, ou do filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou valetudinário, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo:

Pena - detenção, de 1(um) a 4(quatro) anos, e multa, de uma a dez vezes o maior salário vigente no País.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frusta ou ilide, de qualquer modo,

inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada”.

<sup>48</sup> Ver: *RT*, n. 436, p. 371 e *Julgados do TACrimSP*, n. 69, p. 474 e n. 79, p. 225.

<sup>49</sup> Conflito de Competência nº 2.933/92, 2ª Seção. Relator: Ministro Waldemar Zveiter. Ademais, o processo executivo não constitui fase da ação de conhecimento.

<sup>50</sup> De acordo com a jurisprudência do STJ, “em se tratando de execução homologatória de transação de alimentos ajuizada em autos apartados do processo original, que nem mesmo se encontra em apenso, é necessária a apresentação do título executivo juntamente com a petição inicial, sob pena de violação do devido processo legal” (4ª Turma. REsp. nº 78.557. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. *DJU*, p. 68, 30 mar. 1998. Seção 1.).

<sup>51</sup> O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios tem se posicionado no sentido de que:

a) A execução, na forma do art. 733 do CPC, deve limitar-se às prestações recentemente vencidas, necessárias à manutenção e sobrevivência das alimentantes. Não existindo urgência, a execução deve processar-se segundo a regra do art. 732 do CPC (2ª Turma Criminal. *Habeas Corpus* nº 7.366/96. Relatora: Desª Tânia Roriz. Ac. nº 91.052);

b) Tem-se como razoável a decisão judicial que inadmita a adoção do rito da constrição pessoal prevista no art. 733 do CPC, para a execução de prestações alimentícias anteriores às seis últimas parcelas, posto que tais créditos perdem o caráter alimentar, adquirindo feição meramente indenizatória (5ª Turma Cível. Agravo de Instrumento nº 7.107/96. Relator: Des. José Dilermando Meireles. Ac. nº 90.537);

c) A possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos é um meio executivo de coação, mas que

deve ser aplicado somente para as últimas três prestações. Se os exequientes pretendem executar todo o débito, devem cindir a execução para excluir dela as parcelas anteriores às últimas três, prosseguindo-se o feito quanto a estas (art. 733). As demais podem ser executadas na forma do art. 732, CPC (3ª Turma Cível. Agravo de Instrumento nº 6.512/96. Relator: Des. Campos Amaral. Ac. nº 88.873).

O Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência semelhante: Processa-se a execução na forma do disposto no art. 733, quanto às prestações recentemente vencidas (tem-se falado nas três últimas parcelas; no caso, adotou-se essa forma em relação ‘aos alimentos vencidos desde seis meses antes da propositura da execução’). Processa-se a execução na forma do disposto no art. 732, quanto às prestações vencidas anteriormente (3ª Turma. REsp. nº 57.579/94. Relator: Ministro Nilson Naves).

Cabe ressaltar, ainda, que no STJ é pacífico seguinte entendimento: “ALIMENTOS. PRISÃO CIVIL. Descabimento. Reiterada orientação do Tribunal sobre que, embora legal a prisão civil por inadimplemento da obrigação de alimentos, tal não acontece no caso de débito pretérito.” (5ª Turma. Unân. REsp. nº 107.809-SP. Relator: Ministro José Dantas).

<sup>52</sup> THEODORO JUNIOR, op. cit., p. 268.

<sup>53</sup> O Superior Tribunal de Justiça tem divergido quanto à legitimidade do Ministério Público para requerer indenização resultante de delito (*actio ex delicto*), mesmo frente às disposições do art. 68 do Código de Processo Penal. A esse respeito, ver: SARAIVA, Wellington Cabral. Ação civil *ex delicto*: legitimidade ativa do Ministério Público. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal*, v. 3, n. 6, p. 114-135, jul./dez. 1995.

<sup>54</sup> Apud COUTO, Sérgio. O MP e os alimentos. *ADV Advocacia Dinâmica: Informativo Semanal*, v. 18, n. 8, p.125, mar. 1998.

<sup>55</sup> *RTJ*, n. 69, p. 252.

# A insuficiência dos paradigmas da teoria tradicional dos direitos constitucionais fundamentais

JAIRO GILBERTO SCHÄFER

## SUMÁRIO

*1. Introdução. 2. Algumas considerações sobre a teoria constitucional dos direitos fundamentais. 3. A insuficiência dos paradigmas da teoria tradicional dos direitos constitucionais fundamentais. 4. Considerações finais.*

## 1. Introdução

As sociedades contemporâneas e o sistema mundial em geral estão a passar por processos de transformação social rápidos e profundos que põem definitivamente em causa as teorias e os conceitos, os modelos e as soluções anteriormente considerados eficazes para diagnosticar e resolver as crises sociais, no ensinamento de Boaventura de Sousa Santos<sup>1</sup>, uma vez que a imposição de uma sociedade civil mundial, consequência irreversível da globalização, em virtude da complexidade de sua estrutura, denuncia a incapacidade da utilização do instrumental teórico tradicional, centrado no conceito de Estado Soberano.

Nesse contexto, a teoria tradicional dos direitos fundamentais, em virtude das transformações do direito na sociedade contemporânea – percebendo-se uma internacionalização do direito constitucional acompanhada de uma redução de seu espaço –, deve sofrer uma revisão profunda, objetivando adequá-la aos novos paradigmas da sociedade, que se caracteriza pela complexidade de suas relações, em que o sujeito de direito é visto enquanto inserido no contexto social, ou seja, analisado em uma situação concreta, em que a geração dos direitos transindividuais passa a ser objeto do estudo

Jairo Gilberto Schäfer é Juiz Federal Substituto da Primeira Vara Federal de Florianópolis, Professor da Faculdade de Direito da Univali, Mestrando em Direito pela CPGD/UFSC, Ex-Promotor de Justiça no Rio Grande do Sul.

<sup>1</sup> *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade.* São Paulo : Cortêz, 1995.

do jurista, pois o “direito só existe no plano das relações humanas, devendo então ser pensado não como um instrumento que opõe um homem contra o outro, mas como um instrumento que harmoniza a convivência de ambos”<sup>2</sup>.

O enfrentamento da questão relativa ao elemento político da teoria dos direitos fundamentais, qual seja, a democracia, propõe-se a responder às indagações: é possível fundamentar os direitos dos homens? Os conceitos tradicionais, a partir de uma função promocional do direito, mostram-se suficientes para a teoria jurídica contemporânea? Em virtude da globalização, é possível aplicar-se ao “cidadão do mundo” a teoria tradicional dos direitos fundamentais?

## 2. Algumas considerações sobre a teoria constitucional dos direitos fundamentais

Mostra-se abundante a doutrina jurídica sobre os direitos e garantias fundamentais, principalmente no direito alienígena, em que se percebe uma sistematização dogmática do assunto, objetivando a efetivação dos valores constitucionais, tendo por paradigma o cidadão-indivíduo, munindo-o de instrumentos eficazes na defesa de suas posições jurídicas.

Para Robert Alexy<sup>3</sup>, uma teoria jurídica dos direitos fundamentais é uma teoria dogmática, uma vez ter por objeto de estudo o direito positivo de determinada ordem jurídica, qualificada enquanto categoria teórica estrutural: investiga estruturas tais como a dos conceitos dos direitos fundamentais, da influência dos direitos fundamentais no sistema jurídico e da fundamentação dos direitos fundamentais, a partir de uma teoria integrativa<sup>4</sup>. Para o autor, sempre que alguém possui um direito fundamental, existe uma norma válida de direito fundamental que lhe outorga esse direito. Por normas de direito fundamental entende o doutrinador “todas aquellas con respecto a las cuales es posible una fundamentación insfundamental correcta”<sup>5</sup>.

Os direitos fundamentais, então, são considerados como direitos subjetivos, ou seja, uma *posição jurídica* ocupada pelo indivíduo de fazer valer sua pretensão frente ao Estado (reforçando o direito a que o Estado não elimine

determinadas posições jurídicas do titular do direito):

“Lós derechos presentados se diferencian exclusivamente por ló que respecta a su objeto. Un de estos derechos (4 - ‘a’ tiene frente al Estado El derecho a que este no ló mate) tiene como objeto una acción negativa (omisión); El otro (5 - ‘a’ tiene frente al Estado El derecho a que este proteja su vida frente a intervenciones arbitrarias de terceros), una acción positiva (un hacer) del destinatário. La diferencia entre acciones negativas y positivas es El critério principal para la división de lós derechos a algo según sus objetos. Em El ámbito de lós derechos a acciones negativas corresponden a aquello que suele llamarse ‘derechos de defensa’”<sup>6</sup>.

Segundo ensinamento de Carl Schmitt<sup>7</sup>, os direitos fundamentais em sentido próprio são, essencialmente, “derechos del hombre individual libre, y, por cierto, derecho que El tiene frente al Estado”, decorrendo o caráter absoluto da pretensão, cujo exercício não depende de previsão em legislação infra constitucional, cercandose o direito de diversas garantias com força constitucional objetivando-se sua imutabilidade jurídica e política. Ou seja: a garantia de todo direito fundamental autêntico dirige-se aos organismos competentes para a revisão da Constituição, aos órgãos competentes para a edição de leis ordinárias, bem como a todas as autoridades do Estado, ressaltando-se o acesso ao Poder Judiciário (“derecho al juez legal”) enquanto elemento concretizador das próprias garantias.

Para entender-se corretamente a posição de Carl Schmitt relativamente aos direitos fundamentais, mostra-se imprescindível trazer à colação o seu conceito de Constituição. Para o autor, toda teoria constitucional principia com aquela distinção entre Constituição e a lei da Constituição. A Constituição na acepção positiva emana de um ato do poder constituinte. A vontade política unitária existente é que se decide por uma Constituição, a qual é o princípio do Estado, a unidade política de um povo capaz de introduzir novas formas fundamentais de organização. Assim, a Constituição, decisão consciente, vale por força de uma vontade política que existe. As leis da Constituição valem por se

<sup>2</sup> JÚNIOR, José Alcebiades de Oliveira. Cidadania coletiva, p. 24.

<sup>3</sup> Teoria de los derechos fundamentales, p. 29.

<sup>4</sup> Ibidem, p. 39.

<sup>5</sup> Ibidem, p. 73.

<sup>6</sup> Ibidem, p. 188.

<sup>7</sup> Teoria de la Constitución, p. 190.

fundamentarem na Constituição e têm por pressuposto essa Constituição. A Constituição, ao contrário, consiste exclusivamente na decisão global e fundamental acerca da espécie e da forma de unidade política<sup>8</sup>.

Na concepção teórica de Jorge Miranda<sup>9</sup>, os direitos fundamentais são as posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individualmente ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, tendo-se por pressuposto o princípio da universalidade, pois têm como destinatários todos quantos fazem parte da comunidade jurídico-política. A proteção jurídica e o acesso ao direito pressupõem o conhecimento dos direitos:

“Só quem tem consciência dos seus direitos tem consciência das vantagens e dos bens que pode usufruir com o seu exercício ou com a sua efectivação, assim como das desvantagens e dos prejuízos que sofre por não os poder exercer ou efectivar ou por eles serem violados”<sup>10</sup>,

concebendo o princípio da proporcionalidade enquanto limitador do poder político, instrumento de funcionalização de todas as atuações suscetíveis de contenderem com o exercício de direitos ou com a adstrição a deveres<sup>11</sup>.

Uma teoria jurídica dos direitos fundamentais, para Canotilho, insinua uma aproximação com uma categoria dogmática, a partir de seus três sentidos: a) analítico; b) empírico; e c) normativo<sup>12</sup>, sendo que por direitos fundamentais entendem-se os direitos dos homens, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacial-temporalmente, objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta<sup>13</sup>.

Nesse diapasão, a estrutura dos direitos fundamentais encobre uma estrutura complexa de normas, garantidoras de direitos subjetivos e impositivas de deveres objetivos<sup>14</sup>, cumprindo uma função de *direitos de defesa dos cidadãos* sob uma dupla perspectiva: a) constituem normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as

ingerências destes na esfera jurídica individual; b) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)<sup>15</sup>.

Assim posta a questão, percebe-se claramente que a doutrina clássica dos direitos e garantias fundamentais, a partir de uma sólida e sistematizada dogmática, embasa toda a sua estrutura em defesa do cidadão individualmente considerado, conferindo-lhe instrumentos para defender-se diante da atuação (ou omissão) do Estado que esteja ferindo posições jurídicas absolutas derivadas da própria Constituição Federal.

### 3. A insuficiência dos paradigmas da teoria tradicional dos direitos constitucionais fundamentais

Conforme anota Octavio Ianni<sup>16</sup>, o mundo está sendo revolucionado, pois algumas transformações sociais, econômicas, políticas e culturais que estavam germinando desde o começo do século aceleraram-se depois da Segunda Guerra Mundial e intensificaram-se ainda mais a partir das reformas iniciadas por Gorbachev desde 1985. A queda do Muro de Berlim em 1989 simboliza não só a crise dos regimes socialistas do Leste Europeu, mas também a abertura de novas fronteiras para a expansão do capitalismo naqueles países. Ao mesmo tempo em que o capitalismo se depara com novos horizontes, já que se abrem os mercados do Leste Europeu, particularmente o da União Soviética, também emergem divergências e tensões no âmbito das nações capitalistas. Reabrem-se contradições sociais que se haviam mantido controladas durante a vigência da Guerra Fria.

Nesse contexto, os paradigmas da modernidade não nos fornecem instrumental suficiente a interpretar o “cidadão do mundo”: a modernidade, segundo Boaventura de Souza Santos<sup>17</sup>, confinou-nos numa ética individualista, uma microética que nos impede de pedir, ou sequer pensar, responsabilidades por acontecimentos globais, como a catástrofe nuclear ou ecológica,

<sup>8</sup> Ibidem, p. 23-24.

<sup>9</sup> *Manual de Direito Constitucional*. t. 4, p. 7.

<sup>10</sup> Ibidem, p. 229.

<sup>11</sup> Ibidem, p. 216

<sup>12</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, p. 496.

<sup>13</sup> Ibidem, p. 517.

<sup>14</sup> Ibidem, p. 532

<sup>15</sup> Ibidem, p. 541.

<sup>16</sup> *A sociedade global*, p. 12.

<sup>17</sup> Op. cit., p. 91.

em que todos, mas ninguém individualizadamente, parece poder ser responsabilizado<sup>18</sup>.

A inadequação da teoria tradicional dos direitos fundamentais reside justamente nesta questão: os direitos são considerados a partir de uma ética individualista, que está em choque com uma sociedade que exige uma macroética, onde as responsabilidades e as relações mostram-se essencialmente coletivas.

Ou seja, os direitos e garantias individuais não mais podem ser apreciados a partir de uma esfera absoluta de titularidade individual, pois as ações da humanidade, bem como suas conseqüências, estão centradas na esfera do difuso, onde se mostra impossível a determinação específica das titularidades das pretensões: crimes da macrocriminalidade; invasão da privacidade por meio da Internet; crimes contra o meio ambiente; criminalidade organizada internacional; catástrofes nucleares etc. O cerne deixa de ser o direito individual-egoístico e passa a ser predominantemente coletivo – e difuso –, onde a

---

<sup>18</sup> Nesse passo, o direito penal igualmente encontra-se diante de uma encruzilhada histórica, uma vez que o combate à criminalidade, por meio da utilização dos procedimentos tradicionais, está-se mostrando extremamente ineficaz quando se depara com os denominados crimes da macrocriminalidade, os quais ostentam características que os afastam dos conhecidos delitos individuais, amplamente conhecidos e dominados pelo Código Penal. A questão restou corretamente apreendida por Wilfred Hassemer: “A criminalidade econômica como tal sempre existiu, no sentido de que uma pessoa causa danos aos interesses econômicos de uma outra pessoa, fraude, falta de fidelidade econômica etc. Mas a criminalidade econômica moderna é bem diferente. Não se trata de casos individuais, não se trata de apenas uma pessoa como vítima, mas se trata de estratégias. A criminalidade econômica moderna é difusa – eu volto a especificar isso – mas repito que a criminalidade econômica moderna é diferente da criminalidade clássica; as vítimas, de regra, são pessoas jurídicas.” (HASSEMER, Wilfred. Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 8 p. 41). A doutrina costuma elencar as características dessa espécie delituosa: 1) ausência de vítimas individualizadas; 2) pouca visibilidade dos danos causados: bens jurídicos supra-individuais, universais, vagos; 3) novo *modus operandi*: não há violência física (sangue) e muita organização. “Destarte, a institucionalização da associação criminoso, ou seja, a sua organização em torno de um centro de poder de forma hierarquizada e disciplinada vem a constituir uma das notas características do ‘crime organizado’” (Miguel Reale Júnior - REALE JÚNIOR, Miguel. Crime organizado e crime econômico. *Revista Brasileira de*

socialização e a coletivização têm papel fundamental, nas palavras de Bolzan de Moraes<sup>19</sup>.

O fato justifica-se porque, no preciso ensinamento de José Alcebíades de Oliveira Júnior<sup>20</sup>,

“dos direitos individuais passou-se a considerar também os direitos sociais, isto é, do indivíduo enquanto membro de um grupo (direitos do trabalhador, etc.). Por outro lado, a titularidade de alguns direitos foi estendida dos sujeitos individuais aos grupos, como minorias étnicas, religiosas, a humanidade (no caso do meio ambiente), além de ter sido atribuída a sujeitos diferentes do homem, como os animais, a natureza, etc. Por fim, na medida em que o homem não é considerado como sujeito genérico ou homem abstrato, mas sim visto na especificidade ou concretude e suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho ou doente, ocorreu uma ampliação dos *status* a serem guarnecidos pelo direito. Todos esses novos direitos mostram um grande aumento da complexidade social, bem como assinalam, mais do que nunca, a presença de certos paradoxos do ‘bom governo’ e da ‘justiça’, quando se trata de privilegiar mais a liberdade em detrimento da igualdade e vice-versa no atendimento desses direitos”.

A busca de um fundamento absoluto para os direitos humanos, consoante Chaim Perelman<sup>21</sup>, deve dar espaço a uma dialética, na qual os princípios que se elaboram para sistematizar e hierarquizar os direitos humanos, tal como são concebidos, são constantemente cotejados com a experiência moral, com as reações de nossa consciência.

---

*Ciências Criminais*, n. 13 p. 182). Para maiores estudos, consultar: ARAUJO JUNIOR, João Marcello. *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995; PIMENTEL, Pedro Manoel. *Direito Penal Econômico*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1973; LIRA, Antíógenes Marques. *Macrocriminalidade*. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n. 35 p. 80; TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidade penal de personas jurídicas y empresas em Derecho Comparado. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n. 36 p. 25.

<sup>19</sup> *Do direito social aos interesses transindividuais*, p. 125.

<sup>20</sup> *O novo em direito e política*, p. 193.

<sup>21</sup> *Ética e Direito*, p. 398.

Patrice Gélard ensina que a internacionalização do Direito Constitucional tem várias explicações e a mais considerável é a internacionalização dos Direitos do Homem, pois temos

“aqui um fenômeno que podemos datar de 1948, quando da adoção da Declaração Universal dos Direitos do Homem e, mais tarde, da adoção do Pacto de Teerã sobre os Direitos Cívicos e Políticos e os Direitos Econômicos e Sociais. Essa redação internacional dos Direitos do Homem deve ser igualmente examinada paralelamente à concepção européia dos Direitos do Homem e à inserção de jurisdições que asseguram sua proteção”<sup>22</sup>.

A Constituição, e em geral o direito, mais não são do que um conjunto de significados, motivo pelo qual se mostra necessária a redefinição dos conceitos, alterando-se a ética individualista, justamente para permitir que contenha a Carta Política sistema de garantias eficazes. Como diz Bobbio, “uma coisa é falar dos direitos emergentes, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva”<sup>23</sup>. Ou, segundo Luigi Ferrajoli:

“Regem, funcionam, até o seu sentido ser socialmente compartilhado. Se não for assim, desaparecem, conjuntamente com os valores que garantem, sem necessidade de golpes de estado ou de alterações institucionais. Se é verdade que hoje a crise dos vínculos constitucionais provém sobretudo do seu obscurecimento no sentido comum, qualquer projeto de alternativa democrática passa por uma refundação do sentido do pacto constitucional como garantia da igualdade e dos direitos vitais da pessoa, na consciência de que os direitos fundamentais são sempre leis do mais fraco contra a lei do mais forte, que toma vantagem quando se perde o sentido daqueles, e de que a defesa do pacto constitucional só tem possibilidades de sucesso na medida em que cada um o entenda como defesa dos seus próprios direitos e da sua própria identidade de cidadão”<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> *As transformações do Direito Constitucional na sociedade contemporânea*. Texto extraído da Internet em 12 de julho de 1997.

<sup>23</sup> *A era dos direitos*, p. 63.

<sup>24</sup> *O estado constitucional de direito hoje* : o modelo e sua discrepância com a realidade. Texto extraído da Internet em 12 de julho de 1997.

Em verdade, a concepção liberal de direitos fundamentais, anteriormente analisada, não encontra mais valia em uma sociedade industrial contemporânea, pois a concretização da democracia é exigência para a própria sobrevivência da humanidade. A tarefa principal da denominada “aldeia global” consiste em submeter o Estado capitalista nacional e as empresas transnacionais e a própria sociedade civil organizada a um profundo processo de democratização que logre devolver a soberania política para as maiorias, pois não existem muitas alternativas para a evolução<sup>25</sup>: 1) holocausto nuclear, cujas possibilidades aumentam em virtude das crescentes contradições do capitalismo e da proliferação das armas nucleares (agravando-se com o desmantelamento da União Soviética, pois entidades governamentais fracionadas e sem estrutura suficiente estão, hoje, controlando diversos dispositivos nucleares, com sérios problemas de manutenção e prevenção); 2) o continuísmo dos regimes de classe capitalistas, dentro da lógica esboçada por Orwell (1984) e Huxley (*Brave New World*); 3) constituição de uma sociedade mundial com relações sociais livres do despotismo decorrente do sistema liberal e com uma democracia participativa plena.

Conforme anotado por Canotilho, a complexidade política e jurídica criada pela comunidade jurídica dos povos dos estados integrados na União Européia (exemplo vivo da internacionalização do direito constitucional) lança novos desafios à teoria da constituição, uma vez que esta terá de teorizar a ‘arte da forma supranacional’ e de fornecer suportes dogmáticos para a compreensão de uma nova ordem jurídica, onde se mostra presente a existência de órgãos e poderes de decisão supranacionais<sup>26</sup>.

Em suma, a teoria dos direitos fundamentais deve superar a relação Estado-indivíduo, ampliando sua atuação para outros âmbitos, como a proteção dos direitos frente aos particulares, pois, muitas vezes, estes podem ser mais poderosos que o próprio Estado (as multinacionais, por exemplo), bem como ampliar o âmbito de aplicabilidade (a toda a sociedade), fortalecendo as proporções internacionais<sup>27</sup>, uma vez que as

<sup>25</sup> CHOMSKI, Noam, DIETERICH, Heinz. *La sociedad global*, p. 184

<sup>26</sup> *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, p. 1214.

<sup>27</sup> MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. *Derechos y derechos fundamentales*, p. 351.



fronteiras soberanas não significam mais que desenhos em mapas ultrapassados pela dinâmica dos novos tempos, em que se deve privilegiar a função promocional do direito, consoante anotado por Bobbio<sup>28</sup>, no sentido que passa a ser relevante para o direito não o comportamento desviante, que atenta contra a norma jurídica (inobservância), mas a sua observância é que terá conseqüências jurídicas: o direito deve ser concebido enquanto elemento agregador social, tendo por função promover o que se entende, em determinado momento histórico, por bem social.

O respeito aos direitos e garantias fundamentais do cidadão, lastreados pelos direitos humanos, inserido em um meio social que lhe confere legitimidade e que lhe estabelece os parâmetros, a partir desta concepção teórica, deve ser uma prática absoluta cuja promoção é o objeto precípuo do direito.

Todavia, a defesa dos direitos do cidadão em uma sociedade difusa somente é possível com o entendimento do que seja uma cidadania coletiva: as agressões contra posições jurídicas só podem ser entendidas e solucionadas de forma coletiva, uma vez que as conseqüências de muitas condutas somente assumem relevância histórica e social se devidamente contextualizadas: agressões ao meio ambiente, por exemplo, onde se mostra impossível delimitar, de forma individualizada, os danos e os sujeitos passivos do fato, em virtude de sua natureza difusa, devendo imperar, portanto, na análise destes novos direitos, a ética da responsabilidade coletiva.

Nesse caminhar, mostra-se imprescindível a valorização dos instrumentos coletivos de defesa judicial dos direitos, como a ação civil pública, a ação popular e o mandado de segurança coletivo, em que se percebe claramente a sobreposição de uma ética coletiva, pois os instrumentos comumente utilizados mostram-se inadaptados à conflituosidade própria a esses conteúdos inovados ou inéditos<sup>29</sup>, o que está sendo bem apreendido pelos Tribunais Superiores: STJ, REsp 0097684, Quarta Turma, DJ 02-03-1997, PG: 00732, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar<sup>30</sup>; STJ, REsp 0105215, Quarta Turma, DJ

DATA, 08-18-1997 PG: 37873, Rel. Min. Salvo de Figueiredo Teixeira<sup>31</sup>; STJ, REsp 0091269, Primeira Turma, DJ 09-08-1997 PG: 42431, Rel. Min. Milton Luiz Pereira<sup>32</sup>.

#### 4. Considerações finais

Os limites objetivos do trabalho ora apresentado não comportam uma abordagem suficientemente profunda a resolver todos os problemas decorrentes da adequação dos direitos e garantias fundamentais à realidade social contemporânea. Tal constatação objetiva exteriorizar que não se teve a pretensão, com esta pesquisa, de esgotar o assunto, mas veicular

*causam*. O Ministério Público tem legitimidade para promover Ação Civil Pública contra empresa poluidora do ambiente, emissora de ruídos acima dos níveis permitidos. Recurso conhecido e provido.”

<sup>31</sup> Ementa: Processual Civil. Ação coletiva. Cumulação de demandas. Nulidade de cláusula de instrumento de compra-e-venda de imóveis. Juros. Indenização dos consumidores que já aderiram aos referidos contratos. Obrigação de não-fazer da construtora. Proibição de fazer constar nos contratos futuros. Direitos coletivos, individuais homogêneos e difusos. Ministério Público. Legitimidade. Doutrina. Jurisprudência. Recurso Provido. I – O Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação coletiva de proteção ao consumidor, em cumulação de demandas, visando: a) a nulidade de cláusula contratual inquinada de nula (juros mensais); b) a indenização pelos consumidores que já firmaram os contratos em que constava tal cláusula; c) a obrigação de não mais inserir nos contratos futuros a referida cláusula. II – Como já assinado anteriormente, (Resp 34.155 – MG), na sociedade contemporânea, marcadamente de massa, e sob os influxos de uma nova atmosfera cultural, o processo civil, vinculado estritamente aos princípios constitucionais e dando-lhes efetividade, encontra no Ministério Público uma instituição de extraordinário valor na defesa da cidadania. III – Direitos (ou interesses) difusos e coletivos se caracterizam como direitos transindividuais, de natureza indivisível. Os primeiros dizem respeito a pessoas indeterminadas, que se encontram ligadas por circunstância de fato; os segundos, a um grupo de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por meio de uma única relação jurídica. IV – Direitos individuais homogêneos são aqueles que têm a mesma origem no tocante aos fatos geradores de tais direitos, origem idêntica essa que recomenda a defesa de todos a um só tempo.”

<sup>32</sup> Ementa: Ampliado o âmbito de atividade do Ministério Público para agir na defesa de direitos, sob a iluminação de relevante interesse público e social, alicerçada fica a sua legitimação para promover a ação civil pública na esteira da proteção invocada, espécie de direito difuso. A sua legitimidade é ponto luminoso no cenáculo constitucional das suas atividades (C.F. arts. 127 e 129, III – arts. 1., IV e 5., Lei n. 7.347/85).”

<sup>28</sup> BOBBIO, Norberto. *Contribucion a la teoria del Derecho*, p. 276.

<sup>29</sup> MORAIS. op. cit., p. 191.

<sup>30</sup> Ementa: “Ação Civil Pública. Meio Ambiente. Interesse difuso. Ministério Público. Legitimidade *ad*

uma investigação questionadora dos paradigmas dogmáticos, sem apresentar soluções definitivas, mas, ao contrário, estabelecer dúvidas e incertezas, esperando-se que a dialética acadêmica possa fazer a leitura adequada da teoria estudada, para, então sim, criar novos pressupostos teóricos.

A teoria dos direitos e garantias individuais, estudada a partir da doutrina clássica, valoriza de forma excessiva a titularidade individual das posições jurídicas constitucionais, ou seja, as garantias constitucionais têm por destinatário um indivíduo concretamente considerado, cuja utilização independe do meio social em que se encontra inserido, por ser conceituado enquanto garantia individual do cidadão contra o Estado.

Procurou-se demonstrar, no decorrer do estudo, a absoluta insuficiência da teoria tradicional na interpretação dos novos direitos: estamos vivendo hoje uma realidade sócio-econômica que está a exigir uma *ética coletiva*, no sentido de que não se pode conceber a existência de direitos do cidadão que não relacionados com toda a coletividade.

A complexidade de uma sociedade pós-moderna, com todas as suas contradições, exige que nos sintamos responsáveis por toda a humanidade, pois estamos de braços dados com problemas que são indivisíveis, sendo a função do direito a harmonização definitiva da convivência dos homens.

As críticas elencadas no presente trabalho objetivam, tão-somente, colaborar com o debate, para que o direito, e, particularmente, o direito constitucional, possa interpretar de forma satisfatória e eficaz a questão dos novos direitos, uma realidade que não pode mais passar despercebida pelo jurista.

## Bibliografia

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília : Brasília Jurídica, 1996.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro : Câmpus, 1992.

———. *Contribucion a la teoria del Derecho*. Valencia : Fernando Torres, 1980.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra : Almedina, 1993.

———. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra : Almedina, 1998.

CHOMSKI, Noam, DIETERICH, Heinz. *La sociedad global*. México : J. Mortiz, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. *O estado constitucional de direito hoje : o modelo e sua discrepância com a realidade*. Texto extraído da Internet em 12 de julho de 1997, comunicação apresentada pelo autor no verão de 1994 num seminário organizado por Jueces para la Democracia sobre “A crise do poder judicial na crise do estado de direito: Itália-Espanha, uma reflexão comparada”, publicado pela Editorial Trotta, Madrid, 1996, sob a direção de Perfecto Andrés Ibáñez. A presente tradução foi feita do original italiano por Eduardo Maia Costa, publicado na Revista do Ministério Público, n. 61, p. 29.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *La Constitución como norma jurídica : la Constitución española del 1978*. Milano, 1982.

GÉLARD, Patrice. *As transformações do Direito Constitucional na sociedade contemporânea*. Texto extraído da Internet em 12 de julho de 1997.

IANNI, Octávio. *A sociedade global*. 4. ed. Rio de Janeiro : Civilização brasileira, 1996.

MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. *Derechos y derechos fundamentales*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra : Coimbra Ed., 1993. v.4.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1996.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. (Org.). *Cidadania coletiva*. Florianópolis : Paralelo 27, 1996.

———. *O novo em direito e política*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997.

PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. São Paulo : Martins Fontes, 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice : o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo : Cortéz, 1995.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid : Editorial Revista de Derecho Privado.

SMEND, Rudolf. *Constitucion y Derecho Constitucional*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

# Sobre o exercício da advocacia por Juízes leigos dos Juizados Especiais

Para uma superação do conflito aparente de normas entre a Lei nº 8.906/94 e a Lei nº 9.099/95

DANILO ALEJANDRO MOGNONI COSTALUNGA

## SUMÁRIO

*1. Considerações gerais. 2. Breve e casuística classificação das normas jurídicas. 3. Critério para a solução e superação da aparente antinomia. 4. Conclusão.*

### 1. Considerações gerais

A prática e aplicação do direito por todos aqueles que com ele operam são um constante desafio de nosso tempo, sempre envolto com a dificultosa composição de equilíbrio entre conteúdo e forma, consoante bem adverte Eros Roberto Grau, ao prefaciar a magnífica obra do Professor Juarez Freitas<sup>1</sup>.

Por vezes, como sabido, encontramos antinomias<sup>2</sup> entre normas do nosso ordenamento jurídico, tendentes a – aparentemente – afetar toda a estrutura do Sistema<sup>3</sup>. Nesse momento, especial atenção deve ter o operador do direito, por ocasião da adequada interpretação e aplicação da lei na prática de seu mister.

Para tanto, deverá conhecer como ninguém todo o Sistema, ou, ao menos, os princípios retores que o animam. E isso porque, como bem sustenta Juarez Freitas, todas as frações do ordenamento jurídico estão em conexão com a inteireza de seu espírito, razão pela qual concluímos que toda e qualquer interpretação de uma norma jurídica há de, necessariamente, ser efetivada à luz dos princípios gerais, normas e valores constituintes que fundamentam todo o Sistema<sup>4</sup>.

Deverá ele escolher qual das duas normas conflitantes prevalecerá, adotando adequados critérios de hermenêutica e interpretação, bem como, muitas vezes, o bom senso, a fim de que

Danilo Alejandro Mognoni Costalunga é Bacharel em Direito, Especialista em Direito Processual Civil.

NOTAS AO FINAL DO TEXTO.

possa assegurar, declarar ou realizar o direito com o menor gravame possível.

No estreito campo de análise do presente estudo, deter-nos-emos a examinar tão-somente o conflito aparente entre as normas dispostas no parágrafo único do art. 7º da Lei nº 9.099/95 (Juizados Especiais Cíveis e Criminais) e nos incisos II e IV do art. 28 da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil), que, à primeira vista, poderia inviabilizar o exercício da advocacia por aqueles advogados que atuassem como juízes leigos dos Juizados Especiais, por incompatibilidade total<sup>5</sup>.

Confiram-se os textos dos dispositivos legais citados:

Parágrafo único do art. 7º da Lei nº 9.099/95: “Os Juízes leigos ficarão impedidos de exercer a advocacia perante os Juizados Especiais, enquanto no desempenho de suas funções”.

Art. 28 da Lei nº 8.906/94: “A advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades: [...] II – membros de órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais e conselhos de contas, dos Juizados Especiais, da justiça de paz, Juízes classistas, bem como de todos que exerçam função de julgamento em órgão de deliberação coletiva da administração pública direta ou indireta; [...] IV – ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a qualquer órgão do Poder Judiciário e os que exercem serviços notariais e de registro”.

O Conselho Pleno do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em sessão ordinária realizada aos 12-2-96, por maioria de votos, ao apreciar a Proposição CP nº 4.062/95, juntamente com o Processo CP nº 4.093/95, em que foi Relator o Conselheiro Arx da Costa Tourinho e Presidente o Dr. Ernando Uchoa Lima, acordou “considerar que os juízes leigos estão incompatibilizados para o exercício da advocacia”<sup>6</sup>.

Sob o fundamento de que lei posterior geral (Lei nº 9.099/95) não derroga lei anterior especial (Lei nº 8.906/94), entendeu o Conselho que o exercício da advocacia por aqueles que exerçam a função de juiz leigo dos Juizados Especiais estaria incompatibilizado, de forma primária e total,

“[...] incidindo a norma prevista no art. 28, inc. IV, da Lei 8.906, de 04/07/95 (EOAB). Afastada, assim, a aplicabilidade do parágrafo único do art. 7º da Lei

9.099, de 26/09/95, por aceitação do princípio de interpretação legal de que *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali* [...]”<sup>7</sup>.

Em obediência irrestrita ao acórdão proferido pelo Conselho Pleno do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil<sup>8</sup>, o Colégio Presidencial das Subseções da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Estado do Rio Grande do Sul –, em reunião aos 11-9-98, na cidade de Pelotas, pelos seus respectivos presidentes, editou a *Carta de Pelotas*, tendo aprovado, por unanimidade, entre outras, a seguinte indicação:

“[...] 7. manifestar, de forma inequívoca, que o exercício da advocacia é incompatível com a atividade de juízes leigos e conciliadores nos Juizados Especiais”.

Para resolvermos essa questão, e, assim, podermos elaborar satisfatoriamente o que nos propusemos a fazer, mister se faz, inicialmente, bem classificarmos as normas ou regras jurídicas acima mencionadas, seja no que diz respeito a sua função e amplitude de conteúdo, seja no âmbito pessoal de validade, ou extensão, ou quantificação, para, após, quiçá solucionarmos o problema da aparente antinomia.

## 2. Breve e casuística classificação das normas jurídicas

Entre as inúmeras classificações que poderíamos atribuir às normas jurídicas para o correto desate da controvérsia ventilada, cumpre precisarmos se referidas leis (Lei nº 9.099/95 e Lei nº 8.906/94), no âmbito pessoal de suas respectivas validades, são de natureza geral ou especial, para só então iniciarmos o processo de solução da antinomia entre elas ocorrente.

Carnelutti, em sua *Teoría General del Derecho*, classifica os preceitos que constituem um ordenamento jurídico em concretos ou abstratos. Concretos seriam toda vez que a norma jurídica se dispõe, em tese, a um caso existente. Abstratos quando a regra se dispõe, ao contrário, a um caso possível, ou seja, para todos os casos existentes em que se manifeste a possibilidade considerada. As normas jurídicas concretas, por sua vez, também poderiam ser denominadas específicas ou especiais, ao passo que as abstratas denominar-se-iam genéricas ou gerais<sup>9</sup>.

Nesse sentido, ressalvada a enorme divergência sobre esse tema<sup>10</sup>, que não diz respeito com o nosso propósito, poderíamos afirmar que

o direito objetivo divide-se em geral e especial<sup>11</sup>. Por direito geral entenderíamos

“o conjunto de normas ordinariamente aplicáveis a todas as relações jurídicas da mesma natureza ou o direito que regula todo um vasto grupo de relações.”

Já o direito especial poderia ser caracterizado como

“o conjunto de regras estabelecidas para certas e determinadas relações, entidades e instituições, por serem mais apropriadas à natureza das mesmas relações ou às circunstâncias exclusivas destas instituições”<sup>12</sup>.

O direito especial, ainda na análise de Cunha Gonçalves, não é uma exceção, mas sim uma especificação, um desenvolvimento ou complemento do direito geral, determinado, inclusive, pela qualidade das pessoas ou classes sociais, com corpo autônomo de princípios, com orientação e espírito próprios, sendo, portanto, um direito novo ou com características diversas e específicas<sup>13</sup>. Bobbio afirma que

“lei especial é aquela que anula uma lei mais geral, ou que subtrai de uma norma uma parte da sua matéria para submetê-la a uma regulamentação diferente (contrária ou contraditória)”<sup>14</sup>.

Karl Engisch, na sua monumental obra *Einführung in das Juristische Denken*<sup>15</sup>, traduzida para o português com o título de *Introdução ao Pensamento Jurídico*, já afirmava que a casuística constituía a configuração da hipótese legal que circunscreve particulares grupos de casos na sua especialidade própria, ou seja, como complementado em outra obra, a concreção específica, por meio da regulação de uma matéria mediante a delimitação e determinação jurídica em seu caráter especial de um número amplo de casos bem descritos, evitando generalizações amplas como as que significam as cláusulas gerais<sup>16</sup>.

Ambas as leis (Leis nºs 9.099/95 e 8.906/94) têm caráter imperativo, haja vista serem regras de condutas sociais que ordenam sempre, impondo obediência a determinado preceito. No caso específico do parágrafo único do art. 7º da Lei nº 9.099/95, podemos considerá-lo como norma negativa, ao impor certo limite jurídico ao exercício da atividade advocatícia, embora imediatamente possa ser considerada permissiva, uma vez que, em tese, autoriza o exercício da advocacia pelos Juízes leigos, desde que não o seja perante os Juizados Especiais. De qualquer

forma, como bem salientado por Cunha Gonçalves,

“mesmo as verdadeiras normas permissivas só se entendem em relação a um imperativo precedente, que limitam ou suprimem, e, por isso, ficam sendo normas negativas [...] Em suma, o juridicamente permitido não é conteúdo das leis, mas é um espaço vazio por entre as normas, e no qual os indivíduos podem livremente mover-se. É o lícito jurídico”<sup>17</sup>.

Ambas as disposições, aparentemente conflitantes, são, igualmente, normas coativas, ao usarem a fórmula “ficarão impedidos”<sup>18</sup> e “é incompatível”<sup>19</sup>.

É norma modificativa o parágrafo único do art. 7º da Lei nº 9.099/95, ao estabelecer especialidade para o caso regulado nos incisos II e IV do art. 28 da Lei nº 8.906/94, impedindo aos Juízes leigos de exercerem a advocacia perante os Juizados Especiais, enquanto no desempenho de suas funções e, ao mesmo tempo, permitindo a atividade da advocacia desde que os Juízes leigos não a exerçam diante dos Juizados Especiais.

Importante salientar que do caráter imperativo da regra social resulta logicamente a sua generalidade e abstratividade, ambas como características essenciais: *Lex est commune praeceptum*, na definição de Papiniano<sup>20</sup>. Essa generalidade, por outro lado, é precipuamente objetiva, isto é, malgrado a lei seja aplicável a todos os casos idênticos aos nela previstos, somente o é àquelas pessoas que estejam abrangidas nos mesmos casos ou se encontrem nas mesmas condições<sup>21</sup>.

Dupeyroux, autor da famosa monografia que introduziu a teoria da impessoalidade da norma jurídica, intitulada *Da Generalidade da Lei*, relativizou a concepção dessa generalidade, afirmando que esta, por sua vez, transmuda-se em impessoalidade da lei:

“a lei é geral, afirma-se, quando determina sem consideração de pessoa, ainda que tenha em mira, expressamente, certa categoria de pessoas ou de fatos”<sup>22</sup>.

Feita essa breve e despretensiosa classificação, possível nos é afirmar que a Lei nº 9.099/95 é norma geral, mas, em seu dispositivo legal do parágrafo único do art. 7º possui norma de caráter especial, uma vez que essa regra é estabelecida para determinadas situações específicas. Já o EOAB, Lei nº 8.906/94, é norma de caráter especial, detendo, em seus incisos II e IV do art. 28, norma de conteúdo genérico, eis que

aplicável a uma vasta gama de relações da mesma natureza.

Cabe a nós, então, analisarmos e ensaiarmos uma sistematização da eventual e aparente antinomia criada entre essas duas normas, sufragando, dentro de nossos estreitos limites, a solução para o desate da questão posta.

### 3. Critérios para a solução e superação da aparente antinomia

Já são de todos conhecidos os três critérios tradicionais para a solução de antinomias criadas em determinado ordenamento jurídico: cronológico, hierárquico e da especialidade<sup>23</sup>.

Lênio Luiz Streck, um dos poucos a tratar da matéria ora versada, após cuidadosa exposição acerca do problema e das regras para (re)solução das antinomias, afirma que o Estatuto da OAB é uma norma especial – anterior –, ao passo que a Lei dos Juizados Especiais é uma norma geral – posterior<sup>24</sup>.

Segundo essa colocação, teríamos a seguinte hipótese, graficamente:

NAE	NPG
NORMA ANTERIOR ESPECIAL	X NORMA POSTERIOR GERAL
(Lei nº 8.906/94)	(Lei nº 9.099/95)

Qual delas deve prevalecer, no que com a outra for incompatível, segundo as tradicionais técnicas para a solução das antinomias?

Conforme acentua Juarez Freitas, nesse caso, teríamos a ocorrência de uma antinomia de segundo grau, que se dá especificamente entre os próprios critérios que teríamos para resolvê-las, devendo ser utilizado, mais do que nunca, o critério da hierarquização para a mais adequada solução do conflito. Assim, segundo o sistema tem hierarquizado, o critério da especialidade é superior, porque se entende, como Francesco Ferrara, que o direito especial

“é un sistema autonomo di principi elaboratosi per un particolare atteggiamento di certi rapporti”<sup>25</sup>.

Segundo a lição de Bobbio, essa antinomia, criada pelo relacionamento entre uma lei geral e uma lei especial, segundo a maior ou menor extensão do contraste entre as duas normas, seria do tipo *total-parcial*, significando que, quando aplicarmos o critério da *lex specialis*, não acontecerá a eliminação total de uma das duas normas incompatíveis, mas somente daquela parte da lei geral que é incompatível com a lei especial: “Por efeito da lei especial, a lei geral cai parcialmente”<sup>26</sup>.

Logo, a partir da premissa elaborada acima, fácil concluirmos, sem contudo afirmarmos a validade dessa conclusão para o caso concreto, que a regra para bem resolver a questão é a da norma especial, que tem, precipuamente, o condão de prevalecer sobre a de caráter geral: *lex specialis derogat generali*. Uma vez existindo aparente antinomia entre a regra geral e a peculiar, específica, esta tem a supremacia. Preferem-se as disposições que se relacionam mais direta e especialmente com o assunto de que se trata: *In toto jure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est* – “em toda disposição de Direito, o gênero é derogado pela espécie, e considerase de importância preponderante o que respeita diretamente à espécie”, conforme Papinianus, *apud Digesto*, liv. 50, tít. 17, frag. 80, citado por Carlos Maximiliano<sup>27</sup>.

Entende-se, desse modo, que a Lei nº 8.906/94, de direito especial, se sobrepõe-se à Lei nº 9.099/95, de direito geral, afastando, por consequência, toda e qualquer incompatibilidade entre elas eventualmente existente, logo, impedindo aos advogados que exerçam a função de Juiz leigo perante os Juizados Especiais o exercício regular da atividade advocatícia.

Outra, no entanto, foi a análise elaborada pela pesquisa solicitada pelo Dr. Artur Ludwig e realizada por Carla Maria Petersen Herrlein<sup>28</sup>, embora partindo de uma premissa falsa, haja vista ter entendido que a decisão do Conselho Pleno do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil sobre a proposição CP 4.062/95, apreciada juntamente com o processo CP 4.093/95, afirmou que a Lei nº 9.099/95 é lei especial, e não geral, como deveria ser, para bem adequar-se ao princípio invocado na ementa acima referida<sup>29</sup>. Conforme conclusão da pesquisa,

“a lei nº 9.099/95, que é posterior, e que possui dispositivo incompatível com o EOAB, que é lei mais velha, revoga estas disposições em contrário de maneira tácita, vigindo, então, o que dispõe a Lei nº 9.099/95 – lei mais nova – sobre o assunto”<sup>30</sup>.

Essa conclusão foi tomada, ao que se infere da pesquisa, com fundamento único e exclusivo no critério cronológico<sup>31</sup>, que é utilizado para quando duas normas incompatíveis são sucessivas, preponderando a lei posterior sobre a lei anterior, no que com ela for incompatível – *lex posterior derogat priori* –, ou seja, havendo incompatibilidade entre as novas disposições e as precedentes, revogam-se as mais antigas<sup>32</sup>.

Nesse sentido, a disposição normativa da Lei dos Juizados Especiais (parágrafo único, do art. 7º) revogou<sup>33</sup>, tacitamente, o dispositivo previsto no EOAB (incisos II e IV do art. 28)<sup>34</sup>, uma vez existente a flagrante incompatibilidade entre os dois textos, devendo prevalecer o dos Juizados Especiais, possibilitando o exercício da advocacia para aqueles advogados que atuem perante os Juizados Especiais como Juízes leigos, excetuada a atuação nos próprios Juizados.

No entanto, pode acontecer que, em determinada antinomia, possam ser aplicados mais de um desses critérios concomitantemente e, em outros, nenhum desses autorizam a mais adequada solução<sup>35</sup>, como ocorre no caso vertente.

A conclusão do Dr. Lênio Luiz Streck é essa, entendendo que resta inviável o uso das “técnicas clássicas-convencionais” para solvermos referida antinomia<sup>36</sup>.

Adotando os princípios constitucionais do acesso à Justiça e do devido processo, sustenta que a disposição do art. 28 do EOAB é regra restritiva de direitos, não guardando a devida razoabilidade no sistema, uma vez que, ao considerar incompatível o exercício da atividade advocatícia com a função de Juiz leigo dos Juizados Especiais, “restringiu indevidamente direitos de um determinado número de advogados”, tornando inviável os Juizados Especiais<sup>37</sup>.

Assim, valendo-se do princípio da proporcionalidade e do paradigma da principiologia constitucional, afirma que

“[...] do sopesamento entre as duas normas tidas como antinômicas, prevalece aquela que vai ao encontro da construção de condições de possibilidades de um melhor acesso à Justiça aos cidadãos”<sup>38</sup>.

Ou seja, prevalece a Lei dos Juizados Especiais, que autoriza aos Juízes leigos, enquanto no exercício de suas funções perante os Juizados Especiais, a atividade advocatícia, ressalvada a hipótese de atuação nos próprios Juizados.

Como se vê, o critério utilizado para a solução desse conflito – da proporcionalidade<sup>39</sup> –, ou, como preferimos, de sobredireito<sup>40</sup> ou de hierarquização axiológica<sup>41</sup>, – foi, sem dúvida, o mais adequado, guardando sintonia com as melhores regras de interpretação e solução de antinomias no ordenamento jurídico.

No entanto, dadas as dificuldades para bem classificarmos as referidas normas jurídicas, e ao sabor do debate, suponhamos que a Lei nº 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais, não fosse caracterizada como lei geral, e sim lei

especial. Portanto, a hipótese que seria ensejada é a de uma colisão entre duas normas especiais, não contemporâneas:

NAE	NPE
NORMA ANTERIOR ESPECIAL X NORMA POSTERIOR E ESPECIAL	
(Lei nº 8.906/94)	(Lei nº 9.099/95)

Assim verificado, devemos iniciar a difícil tarefa de solução do conflito ocorrente. Para tanto, existindo conflito entre *norma anterior especial X norma posterior especial*, urge realizarmos o estudo dos seguintes critérios para, ao final, de forma segura e adequada, solucionarmos a hipotética incompatibilidade.

O primeiro deles, insuficiente para solvermos a antinomia, é o cronológico (*lex posterior*)<sup>42</sup>. Nesse critério, que serve para quando duas normas incompatíveis são sucessivas, a regra geral é a de que a lei posterior prepondera sobre a anterior no que com ela for incompatível – *lex posterior derogat priori* –, ou seja, havendo incompatibilidade entre as novas disposições e as precedentes, revogam-se as mais antigas<sup>43</sup>. Em princípio, tudo muito fácil. Decorre que a disposição legal do parágrafo 2º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, é expressa ao afirmar que a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior. Assim, tomado-o como remédio para a solução da antinomia, poderíamos afirmar que a Lei nº 9.099/95 não tem especial prevalência sobre a Lei nº 8.906/94, porque

“[...] a disposição especial (de uma lei) não revoga a geral (de outra), nem a geral revoga especial, senão quando a ela, ou ao seu assunto, se referir, alterando-a”<sup>44</sup>.

O segundo critério, da *lex superior*, qual seja, o que determina preponderar a norma hierarquicamente superior – *lex superior derogat inferior* –, não tem aplicação no caso concreto, uma vez que ambas as normas estão no mesmo patamar – formal – de hierarquia e de comando.

O terceiro critério, da *lex specialis*, segundo o qual existe choque entre uma norma geral e uma norma especial – *lex specialis derogat generali* –, do mesmo modo, não tem aplicação na hipótese em exame, eis que ambas as leis são especiais.

Viu-se, nesse sentido, que os três critérios tradicionais apresentados por Bobbio não ajudam na solução da antinomia, uns por serem não-aplicáveis, outros por serem insuficientes.

Os critérios para as soluções das chamadas antinomias de segundo grau, as quais se dão

entre os próprios critérios utilizados para solvê-las<sup>45</sup>, também não têm incidência na análise ora perpetrada, uma vez que não há colisão entre critérios.

O caso é que temos, em tese<sup>46</sup>, duas normas de mesmo nível, sucessivas no tempo, havendo a necessidade do operador do direito resolver a antinomia, eliminando a parte incompatível de uma das duas, o que enseja reconhecermos a necessidade de observância do dever de coerência por parte deste, como sustenta Bobbio<sup>47</sup>. Como então ser coerente?

Aqui, também, a solução para a antinomia criada está com a aplicação daqueles metacritérios utilizados pelo Professor Juarez Freitas e aplicados pragmaticamente no exame do Dr. Lênio Luiz Streck, acima analisados<sup>48</sup>, e que nos permitimos não reproduzir para evitar tautologia.

Ademais, como já assinalamos, e esse é o dado mais importante, ainda que a Lei nº 9.099/95 fosse norma especial, a característica especificadora do parágrafo único do art. 7º teria o condão de relativizar os efeitos<sup>49</sup> dos incisos II e IV do art. 28 da Lei nº 8.906/94, norma de conteúdo genérico, embora seja o EOAB norma de natureza e caráter especial.

Transposta essa tertúlia acadêmica, cabe a nós verificarmos, antes de esboçar a nossa tese para a solução – superação – da antinomia posta pelo cotejo dos comandos legais referidos, o que a doutrina tem entendido a esse respeito.

Parte da doutrina que nos foi possível pesquisar restringiu-se tão-somente a repetir os dizeres da norma específica, prevista no parágrafo único do art. 7º da Lei nº 9.099/95, sem analisar as conseqüências que essa norma eventualmente lançou sobre a anterior disciplina legal prevista no EOAB<sup>50</sup>.

Em contraposição, a questão ora enfocada por outra parte da comunidade jurídica mereceu análise diversa, malgrado a solução dada seja diversa da por nós elaborada, como se verá. Uma das mais completas obras que se preocupou com os comentários à Lei dos Juizados Especiais, salvo melhor juízo, foi a do Magistrado de Santa Catarina, Professor Joel Dias Figueira Júnior. A análise com que laborou o ilustre doutrinador teve conteúdo mais teleológico e social do novel instituto, eis que entendeu ser preocupante a deliberação do Conselho Federal da OAB, na medida em que dificulta sobremaneira o bom funcionamento desses novos juizados<sup>51</sup>.

Já sob outro enfoque, ainda com Joel Dias Figueira Júnior, não vislumbrou incompatibilidade alguma entre os dispositivos legais, eis

que essa incompatibilidade está primariamente relacionada com a ocupação de “cargos ou funções vinculadas direta ou indiretamente a qualquer órgão do Poder Judiciário e os que exercem serviços notariais e de registro”, o que lhe autorizou concluir que

“auxiliares não são funcionários públicos, mas sim um privado (no caso, os Conciliadores e Juízes leigos) temporariamente encarregado de uma função pública”<sup>52</sup>.

Ressaltou, igualmente, que o fato de ter deixado de fora da aludida Resolução a figura do Conciliador, gerou incoerência e equívoco; no entanto, assim finaliza a sua análise:

“enquanto não superado o tormentoso impasse criado pelo Conselho Federal da OAB, cuja orientação está sendo passada para todos os Conselhos Seccionais, aos advogados cabe a observância da regra”<sup>53</sup>.

Luiz Gonzaga dos Santos, ao comentar o parágrafo único do art. 7º da Lei nº 9.099/95, refere que a vedação criada por esse dispositivo legal, no sentido de que estão impedidos de exercer a advocacia os Juízes leigos perante o Juizado Especial ao qual estiverem afetos, “indicia a intenção do legislador de não criar cargo público remunerado para essas atividades”. Dessa premissa, finaliza e conclui que “se assim fosse, o impedimento para o exercício da advocacia seria total, nos moldes como hoje é estabelecido no Estatuto do Advogado”<sup>54</sup>.

Em outro trabalho, Luiz Cláudio Silva, reafirmando o preceito coibitivo legal do parágrafo único do art. 7º da Lei nº 9.099/95, e por entender acertadamente que a lei específica referida veio regulamentar as funções do Juiz leigo, encerra esposando que o Estatuto da Ordem dos Advogados não tem aplicação nesse caso<sup>55</sup>.

Domingos David Júnior, após retrospecto das principais inovações do EOAB, aponta alguns pontos negativos do Estatuto. Entre esses, que no seu entender não só merece ser ressaltado, mas *certamente modificado*, anuncia o que incompatibiliza o exercício da advocacia com os que

“[...] exerçam função de julgamento em órgãos de deliberação coletiva da administração pública direta e indireta”,

em síntese, a todos aqueles que tenham função de julgamento<sup>56</sup>. Parafrazeando Rubens Approbato Machado, atual Presidente da Ordem dos Advogados de São Paulo, afirma o articulista que a incompatibilidade gerada seria de tal forma absurda que seria um flagrante



“desperdício à classe dos advogados em prejuízo dos interessados”<sup>57</sup>.

Comentando o Estatuto da OAB, Paulo Luiz Netto Lôbo, em nota de rodapé, filia-se à corrente que entende poder uma lei ordinária derogar outra (o Estatuto), criando outro tipo especial de impedimento, embora concordando que não seja a melhor escolha<sup>58</sup>.

Conforme mencionamos desde o início do presente trabalho, nossa empreitada destina-se à solução, ou antes, superação, da aparente antinomia ocorrente entre alguns dos dispositivos legais das leis citadas. Ocorre que essa antinomia, que não é só aparente por ser solúvel, mas, antes de tudo, aparente porque tem simples aparência de antinomia, deve ser de tal modo incompatível e inconciliável, de sorte que seja inviável aplicarmos ambas as leis às mesmas relações jurídicas e fatos jurídicos concretos, sem ofensa da lógica e com resultados práticos divergentes.

Importante deixarmos assentado que o pretendido pelo legislador da Lei n° 9.099/95, que manifestou sucessivamente duas vontades aparentemente antagônicas, nada mais foi do que declarar nessa lei que ela é uma especificidade<sup>59</sup> à regra geral<sup>60</sup>, ou seja, a advocacia não será incompatível com o exercício da importante função de Juiz leigo dos Juizados Especiais, será, tão-somente, para a atividade advocatícia perante os próprios Juizados Especiais, enquanto o Juiz leigo estiver no desempenho de suas funções<sup>61</sup>.

Com essa colocação, desde logo assentaremos uma premissa, que, ao final, servirá de conclusão ao nosso estudo: o novo texto legislativo veio a modelar especificamente a cláusula geral, como que adequando-a e aprimorando-a ao novo sistema próprio de declaração, realização e assecuração da justiça, em atitude extremamente corajosa e indiscutivelmente promissora da tão almejada ordem jurídica justa, abarcando, precipuamente, aquela que se convencionou denominar de *litigiosidade contida*.

Se é certo, como afirmamos, que a Lei n° 9.099/95 é norma geral, que contém, em seu dispositivo legal do parágrafo único do art. 7° , norma de caráter especial, uma vez que essa regra é estabelecida para determinadas situações específicas, e que o EOAB, Lei n° 8.906/94, é norma de caráter especial, detendo, em seus incisos II e IV do art. 28, norma de conteúdo genérico, eis que aplicável a uma vasta gama de relações da mesma natureza, cumpre agora verificarmos, na dicção de Francesco Ferrara, se seguindo à lei

especial (Lei n° 8.906/94), que detém cláusula geral, uma lei geral (Lei n° 9.099/95), que veio a especificar aquela cláusula geral, seria posto em dúvida se a primeira regra não tolera os desvios e exceções da segunda ou aceita mantê-las, ordenando-as com o novo princípio<sup>62</sup>.

A solução, ainda com Ferrara, evidentemente que dependerá da seguinte indagação acerca do caso concreto: qual o nexos que existe entre as duas normas citadas e o fundamento da nova disposição legal?

Inicialmente, cabe a nós examinarmos, a fim de bem precisar se há ou não revogação da norma especial<sup>63</sup> pela norma geral<sup>64</sup> que lhe sucedeu, o necessário grau de incompatibilidade que eventualmente poderá existir entre ambas as normas e, ainda, o grau de repetição de preceitos, que tornaria a norma anterior – Lei n° 8.906/94 – inútil e obsoleta.

É corrente para os juristas que, sempre que vem a lume uma lei, traz ela em seu bojo todos os preceitos de leis especiais anteriores. Nada mais relativo, como facilmente podemos constatar do nosso Código de Processo Civil, que manteve em vigência várias disposições do antigo Código de Processo de 1939, reguladas em leis esparsas<sup>65</sup>. Assim, estariam revogados os incisos II e IV do art. 28 da Lei n° 8.906/94 em virtude do parágrafo único, do art. 7° , da Lei n° 9.099/95? Se revogados, é caso de abrogação ou derrogação?

Da análise crítica e valoração axiológica dos preceitos tidos como incompatíveis, podemos verificar que o legislador, ao elaborar a Lei n° 9.099/95, de forma expressa, procurou especificar que as situações ali tratadas de maneira alguma teriam o condão de revogar as disposições do EOAB.

Em primeiro lugar, porque a extinção de uma norma jurídica, pela revogação, dá-se pelo preestabelecimento do termo final de sua vigência<sup>66</sup>, ou pela declaração expressa do legislador, por meio *a*) da afirmação de que está revogada determinada lei<sup>67</sup>, *b*) da incompatibilidade da lei nova com a lei antiga<sup>68</sup>, ou *c*) da regulamentação por inteiro da matéria tratada na lei anterior<sup>69</sup>. Na hipótese em tela, nenhum desses modos de revogação ocorreu.

Em segundo lugar, porque a problemática suscitada, ao que nos parece, resta contornada com a simples lembrança da lição de Cunha Gonçalves, de que o gênero revogação, que é caracterizado como a supressão da força obrigatória de uma norma, no todo (ab-rogação), ou em parte (derrogação), exige, para o seu reconhecimento

to, a incompatibilidade entre duas normas como consequência normal, já porque não podem subsistir conjuntamente leis antagônicas sobre os mesmos fatos, sem que uma delas seja nociva ou inútil, já porque o legislador não se daria ao trabalho de fazer uma lei se as anteriores fossem totalmente profícuas e satisfatórias<sup>70</sup>.

Ora, o imperativo legal específico do parágrafo único do art. 7º da Lei nº 9.099/95 tem conteúdo cogente negativo, ao impor certo limite jurídico ao exercício da atividade advocatícia. Por outro lado, ainda que imponha certo limite ao exercício da atividade advocatícia, também é certo que estabelece, de forma implícita e lógica, a autorização para que os Juízes leigos exerçam a atividade advocatícia, desde que não o façam perante os Juizados Especiais, quando no desempenho de suas funções. Melhor seria, como afirmou acuradamente Domingos David Júnior, que a Lei nº 8.906/94 tivesse ratificado o dispositivo do anterior Estatuto da OAB, que, reconhecendo como relativa a incompatibilidade, impedia o profissional de atuar apenas na área de atividade do órgão ao qual estava subordinado e quanto às matérias desses órgãos<sup>71</sup>. Como isso não ocorreu, cabe aos operadores do direito o desate da “controvérsia” criada.

Assim, não é caso de revogação da lei – ab-rogação ou derrogação –, uma vez que o dispositivo legal do art. 28, II e IV, da Lei nº 8.906/94 não foi suprimido de sua força obrigatória, seja pela eliminação ou anulação pura e simples, seja pela substituição das suas disposições no todo ou em parte<sup>72</sup>.

Isso não importa, de forma alguma, na rejeição dos argumentos expendidos por aqueles já mencionados autores que sobre o presente tema escreveram e concluíram pela não-aplicabilidade do EOAB. Muito pelo contrário, estamos corroborando-os, de maneira a bem resolver a questão. Única ressalva que fazemos é no que diz respeito a nossa técnica de investigação e esclarecimento do debate travado, que, como visto, partiu de premissa diversa dos demais.

Avulte-se, mais uma vez, que o parágrafo único do art. 7º da Lei nº 9.099/95 não revogou parte da disposição legal dos incisos II e IV do art. 28 da Lei nº 8.906/94, mas apenas e tão-somente subtraiu à aplicação de certo limite jurídico ao exercício da atividade advocatícia, continuando esta legislação – Lei nº 8.906/94 – a vigorar normalmente para as situações não excepcionadas. A adequada interpretação e aplicação da lei deve estar restrita à especialidade trazida pela lei posterior – Lei nº 9.099/95 –, pois as

disposições da lei anterior – Lei 8.906/94 –, por serem gerais e comuns ao determinarem quais atividades são incompatíveis com a advocacia, devem ser mantidas, sendo tão-somente limitadas pela exceção<sup>73</sup>.

#### 4. Conclusão

Visto que a antinomia se mostra inexistente, ao menos de modo que torne inviável a preservação da unidade interna e coerência do sistema, como a caracteriza Juarez Freitas, convém notar que, no caso ora analisado, o parágrafo único do art. 7º da Lei nº 9.099/95, em momento algum revogou os incisos II e IV, do art. 28, da Lei nº 8.906/94, devendo continuar a vigorar essa legislação para todos aqueles casos de incompatibilidade nela previstos, excetuados pelo que dispõe claramente o dispositivo legal do parágrafo único do art. 7º da Lei nº 9.099/95, que permite aos Juízes leigos dos Juizados Especiais o exercício da essencial atividade advocatícia, desde que não o façam, “enquanto no desempenho de suas funções”, perante os mesmos Juizados Especiais.

Assim, possível a coexistência e compenetração das Leis nºs 9.099/95 e 8.906/94, sem que com isso possamos causar a ruptura no sistema. O que os incisos II e IV do art. 28 da Lei nº 8.906/94 fixam é a norma geral sobre as atividades que tornam incompatível o exercício da advocacia. Essa norma deverá ter aplicação sempre que não houver norma especial determinando regime diferente, como decorre da disposição do parágrafo único, do art. 7º da Lei nº 9.099/95, que, seguramente, não determina incompatibilidade entre ambas as normas, e, além disso, autoriza-nos reconhecer um nexos coerente e estável entre essas duas normas, ratificado pelo relevante fundamento social da nova disposição.

Por meio dos incisos II e IV do art. 28 da Lei nº 8.906/94, deveremos extrair todas as referências e implicações que eventualmente possam surgir do exercício da nobre atividade advocatícia, como cláusula geral e retora. A ressalva que deveremos fazer é quando do exercício dessa atividade por Juízes leigos dos Juizados Especiais, que, nesse caso, tem na norma do parágrafo único do art. 7º da Lei nº 9.099/95 o condão de relativizar o modelo geral anterior. Admitirmos interpretação contrária ao que ora sustentamos, além de avalizar nenhuma solução razoável, acarretará o absurdo da má técnica de hermenêutica, que nega reconhecer o caráter

diretivo e de norma-objetivo<sup>74</sup> do modelo específico superveniente.

Após termos concluído o presente estudo, chegou a nossas mãos artigo de autoria de Demócrito Ramos Reinaldo Filho, intitulado *Da capacidade para o exercício da advocacia dos conciliadores e juízes leigos dos Juizados Especiais Cíveis*, cuja análise e solução do tema ora versado corroborou a tese por nós sustentada.

Diz o atento Juiz de Direito de Pernambuco que não existe um conflito temporal de normas, não revogando a Lei nº 9.099/95 (parágrafo único do art. 7º) quaisquer dos dispositivos da Lei nº 8.906/94 (notadamente seu art. 28, IV), devendo esta não ser mais utilizada quando se tratar de regular a capacidade de juízes leigos e conciliadores para o exercício da advocacia. Isso porque, continua ele, a Lei nº 9.099/95, que estabeleceu disposição especial e normatiza um único caso específico, não revoga a regra geral do inciso IV do art. 28 da Lei nº 8.906/94. E conclui:

“por essa razão, o novel texto de Lei (Lei nº 9.099/95) expressa, no que tange à existência de mero impedimento e não incompatibilidade com a advocacia (parágrafo único do art. 7º), uma harmonia com a nova realidade da organização judiciária, no âmbito da Justiça dos estados (Justiça ordinária), nascida a partir da criação dos Juizados Especiais.”<sup>75</sup>.

De tudo o quanto foi visto, podemos considerar como viável e legítimo o exercício da advocacia por Juízes leigos nos Juizados Especiais quando essa atividade for exercida fora da comarca que desenvolvam a função de Juiz leigo; e, até mesmo, a atuação perante os Juizados Especiais Criminais, ainda que na própria comarca, quando estiverem no desempenho de suas funções nos Juizados Especiais Cíveis, e vice-versa, desde que as estruturas dos Juizados Especiais Cíveis e dos Juizados Especiais Criminais sejam autônomas e independentes entre si, e a formação de seus quadros seja mantida por Juízes leigos diversos, que, em hipótese alguma, poderão cumular ambas as atividades<sup>76</sup>.

Cumpramos ao final destacarmos que à figura do Conciliador<sup>77</sup>, quando este for advogado, deveremos aplicar as mesmas considerações aqui expostas<sup>78</sup>.

## Notas

<sup>1</sup>Apud JUAREZ FREITAS, “A interpretação sistemática do direito”, Malheiros, 1995, p. 11.

<sup>2</sup>Após criticar, em alguns pontos, o conceito de antinomia formulado por Norberto Bobbio, Juarez Freitas a reconceitua nos seguintes termos: “definim-se as antinomias jurídicas como sendo incompatibilidades possíveis ou instauradas, entre normas, valores ou princípios jurídicos, pertencentes, validamente, ao mesmo sistema jurídico, tendo de ser vencidas para a preservação da unidade interna e coerência do sistema e para que se alcance a efetividade de sua teleologia constitucional”, cf. “A interpretação sistemática do direito” cit., p. 62.

<sup>3</sup>Sobre o sentido de Sistema, a propósito, ver o excelente trabalho de NORBERTO BOBBIO, In *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 7ª ed., UnB, 1996, para quem, “[...], ‘sistema’, equivale à validade do princípio que exclui a incompatibilidade das normas.”.

<sup>4</sup>Cf. JUAREZ FREITAS, “A interpretação sistemática do direito” cit., pp. 47-50.

<sup>5</sup>Para a elaboração do presente trabalho, à evidência limitado, examinamos a questão suscitada com a pesquisa de inúmeras obras que, de uma maneira ou outra, comentaram a Lei 9.099/95, especificamente no que diz respeito aos Juizados Especiais Cíveis. Poucas foram as que elaboraram algumas linhas sobre esse tema, como, no decorrer do presente estudo, poderemos verificar.

<sup>6</sup>Este o teor do voto proferido pelo Relator, *verbis*: “[...] Essa disposição viola, vigorosamente, a norma ínsita no art. 28, nº IV, do EOAB, que impõe a incompatibilidade dos servidores para o exercício da advocacia. Há que se verificar que norma geral não derroga norma especial. Os impedimentos e as incompatibilidades são regradados na Lei 8.906/94, que é o Estatuto próprio da Advocacia e dos Advogados. Não enxergo, no particular, inconstitucionalidade, porém, violação de princípio de interpretação jurídica que não pode, nem deve ser tolerada. A lei *sub studio*, ao fixar impedimento para o juiz leigo e o conciliador, traz uma norma geral, que contraria norma especial. É preceito clássico que ‘a disposição geral não revoga a especial’. *Lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*, di-lo Carlos Maximiliano, ‘é máxima que prevalece apenas no sentido de não poder o aparecimento da norma ampla causar, só por si, sem mais nada, a queda da autoridade da prescrição especial vigente’ (*Hermenêutica e aplicação do direito*, 1957, RJ, Livraria Freitas Bastos S/A, 6.ª ed., pág. 442). Não é, pois, razoável a aceitação de que a lei que disciplina os juizados especiais se ocupe de matéria que impõe norma que destoa de sistematização jurídica, referente aos impedimentos e às incompatibilidades inseridas no Estatuto da OAB. Esse diploma foi editado, com a finalidade de regular o exercício da advocacia, disciplinando e selecionando a atividade advocatícia. A OAB não pode aceitar essa disposição que contraria a sistemática jurídica,

na seleção da advocacia. O juiz leigo é um servidor do Poder Judiciário e está incompatibilizado para a advocacia. A solução não está na propositura de ação de inconstitucionalidade, mas, parece-nos, na edição de Provimento, com fulcro no art. 154, do Regimento Geral, interpretando a disposição legal, para orientação dos Conselhos Seccionais da OAB, dizendo que a norma do EOAB não foi derogada pela lei posterior. Concluindo, [...] b) o art. 7º, da lei dos Juizados, não derogou o art. 28, inc. IV, do EOAB, por ser norma geral, opondo-se a norma especial” (grifos no original) (cf. voto de fls. 28/29, dos autos da Proposição CP nº 4062/95 referida, gentilmente cedido pelo Sr. Luiz Carlos Marocolo, Gerente de Documentação e Informação do Conselho Federal da OAB). Confira-se a ementa do acórdão do processo mencionado, que por 15 votos a 10, com a abstenção da delegação do Estado de Pernambuco, decidiu que: “O parágrafo único do art. 7º da Lei 9.099, de 26.09.1995, que fixa impedimentos para os Juizes leigos, quando no exercício da advocacia, não pode derogar o inc. IV do art. 28 da Lei 8.906, de 04.07.1994 (EOAB), por aplicação do princípio *lex posterior generalis no derogat legi priori speciali*. A norma posterior aludida quebra a sistematização jurídica na seleção da advocacia, com graves reflexos para a comunidade, devendo, pois, o Conselho Federal da OAB manifestar orientação aos Conselhos Seccionais para que apliquem o EOAB em detrimento do parágrafo único do art. 7º da Lei 9.099/95 [...]”, cf. publicação feita no Diário da Justiça (DJU) de 19-4-1996, Seção 1, p. 12487, e fl. 33 dos autos acima referidos.

<sup>7</sup>Cf. acórdão publicado no Diário da Justiça cit., idem, ibidem.

<sup>8</sup>Cf. ementa transcrita na nota 6 acima.

<sup>9</sup>Cf. FRANCESCO CARNELUTTI, *Teoría General del Derecho*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 62.

<sup>10</sup>É sabido que a classificação das normas jurídicas constitui um dos temas em que são raríssimas as unanimidades, tanto no que diz respeito aos critérios para essa classificação como também a própria nomenclatura.

<sup>11</sup>Em verdade, segundo clássica estruturação haviada do velho Direito Romano, o Direito sempre teve duas categorias principais de atuação: a geral (*jus commune*) e a especial (*jus singularis*).

<sup>12</sup>Cf. LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, vol. I, tomo I, 1955, p. 94.

<sup>13</sup>Cf. LUIZ CUNHA GONÇALVES, op. cit., pp. 94/95.

<sup>14</sup>Cf. NORBERTO BOBBIO, op. cit., p. 96.

<sup>15</sup>Stuttgart, 1964.

<sup>16</sup>Cf. KARL ENGLISH, *La idea de Concreción en el Derecho y en la Ciencia Jurídica Actuales*, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1968, p. 180, *apud* JUDITH MARTINS COSTA, *O Direito privado como um ‘sistema em construção’ (As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro)*, in Revista dos Tribunais, ano 87, julho de 1998, vol. 753, p. 28.

<sup>17</sup>Cf. LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, op. cit., pp. 71/72.

<sup>18</sup>Cf. parágrafo único, do art. 7º, da Lei nº 9.099/95.

<sup>19</sup>Cf. *caput*, do art. 28, da Lei nº 8.906/94.

<sup>20</sup>*Apud* LUIZ CUNHA GONÇALVES, op. cit., p. 60.

<sup>21</sup>Cf. LUIZ CUNHA GONÇALVES, op. cit., p. 61.

<sup>22</sup>*Apud* BENJAMIM DE OLIVEIRA FILHO, “Introdução à Ciência do Direito”, capítulo XIV, título IV, nº 50.

<sup>23</sup>Além desses três critérios tradicionais, e dos analisados no presente estudo, a doutrina aponta como existentes princípios gerais, como o do critério do pecado; o princípio de que o direito comum é subsidiário em relação ao direito próprio; *lex tendens ad bonum publicum praefertur tendenti commodo privatorum*; *leges in corpore preferuntur extravagantes* (cf. ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, in *Panorama histórico da cultura jurídica européia*, publicações Europa-América, Portugal, 1997, p. 97).

<sup>24</sup>Cf. “Conflito de normas e o princípio da proporcionalidade: um exame de caso (Lei nº 9.099/95 V. Lei nº 8.906/94)”, in Revista dos Juizados Especiais: Doutrina - Jurisprudência, nº 19, abril-1997, Porto Alegre, Revista de Jurisprudência e Outros Impresos do TJRS, pp. 28-35.

<sup>25</sup>Cf. FRANCESCO FERRARA, “*Trattato di Diritto Civile Italiano*”, Roma, Athenaeum, 1921, p. 83, *apud* JUAREZ FREITAS, “A interpretação sistemática do direito” cit., p. 74.

<sup>26</sup>In op. cit., pp. 96/97.

<sup>27</sup>Cf. CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 14ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1994, p. 135.

<sup>28</sup>Cf. Pesquisa da decisão sobre a proposição CP 4.062/95, apreciada juntamente com o processo CP 4.093/95, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, publicada na “*Revista dos Juizados Especiais: Doutrina – Jurisprudência*”, nº 17, agosto de 1996, pp. 113/116, da Revista de Jurisprudência e Outros Impresos do TJRS.

<sup>29</sup>Cf. nota 6.

<sup>30</sup>Cf. op. cit., p. 116.

<sup>31</sup>É o que se verifica ao afirmar que “[...] b) O EOAB é de 04-07-94, enquanto a Lei dos Juizados Especiais é de 26-09-95. c) Desta forma, a lei nº 9.099/95, que é posterior, e que possui dispositivo incompatível com o EOAB, que é lei mais velha, revoga estas disposições em contrário de maneira tácita, vigindo, então, o que dispõe a Lei nº 9.099/95 – lei mais nova – sobre o assunto.” (grifo nosso) (cf. op. cit. pp. 115/116).

<sup>32</sup>Niklas Luhmann chama de regra de colisão, pela qual o Direito novo derroga, em caso de contradição, o Direito mais antigo quando com este incompatível, cf. *A posição dos tribunais no sistema jurídico*, AJURIS nº 49, p. 151.

<sup>33</sup>Embora as normas jurídicas tenham como caráter a estabilidade, “não são imortais, mas sujeitas a

modificarem-se e a extinguirem-se” (como diz Francesco Ferrara), vivendo até que outra lei as modifique ou revogue, conforme art. 2º da Lei de Introdução do Código Civil. A revogação, como concebido pela doutrina, é termo genérico, que caracteriza a cessação ou a supressão da força obrigatória da norma, seja por meio de ato que a elimine ou anule, seja pela substituição das suas disposições no todo ou em parte. A revogação total, ou seja, a cessação da existência da lei em sua totalidade, é chamada de *ab-rogação*, e a revogação parcial, isto é, a cessação da existência da lei apenas em uma determinada parte, de *derrogação*, termos esses que, segundo ensinamento de Cunha Gonçalves, vêm dos Romanos, “que à proposta de lei, votada nos comícios, chamavam *rogatio*; e Ulpiano definia: *‘Lex abrogatur, id est, prior lex tollitur; lex derogatur, id est, pars prioris legis tollitur.’*” (cf. LUIZ CUNHA GONÇALVES, op. cit. p. 173).

<sup>34</sup>Cf. op. cit., p. 116.

<sup>35</sup>Sendo o ordenamento jurídico um “conglomerado de normas de proveniência diversa” (como diz ANTÔNIO MANUEL HESPANHA, op. cit. p. 97), eventualmente contraditórias ou contrárias entre si, e, por outro lado, não existindo um conjunto de normas no mesmo ordenamento para que se possibilite a solução desses conflitos, malgrado existam princípios gerais que possam, por vezes, estabelecer algumas diretivas, nem sempre seguras, cabe ao operador do direito extrair do sistema as regras de hierarquização axiológica, ou, como preferimos, as regras de sobredireito, assegurando sua natureza fundamental, plena, efetiva e política de servir à ordem jurídica humana, social e concreta. Sobre o conceito de regra de sobredireito, vide abaixo nota nº 39.

<sup>36</sup>Cf. LÊNIO LUIZ STRECK, op. cit., p. 31.

<sup>37</sup>Cf. LÊNIO LUIZ STRECK, op. cit., p. 34.

<sup>38</sup>Cf. LÊNIO LUIZ STRECK, op. cit., p. 35.

<sup>39</sup>Cf. LÊNIO LUIZ STRECK, op. cit., pp. 31/35.

<sup>40</sup>O termo sobredireito foi concebido pelo processualista Galeno Lacerda, inicialmente como categoria relativizadora das nulidades processuais (*O código e o formalismo processual*, in Revista da AJURIS, vol. 28), para, em momento posterior a sua intuição, caracterizá-lo como a aplicação de regras e princípios maiores que podem revogar ou suprimir a incidência de regras menores, porque “se sobrepõem às demais, por interesse público eminente, condicionando-lhes, sempre que possível, a imperatividade”.

<sup>41</sup>Devemos ao Professor Juarez Freitas o avanço na temática das antinomias e a concretização do princípio da hierarquização axiológica, que “é uma meta-regra, um operador deontico que ocupa o topo do sistema jurídico. Como metaprincípio, aspira à universalização sem se contradizer, e se formula, expressa ou implicitamente, de modo mais formal possível, distinguindo aspectos e escalonando os demais princípios, assim como as normas e valores. Trata-se de lei ou dever-ser que é somente predicado e que veda as contradições, embora tolere o atrito dos opos-

tos ou contrários concretos.” (op. cit., p. 80).

<sup>42</sup>Sobre a relativização do critério cronológico, no sentido de que jamais poderá preponderar por suas próprias forças, veja-se o estudo efetivado por JUAREZ REITAS, *A interpretação sistemática do direito cit.*, pp. 71/73.

<sup>43</sup>Cf. a regra do art. 2º da Lei de Introdução do Código Civil.

<sup>44</sup>Cf. VICENTE RÁO, “*O Direito e a Vida dos Direitos*”, Ed. RT, vol. 01, 3ª edição, p. 303.

<sup>45</sup>São estas, segundo BOBBIO e JUAREZ FREITAS, as antinomias de segundo grau: Critério Cronológico X Critério Hierárquico; Critério de Especialidade X Critério Hierárquico e Critério Cronológico X Critério da Especialidade (Cf. op. cit., pp. 105/110 e 80/84, respectivamente).

<sup>46</sup>Não esqueçamos que hipoteticamente consideramos a Lei nº 9.099/95 como norma jurídica de caráter especial.

<sup>47</sup>Cf. NORBERTO BOBBIO, op. cit., pp. 110/114.

<sup>48</sup>Cf. LÊNIO LUIZ STRECK, op. cit., pp. 33/35.

<sup>49</sup>Sobre a questão dos efeitos (jurídicos) da norma, que são valores atribuídos ao fato, de acordo com o devido enquadramento da regra, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, com apoio na obra *Efficacia giuridica* de Angelo Falsea, observa que constitui fenômeno comum ao direito o efeito de representar uma solução adequada do problema e um harmônico balanceamento dos interesses em jogo, correspondente à relação entre o fato e o efeito, concluindo que deve prevalecer o efeito melhor, isto é, o mais adequado à solução prática do problema (*Perfil dogmático da tutela de urgência*, in Revista da AJURIS, nº 70, pp. 225/226).

<sup>50</sup>Esclarecemos que as obras consultadas foram única e exclusivamente aquelas que realizaram algum tipo de comentário a respeito do presente tema, e, obviamente, posteriores à Lei nº 9.099/95. Nesse sentido as seguintes obras: MELO, José Maria e NETO, Mário Parente Teófilo. *Lei dos Juizados Especiais – Comentada*, Curitiba, Juruá Editora, 1997, pp. 29/30, *verbis*: “Em virtude de suas funções, será vedado ao Juiz Leigo exercer a advocacia perante o Juizado Especial, enquanto estiver no desempenho deste mister”; LENZA, Suzani de Melo. *Juizados Especiais Cíveis*, AB Editora, 1997, p. 39, *verbis*: “Os juízes leigos ficarão impedidos de exercer a advocacia perante os Juizados Especiais, enquanto estiverem desempenhando as suas funções”; TOSTES, Natácha Nascimento Gomes e CARVALHO, Márcia Cunha Silva Araújo. *Juizado Especial Cível – Estudo doutrinário e interpretativo da Lei 9.099/95 e seus reflexos processuais práticos*, Rio de Janeiro, Renovar, 1998, p. 83, *verbis*: “[...] segundo o critério do art. 7º da LJE, que, em seu parágrafo único, estabelece a proibição de o juiz leigo exercer a advocacia perante os Juizados Especiais, enquanto exercer a função que lhe foi outorgada, em face da incompatibilidade da função decisória com a postulatória.”

<sup>51</sup>Cf. JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR e MAURÍCIO ANTÔNIO RIBEIRO LOPES, *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*, 2ª ed. Revisada, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997, pp. 162/163.

<sup>52</sup>Cf. JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR, op. cit., pp. 163/164.

<sup>53</sup>Cf. JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR, op. cit., p. 165.

<sup>54</sup>  
<sup>55</sup> Cf. LUIZ CLÁUDIO SILVA, *Os Juizados Especiais Cíveis na Doutrina e na Prática Forense*, 2ª ed., revista e ampliada, Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 50.

<sup>56</sup>Cf. DOMINGOS DAVID JÚNIOR, *Estatuto da Advocacia: dos dispositivos inovadores (Lei nº 8.906/94) e sua inaplicabilidade após três anos de vigência*, in Revista Jurídica, ano XLVI, nº 249, julho de 1998, Porto Alegre, Ed. Síntese, pp. 42/43.

<sup>57</sup> Cf. DOMINGOS DAVID JÚNIOR, op. cit., p. 43.

<sup>58</sup> Cf. PAULO LUIZ NETTO LÔBO, *Comentários ao Estatuto da Advocacia*, 2ª ed., Brasília, DF, Editora Brasília Jurídica, 1996, nota 115, p. 133.

<sup>59</sup> Note-se que afirmamos ser o dispositivo legal do parágrafo único do art. 7º da Lei 9.099/95 uma regra específica e especial, não privilegiadora: *privilegia nec irroganto*.

<sup>60</sup> Cf. inciso IV do art. 28 da Lei nº 8.906/94.

<sup>61</sup> Cf. parágrafo único do art. 7º da Lei nº 9.099/95.

<sup>62</sup> Cf. FRANCESCO FERRARA, *Interpretação e aplicação da leis*, 4ª ed., Arménio Amado Editor, Coimbra, 1987, pp. 193/194.

<sup>63</sup> Incisos II e IV do art. 28 da Lei 8.906/94.

<sup>64</sup> Parágrafo único do art. 7º da Lei 9.099/95.

<sup>65</sup> *Verbi gratia*, as disposições dos arts. 1217 e 1218 do atual CPC.

<sup>66</sup> São as normas que se destinam à vigência temporária, prevista expressamente no art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil.

<sup>67</sup> Cf. art. 2º, parágrafo 1º, primeira parte, da Lei de Introdução ao Código Civil.

<sup>68</sup> Cf. art. 2º, parágrafo 1º, segunda parte, da Lei de Introdução ao Código Civil.

<sup>69</sup> Cf. art. 2º, parágrafo 1º, parte final, da Lei de Introdução ao Código Civil.

<sup>70</sup> Cf. LUIZ CUNHA GONÇALVES, op. cit. pp. 176/177.

<sup>71</sup> Cf. DOMINGOS DAVID JÚNIOR, op. cit., p. 43.

<sup>72</sup> Francesco Ferrara já afirmava que, se a uma lei geral se sucede uma especial, normalmente aquela fica de pé, visto que pode coexistir com a outra: *'lex posterior generalis non derogat speciali'* (cf. *Interpretação e aplicação da leis*, op. cit., p. 193).

<sup>73</sup> “[...] a disposição especial (de uma lei) não revoga a geral (de outra), nem a geral revoga especial, senão quando a ela, ou ao seu assunto, se referir, alterando-a”, Cf. VICENTE RÁO, *“O Direito e a Vida dos Direitos”*, Ed. RT, vol. 01, 3ª edição, p. 303.

<sup>74</sup> A idéia de diretiva ou de normas-objetivo representa adequação da linguagem legislativa aos resultados desejáveis para o bem comum e a utilidade social, como referido por Judith Martins Costa, op. cit., p. 27.

<sup>75</sup> Cf. DEMÓCRITO RAMOS REINALDO FILHO, *Da capacidade para o exercício da advocacia dos conciliadores e juízes leigos dos Juizados Especiais Cíveis*, in Revista da Escola da Magistratura de Pernambuco, vol. 3, nº 7, jan/junho 98, pp. 139/150.

<sup>76</sup> Claro que melhor teria sido que a Lei 8.906/94 tivesse ratificado o dispositivo do anterior Estatuto da OAB (Lei nº 4.215/63), que, reconhecendo como relativa a incompatibilidade, ao contrário do novo estatuto, que a define como absoluta, impedia o advogado de atuar apenas na área de atividade do órgão ao qual estava subordinado e quanto às matérias desses órgãos, como bem pinçado por Domingos David Júnior, op. cit., p. 43. No entanto, como a Lei nº 8.906/94 não ratificou a disposição relativizadora do anterior Estatuto, e diante da promulgação posterior da Lei nº 9.099/95, temos ser mais correto procedermos a devida adaptação do atual Estatuto da OAB, viabilizando, assim, a sua ressystematização no ordenamento jurídico, do que negarmos a vigência da norma específica formulada, que corresponde a específico e determinando modelo contemporâneo.

<sup>77</sup> A regra geral, prevista na primeira parte do art. 7º da Lei nº 9.099/95, é que os conciliadores serão recrutados, preferentemente, entre bacharéis de Direito.

<sup>78</sup> Sobre a incompatibilidade do Conciliador para a atividade advocatícia, quando advogado e no desempenho da função a ele atribuída para o exercício perante os Juizados Especiais, além do que já sustentamos relativamente aos Juízes leigos, oportuno mencionarmos outros argumentos colacionados por diversos autores, e que vão aqui reproduzidos, de forma sucinta, por não serem objeto específico do nosso estudo. Segundo leciona Luiz Cláudio Silva, a Lei 8.906/94 não teria o condão de determinar a incompatibilidade para a atividade advocatícia de advogado que exerça ou venha a exercer as funções de Conciliador, que é um auxiliar da Justiça para os fins específicos do juízo de conciliação, sem conteúdo decisório. Isso porque, continua Luiz Cláudio Silva, o art. 28, II, da Lei nº 8.906/94, repetiu a redação que era dada ao art. 84, III, da Lei nº 4.215/63, revogada, não tendo a Ordem dos Advogados do Brasil se manifestado contrariamente ao exercício dessas funções por advogado nela regularmente inscrito (op. cit., p. 50).

Natacha Nascimento Gomes Tostes e Márcia Cunha Araújo de Carvalho, do mesmo modo, compartilham com a tese de que a restrição ao exercício da advocacia não se estende aos Conciliadores, por ausência de expressa previsão legal. Importante reproduzirmos decisão colacionada pelas autoras, proferida pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Rio de Janeiro, que reconheceu a incompatibilidade da função de conciliador com a atividade advocatícia, sob o fundamento central de que este ocupa cargo

vinculado direta ou indiretamente ao Poder Judiciário, entretanto, não se aplicando essa orientação, àqueles Conciliadores que, por determinação legal local, tenham sido indicados pela OAB (Processo 197.729/96 - Tribunal de Ética da OAB). Subtraídas as questões eventualmente políticas e corporativistas que

no aresto podemos encontrar, as autoras são incisivas ao afirmarem que a premissa na qual se baseou a decisão está equivocada, uma vez que o Conciliador não ocupa cargo do Poder Judiciário, mas exerce função graciosa de colaboração com a Justiça (op. cit. pp. 84/87).

---

\* Notas bibliográficas conforme original.

# A concepção relativista das imunidades de jurisdição e execução do Estado estrangeiro

PINHO PEDREIRA

## SUMÁRIO

1. A competência do Estado soberano. 2. A imunidade de jurisdição. 3. O caráter absoluto ou restritivo da imunidade de jurisdição dos Estados. 4. A imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros – a jurisprudência brasileira. 5. A imunidade de execução. 6. O caráter absoluto ou restritivo da imunidade de execução do Estado estrangeiro. 7. As exceções à imunidade de execução. 8. Bens protegidos pela imunidade de execução. 9. Conclusão.

### 1. A competência do Estado soberano

O Estado soberano exerce sobre o seu território competência (expressão da doutrina francesa, preferível a jurisdição, usada pela doutrina anglo-saxônica), que se caracteriza pela generalidade (competência de ordem legislativa, administrativa e jurisdicional) e pela exclusividade (pois não enfrenta a concorrência de alguma outra soberania).

### 2. A imunidade de jurisdição

A idéia da imunidade de jurisdição é atribuída a Bártolo de Saxoferrato, em 1354, na obra de sua autoria *Tractatus Repraesiliarum* e expressa na regra *par in parem non habet iudicium* ou *par in parem non habet imperium*, que proíbe o exercício da jurisdição sobre Estado estrangeiro, com fundamento nos princípios de soberania, independência recíproca, igualdade jurídica e dignidade dos Estados. Em suma, o Estado estrangeiro é imune à jurisdição do Estado local porque iguais não podem julgar iguais. A imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro não está prevista em tratados multilaterais, como as Convenções de Viena, que a asseguram somente às pessoas dos embaixadores e côsules. No

Pinho Pedreira é Livre docente de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Juiz togado aposentado do TRT da 5ª Região. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, da Academia Nacional de Direito do Trabalho e da Academia de Letras Jurídicas da Bahia.



Brasil, ao contrário do que acontece em alguns outros países, também não é objeto de lei interna, encontrando seu único fundamento na antiqüíssima regra costumeira acima referida.

### 3. O caráter absoluto ou restritivo da imunidade de jurisdição dos Estados

Até 1945, a imunidade de jurisdição reinou de modo absoluto com supedâneo na regra *par in parem*. Depois daquele ano, e sobretudo a partir dos anos 70, passou-se a adotar uma concepção restritiva da imunidade<sup>1</sup>. Considerou-se então que, se a imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros repousava no princípio da soberania, nenhuma razão haveria para subtraí-los à jurisdição do Estado do foro quando o ato a ser julgado não fosse praticado no exercício dela, isto é, do *jus imperii*, e sim no desempenho de uma atividade privada, ou, em outras palavras, do *jus gestionis*. Para outros, a competência territorial do Estado do foro é plena, constituindo a imunidade de jurisdição uma derrogação a essa competência, que só pode ser concedida em casos delimitados. De qualquer parte, são cobertos pela imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros os atos denominados tradicionalmente de poder público, tais como os acordos de direito internacional público entre Estados soberanos, os atos administrativos e legislativos internos, os atos de aplicação da política externa ou de defesa nacional de um Estado estrangeiro, as sentenças arbitrais interestatais<sup>2</sup>. Ao revés, tal imunidade não se estende às relações jurídicas de que participa o Estado alienígena como sujeito privado. Margarita Isabel Ramos Quintana exemplificas: “questões atinentes à propriedade, exploração de navios, contratos mercantis, contratos de trabalho etc”<sup>3</sup>.

Celso D. Albuquerque Mello enumera apenas os atos *jure imperii* que, segundo ele, podem ser considerados os seguintes: “(a) atos legislativos; (b) atos concernentes à atividade diplomática; (c) os relativos às forças armadas;

<sup>1</sup> Charles Leben, “Les Fondements de la Conception Restrictive de l’Immunité d’Execution des États, in ‘L’Immunité’ d’Execution de l’Etat Étranger”, Cahiers du Cedim, Paris, Montchrestien, 1990.

<sup>2</sup> Charles Leben, “L’Immunité’...”, cit., p. 15.

<sup>3</sup> “La Imposible Ejecución de una Sentencia de Condena por Despido ante la Inmunidad de un Estado Extranjero”, Revista Española de Derecho dei Trabajo, Madri, in. 59, mai/jun 1993, p. 449.

(d) atos da administração interna dos Estados; (e) empréstimos públicos contraídos no estrangeiro”<sup>4</sup>.

A Convenção Européia de 1972 afastou a imunidade de jurisdição no caso de reclamação trabalhista proposta por súdito ou residente local contra representação diplomática estrangeira, assim como na hipótese de ação indenizatória resultante do descumprimento de contrato comum.

Em 21 de outubro de 1976, foi promulgada a lei norte-americana *Foreign Sovereign Immunities Act*, que exclui da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro as causas relativas à responsabilidade civil.

Na Inglaterra, em 1978, foi editado o *State Immunities Act*, que retira a cobertura de imunidade de jurisdição das ações trabalhistas e das indenizatórias resultantes da responsabilidade civil.

A concepção limitativa da imunidade de jurisdição dos Estados, consagrada nesses textos, ainda seria adotada nas leis de Singapura de 1979, do Paquistão de 1981, da África do Sul de 1981, do Canadá de 1982 e da Austrália de 1985.

Para a Exposição de Motivos do Real Decreto espanhol n. 1654, de 1980, sobre serviço contencioso do Estado no exterior, “a doutrina da imunidade absoluta de jurisdição pode ser considerada já em sua etapa final”, admitindo que, atualmente, “a maior parte, se não a totalidade dos Estados, aceita a teoria restrita da imunidade de jurisdição, o que produziu um aumento de litígios nos quais o Estado ou seus órgãos são parte, ante uma jurisdição estrangeira”<sup>5</sup>. Somente raríssimos Estados, como a extinta URSS, os demais Estados socialistas do leste europeu soviéticos e, ainda hoje, a China, mantiveram-se fiéis à doutrina da imunidade de jurisdição absoluta dos Estados estrangeiros.

Até 1945, a jurisprudência alemã se pronunciava no sentido de reconhecimento ao Estado estrangeiro da imunidade absoluta de jurisdição. Depois daquele ano, os tribunais inferiores optaram cada vez mais freqüentemente pela teoria da imunidade relativa, o mesmo fazendo, em julgado de 1963, a Corte Constitucional Federal, considerando que não mais existe regra

<sup>4</sup> “Direito Constitucional Internacional”, Rio de Janeiro, Renovar, 1994, p. 333.

<sup>5</sup> *Apud* Margarita Isabel Ramos Quintana, Revista..., cit., p. 450.

geral do direito internacional público subtraindo *totalmente* os Estados estrangeiros à jurisdição dos outros Estados. Depois de examinar a prática jurídica de numerosos Estados europeus e outros, o conteúdo dos tratados internacionais sobre a matéria, as tendências surgidas no curso das tentativas de codificação e na doutrina do direito internacional público, não se pode mais afirmar “que a grande maioria dos Estados” faz *completamente* escaparem os Estados estrangeiros à sua jurisdição. Para a Corte, o Estado estrangeiro só escapa à jurisdição de um outro Estado quando age no quadro da sua soberania. O caso não é o mesmo se o Estado exerce atividades similares às das pessoas privadas: só os atos de soberania (*acta jure imperii*) beneficiam-se da imunidade, não os atos de gestão (*acta jure gestionis*). A conclusão de um contrato de prestação de serviços é de natureza puramente privada.

A qualificação da atividade estatal (ato de soberania ou não) deve ser operada segundo a *Lex fori* (isto é, segundo a lei do Estado do foro, do Estado do tribunal perante o qual foi proposta a ação<sup>6</sup>).

O internacionalista argentino Alfredo H. Rizzo Romano adverte:

“É difícil sustentar que hoje em dia a imunidade absoluta de jurisdição dos Estados possa ser considerada como um princípio geralmente aceito pelas nações civilizadas, um costume ou um princípio geral do Direito Internacional Público. Ainda mais, opina-se que a tese restritiva, que distingue entre a atividade *jure imperii* e a atividade *jure gestionis*, é a que rege atualmente, para submeter *volens noles* o Estado estrangeiro envolvido nesta última à jurisdição dos tribunais nacionais”.

E dá a conhecer a lei 24.488, de 22 de junho de 1995, do seu país, sobre imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros perante os tribunais argentinos, que consagrou a tese da imunidade relativa, dispondo, em seu art. 2º, que os Estados estrangeiros não poderão invocar a imunidade de jurisdição nos seguintes casos:... “(c) quando a demanda versar sobre uma atividade comercial levada a cabo pelo Estado estrangeiro e a jurisdição dos tribunais argenti-

nos surgir do contrato invocado ou do direito internacional; (d) quando forem demandados por questões de trabalho por nacionais argentinos ou residentes no país, derivadas de contratos celebrados na República Argentina ou no exterior e que causarem efeitos no território nacional”<sup>7</sup>.

Celso de Albuquerque Mello enumera as seguintes razões que conduziram ao abandono da imunidade absoluta:

“(a) o fato de os Estados se dedicarem cada vez mais às atividades comerciais; (b) o estado comerciante não deve ter maiores vantagens perante os tribunais do que os comerciantes particulares; tem sido afirmado que haveria má-fé do estado ao fazer um contrato de comércio e viesse se recusar a aplicá-lo sob a alegação de que é estado soberano”<sup>8</sup>.

#### 4. A imunidade de Jurisdição dos Estados estrangeiros – a jurisprudência brasileira

O nosso país foi um desses raros em que se permaneceu aferrado à tese do caráter absoluto da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro. Os tribunais superiores (ex-Tribunal Federal de Recursos, Tribunal Superior do Trabalho) e o Supremo Tribunal Federal dela não desertavam um milímetro. Essa situação foi muito bem descrita por J. F. Rezek ao escrever:

“No Brasil, o Poder Judiciário, pela voz de sua cúpula, guardou inquebrantável fidelidade ao princípio *par in parem non habet judicium*, não obstante o constrangimento social acarretado pela circunstância de que quase todos os postulantes da prestação jurisdicional, frustrados ante o reconhecimento da imunidade, eram ex-empregados de missões diplomáticas e consulares estrangeiras, desejosos de obter a afirmação de seus direitos trabalhistas à luz pertinente da CLT. Não faltou ao Supremo Tribunal Federal o conhecimento de que, desde a década de setenta, na Europa Ocidental e nos Estados Unidos da América, legisladores e juízes propenderam a prestigiar um entendimento restritivo da imunida-

<sup>6</sup>Rainer Frank, “L’Immunité d’Éxecution de l’État et des Autres Collectivités Publiques en Droit Allemand”, *in* Centre Universitaire de Droit Public, Bruxelles, 1990, pp. 3 e seguintes.

<sup>7</sup> “El Estado y los Organismos Internacionales Ante los Tribunales Extranjeros” Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1996, pp. 35 e 245-247.

<sup>8</sup> “Direito Constitucional”, cit., pp. 332-3.

de, à base da distinção entre atos estatais *jure imperii* e *jure gestionis*. Essa tendência floresceu em grandes centros de negócios mobiliários, e figurou uma reação natural à presença cada vez mais intensa de agentes de soberanias estrangeiras atuando não em funções diplomáticas ou consulares, mas no mercado, nos investimentos, não raro na especulação. Era natural, em face disso, que ingleses e norte-americanos, dentre outros, hesitassem em conceder imunidade ao Estado estrangeiro envolvido, nos seus territórios, em atividades de todo estranhas à diplomacia estrita ou ao serviço consular. Por isso, pareceu-nos, de um lado, não haver desprezo pelo direito internacional costumeiro na atitude dos países que restringiam a imunidade em face de um tipo de presença do Estado estrangeiro que não se previra quando da construção da regra *par in parem...* De outro lado repontava claro que esta república não tinha razão para abdicar, desde logo, do princípio da imunidade absoluta. No que concerne a atividades exóticas dos Estados estrangeiros, o que se passa em Londres e Nova York não tem paralelo em Brasília, como não o tem no Cairo, em Lagos, em Praga ou em Moscou”.

Aditou, porém, que o direito concernente a esse tema vivia uma fase de contradições e de intenso dinamismo<sup>9</sup>. Não tardou, porém, que o reputado internacionalista considerasse chegada a hora de adotar o nosso país a concepção restritiva da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro. Foi em voto proferido na qualidade de ministro do Supremo Tribunal Federal. Tratava-se de reclamação trabalhista de viúva de empregado da Representação Comercial da hoje extinta República Democrática Alemã, que, depois do estabelecimento de relações comerciais desta com o Brasil, passara a ser parte integrante da embaixada daquele país em Brasília. O eminente Ministro Sidney Sanches, relator, entendeu que o art. 114 da Constituição Federal de 1988, ao declarar competente a Justiça do trabalho para os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo, acabou por eliminar a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro nas causas trabalhistas. O Mi-

nistro Rezek discordou desse fundamento, em virtude de considerar que o art. 114 constitucional é uma norma relacionada somente com a competência, nada tendo que ver com a imunidade de jurisdição. Mas concordou com o Relator por uma outra razão, ou seja, a de que não se pode mais dizer que há uma sólida regra de direito internacional costumeiro, a partir do momento em que desertam dessa regra os Estados Unidos da América, a Grã-Bretanha e tantos outros países do hemisfério norte. Portanto, o único fundamento que tínhamos – já que as Convenções de Viena não nos socorrem a tal propósito – para proclamar a imunidade do Estado estrangeiro em nossa tradicional jurisprudência desapareceu: podia dar-se por raquítico no final da década de 70, e hoje não há mais como invocá-lo.

“O quadro interno não mudou. O que mudou foi o quadro internacional. O que ruiu foi o nosso único suporte para a firmação da imunidade numa causa trabalhista contra Estado estrangeiro, em razão da insubsistência da regra costumeira que se dizia sólida – quando ela o era – e que assegurava a imunidade em termos absolutos”.

Os demais Ministros concordaram com essa fundamentação, inclusive o Relator, que a fez sem desprezar a sua, e o Supremo, dando uma completa guinada em sua jurisprudência, decidiu que “não há imunidade de jurisdição para o Estado estrangeiro em causa trabalhista”<sup>10</sup>.

A orientação adotada pelo Ministro Rezek e acolhida pelos demais Ministros do Supremo logo foi abraçada pelo E. Superior Tribunal de Justiça, inclusive em acórdão da 4ª Turma, relatado pelo Ministro Barros Monteiro, encimado pela seguinte ementa:

“Sofrendo o princípio da absoluta imunidade de jurisdição certos temperamentos em face da evolução do direito consuetudinário internacional, não é ele aplicável a determinados litígios decorrentes de relações rotineiras entre Estado estrangeiro e os súditos do país em que o mesmo atua, de que é exemplo a reclamação trabalhista. Precedentes do STF e do STJ. Apelo a que se nega provimento”<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Revista LTR, ano 55, n. 1, janeiro de 1991, pp. 45-50.

<sup>11</sup> Revista LTR, ano 55, no. 1, janeiro de 1991, pp. 597-603.

<sup>9</sup> “Direito Internacional Público”, cit., São Paulo, Saraiva, 2 ed, 1991, p. 177-8.

Faz o aresto referência a outros de Turmas do mesmo Tribunal, de que foram relatores os Ministros Eduardo Ribeiro e Cláudio Santos.

O próprio Supremo Tribunal voltou a sufragar a tese da imunidade relativa em novo acórdão, de autoria do Ministro Celso de Mello, em que se afirmou:

“A imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro, quando se tratar de litígios trabalhistas, revestir-se-á de caráter meramente relativo e, em consequência, que os juízes e tribunais brasileiros conheçam de tais controvérsias e sobre elas exerçam o poder jurisdicional que lhes é inerente”<sup>12</sup>.

O Tribunal Superior do Trabalho seguiu a mesma trilha em acórdãos da sua 1ª Turma, da lavra do Ministro Indalécio Gomes Neto<sup>13</sup>.

## 5. A imunidade de execução

Se a imunidade de jurisdição fosse absoluta, não haveria a possibilidade da existência de decisão contra aquele Estado a ser objeto de execução forçada e seria incabível a discussão sobre se a imunidade de execução daquele Estado deve ser absoluta ou restrita. E o que muito bem sublinha Jaime Vegas Torres:

“Falar de imunidade de execução supõe que se aceita que um Estado pode ser condenado pelos Tribunais de outro; se não se pudesse produzir uma sentença que condenasse um Estado estrangeiro, seria ocioso perguntar sobre as possibilidades de obter a execução forçada da mesma. Nas palavras de R. Venneman, ‘falar de imunidade de execução do Estado estrangeiro tem sentido apenas quando a imunidade do Estado estrangeiro se acha limitada’”<sup>14</sup>.

Embora mantenham entre si estreitas relações, são distintas as imunidades de jurisdição e de execução. Isso mesmo também salientou Ahmed Maihou, esclarecendo mais que

“a imunidade de jurisdição visa subtrair

<sup>12</sup> *Apud Valentin Carrion*, “Nova Jurisprudência em Direito do Trabalho”, 1979, 1 Semestre, Editora Saraiva, São Paulo, 1997, pp. 398-399.

<sup>13</sup> *Apud Valentin Carrion*, “Nova Jurisprudência em Direito do Trabalho”, 1979, 1º Semestre, Editora Saraiva, São Paulo, 1997, pp. 398-399.

<sup>14</sup> “La Inmunidad de Ejecución. Especial Referencia al Derecho Epañol”, *Revista Española de Derecho del trabajo*, Madri, n. 35, jul/set 1988, p. 379.

um Estado à competência de um tribunal de outro Estado, enquanto a imunidade de execução visa subtraí-lo a medidas de penhora e outras medidas de constricção”<sup>15</sup>.

Guido Soares escreveu:

“No Brasil, desconhecemos sentença condenatória a Estado estrangeiro decretada por tribunal brasileiro e que tenha suscitado a questão da imunidade de execução contra seus bens. Os casos brasileiros de sentenças condenatórias que poderiam ter ensejado uma execução forçada foram resolvidos por via diplomática ou amigavelmente”<sup>16</sup>.

A explicação pode ser encontrada no caráter absoluto que até o acórdão citado do Supremo se emprestava, em nosso país, à imunidade de jurisdição, devendo resultarem as exceções de casos atípicos.

A independência entre as imunidades de jurisdição e execução ressalta do fato de que o Direito Internacional sempre considerou necessária a renúncia à segunda, mesmo na hipótese de haver renúncia à primeira, assim como da circunstância de que Estados nos quais foi tornada restritiva a imunidade de jurisdição continuaram a considerar absoluta a imunidade de execução. A própria convenção européia sobre a imunidade do Estado, concluída em Basiléia no ano de 1972, instrumento de feição transacional, combina imunidade de jurisdição relativa com imunidade de execução absoluta. Um dos pilares em que assenta esta última é a inviolabilidade dos bens do Estado, assegurada pelo art. 22.3 da Convenção de Viena de 1961 sobre relações diplomáticas nestes termos:

“Os locais da missão, seu mobiliário e demais bens neles situados, assim como os meios de transporte da Missão, não poderão ser objeto de busca, requisição, embargo ou medida de execução”.

Embora a Convenção invista de imunidades os diplomatas, quando se trata da inviolabilidade dos bens da Missão é o Estado que as concede. Explica-o muito bem Hildebrando Accioly:

“A inviolabilidade da missão diplomática constitui hoje uma regra aceita por todos os países. Na sua origem, decorria de inviolabilidade do agente diplomático, mas, atualmente, conforme comentá-

<sup>15</sup> “L’Immunité”, cit., p. 161.

<sup>16</sup> *Apud Celso de Albuquerque Mello*, “Direito Constitucional”, cit., p. 335.

rio da Comissão de Direito Internacional, a inviolabilidade dos locais da missão não é uma consequência da inviolabilidade do Chefe da missão, mas um atributo do Estado acreditante em virtude de os locais serem usados como sede da missão<sup>17</sup>.

André Huet observa que, em apoio da imunidade de execução, *muitos fundamentos* são invocados. Desde logo, a soberania e a independência dos Estados; com efeito, uma execução forçada comportaria o recurso à força pública de que o emprego seria suscetível de constituir, em face de um Estado estrangeiro, um ato contrário à soberania e independência desse Estado. É invocado, em segundo lugar, o princípio da igualdade dos Estados; uma vez que o direito francês concede imunidade de execução ao Estado francês, o princípio de igualdade impõe que a imunidade de execução seja concedida também aos Estados estrangeiros. Em terceiro lugar, a imunidade de execução está fundada sobre preocupações jurídicas de oportunidade: invoca-se, por exemplo, a “cortesia internacional” porque seria indecente, chocante e contrário à dignidade de um Estado estrangeiro que a França participasse de execução forçada contra esse Estado; na mesma ordem de idéias, fazem-se valer razões de “prudência diplomática”, porque a penhora dos bens de um Estado estrangeiro é de natureza a perturbar as relações internacionais da França com esse Estado estrangeiro: em suma, a imunidade de execução interfere com um componente político feito de uma mistura difusa de interesses estatais e jogos diplomáticos<sup>18</sup>.

## 6. O caráter absoluto ou restritivo da imunidade de execução do Estado estrangeiro

Charles Leben observa que um número crescente de Estados abandonou a doutrina, clássica no século 19 e em grande parte do século 20, da imunidade absoluta de execução, para adotar uma concepção mais restritiva. Ainda nota que a posição de quantos consideravam a imunidade de jurisdição relativa e a imunidade de execução absoluta sofreu uma profunda mudança nos anos 80 quanto ao caráter absoluto da imunidade de execução.

<sup>17</sup> “Manual de Direito Internacional Público, Saraiva, São Paulo, 11 edição, 1991, p.109.

<sup>18</sup> “L’Irnniunité d’Execution de l’Etat et des Autres Collectivités Publiques en Droit International Privé”, in obra citada na nota 4.

O fenômeno social que determinou essa transformação jurídica foi a participação intensa do Estado na vida econômica, o que o levou a tornar-se sujeito de relações jurídicas de natureza privada, principalmente industriais e comerciais, representando a imunidade de execução para as empresas e pessoas que contratavam com países estrangeiros um fator de insegurança jurídica. Sentiu-se então necessidade de distinguir entre as atividades comerciais e industriais do Estado realizadas no desempenho das suas atribuições *jure gestionis* e aquelas outras, de caráter político jurídico, típicas do exercício do seu poder soberano (*jus imperii*). Em relação a estas últimas, a imunidade de execução do Estado estrangeiro permaneceu absoluta, enquanto foi relativizada quanto às primeiras.

Pioneiras da compreensão restritiva da imunidade de execução do Estado estrangeiro foram as jurisprudências belga, holandesa e suíça.

Já em 1951, na célebre questão “Socobel”, os tribunais belgas determinaram a penhora de fundos do Estado grego, resultantes do plano Marshall, em poder de bancos e empresas belgas, sob o fundamento de que a essa forma de constrição se acham sujeitos os Estados estrangeiros quando atuam como pessoas privadas. Rejeitaram, assim, a tese da imunidade absoluta de execução.

O Tribunal Federal Suíço, em 1956, num memorável acórdão, acolheu a concepção da imunidade restritiva de execução, decidindo:

“Desde o instante em que se admite que, em certos casos, um Estado estrangeiro pode ser parte perante os tribunais suíços num processo (...) é preciso admitir também que ele pode constituir objeto na Suíça de medidas apropriadas para assegurar a execução forçada do julgamento contra ele proferido. Senão esse julgamento seria desprovido do que é a essência mesma da sentença de um Tribunal, a saber que ela pode ser executada mesmo contra a vontade da parte condenada. Seria reduzida a um simples parecer”.

A Corte de Apelação de Haia, em 28 de novembro de 1968, num caso de execução forçada de sentença arbitral, confirmou a decisão de Tribunal de distrito que rejeitara a regra da imunidade absoluta, concordando com ele em que

“em nossa época uma tal imunidade absoluta dos estados não mais pode ser considerada como uma regra de direito

internacional. A regra que prevalece atualmente é mais restritiva...”.

A Corte Suprema dos Países Baixos confirmou, ao solucionar outra hipótese, essa jurisprudência, declarando

“que não havia regra de direito internacional proibindo qualquer forma de execução contra bens pertencentes a um Estado estrangeiro que se achassem no território de outro Estado”.

Também a jurisprudência francesa, desde 1969, vem mantendo um entendimento limitativo da imunidade de execução, baseando-se em que esta se funda na utilidade pública dos bens contra os quais se dirige a execução, a qual, por sua vez, depende não de pertencerem os bens ao patrimônio do Estado, mas de sua afetação a uma atividade de poder público, tal como o exercício de um serviço público. Em sentença de 14 de março de 1984, a Corte de Cassação Francesa afirmou que a imunidade de execução, embora constituindo a regra, há de ceder em algumas circunstâncias excepcionais, como quando os bens objeto de constrição seriam usados para atividade econômica ou comercial de natureza jurídico-privada em que a demanda se baseia.

André Huet, não obstante as razões que, no seu entendimento, levariam, em princípio, à imunidade absoluta de execução, reconhece que

“...a jurisprudência francesa não deixou de fazer evoluir o direito positivo francês tendo em vista adaptá-lo às novas realidades econômicas: com efeito, a época não é mais aquela em que os Estados se encantonavam nas atividades de poder público; cada vez mais os Estados se imiscuem, por si mesmos ou pelos organismos que emanam mais ou menos diretamente deles (as ‘emanações do Estado’), nas engrenagens econômicas e realizam operações comerciais. Nestas condições, conceder ao Estado estrangeiro o benefício da imunidade de execução em todas as circunstâncias é permitir-lhe escapar ao cumprimento de seus compromissos comerciais e colocar-se acima das leis e, por via de consequência, a imunidade de execução afeta as relações econômicas internacionais de uma pesada insegurança e traz atentado à moral contratual”.

Acrescenta o professor de Estrasburgo que a jurisprudência francesa tentou ordenar o regime da imunidade de execução – mais particularmente do duplo ponto de vista de sua extensão

e de sua renúncia – para permitir aos credores penhorarem, em certos casos, bens do Estado estrangeiro e de suas emanações<sup>19</sup>.

A partir de 1976, as leis norte-americana, inglesa, de Singapura, paquistanesa, sul-africana, canadense e australiana, que adotaram a concepção restritiva da imunidade de jurisdição, fizeram, em geral, o mesmo no tocante à imunidade de execução.

A Corte de Karlsruhe, depois de uma investigação sistemática da regra internacional e de seu conteúdo por meio da prática internacional, concluiu que, no domínio da imunidade de execução, não se acha uma prática que seja, “na hora atual”, suficientemente geral e acompanhada pela convicção jurídica necessária para constituir o fundamento costumeiro, em nome do qual toda medida de uma execução por um tribunal do foro contra um Estado estrangeiro seria absolutamente proibida. O Tribunal Constitucional germano-federal, em sentença de 12 de abril de 1983, repeliu a imunidade de execução quando se trate de bens não-destinados ao exercício de soberania, de modo igual ao que fizeram decisões judiciais austríacas. A Corte de Karlsruhe abre duas exceções: quando se trate de execuções que recaíram sobre bens utilizados para fins soberanos do Estado estrangeiro ou que possam afetar de modo desfavorável as funções diplomáticas<sup>20</sup>.

A Corte Constitucional germânica, segundo informa Rainer Frank, depois de ter procedido a um amplo estudo comparativo, chegou à conclusão de que nenhuma regra geral de direito internacional público exclui totalmente a aplicação pelo Estado do foro da execução forçada contra um Estado estrangeiro. Numerosos Estados, adita o mestre da Universidade de Fribourg-en-Brisgam, admitem a execução forçada contra um Estado estrangeiro, mas com grandes restrições: é o caso, por exemplo, da Itália, da Suíça, da Bélgica, da Holanda, da Áustria, da França, da Grécia: o conjunto dos Estados decide, assim, há muito tempo, que os bens patrimoniais afetados realmente às atividades de soberania do Estado estrangeiro não podem, conforme as regras de direito internacional público, constituir objeto de uma execução forçada. No

<sup>19</sup> Obra citada, p. 89.

<sup>20</sup> As citações de jurisprudência contidas no item 6 foram extraídas dos artigos *Les Fondements...*, in *L'immunité*, cit., de Charles Leben, e *La inmunidad de ejecución...*, in *Revista Española de Derecho de Trabajo*, cit., de Jaime Vegas Torres.

que concerne ao caso particular das representações diplomáticas, a solução *ne impediatur legatis*<sup>21</sup>.

## 7. As exceções à imunidade de execução

A primeira exceção à regra da imunidade de execução é para a hipótese de renúncia do Estado estrangeiro a essa mesma imunidade, que deve ser expressa ou pelo menos inequívoca.

A segunda exceção é para o caso de recair a constrição judicial sobre o bem que constitua objeto da ação. Exemplo típico é o de uma ação trabalhista sobre verbas de natureza salarial, incidindo a penhora em conta corrente mantida pelo Estado estrangeiro em banco do Estado do foro e destinada ao pagamento de pessoal.

Refere-se a terceira exceção aos bens do Estado estrangeiro usados para atividades industriais e comerciais no Estado do foro, como, p. ex., os navios mercantes.

Uma outra exceção é para os bens das denominadas “agências estatais”, sobre os quais podem incidir medidas constritivas.

Celso de Albuquerque Mello resume:

“Não têm imunidade: atividades comerciais, atividades trabalhistas, bens com fins comerciais etc.”.

Entende que

“a posição mais acertada é a que sustenta não existir imunidade de execução se esta recai sobre o próprio objeto do litígio”<sup>22</sup>.

A lei dos Estados Unidos ainda exclui da imunidade de execução a propriedade tomada em violação ao Direito Internacional.

## 8. Bens protegidos pela imunidade de execução

Não se incluem entre as exceções que a aceitação da tese restritiva abre ao princípio da imunidade absoluta de execução as propriedades de organizações internacionais, de natureza militar, sob controle militar, de um banco central ou autoridade monetária estrangeiras ou destinadas a finalidade diplomática ou consular. Todos esses bens são considerados afetados a fins públicos e não à atividade *jure gestionis* do Estado estrangeiro, por isso mesmo não estando sujeitos a providências decorrentes de exe-

cução forçada. As legislações paradigmáticas a respeito são a norte-americana e a canadense<sup>23</sup>.

“Há certamente”, pondera André Huet,

“casos em que a prova da afetação é fácil. Assim, existem bens cuja natureza revela incontestavelmente a afetação ao exercício da soberania e que são cobertos pela imunidade de execução: por exemplo, os navios de guerra, as aeronaves militares, os navios e aeronaves afetados a um serviço não comercial do Estado (ao serviço dos correios, da luta antipoluição...), os móveis ou imóveis necessários ao exercício da atividade diplomática. Ao contrário, existem bens cuja afetação a uma atividade privada pode ser provada facilmente e que por conseguinte são penhoráveis: por exemplo mercadorias constituindo o objeto de mercados comerciais, ou aeronaves afetadas a transportes aéreos por linhas regulares: assim, num aresto de 31 de janeiro de 1984 a Corte de Apelação de Paris autorizou a penhora de um avião da Companhia Air Zaire por motivo de que esta, nos termos do seu estatuto, constitui uma ‘empresa pública de caráter comercial’ e que seus aparelhos, ‘são explorados nas condições de direito comum excludentes de qualquer exercício do poder público’ e são afetados à realização de uma operação puramente comercial”<sup>24</sup>.

Também não são protegidos pela imunidade de execução os navios mercantes, tanto que muitos deles, pertencentes à empresa estatal Lloyd Brasileiro, foram objeto de medidas de constrição em portos estrangeiros.

Questão que tem suscitado perplexidade e sido apreciada por tribunais de vários países é a de saber se o Estado do foro pode penhorar contas correntes pertencentes à representação diplomática de um outro país. Na Espanha, o Tribunal Constitucional, a que chegou recurso contra penhora de parte da importância de uma conta corrente de que era titular a República da África do Sul, decidiu anular o auto da penhora sob o fundamento de que gozam de imunidade as contas bancárias das embaixadas mesmo se as quantias nelas depositadas possam servir

<sup>23</sup> Celso de Albuquerque Mello, “Direito Constitucional”, p. 335; Jaime Vegas Torres, “La Inmunidad de Ejecución...”, in Revista Española del derecho del Trabajo, cit., p. 387.

<sup>24</sup>citada, pp. 106-107.

<sup>21</sup> Obra citada, p. 19.

<sup>22</sup> “Direito Constitucional”, cit., p. 334.

também para a realização de atos *jure gestionis*. Margarita Isabel Ramos Quintana critica esse julgado, que acusa de contraditório porque assim conclui depois de adotar, em várias considerações, a tese de que a imunidade de execução dos Estados se restringe aos atos *jure imperii*<sup>25</sup>.

A Corte Constitucional federal alemã julgou igualmente que, mesmo em caso de atividade não-soberana (isto é, em caso de atos de gestão) de um Estado estrangeiro, a execução forçada que recaísse sobre bens afetados à atividade de soberania seria proibida. Assim, o Estado do foro não pode proceder à execução forçada sobre créditos que seriam nascidos de uma conta corrente de que a embaixada de um Estado estrangeiro é titular, conta corrente aberta no Estado do foro e destinada a cobrir as despesas da embaixada. Segundo a Corte, a conta bancária visa diretamente a manutenção das funções diplomáticas do Estado delegante, pouco importando que sua abertura e funcionamento não constituam talvez senão um ato de gestão. Não nega a Corte que podem igualmente ser efetuadas, sobre a conta corrente de uma embaixada, transações sem vínculo direto com a missão da representação diplomática. Entretanto, ainda segundo a Corte, não se poderia exigir do Estado delegante que ele revele concretamente a existência de bens e sua destinação. Uma tal exigência constituiria uma ingerência contrária às regras de direito internacional público no domínio reservado do Estado delegante. O direito internacional público geral – prossegue a Corte – não proíbe, todavia, que se exija do Estado delegante estabeleça ele a verossimilhança do fato de que a conta bancária é afetada à continuidade do funcionamento de uma representação diplomática. Não obstante, de conformidade com os princípios do direito das gentes, bastará, para essa prova, uma declaração emanada de um órgão competente do Estado delegante<sup>26</sup>.

Informa André Huet que a jurisprudência francesa está hoje bem firmada no sentido do caráter relativo ou restrito da imunidade de execução quanto aos bens, como é o caso nos Estados Unidos, na Inglaterra, na Suíça e na Alemanha: a imunidade de execução faz obstáculo a uma penhora que tenha por objeto bens ou fundos públicos; mas é restrita aos bens ou fundos públicos e não pode ser oposta ao credor

que faz recair a penhora sobre bens ou fundos privados pertencentes ao Estado estrangeiro ou a uma emanção desse Estado. Um aresto da Corte de Cassação, de 14 de março de 1988, firmou a regra de que:

“a imunidade de execução do Estado estrangeiro é o princípio; todavia pode ser excepcionalmente afastado”.

Dessa fórmula resulta incumbir ao credor provar que se acha no quadro de uma exceção ao princípio, que o bem que ele quer penhorar é afetado a uma atividade do direito privado<sup>27</sup>.

## 9. Conclusão

Como vimos desde o início, o fundamento das imunidades absolutas de jurisdição ou de execução era um só, ou seja, a regra costumeira *non parem habet iudicium*. Porque essa regra não mais é seguida em grande número de países ocidentais, a nossa Corte Suprema, abraçando os fundamentos do voto do Ministro Rezek, deixou de considerar existente a norma costumeira de direito internacional em que se baseava a imunidade absoluta de jurisdição do Estado estrangeiro e, conseqüentemente passou a não reconhecê-la para as ações trabalhistas. Ora, a imunidade absoluta de execução tinha como suporte aquela mesma regra costumeira, e também, no que diz respeito a esta outra espécie de imunidade, já não há consenso universal para a aplicação do aforismo *non parem*. A Charles Leben parece adquirido, para um grande número de Estados, que a regra da imunidade absoluta de execução não mais faz parte do costume internacional<sup>28</sup>. Desde que, por essa mesma razão, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar a tese da imunidade de jurisdição restrita, deve-se acolhê-la também no que se refere à imunidade de execução do Estado estrangeiro para considerá-la igualmente limitada, pois a identidade de motivo exige identidade de tratamento para as duas imunidades.

É certo que a constrição de bens do Estado estrangeiro pode afetar as boas relações internacionais, sugerindo-se, por isso, que se recorra a vias diplomáticas para conseguir o cumprimento da decisão judicial e falando-se até em pagamento da condenação pelo Estado do foro para evitar conflito com o Estado alienígena, que

<sup>25</sup> Obra citada, pp. 453 e seguintes.

<sup>26</sup> Rainer Frank; obra citada, pp. 18-19.

<sup>27</sup> Obra citada, pp. 102-104.

<sup>28</sup> “Les Fondements...”, in “L’Immunité”, cit., pp. 22-23.



pode considerar a execução forçada contra ele ajuizada como um ato de hostilidade.

Alguns países, como Estados Unidos, Grécia, Itália e Espanha, admitem ou exigem uma consulta ao Judiciário ou ao Executivo, competente para a direção da política internacional, sobre as consequências que a execução forçada pode acarretar para as relações entre os Esta-

dos nela envolvidos. Pelo menos na maioria desses Estados, porém, a opinião do Executivo não vincula o Judiciário. Nada disso, contudo, invalida a conclusão de que, atualmente, e mais especificamente no Brasil, a imunidade de execução do Estado estrangeiro é restrita, não alcançando as causas resultantes de atos estatais *jure gestionis* e não *jure imperii*, como as trabalhistas.

---

\* Notas bibliográficas conforme original.

# Ontologia da ação penal

CLÁUDIO BRANDÃO

## SUMÁRIO

*1. Introdução. 2. Conceito e espécies de ação penal. 3. Breve notícia histórica da ação penal. 4. Natureza jurídica da ação penal. 5. Princípios da ação penal. 6. Conclusões.*

### 1. Introdução

O nosso trabalho visa estudar a natureza e o conceito da ação penal, trata, pois, da ontologia da ação. A importância do estudo é grande, pois os sistemas jurídicos divergem quanto, por exemplo, à normatização desse instituto, inserindo normas ora no diploma penal, ora no diploma processual penal.

No capítulo primeiro, trataremos da conceituação e das espécies da ação penal. É nesse capítulo que faremos uma análise sobre a localização das normas da multireferida ação.

O capítulo segundo dedicamos à história da ação penal, em que daremos uma certa ênfase ao Direito Romano. No capítulo terceiro, trataremos da natureza jurídica da mesma e no quarto, dos princípios que a norteiam.

### 2. Conceito e espécies de ação penal

A ação é a base de todo processo penal, porque é por meio dela que a relação jurídica processual penal pode adquirir existência. A finalidade da relação jurídica processual penal é revelar se a *ação penal* é procedente ou não; em última análise, é revelar se o sujeito da relação jurídica realizou ou não o injusto (ação típica e antijurídica) e se esse injusto foi ou não culpável.

Cláudio Brandão é Professor da Escola Superior de Magistratura de Pernambuco, da Faculdade de Direito de Olinda, da Universidade Federal de Pernambuco e da Universidade Católica de Pernambuco. Mestre e Doutorando em Direito.

De fato, é possível que tenha-se concretizado um tipo penal por um sujeito imputável; todavia, se não houver uma ação penal para iniciar o processo, não há possibilidade de aplicação da sanção penal. Por esse motivo, pode-se afirmar que “L’azione penale è la forza motrice del meccanismo processuale”<sup>1</sup>.

Joaquim Canuto Mendes de Almeida ensina que a noção de ação pode ser encarada de três formas: a noção vulgar, a noção política e a noção jurídica<sup>2</sup>.

A noção vulgar de ação é facilmente compreendida por um simples esforço de consciência, posto que todos os dias todos nós *agimos*, o homem só vive em função da ação, pois é por meio dela que ele

“arranca a matéria bruta do seio da terra, sujeitando-a aos mais variados fins, transformando-a em instrumentos de sua vida material, intelectual e moral, a casa onde mora, as vestes que o cobrem, seus meios de transporte e civilização, seus utensílios de trabalho e estudo, as armas de ataque ou defesa, suas máquinas e usinas”<sup>3</sup>.

No nosso ponto de vista, a noção vulgar de ação é relevante no processo penal. Isso se dá porque não há crime sem ação humana, só é possível perfazer um juízo de antijuridicidade, tipicidade e culpabilidade *se houver uma ação humana*. Sem crime, por sua vez, não há sentido na existência do processo penal.

A noção política de ação penal decorre da noção de sociedade. A sociedade tem um poder coativo, o qual é posto a serviço do direito. Quando o indivíduo resiste aos comandos da sociedade, há a ação política da sociedade que atua fisicamente contra a resistência dos obrigados. A ação política decorre da autoridade pública<sup>4</sup>.

Por fim, há a ação judiciária, a qual corresponde à noção jurídica de ação. A jurisdição só se move mediante um impulso, posto que por si só ela é inerte. A ação é uma

“uma atividade de pessoas que querem ou que devem garantir pela coação um direito e que, nos termos legais, constitui condição do procedimento jurisdicional. É, em poucas palavras, a promoção da jurisdição”<sup>5</sup>.

A ação penal é uma ação judiciária, posto que a mesma tem por escopo movimentar a máquina do Judiciário. Pode ser definida como

“el poder jurídico de promover la actuación jurisdicional a fin que el juzgador pronuncie acerca de la punibilidad de hechos que el titular de aquella reputa constitutivo de delito”<sup>6</sup>.

A ação penal nasce de um ato com aparências delitivas<sup>7</sup>. Isso se dá porque a revelação do caráter criminoso do ato fica reservado ao final do processo de conhecimento, mediante a sentença. Durante muito tempo, doutrinou-se que a ação penal visava à aplicação da pena; todavia esse posicionamento não podia sustentar-se. Como salienta Eduardo Espínola Filho, a aplicação da pena está subordinada a várias verificações: a primeira delas é ter havido um crime, porque, se não houve crime, não se pode cogitar a aplicação de uma pena; a segunda é não estar o fato acobertado por nenhuma causa de justificação ou de exclusão de pena; a terceira verificação é sindicarse os participantes da ação punida e punível são os mesmos apontados na ação penal<sup>8</sup>.

No Direito brasileiro, a ação penal está regulada tanto no Código Penal quanto no Código de Processo Penal. Hélio Tornaghi diz que o Código Penal disciplina o *direito de ação*, enquanto o Código de Processo Penal determina o *exercício deste direito*<sup>9</sup>.

Não há justificativa científica, *data venia*, para a normatização da ação penal no Código Penal. Isso se dá porque a ação é um instituto

<sup>1</sup>Vannini, Ottorino. *Manuale di Diritto Processuale Penale*. Milão: Guiffré. 1952. P. 19.

<sup>2</sup>Mendes de Almeida, Joaquim Canuto. *Processo Penal - Ação e Jurisdição*. São Paulo:Revista dos Tribunais. 1975. Pp.103-104.

<sup>3</sup>Mendes de Almeida, Joaquim Canuto. *Processo Penal - Ação e Jurisdição*. São Paulo:Revista dos Tribunais. 1975. Pp.103

<sup>4</sup>Mendes de Almeida, Joaquim Canuto. *Processo Penal - Ação e Jurisdição*. São Paulo:Revista dos Tribunais. 1975. Pp.104

<sup>5</sup> Mendes de Almeida, Joaquim Canuto. *Processo Penal - Ação e Jurisdição*. São Paulo:Revista dos Tribunais. 1975. Pp.107

<sup>6</sup> Alcala-Zamora y Castillo, Niceto. *Derecho Processal Penal*. Tomo II. Buenos Aires:Editorial Guillermo Kraft. S/d. P.62.

<sup>7</sup> Alcala-Zamora y Castillo, Niceto. *Derecho Processal Penal*. Tomo II. Buenos Aires:Editorial Guillermo Kraft. S/d. P.59.

<sup>8</sup> Espínola Filho, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. Rio de Janeiro:Borsoi. 1954. P.321.

<sup>9</sup> Tornaghi, Hélio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo:Saraiva. 1980.P.39

de direito instrumental, pertine, destarte, ao processo. A própria doutrina nacional reconhece que a inserção de normas processuais no Código Penal gera grandes dificuldades<sup>10</sup>.

Todavia, fazendo uma análise no direito comparado, vemos que não é só o direito brasileiro que faz essa confusão com relação à normatização da ação penal. O vigente Código Penal argentino (Lei 11.179, com posteriores modificações) disciplina a ação penal nos arts. 71 a 76, enquanto o Código de Processo Penal argentino (Lei 23.984) também a disciplina nos artigos 5º a 13. De melhor técnica é a parte geral do Código Penal uruguaio (sancionado pela Lei 9.155 de 4 de dezembro de 1933 e em vigor pela Lei 9.414, de 29 de junho de 1934), que não traz nenhuma norma genérica sobre a ação penal; tal Código tratava apenas da ação civil, no art. 125, artigo que, posteriormente, foi revogado pela Lei 16.162.

Quanto à espécie, a ação penal pode ser pública ou de iniciativa privada. Essa distinção é feita tendo em vista os sujeitos da ação; quando, pois, o Estado for sujeito da ação, a mesma é pública, quando não, a ação é de iniciativa privada. Diz Walter P. Acosta que

“não é demais advertir que a distinção das ações em públicas e privadas, está em função do sujeito da ação (...) isto é do titular do direito, a quem é atribuída a iniciativa do processo. Por outro lado a condição de *pública* nada tem a ver com o *caráter público* dos atos processuais”<sup>11</sup>.

No mesmo sentido se posiciona Soler, ao afirmar que “Llámase *acción pública* aquella que debe ser ejercida de oficio por los órganos del Estado”<sup>12</sup>. A ação privada, a *contrario sensu*, é aquela em que o titular do direito de impetrá-la é o ofendido.

No direito positivo brasileiro, a ação penal pública, exercida por um órgão do Estado denominado Ministério Público, pode ser incondicionada ou condicionada. A ação pública incondicionada é a regra, só haverá ação pública condicionada quando a lei expressamente prevê-la. A condicionada, por sua vez, pode ser condicio-

nada a representação do ofendido ou a requisição do Ministro da Justiça.

Por sua vez, a ação privada também precisa ser expressamente prevista em lei, a exemplo do crime do art. 213, *caput*, do Código Penal.

O direito positivo brasileiro prevê, ainda, a ação penal privada subsidiária da pública, inovação do Código de Processo Penal brasileiro, que tem lugar quando a ação pública não for intentada no prazo legal.

### 3. Breve notícia histórica da ação penal

No Egito antigo, existiam três formas de ação penal. A primeira era de iniciativa de um corpo de funcionários designados para essa função, os quais denominavam-se *Magiaí*. A segunda forma era a ação penal de iniciativa de qualquer do povo, enquanto a terceira era de iniciativa do ofendido<sup>13</sup>.

Para o Direito Romano, a ação penal era conferida a qualquer cidadão, porque não havia um órgão específico para impetrá-la. O *Corpus Juris Civilis* define a ação como o *jus persequendi in judicio quod sibi debeatur* (direito de perseguir em juízo o que se nos deve)<sup>14</sup>.

Os romanos distinguiam os delitos em públicos (*delicta publica*) e privados (*delicta privata*), em ambos os casos a ação pertencia ao cidadão.

“En el proceso penal romano el Estado podía presentarse en dos actitudes: como arbitro entre los litigantes privados o como titular de la potestade de castigar en interés social”<sup>15</sup>.

Quando o Estado se posicionava como árbitro, estávamos diante dos delitos privados, que eram processados segundo a jurisdição civil, posto que se considerava que eles só atingiam os interesses privados<sup>16</sup>. Nos *delicta privata*, que consistiam em todos os fatos antijurídicos, cometidos sem violência, os quais não estavam expressamente previstos em lei, a ação

<sup>10</sup> ver Toledo, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva. 1994. Pp.39-40.

<sup>11</sup> Acosta, Walter P.. *O Processo Penal*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Edição do autor. 1959. P.140.

<sup>12</sup> Soler, Sebastian. *Derecho Penal Argentino*. T.2. Buenos Aires: TEA. 1992. P.528

<sup>13</sup> Freire, Homero. *A Natureza Pública da Ação Penal*. Tese de Cátedra. Recife. 1950. P.39.

<sup>14</sup> Institutas, Lib IV, TitV.

<sup>15</sup> Manzini, Vincenzo. *Derecho Processal Penal*. Buenos Aires: Europa-América. 1951.P.3

<sup>16</sup> Freire, Homero. *A Natureza Pública da Ação Penal*. Tese de Cátedra. Recife. 1950. P.43.

era chamada de *'actio doli'*<sup>17</sup>. A ação penal privada de dolo era concedida ou negada pelo magistrado ao cidadão, pois ficava ao arbítrio do magistrado o julgamento de o fato reclamar ou não punição.

Nos *delicta publica*, o magistrado, ao invés de se interpor simplesmente como um árbitro entre as partes, fazia investigações necessárias à elucidação do caso e era titular da potestade de punir do Império Romano. O processo penal público tinha duas formas, a saber: a *cognitio* e a *acusatio*<sup>18</sup>.

Na *cognitio*, o magistrado poderia agir de ofício, porém sua sentença podia ser anulada pelo povo, desde que o condenado fosse homem e cidadão.

Na *acusatio*, que surgiu no último século da República, houve uma introdução de certos princípios do processo privado no público. Nela, a exemplo dos *delicta privata*, o juiz só julga a certeza do delito e prolata a sentença. A persecução do delinqüente era realizada ou pelo ofendido ou por um representante voluntário do povo.

No Direito brasileiro, a ação penal foi normatizada por primeiro com a promulgação do Código de Processo, de 1830. A ação manifestava-se sob duas formas: a primeira era a queixa, a qual só competia ao ofendido, seu pai, sua mãe, tutor, curador e cônjuge; a segunda espécie da ação penal era a denúncia, que competia ou ao Ministério Público ou a qualquer do povo. Deve-se salientar que o procedimento *ex-officio* era autorizado em todos os casos em que cabia a denúncia<sup>19</sup>.

Logo em seguida, com o advento do Código Penal republicano de 1890, manteve-se a ação penal sob as espécies de denúncia e queixa, consoante o art. 407, que dispunha:

“Haverá lugar a ação penal:

§ 1º – Por queixa da parte ofendida ou por quem tiver qualidade para representá-la.

§ 2º – Por denúncia do Ministério Público em todos os crimes ou contravenções. Excetuando-se: 1º – os crimes de fur-

to e de dano, não tendo havido prisão em flagrante; 2º – os crimes de violência carnal, rapto, adultério, parto suposto, calúnia e injúria, em que somente caberá proceder por queixa da parte, salvo os casos do art. 274.

§ 3º – Mediante procedimento ex-officio nos crimes inafiançáveis, quando não fôr apresentada a denúncia no prazo de lei”.

Com a advento do Código Penal de 1940, a ação penal continuou subdividida em pública e privada; a pública continuava a ser a regra geral, só sendo privadas as expressamente declaradas por lei. Dispunha o Código, no seu art. 182:

“A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido:

§ 1º – A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei exige, de representação do ofendido ou de requisição do ministério da Justiça.

§ 2º – A ação privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo.

§ 3º – A ação privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal.

§ 4º – No caso de morte do ofendido ou de ter sido ele declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou de prosseguir na ação passa ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.”

#### 4. Natureza jurídica da ação penal

A questão da natureza jurídica do direito de ação é um dos temas mais controvertidos do processo. Celso Agrícola Barbi afirma que “iniciada a divergência há um século, até hoje não se harmonizaram os doutrinadores sobre o que seja ação”<sup>20</sup>.

Até o século passado, o direito material era estudado junto com o direito processual. Aliás, não havia propriamente um direito processual,

<sup>17</sup> Manzini, Vincenzo. *Derecho Processal Penal*. Buenos Aires:Europa-América. 1951.P.3

<sup>18</sup>Manzini, Vincenzo. *Derecho Processal Penal*. Buenos Aires:Europa-América. 1951.P.8

<sup>19</sup>Freire, Homero. *A Natureza Pública da Ação Penal*. Tese de Cátedra. Recife. 1950. P51.

<sup>20</sup> Barbi, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro:Forense. 1992. P.16.

mas esse era tido como um apêndice do direito material, que consistia no procedimento. Diante dessa realidade histórica, a ação não era considerada um direito, mas só uma faculdade. A ação era o próprio direito material reagindo contra a ameaça ou violação, era “o próprio direito material em movimento”<sup>21</sup>.

Dentro dessa doutrina, havia diferentes correntes, que, a despeito de pequenas nuances, não divergiam no principal, que era a identificação do direito de ação com o direito material.

Contra essa teoria objetou-se que, no caso de ser vencido o autor da ação por não ter o direito subjetivo alegado, não haveria explicação para o direito que lhe permitia ingressar em juízo, até a chegada da sentença que o desfavoreceu. Igualmente, restaria sem explicação a ação declaratória negativa, posto que a mesma se funda na inexistência de direito subjetivo material<sup>22</sup>.

O desenvolvimento dos estudos sobre a natureza jurídica da ação adveio com a polêmica surgida entre os alemães Windcheid e Müter por conta da natureza da *actio* romana<sup>23</sup>. Windcheid afirmava que os romanos não distinguiam ação do direito, posto que a *actio* só servia para a manutenção de um direito preexistente.

“Segundo Windcheid, os romanos concebiam a *actio* como nós entendemos a pretensão (*Anspruch*), isto é, como poder de exigir algo de outrém, o poder de pretender alguma coisa de alguém e não como um direito exercitado em juízo contra o réu”<sup>24</sup>.

Müter pouco depois se insurgiu contra a concepção da *actio* romana de Windcheid, afirmando que os romanos concebiam a *actio* não como um direito contra o réu, mas como um verdadeiro direito contra o Estado, representado pelo magistrado. “A *actio*, afirmava, era o direito de se pedir proteção judiciária, direito contra o praetor, no sentido de que se fizesse justiça”<sup>25</sup>.

<sup>21</sup>Tourinho Filho, Fernando da Costa. *Processo Penal*. T.I. São Paulo:Saraiva. 1992. P.259.

<sup>22</sup>Barbi, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro:Forense. 1992. Pp.16-17.

<sup>23</sup>Chiovenda, Guiseppe. *Instituições de Processo Civil*. T.I. São Paulo: Saraiva. 1965. P.22.

<sup>24</sup>Tourinho Filho, Fernando da Costa. *Processo Penal*. T.I. São Paulo:Saraiva. 1992. P. 261

<sup>25</sup>Idem. *Ibidem*. P.261.

Posteriormente à polêmica Windcheid *versus* Müter, Adolf Wach “escreveu sua clássica monografia, que é fundamental para toda moderna teoria do direito processual”<sup>26</sup>. Wach demonstra a autonomia do direito de ação frente ao direito material, por meio da ação declaratória negativa, posto que ela pode existir independentemente de um direito subjetivo. Afirmava ainda que o Direito de ação se dirigia contra o Estado e surgia quando houvesse um direito material violado ou um interesse juridicamente protegido; por esse motivo, diz que a teoria de Wach é a do direito concreto de agir.

Atualmente, considera-se a ação como um direito exercido contra o Estado, mas que existe ainda que não haja um direito material a ser invocado, portanto, o direito de ação é um direito abstrato. Precisa é a definição de Jorge Alberto Romeiro, que afirma:

“Ação penal é o direito subjetivo do público de exigir do Estado a prestação jurisdicional sobre uma determinada relação de direito penal”<sup>27</sup>.

É relevante salientar, todavia, que essa corrente acima declinada, embora majoritária, não é unânime. Contrariamente a ela, Chiovenda considera a ação um direito potestativo, exercido contra o réu, independentemente da vontade deste. Diz o autor:

“A ação é um poder que nos assiste em face do adversário em relação a quem se produz o efeito jurídico de atuação da lei. O adversário não é obrigado a coisa nenhuma diante deste poder: simplesmente lhe está sujeito”<sup>28</sup>.

## 5. Princípios da ação penal

Os princípios da ação penal não são aplicados de forma idêntica na ação pública e na ação privada. A ação penal pública, pois, é regida por princípios que não regem a ação penal privada e vice-versa. Contudo, o princípio da indivisibilidade é comum a ambas.

O princípio da indivisibilidade faz referência aos distintos participantes de um mesmo fato, a todos de se estender o *jus perseguendi in judi-*

<sup>26</sup>Barbi, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro:Forense. 1992. P.17.

<sup>27</sup>Romeiro, Jorge Alberto. *Da ação penal*. Rio de Janeiro:Forense. 1978. P.10.

<sup>28</sup>*Instituições de Processo Civil*. T.I. São Paulo: Saraiva. 1965. P.24.

cio. Soler ensina que esse princípio veda que a ação penal se exerça contra uns e se reserve contra outros; seu objetivo é alcançar todas as responsabilidades pessoais<sup>29</sup>.

Os princípios que regem a ação penal pública, além do princípio da indivisibilidade, são os seguintes: princípio da oficialidade, da obrigatoriedade e indisponibilidade. No nosso entendimento, os princípios da legalidade, do contraditório e da verdade real regem o processo, e não a ação.

O princípio da oficialidade deriva da presença do Estado em um dos pólos da ação penal<sup>30</sup>. Vannini já afirmava que a ação penal é oficial devido à presença de um órgão do Estado na mesma<sup>31</sup>. O Ministério Público, instituição do Estado, representa a sociedade, é o órgão legitimado para agir, para impetrar a ação penal pública. Se toda a sociedade é agredida com o crime, deve um órgão do Estado ter o direito de movimentar a máquina judiciária para a aplicação ou não da pena.

O princípio da obrigatoriedade indica que é dever do Ministério Público oferecer denúncia quando há um ato aparentemente delitivo. Todas as vezes em que concorram os pressupostos substantivos para que a ação penal ocorra, não pode o órgão encarregado se abster de promovê-la. Como diz Nilzardo Carneiro Leão, pelo princípio da obrigatoriedade, “não pode o Estado dispor do *jus puniendi*, ao contrário, terá que exercê-lo em todas as infrações e contra qualquer acusado”<sup>32</sup>.

Este órgão obrigado a promover a ação penal, como sabido, é o Ministério Público. Segundo Vannini: “L’azione penale é obbligatoria (in contrapposto a discrezionale): il Pubblico Ministero (o il Pretore) há l’obbigo di promuovere l’azione penale (e di esercitala)”<sup>33</sup>.

O princípio da indisponibilidade deriva da obrigatoriedade. Uma vez impetrada ação penal, o Ministério Público não pode dela dispor, a ação é, destarte, irreatável. Isso se dá

“porque no processo penal, o Estado,

<sup>29</sup>Soler, Sebastian. *Derecho Penal Argentino*. T.2. Buenos Aires: TEA. 1992. P.529

<sup>30</sup>Boschi, José Antônio Paganella. *Ação Penal*. Rio de Janeiro:Aide. 1993. P.32.

<sup>31</sup>Vannini, , Ottorino. *Manuale di Diritto Processuale Penale*. Milão: Guiffré. 1952. P.24.

<sup>32</sup>Carneiro Leão, Nilzardo. *Princípios do Processo Penal*. Recife. 1960. P.43.

<sup>33</sup>Vannini, , Ottorino. *Manuale di Diritto Processuale Penale*. Milão: Guiffré. 1952. P.25.

pelo Ministério Público, atua como representante da sociedade, e porque o direito não é seu, exclusivamente por isso que exerce uma função delegatória, é que dêle não pode dispôr. Daí a indisponibilidade processo penal”<sup>34</sup>.

Hodiernamente esse princípio está mitigado por força da Lei 9.099/95.

Com relação à ação penal privada, não há o princípio da oficialidade, posto que não cabe ao Estado o direito de impetrá-la, há o princípio da oportunidade, ao invés do princípio da obrigatoriedade, e o princípio da disponibilidade em oposição ao princípio da indisponibilidade.

Pelo princípio da oportunidade, o exercício da ação penal é facultativo, depende da conveniência de seu titular, há a faculdade do exercício da ação penal em contraposição à obrigação do exercício da mesma na ação pública.

“O Estado nestes crimes concede ao particular, isto é ao ofendido ou a quem legalmente o representante, o *jus accusatio-nis*, o direito de acusar, de invocar a prestação jurisdicional e, se o interessado quiser fazer uso de tal direito poderá fazê-lo”<sup>35</sup>.

Pelo princípio da disponibilidade, o titular desse direito pode renunciá-lo expressa ou tacitamente. Poderá perdoar o ofensor, dar lugar a perempção, poderá dispor a qualquer instante do conteúdo material do processo<sup>36</sup>.

## 6. Conclusões

1. A ação é a base de todo processo penal, porque é por meio dela que a relação jurídica processual penal pode adquirir existência.

2. A noção de ação pode ser encarada de três formas: a noção vulgar, a noção política e a noção jurídica.

3. A ação penal é uma ação jurídica, posto que a mesma tem por escopo movimentar a máquina do Judiciário.

4. O objetivo da ação penal não é a inflicção de uma pena, mas a movimentação judiciária para

<sup>34</sup>Carneiro Leão, Nilzardo. *Princípios do Processo Penal*. Recife. 1960. P.30.

<sup>35</sup>Tourinho Filho, Fernando da Costa. *Processo Penal*. T.I. São Paulo:Saraiva. 1992. P. 378

<sup>36</sup>Tourinho Filho, Fernando da Costa. *Processo Penal*. T.I. São Paulo:Saraiva. 1992. P. 378

o julgamento de ser cabível ou não uma pena.

5. Não há justificativa científica para a normatização da ação penal no Código Penal, posto que ela é um instituto puramente processual.

6. A ação penal será pública se tiver a participação do Estado como titular do direito de ação; se o ofendido for o titular desse direito, ela será privada.

7. A ação é um direito subjetivo, público, abstrato e dirigido contra o Estado.

8. Os princípios que regem a ação pública são o da indivisibilidade, da oficialidade, da obrigatoriedade e da indisponibilidade.

9. Os princípios que regem a ação privada são o da indivisibilidade, da oportunidade e da disponibilidade.

### Bibliografia

- ACOSTA, Walter P.. O Processo Penal. 3ª ed. Rio de Janeiro: Edição do autor. 1959.
- ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Derecho Processal Penal*. Tomo II. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft. S/d.
- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense. 1992.
- BOSCHI, José Antônio Paganella. *Ação Penal*. Rio de Janeiro: Aide. 1993.
- CARNEIRO LEÃO, Nilzardo. *Princípios do Processo Penal*. Recife. 1960.
- CHIOVENDA, Guissepe. *Instituições de Processo Civil*. T.I. São Paulo: Saraiva. 1965.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. Rio de Janeiro: Borsoi. 1954.
- FREIRE, Homero. *A Natureza Pública da Ação Penal*. Tese de Cátedra. Recife. 1950.
- MANZINI, Vincenzo. *Derecho Processal Penal*. T.I. Buenos Aires: Europa-América. 1951.
- MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. *Processo Penal – Ação e Jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1975.
- ROMEIRO, Jorge Alberto. *Da Ação Penal*. Rio de Janeiro: Forense. 1978.
- SOLER, Sebastian. *Derecho Penal Argentino*. T.2. Buenos Aires: TEA. 1992.
- TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva. 1980
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva. 1994.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. T.I. São Paulo: Saraiva. 1992.
- VANNINI, Ottorino. *Manuale di Diritto Processuale Penale*. Milão: Guiffré. 1952.

---

\*Notas bibliográficas conforme original.



# Estabilidade do servidor celetista da Administração Pública Direta ante a Emenda Constitucional nº 19, de 5 de junho de 1998

JOSÉ PITAS

A Carta Magna de 1988, em seu capítulo VII – Da Administração Pública, faz referência a cargos, empregos e funções públicas. Adota a expressão “servidor público”, como gênero de *funcionário público (servidor da Administração Direta sob regime administrativo, estatutário) e empregado público (servidor contratado sob regime privado)*:

“Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, 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:

I – os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, *assim como aos estrangeiros, na forma da lei;*”

Os termos em itálico destacam a alteração de redação introduzida pela Emenda Constitucional nº 19, publicada pelo Diário Oficial da União de 5 de junho de 1998.

Antes da Emenda Constitucional nº 19, compreendi que o regime jurídico dos servidores da Administração Pública Direta, não-sujeitos ao regime estatutário, deveria subordinar-se, subsidiariamente, às normas de Direito Privado compatíveis com as regras da Constituição Federal, especialmente os preceitos, na redação original, do § 2º do artigo 39 e 41 da Carta Política, por não se tratar de atividades com objetivo de exploração econômica, nos termos do § 1º do artigo 173:

“Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime

José Severino da Silva Pitas é Professor da Universidade de Franca e Juiz do Trabalho da 15ª Região.

jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.” (Redação original).

“§ 2º Aplica-se a esses servidores o disposto no art. 7º, IV, VI, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII, XXIII e XXX.” (Redação original).

Art. 173.

“§ 1º A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.” (Redação original).

Contudo, a Emenda Constitucional nº 19, cedendo ao império da vontade histórica dominante, excluiu a diretriz programática do chamado *regime único*, inteligência essa que tem por efeito invalidar a construção jurídica do entendimento divulgado no artigo Servidor público: regime privado e regime estatutário apud *Revista de Informação Legislativa*, n. 135, p. 45-48. jul./set. 1997.

Sob o fundamento de que o empregado público permaneceria, provisoriamente, nessa situação até que fosse definitivamente integrado no regime estatutário, próprio da Administração Direta, e considerando que o regime prescrito pelo § 1º do artigo 173 destinava-se, expressamente, às entidades que exploram atividade econômica, criou-se a lacuna legal que autorizava, sistemática, teleológica e supletivamente, a aplicação da redação original do § 2º do artigo 39 e do artigo 41 da *Lex Legem*. Esses dispositivos induziam a possibilidade de se concluir pela aceitação da estabilidade do servidor público celetista após o período de estágio probatório, assim como, por imposição lógica da coerência, a não-aplicação das disposições não contempladas no § 2º do artigo referido, com inapelável desafio de eficácia, também, após a Emenda nº 19, de alguns deles aos celetistas:

II: seguro-desemprego, III: FGTS, XI: participação nos lucros, XIV: turno de revezamento, XXIV: aposentadoria, XXVI: convenções e acordos coletivos, XXIX: prescrição bienal, XXXII: discriminação de trabalho e do profissional.

Efetivamente, a situação jurídica do servidor público não-estatutário, vinculado à Administração Direta, é atípica, porque, não sendo estatutário e não sendo ligado à entidade que explore

atividade econômica, exige a aplicação supletiva das normas da Consolidação das Leis do Trabalho, respeitadas as disposições de ordem e de interesse público, freqüentemente presentes no Direito Positivo, inclusive Constitucional.

A despeito dessa concepção, no laboratório dos tribunais, vigem duas tendências hermenêuticas:

(a) daqueles que entendem que não se devem aplicar, em favor à Administração Pública, princípios que não estejam positivados objetivamente, como o Decreto-Lei nº 779/69, o art. 100 da Constituição Federal etc., e

(b) daqueles que entendem que a relação de emprego do servidor público da Administração Direta está afetada por princípios de interesse e ordem pública, que orientam a interpretação do Direito do Trabalho, especialmente tendo em vista a tutela do patrimônio público e dos valores consagrados no *caput* do art. 37 da Constituição Federal (Cf. art. 8º da CLT, que autoriza a aplicação da analogia e da equidade, “... mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.” Cf., também, art 5º da Lei de Introdução: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”).

Com a nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98, tornou-se insubsistente o fundamento antes exposto, diante da definição inequívoca dada pelo § 3º, que substitui o § 2º do artigo 39, e da nova redação destinada ao artigo 41, para os quais o Legislador excluiu a concepção genérica de *servidor público* e limitou claramente o regime a que se referem aqueles preceitos, inclusive com força de interpretação autêntica:

Art. 39, § 3º – Aplica-se aos servidores ocupantes de *cargo público*...

Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para *cargo* de provimento efetivo em virtude de concurso público.

Por conseguinte, eliminada do texto constitucional a opção programática do *regime único*, limitada com objetividade a aplicação do artigo 39 e 41 para o servidor estatutário, devem prevalecer, em relação ao servidor público não-estatutário, as regras jurídicas do direito privado, ressalvados os preceitos de interesse público, entre eles, a necessidade de concurso para investidura em emprego, bem como, em obediência aos princípios da imparcialidade, da

moralidade e da transparência da Administração Pública, a indispensabilidade da motivação do ato de rescisão do contrato de trabalho (*Caput do art. 37 da Constituição Federal*).

Contudo, nos limites da legislação brasileira, a despedida arbitrária não cria o direito à reintegração do servidor público celetista, ante o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da prevalência hierárquica da disposição do inciso I do art. 7º da Constituição Federal sobre a Convenção 158 da OIT (*ADIn N.º 1.480-3-DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Revista Ltr, p. 60-08, v. 1016 e, p. 61-09, v. 1159*), em consequência de que a garantia contra a despedida arbitrária prevista no inciso I do artigo 7º depende de Lei Complementar própria, aplicando-se, até que seja promulgada tal lei, o disposto no artigo 10 do Ato das Disposições Constitu-

cionais Transitórias (ADCT), ficando assegurado ao trabalhador o pagamento de 40% do FGTS devido (ADCT, art. 10, I), aplicando-se, em tese, contra o Administrador Público, as pressões deduzíveis do ilícito cometido.

*Data venia*, não prospera o argumento de que a exigência constitucional de concurso público para o servidor não-estatutário, assim como para os empregados da Administração Indireta, implica o direito de estabilidade, pois uma coisa é atendimento aos princípios fundamentais da transparência e moralidade da Administração Pública, outra coisa é o direito à estabilidade, que não deve fluir de interpretação duvidosa. Ademais, o critério do concurso público é constitucionalmente sinalizado com variações de complexidade em função da natureza da atividade objeto do concurso.

# Conflito aparente de normas no descumprimento de ordem judicial pela Administração Pública

RICARDO PERLINGEIRO MENDES DA SILVA

## SUMÁRIO

*1. Introdução. 2. Contempt of court. 3. Prisão civil e prisão por dívida. 4. Crimes contra a administração da Justiça. 5. Crimes contra a Administração Pública. 6. Crimes de responsabilidade. 7. Crimes na execução de sentenças mandamentais. 8. Crimes na execução contra a Fazenda na Lei n.º 8.213/91. 9. Crimes na execução por quantia certa contra a Fazenda – fase judicial. 10. Crimes na execução por quantia certa contra a Fazenda – fase do precatório. 11. Conclusão.*

## Introdução

As execuções de obrigação de fazer infungível ou de dar coisa certa são denominadas pela doutrina como execuções impossíveis<sup>1</sup>, já que a satisfação plena do crédito dependerá de ato voluntário do devedor. Na hipótese de resistência, o ordenamento jurídico prevê a sua conversão em execução por quantia certa<sup>2</sup>, que, independentemente da vontade do devedor, culminará com a expropriação judicial do patrimônio responsável e a conseqüente satisfação do crédito.

No entanto, a conversão na execução por quantia certa não afasta a possibilidade de coação psicológica do devedor para cumprir, mediante ato próprio, a obrigação de fazer infungível ou dar coisa certa. O Código de Processo Civil prevê penas pecuniárias pelo atraso e descumprimento de sentenças condenatórias de obrigação de fazer e entrega de coisa certa<sup>3</sup>. Além

<sup>1</sup>Chiovenda, op. cit.; Liebman, op. cit.; Cândido Rangel Dinamarco, op. cit.; e Araken de Assis, op. cit.

<sup>2</sup>Arts. 627 e 633 do CPC.

<sup>3</sup>Arts. 627, 633, 644 e 645 do CPC.

disso, há sanções civis pela prática de atos atentatórios à dignidade da justiça<sup>4</sup>. Já o Código Penal prevê os crimes contra a administração da justiça que, indiretamente, prestam-se à coação psicológica do devedor<sup>5</sup>.

No procedimento de execução de quantia certa contra a Fazenda Pública, a proibição da expropriação judicial do patrimônio público compromete seriamente a efetividade da jurisdição. Como o cumprimento dos precatórios depende de vontade política do Estado/devedor<sup>6</sup>, a situação do credor se agrava, pois tem-se a execução contra a Fazenda Pública como uma execução impossível e, o pior, insuscetível de conversão numa execução possível (forçada).

Nesse contexto, toma relevo a coação psicológica do devedor, único instrumento em poder dos jurisdicionados capaz de levar o Estado/devedor, no plano processual, à vontade de cumprir uma decisão judicial. Porém, ainda assim, nota-se que a aplicação de sanções civis dificilmente intimidaria a Administração Pública, pois, não incidindo pessoalmente sobre o servidor responsável, também seriam executadas mediante precatório judicial. Portanto, no direito pátrio vigente, a única forma real de coação do Estado/Jurisdição contra o Estado/devedor é a responsabilização penal dos servidores públicos que derem causa ao inadimplemento judicial.

Na opinião de Marcelo Caetano,

“se os Ministros e os funcionários souberem que (como sucede, por exemplo, em Inglaterra) serão acusados e condenados nos tribunais sem embargo das suas qualidades ou situações pessoais, decerto terão em maior conta os direitos alheios e maior escrúpulo na observância dos princípios jurídicos”,

sendo essa, aliás, a razão primordial que levou certos autores dos mais autorizados, como Vedel e Benvenuti, a preconizar a adoção ou ampliação da responsabilidade penal dos agen-

<sup>4</sup>Arts. 599 a 601 do CPC.

<sup>5</sup>É inegável que o direito penal se preste à coação de determinados deveres jurídicos. Os crimes contra a ordem tributária são um exemplo. O direito espanhol contempla diversos crimes para forçar a Administração Pública a cumprir as sentenças judiciais, tal como o crime de desobediência (Ernesto Pedraz Penalva, *Privilegios de las Administraciones Públicas en el proceso civil*, Civitas, 1993, p. 179).

<sup>6</sup>Notadamente quando não houver previsão orçamentária, ante a omissão do legislador.

tes pela inexecução das sentenças dos tribunais administrativos<sup>7</sup>.

## 2. *Contempt of court*

O *contempt of court* é um instituto do direito anglo-saxão para garantia da efetividade da prestação jurisdicional. Trata-se de sanção aplicada à parte que desrespeita a corte. O *contempt of court* civil impõe sanções civis e o *contempt of court* penal, sanções penais. Essas sanções são aplicadas pelo próprio juiz da causa, havendo inúmeros casos em que ocorre no processo de execução.

René David registra que

“aquele que, de má-fé ou por má vontade, não executa uma decisão da Corte torna-se culpado por contumácia e, como sanção, corre o risco de ser preso. O *contempt of court* aumenta o prestígio das Cortes superiores e contribui, desta maneira, para consolidar fortemente na Inglaterra a idéia de que existe de fato um poder judiciário”<sup>8</sup>.

## 3. Prisão civil e prisão por dívida

A Constituição Federal proíbe a prisão por dívida, salvo no caso de depositário infiel ou de dívida alimentar<sup>9</sup>. A proibição da prisão civil por dívidas é regra de direito humanitário e consagra a moderna doutrina processual de que o devedor não deve responder fisicamente pelas suas dívidas<sup>10</sup>, devendo a execução alcançar unicamente o seu patrimônio e, mesmo assim, aqueles bens que não forem essenciais a sua subsistência<sup>11</sup>. A proibição da prisão por dívida deve ser voltada tanto para o legislador civil quanto para o penal. De nada adiantaria vedar o

<sup>7</sup>*apud* Diogo Freitas do Amaral, *A execução das sentenças dos Tribunais Administrativos*, Almedina, 1997, p. 241.

<sup>8</sup>*Le Droit Anglais*, Presses Universitaires de France, 1987. (Tradução de Eduardo Brandão, *O direito inglês*, Martins Fontes, 1997, p. 19).

<sup>9</sup>Art. 5º, LXVII, da Constituição.

<sup>10</sup>O processo de humanização da execução forçada no direito romano, com a patrimonialização, deu-se a partir da *Lex Poetelia* (326 a.C). Vittorio Scialoja anota que essa lei aboliu a pena capital contra o devedor insolvente, assim como os meios mais vexatórios, como cadeias e correntes (op. cit.).

<sup>11</sup>Cândido Rangel Dinamarco, op. cit. p. 32.

legislador civil de punir o devedor se ao legislador penal fosse possível adotar tal postura<sup>12</sup>.

Porém, não se deve confundir o ato de ser inadimplente com o ato de se furtrar à eficácia da decisão judicial. Se o devedor não tem como pagar a dívida ou cumprir a sentença, o credor não realizará o seu crédito e a execução será suspensa (execução infrutífera)<sup>13</sup>. No entanto, se o devedor possuir recursos para pagamento da dívida e se furtrar à aplicação da sentença, mediante fraude e atos atentatórios à dignidade da justiça, não haverá problema algum em punilo civil ou criminalmente. A sua postura deixa de ser prejudicial apenas para credor para atingir a sociedade como um todo, ao colocar em dúvida a autoridade e credibilidade do Poder Judiciário.

#### 4. Crimes contra a administração da Justiça

Os crimes contra a administração da Justiça são crimes que podem ser praticados tanto por particulares quanto por servidores públicos. Os que eventualmente podem ter relevância no processo de execução contra a Fazenda Pública são os de fraude processual (innovar artificialmente, na pendência de processo civil ou administrativo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito – art. 347/CP); de patrocínio infiel (trair, na qualidade de advogado ou procurador, o dever profissional, prejudicando interesse, cujo patrocínio, em juízo, é-lhe confiado – art. 355/CP); de sonegação de autos (inutilizar, total ou parcialmente, ou deixar de restituir autos, documento ou objeto de valor probatório, que recebeu na qualidade de advogado ou procurador – art. 356/CP); e de resistência à execução de sentença que fixa alimentos (constitui crime contra a administração da Justiça deixar o empregador ou funcionário público de prestar ao juízo competente as informações necessárias à instrução de processo ou execução de sentença ou acordo que fixe pensão alimentícia – art. 22 da Lei nº 5.478/68).

A fraude processual é praticada pelo *improbus litigador* (muitas vezes, com a participação de inescrupuloso advogado). A fraude opera-se com a artificiosa inovação (alteração, modifi-

<sup>12</sup> Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva. “Apropriação indébita tributária?”. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos da Instituição Toledo de Ensino Bauru* 20, p. 211-222.

<sup>13</sup> Art. 791, III, do CPC.

cação, substituição, deformação, subversão) relativamente ao “estado de lugar, de coisa ou de pessoa”. Um exemplo citado por Nelson Hungria é a eliminação dos vestígios de um fato, para fazer crer noutro diverso<sup>14</sup>. É necessário que a ação seja idônea para induzir em erro o juiz ou perito, lembrando, nesse ponto, que a indução a erro ocorre relativamente a fatos e não a direito. Por isso, a sua incidência é mais no processo de conhecimento, que pode envolver a fase de liquidação ou de embargos do devedor. A fraude processual não deve ser confundida com a fraude à execução, esta inaplicável no processo de execução contra a Fazenda, considerada a inexistência de expropriação judicial.

O crime de patrocínio infiel é próprio dos advogados, ainda que no exercício de função pública, tais como os procuradores ou advogados credenciados. No âmbito da execução contra a Fazenda, os sujeitos passivos desse delito são o Estado/Jurisdição e o Estado/devedor. É elemento do tipo a existência de prejuízo para o Estado/cliente do advogado. O dolo é afastado se o advogado, por imperícia, imprudência ou negligência, causa prejuízo ao seu cliente, já que não há punição para a modalidade culposa. Portanto, o conduzimento temerário da lide, com graves conseqüências para o cliente, deve ser examinado à luz da culpabilidade<sup>15</sup> do agente.

O crime de sonegação de autos se consuma com o simples “deixar de restituir” os autos que estiverem em poder do agente. Para tanto, é necessária a sua prévia intimação pessoal para devolução. Trata-se de crime omissivo próprio. A devolução dos autos deve ser considerada, ainda que anterior à denúncia, arrependimento posterior. Não só o advogado é seu sujeito ativo, mas também qualquer outra pessoa que esteja na posse dos autos. O dolo é a intenção de não devolver os autos, devendo, no entanto, ser afastado nas hipóteses de negligência, imperícia ou imprudência, como pode ocorrer nas hipóteses de extravio, a ser apurado no contexto probatório.

#### 5. Crimes contra a Administração Pública

Os crimes contra a Administração Pública, praticados unicamente por servidores públicos, e que são pertinentes ao tema são os de preva-

<sup>14</sup> Nelson Hungria, Comentários ao Código Penal, v. IX, Forense, 1959, p. 501.

<sup>15</sup> Causalista.

ricação (retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal – art. 319/CP) e de advocacia administrativa (patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração Pública, valendo-se da qualidade de funcionário – art. 321/CP).

No tocante ao descumprimento de ordens judiciais por agentes públicos, é controvertida a adequação do tipo penal. O crime de desobediência, aplicável a todos que resistem a uma ordem judicial, não incidiria sobre o servidor público recalcitrante, uma vez que se trata de crime praticado por particular contra a Administração Pública. A tipificação correta para a hipótese seria o delito de prevaricação, que é praticado por servidor contra a própria Administração<sup>16</sup>.

Nesse sentido, já decidi o Superior Tribunal de Justiça, no *Habeas Corpus* nº 2.6128/4, de que foi Relator o Ministro Vicente Cernicchiaro, cuja ementa encontra-se assim redigida:

“O Código Penal distingue (título XI) crimes funcionais e crimes comuns. Evidente, quando o funcionário público (CP, art. 327) pratica ato de ofício, não comete delito próprio de particular. Assim, inviável a infração penal – desobediência (CP, art. 330) crime praticado por particular contra a Administração Pública, título XI, capítulo II). Em tese, admitir-se-á – prevaricação (CP, art. 309). Urge, no entanto, a denúncia descrever elementos constitutivos dessa infração penal”<sup>17</sup>.

Na doutrina de Rui Stoco, prevaricação é infidelidade ao dever de ofício, à função exercida. É o não-cumprimento das obrigações que lhe são inerentes, movido o agente por interesse ou sentimentos próprios. Não é a hipótese de corrupção, mas sim a satisfação de interesse pessoal, vontade própria sem observância do seu dever de ofício, por meio da omissão ou retardamento da prática do ato administrativo.

Nelson Hungria entendia por sentimento pessoal

“a afeição, a simpatia, a dedicação, a benevolência, a caridade, o ódio, a parcialidade, o despeito, o desejo de vingança, a paixão política, o prazer da prepotência

<sup>16</sup>Rui Stoco, Código Penal e sua interpretação jurisprudencial, v. 1, II, 6ª edição, RT, 1997, p. 3.619.

<sup>17</sup>Revista do Superior Tribunal de Justiça 63, p. 70. Cf. STJ/RHC, Rel. Fláquer Scartezini, DJU. 05.06.95.

ou mandoísmo, a subserviência, o receio de molestar os poderosos”<sup>18</sup>.

Se o servidor público julga ilegal a ordem judicial e deixa de cumpri-la no interesse público, poder-se-ia dizer que o dolo está afastado, pois a sua conduta seria “legal”<sup>19</sup>.

Contudo, o meu posicionamento a respeito é que não compete à autoridade administrativa valorar a legalidade de decisão judicial, que, enquanto eficaz, deve ser cumprida<sup>20</sup>. E mais, ainda que no futuro venha a ser reformada, o desrespeito existiu e deve ser punido. O servidor que nega cumprimento a uma ordem judicial, sob o fundamento da sua ilegalidade, está agindo para satisfazer interesse pessoal e sujeito às sanções do crime de prevaricação. Evidentemente que, na hipótese de impossibilidade material de cumprimento da decisão judicial, não haverá crime algum, justamente por incoerência do dolo.

Ivan Lira de Carvalho assinala que,

“na análise da caracterização da prevaricação, deve o juiz apurar cada vez mais o seu equilíbrio, no intuito de aferir se realmente o funcionário agiu objetivando a satisfação de interesse ou sentimento pessoal. Dos dois requisitos subjetivos, o primeiro oferece melhores condições de constatação, como ocorre, por exemplo, no caso de dirigente de repartição pública que retarda o cumprimento de ordem judicial que suspende a integração de vantagem financeira aos vencimentos dos funcionários sob o seu comando – quiçá dos seus próprios ganhos. Já com referência ao sentimento pessoal, parece acontecer, na maioria dos casos, uma subserviência intolerável dos funcionários

<sup>18</sup>Nelson Hungria, op. cit. p. 376.

<sup>19</sup>Esse entendimento, de certa forma, foi encampado pelo STJ no RHC 1543/GO, de que foi Relator Ministro Vicente Cernicchiaro, relativamente a crime de desobediência: “O crime de desobediência reclama que a ordem seja legal. Acrescente-se: legalidade substancial, legalidade formal e autoridade competente. Além disso, inexistirá o delito havendo impossibilidade material de cumprimento da determinação”. Revista do STJ 28, p. 178.

<sup>20</sup>O Ministro Costa Leite, vencido no cit. HC. 1543, consignou que “este é um ponto fundamental no Estado de Direito Democrático, que tem no império da lei a sua pedra angular. As decisões judiciais devem ser cumpridas ou civilizadamente questionadas, visto como, ao juiz compete dizer o direito” (RSTJ-28/181).

para com os seus superiores, em muito transcendendo o respeito à hierarquia recomendado pelo pré-citado art. 116, IV, da Lei 8.112/90. Noutros casos, são constatadas manifestações explícitas de prepotência, do tipo 'quem manda aqui sou eu!', exigindo uma reprimenda eficaz ao restabelecimento da primazia do interesse público no trato da matéria administrativa"<sup>21</sup>.

A propósito do crime de advocacia administrativa, o seu dolo consiste na vontade conscientemente dirigida ao patrocínio de interesse privado junto à Administração Pública. No caso de ser o interesse ilegítimo, o agente responderá pelo crime mais grave se tinha conhecimento de tal ilegitimidade, bastando porém o dolo eventual. O crime só pode ser praticado por servidor público, não descartada a possibilidade de co-autoria com particular<sup>22</sup>.

## 6. Crimes de responsabilidade.

Os crimes definidos como de responsabilidade também devem ser observados, tais como os por ato do Presidente da República e Ministros de Estado (são crimes de responsabilidade os atos que atentarem especialmente contra... o livre exercício do Poder Judiciário... ; opondo-se diretamente e por fatos ao livre exercício do Poder Judiciário, ou obstar, por meios violentos, ao efeito dos seus atos, mandados ou sentenças; usando de violência ou ameaça, para constringer juiz, ou jurado, a proferir ou deixar de proferir despacho, sentença ou voto, ou a fazer ou deixar de fazer ato do seu ofício. São crimes contra o cumprimento das decisões judiciais: impedir, por qualquer meio, o efeito dos atos, mandados ou decisões do Poder Judiciário; recusar o cumprimento das decisões do Poder Judiciário no que depender do exercício das funções do Poder Executivo; deixar de atender a requisição de intervenção federal do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal Superior Eleitoral; impedir ou frustrar pagamento determinado por sentença judiciária – art. 4º, II; 6º, 5 e 6; e 12 da Lei nº 1.079/50); dos Governadores de Estado e Secretários (art. 74 da Lei nº 1.079/50); do Governador do Distrito Federal e Secretários (art. 1º da Lei nº 7.106/83); e dos Prefeitos

<sup>21</sup> Ivan Lira de Carvalho. "Descumprimento de ordem judicial por funcionário público". Revista Trimestral de Direito Público 10, pp. 187-195.

<sup>22</sup>Rui Stoco, op. cit. p. 3.629.

Municipais (deixar de cumprir ordem judicial, sem dar o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito, a autoridade competente – art. 1º, XIV, do Decreto-Lei nº 201/67).

O Substitutivo à Proposta de Emenda à Constituição nº 96/1992, introduzindo o § 4º no atual artigo 100 da Constituição, dispõe que

“o descumprimento das providências a que aludem os parágrafos anteriores, pelo Presidente do tribunal, constituirá crime de responsabilidade em que também incorrerá o Chefe do Poder Executivo que obstar, ou tentar frustrar, por qualquer meio, a liquidação regular de precatório, sem prejuízo das sanções civis e penais cabíveis e da intervenção nos Estados, no Distrito Federal e nos municípios”<sup>23</sup>.

O ponto de partida para a tipificação desses delitos de responsabilidade, no tocante ao descumprimento de ordem judicial, é saber se a autoridade política é realmente responsável pelo cumprimento da ordem e se, para a mesma, havia possibilidade material de cumprimento, pois, do contrário, não haverá dolo.

## 7. Crimes na execução de sentenças mandamentais

A mandamentalidade das sentenças ou liminares proferidas em sede de mandado de segurança depende da natureza da pretensão. Serão sempre mandamentais as pretensões condenatórias de obrigação de fazer ou não fazer e de dar coisa certa. O descumprimento dessas decisões poderá ensejar a responsabilidade penal do servidor público competente, forçando-o, indiretamente, a fazer, não fazer ou ainda entregar determinada coisa, tal como previsto no julgado.

Os pedidos declaratórios e constitutivos não dependem de execução, tornando-se, portanto, irrelevante a resistência da Fazenda Pública para a eficácia do julgado. No entanto, as pretensões declaratórias e constitutivas, geralmente, vêm acompanhadas de pretensões condenatórias de obrigação de fazer ou não fazer, com o que a recalitrância da autoridade administrativa compromete a efetividade da jurisdição.

As pretensões que resultarem no pagamento de valores em espécie não detêm natureza mandamental, pois estão sujeitas ao procedi-

<sup>23</sup>Deputado Jairo Carneiro, Brasília, Câmara dos Deputados, 1996.



mento do art. 730 do CPC e do art. 100, *caput*, da Constituição. A alegação de que a ação de mandado de segurança possui previsão constitucional autônoma e, portanto, não se sujeita ao precatório judicial é interpretação a ser afastada. Não há possibilidade jurídica de satisfazer o credor de quantia certa, na hipótese de descumprimento de ordem judicial, ainda que mandamental fosse, dada a proibição generalizada de expropriação forçada do patrimônio público.

A exegese do crime previsto pelos arts. 1º, § 2º, e 3º da Lei nº 5.021/66 deve ser a seguinte. O tipo penal impõe à autoridade coatora a imediata solicitação para suprimento de recursos, na falta de crédito. E o que se entende por “solicitação imediata”? A meu ver, em prazo suficiente para que seja dado cumprimento (tempestivo) à decisão judicial.

Como a Constituição proíbe o pagamento de decisões judiciais independentemente de precatório judicial, assim como é proibida a transposição de receitas de uma rubrica para outra, a decisão judicial deve impor à autoridade coatora a fonte da qual deverão ser extraídos os créditos para pagamento, pois do contrário poderemos estar diante de uma impossibilidade material, o que afastaria o dolo.

Porém, imaginem que haja tal previsão orçamentária (certamente inconstitucional) ou que a decisão judicial, por sua conta, imponha o pagamento indicando outra rubrica. O momento seguinte é saber se há fluxo de caixa em tal rubrica à disposição da autoridade coatora. A hipótese prevista pela Lei nº 5.021/66 é apenas na falta de crédito da autoridade coatora. Caso a autoridade possua caixa e não pague, o crime não seria o da Lei nº 5.021/66, embora possa estar sujeito a outras penas. Caso seja o ordenador de despesa o detentor do crédito, este o colocará à disposição da autoridade coatora tão logo lhe seja comunicado. Observe-se que, nesse caso, a omissão da autoridade coatora será relevante, pois o credor deixará de satisfazer o crédito em razão da sua omissão.

Porém, digamos que a autoridade coatora não possua crédito, assim como o ordenador de despesas a que estiver vinculada. O suprimento de recursos dependeria de processo legislativo para aprovação de crédito suplementar. A relevância da punição da autoridade coatora residiria na necessidade de se dar conhecimento dos fatos às autoridades políticas responsáveis pelo orçamento. Nada mais. Creio que não haja razão para a tipificação penal nessa hipótese.

Outro aspecto que deve ser ressaltado é que a objetividade jurídica do delito previsto no art. 3º da Lei nº 5.021/66 (que não deixa de ser um crime de prevaricação) é a Administração Pública e não a administração da Justiça. O crime de prevaricação é contra a Administração Pública, o que é coerente com a idéia de que a hipótese encerra um dever, *interna corporis*, da Administração Pública enquanto parte (autoridade coatora), no cumprimento voluntário (no plano processual) da decisão judicial. O juiz não pode obrigar a Administração a cumprir uma decisão judicial para pagamento de quantia certa sem precatório, porém a própria Administração pode impor aos seus agentes o cumprimento de tal decisão. A lei não confere instrumentos ao Poder Judiciário para fazer valer suas decisões, porém obriga à Administração o cumprimento das decisões judiciais. O mesmo ocorre, *vg*, com os recursos civis voluntários. O juiz não pode impor à Administração Pública a interposição de recurso extraordinário, mas a Administração Pública, internamente, pode impor aos seus agentes (procuradores) que interponham todos os recursos cabíveis, sob pena de prevaricação.

O descumprimento de decisão mandamental (obrigação de fazer, não fazer ou de entrega de coisa certa) não é conduta prevista pelo art. 3º da Lei nº 5.021/66, embora ocasionalmente possa configurar outros tipos penais, tal como o de prevaricação ou de responsabilidade. A caracterização do crime de prevaricação depende de acurado exame do elemento subjetivo, o de satisfazer interesse próprio. A alegação de interesse público no descumprimento da decisão mandamental é possível que afaste o dolo da prevaricação, afastando, da mesma maneira, o dolo do crime de responsabilidade. O crime de fraude processual não se aplica à espécie, uma vez que tem por fim evitar o induzimento a erro do juiz ou perito, na fase de instrução; e o processo de execução não é o momento para tanto.

## 8. Crimes na execução contra a Fazenda na Lei nº 8.213/91

O art. 128 da nº Lei 8.213/91, enquanto não declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, permitia que o INSS cumprisse as decisões judiciais de quantia certa independentemente de precatório, desde que até determinado limite. Questões de ordem prática surgiram à época. O INSS era intimado para pagamento, que não era realizado no prazo judicial.

Além disso, alguns credores eram preteridos por outros mais recentes, o que ocasionava um mal-estar geral com suspeita do retorno da advocacia administrativa.

No tocante ao descumprimento das decisões judiciais que impunham o pagamento sem precatório, algumas considerações devem ser feitas. É verdade que a Constituição não permite o pagamento de valores independentemente de precatório, tanto que o Supremo Tribunal declarou a inconstitucionalidade do citado art. 128 da Lei nº 8.213/91. É também verdade que a Constituição não permite a transposição de verbas de uma rubrica para outra.

Porém, o fato é que havia previsão orçamentária e caixa para pagamento, sem precatório, dessas decisões judiciais. E, mesmo que não houvesse, é importante ressaltar que toda decisão judicial deve ser respeitada enquanto eficaz, sob as penas da lei. Por mais absurda que seja, enquanto não revogada, a decisão judicial deve ser cumprida, incorrendo o servidor público recalcitrante no crime de prevaricação ou de responsabilidade.

Nesse contexto, milhares de decisões judiciais, com trânsito em julgado, determinaram ao INSS o pagamento de valores independentemente de precatório judicial. A postura adotada pela Autarquia, em vários processos, era simplesmente a omissão. Com isso, surgiram questionamentos sobre a natureza penal do seu comportamento, levando alguns juízes a decretarem a prisão em flagrante de servidores públicos, com o que foram taxados pela imprensa de “juízes justiceiros”.

A falta de pagamento das decisões judiciais relativas a benefícios previdenciários podia ensejar a punição pelo crime de prevaricação ou de responsabilidade. Porém, o dolo era de difícil configuração. Era necessário que ficasse demonstrada a existência de previsão orçamentária e de recursos financeiros capazes de suportar o débito e que, ainda assim, o responsável estava se recusando a ordenar a despesa. A concepção de que a satisfação de interesse pessoal é colidente com a postura adotada pelo servidor, que tem por fim a proteção da Administração Pública, fez com que poucos respondessem criminalmente pelo descumprimento das decisões judiciais. Era também importante que fosse identificado o responsável pela ordem de pagamento, único servidor que seria sujeito ativo de crime pelo descumprimento da decisão judicial, muito embora outros funcionários pudessem ser considerados partícipes.

O crime de patrocínio infiel era ventilado, na medida em que a postura deliberada de procuradores em não pagar as decisões judiciais, ainda que bem intencionados, acarretava sanções de ordem pecuniária à Autarquia, tais como juros de mora, *astreintes*, multas e correção monetária.

A preterição de credores mais antigos, no cumprimento das decisões judiciais emanadas na dicção da Lei nº 8.213/91, era de difícil solução. Como cada juízo proferia uma decisão para pagamento, era a Administração Pública quem acabava controlando a preferência, tal como ocorre com a multiplicidade dos tribunais requisitantes de precatório. O controle só seria eficaz entre as ordens para pagamento emanadas por um mesmo juízo. Contudo, mesmo assim, para configurar o crime de advocacia administrativa ou corrupção passiva, seria imprescindível longo processo investigatório para apurar o dolo, pois a simples preterição não é crime.

## 9. Crimes na execução de quantia certa contra a Fazenda – fase judicial

Na fase judicial da execução de quantia certa contra a Fazenda Pública, notam-se dois momentos em que a Fazenda costuma opor obstáculos ao processamento regular da execução, por meio de condutas que eventualmente ensejam responsabilidade penal dos seus agentes: a liquidação de sentença e a oposição de embargos à execução.

No momento da liquidação da sentença, a Fazenda Pública não raramente se recusa a prestar informações que são indispensáveis à elaboração dos cálculos. O credor, não podendo valer-se do instrumento processual previsto pelo art. 355/CPC, em vista do disposto no art. 399/CPC, é obrigado a se conformar, processualmente, com a omissão da Fazenda/devedora. É evidente que a postura adotada pela Fazenda, em muitos casos, deve ensejar a responsabilidade penal.

A requisição de documentos ou informações é ordem judicial e deve ser obedecida, sob pena de prevaricação ou de responsabilidade. A subtração de documentos, para dificultar o regular processamento da liquidação, pode ser a hipótese do crime de fraude processual. Caso se evidencie a prática de qualquer ato atentatório à dignidade da justiça, além das sanções processuais, é possível que haja a infração penal do patrocínio infiel.

A oposição de embargos à execução deixa de ser considerada um meio legítimo de defesa do devedor quando se destina a restaurar questões já decididas na fase cognitiva<sup>24</sup>. A tentativa de ofensa à coisa julgada pode caracterizar a litigância de má-fé e, eventualmente, o crime de patrocínio infiel, já que causará danos civis ao erário público. No entanto, o dolo será afastado na hipótese de erro ou ignorância do causídico.

## 10. Crimes na execução por quantia certa contra a Fazenda – fase do precatório

A inobservância da ordem de preferência do precatório judicial pode ocorrer em diversos níveis da Administração. É possível que a preterição ocorra entre credores que postulam num mesmo tribunal ou em tribunais diversos. A preterição pode ser provocada, ainda, por credores que satisfazem o crédito administrativamente, em detrimento daqueles que aguardam o pagamento por precatório. Em qualquer das hipóteses, acredito que o administrador está sujeito ao crime de advocacia administrativa, o que, contudo, é de difícil caracterização.

A falta de pagamento dos precatórios pode ocorrer basicamente em duas situações. Uma se a Administração Pública dispuser de verba e, por um motivo qualquer, não desejar o pagamento. Outra se a Administração Pública não dispuser de verba para o pagamento.

Se a Administração Pública possui dotação orçamentária específica, caixa suficiente e, ainda assim, não paga o precatório judicial, provavelmente o servidor responsável estará sujeito ao crime de prevaricação ou de responsabilidade. A alegação de que a verba deveria ter outra destinação (eventualmente mais relevante ou urgente) encontra óbices na própria Constituição, que veda a transposição de uma rubrica para outra<sup>25</sup>.

<sup>24</sup>Segundo Diogo Freitas do Amaral, “não basta à Administração Pública dar realização efectiva ao disposto em tais sentenças: cumpre-lhe não contestar a decisão jurisdicional, uma vez transitada em julgado, respeitando o carácter de imutabilidade e indiscutibilidade que é timbre de uma decisão revestida da autoridade de caso julgado” (op. cit. p. 35).

<sup>25</sup>Ao contrário, no direito português, o art. 6º do Decreto-Lei nº 256-A/77 estabelece que “constituem causa legítima de inexecução a impossibilidade e o grave prejuízo para o interesse público no cumprimento da sentença” (Diogo Freitas Amaral, op. cit. p. 118).

Porém, se a Administração Pública não possui previsão orçamentária para o pagamento do precatório judicial, não há como responsabilizar penalmente quem quer que seja. A inclusão, no orçamento, de verba destinada ao pagamento de decisões judiciais é ato que depende de vontade política do Poder Legislativo, contra o qual não se pode insurgir<sup>26</sup>. Do mesmo modo haverá atipicidade penal se a Administração Pública, embora detentora de previsão orçamentária, não possuir fluxo de caixa, pois a suplementação do orçamento depende da elaboração de legislação específica.

## 11. Conclusão

No atual regime jurídico, o direito penal é o único instrumento de coação que o credor e o próprio Estado/Jurisdição, este o maior interessado na concretização do julgado, possuem contra o Estado/devedor. Porém, mesmo assim, a legislação penal é tímida no tocante ao descumprimento das decisões judiciais pela Administração Pública. Os crimes a que se sujeitam os agentes públicos responsáveis pelo cumprimento das decisões judiciais são de difícil configuração, pois o dolo deve ser, na maior parte, específico para satisfazer interesse particular.

Além disso, a previsão de crimes para o administrador público não tem-se prestado a coagir psicológica e eficazmente o Estado/devedor, já que essas sanções penais não são aplicadas pelo juiz da execução<sup>27</sup>. A suspeita de crime leva o juiz da execução tão-somente à extração de cópias, para o Ministério Público apurar e denunciar perante outro juízo e em outro processo. Como a sanção não é imediata, a probabilidade de punição futura acaba por esvaziar o carácter coercitivo da medida<sup>28</sup>.

<sup>26</sup>Vicente Greco Filho é de entendimento contrário. Reconhece que o descumprimento desse comando representa violação da lei, em sentido amplo, e também descumprimento de ordem judicial, porque o precatório tem em si a carga de uma determinação ao Poder Executivo para a inclusão da verba. Segundo afirma, há crime de responsabilidade do administrador (op. cit. pp. 86/87).

<sup>27</sup>A jurisprudência é tranquila que “juiz na jurisdição civil não pode mandar prender ninguém por crime de desobediência, a não ser, evidentemente, em caso de flagrante, o que pode ser feito por qualquer do povo” (RSTJ-71/78). Na Justiça Federal da 2ª Região, o Provimento 18 da Corregedoria-Geral chegou a regulamentar a matéria.

<sup>28</sup>Essa deficiência do direito penal como instrumento de efetividade da execução contra a Fazenda

Portanto, o ideal seria a possibilidade de prisão civil do administrador recalcitrante pelo próprio juiz da execução, sempre que este se convencesse de que a postura adotada pela Administração Pública é ilegítima, tal como se sucede no regime aglo-saxão com o *contempt of court*. De toda sorte, é bom registrar que, qualquer que

seja a medida adotada contra o administrador inadimplente, o credor nunca terá a garantia de satisfação do crédito, ao menos enquanto subsistir o preceito constitucional que considera o precatório judicial como único meio de execução contra a Fazenda Pública.

---

Pública foi constatada no direito português por Diogo do Amaral: “A primeira deficiência que se faz mister apontar, dentro desta ordem de idéias, decorre do princípio básico de que a acção penal é pública... Depois, cabe advertir que a aplicação da pena correspondente ao crime de desobediência não protege suficientemente os interesses do particular ofendido com a inexecução da sentença. Porque, em boa verdade, a execução da pena não equivale à execução da sentença” (op. cit. p. 242).

---

\*Notas bibliográficas conforme original.

# Integração interamericana, comunitarismo jurídico e cidadania supranacional

ANTONIO CARLOS WOLKMER

## SUMÁRIO

*1. Introdução. 2. Integração interamericana: problematização e limites. 3. Pluralidades nacionais e comunitarismo jurídico na América Latina. 4. Considerações Finais.*

### 1. Introdução

A proposta, a discussão e as relações paradigmáticas que dão ensejo a um Direito Comunitário Latino-Americano não podem mais ser minimizadas por tratar-se de realidade complexa e crescente, ainda que tal processo se encontre em fase germinal, dependendo da consolidação de sua efetiva integração econômica, política e jurídica dos países do Cone Sul.

Neste final de século, diante do cenário político internacional, da globalização econômica e da formação de blocos comerciais<sup>1</sup>, uma das alternativas de contraposição vem a ser a constituição de blocos regionais resultantes da junção de organizações supra-estatais que almejam assegurar e defender interesses comuns. Precisar os pressupostos conceituais e contextuais dos modelos institucionais de integração econômica e política implica estabelecer também mecanismos de regulamentação e de controle legal. Trata-se da exigência de instituir os princípios, os dispositivos e as formas de aplicação de um ordenamento comunitário de nações.

Avançar em tais preposições requer, antes de tudo, ter clareza acerca do comunitarismo como forma de organização ou sistema político.

<sup>1</sup> Vide: LEDUR, José Felipe. "Mercosul, os Projetos Nacionais e a Nova Ordem Mundial". Livro de Teses. XVI Conf. Nacional dos Advogados. p. 19-23.

Antonio Carlos Wolkmer é Professor titular nos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Doutor em Direito e membro do Instituto dos Advogados Brasileiros (RJ).

Sob esse aspecto, cabe lembrar que não há consenso entre os cientistas sociais quanto ao termo “comunidade”, que se tem prestado a múltiplos significados, sem afastar-se, entretanto, do sentido de sociedade, grupo ou organização social. Deixando de lado a noção de “comunidade” como espaço público interno (infra-estatal) constituído e interligado por sujeitos sociais que compartilham fins comuns, privilegiar-se-á, para os intentos desta reflexão, o conceito de “comunidade” (supra-estatal) como a função de unidades sócio-políticas independentes com “interesses concorrentes e compartilhados que demandam ação ‘comuns’ nos campos da política, da economia e da cultura”. Assim,

“a comunidade constitui uma solução, uma estratégia razoável e equitativa para enfrentar problemas comuns. Não se trata de fórmulas de especulação retórica, senão da modificação das facetas do mundo através de processos de integração regional”<sup>2</sup>.

A construção de uma cultura jurídica que seja a expressão do ideário comunitarista implica uma mudança radical na educação atual dos cidadãos, nas formas de comportamento e no desenvolvimento de valores, estimulando a pluralidade, a convivência pacífica, as práticas responsáveis de relacionamento e de solidariedade regional.

Das exigências e perspectivas da consolidação de um Mercado Comum na América do Sul (MERCOSUL)<sup>3</sup> decorre a necessidade de investigar e examinar alguns aspectos basilares para redefinir o que vem a ser um Direito Comunitário Latino-Americano. Nesse sentido, impõe-se contemplar: a) a questão da integração econômica, suas dificuldades regionais e relação com a forte tradição periférica do nacionalismo e da existência de soberanias estatais; b) o problema do monismo jurídico positivista diante da

<sup>2</sup> DROMI, R., EKMEKDJIAN, M. A., RIVERA, J.C. Derecho Comunitario. Regime del Mercosur. 2. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996. p. 15. Observar ainda sobre o Direito Comunitário: CAMPOS, João Mota de. Direito Comunitário. II v., 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1988; CAUPERS, João. Introdução ao Direito Comunitário. Lisboa: AAFDL, 1988; CALVO, Albert Pérez. Estado Autónomo y Comunidad Europea. Madrid: Tecnos, 1993. p. 185-311.

<sup>3</sup> Além do MERCOSUL, outros órgãos similares podem ser mencionados: a União Européia (definido pelo Tratado de Maastricht, de 1992), a NAFTA (acordo entre EUA, Canadá e México) e o PACTO ANDINO.

emergência de um pluralismo jurídico extra-estatal. É o que se verificará a seguir.

## 2. Integração interamericana: problematização e limites

Para que haja uma autêntica integração, é necessário edificar sólidas bases econômicas, políticas, culturais e jurídicas, bem como estruturar progressivamente conceitos, regras e mecanismos que viabilizem operacionalizar a homogeneização das identidades nacionais. Certamente os processos de integração podem ter, num primeiro momento, um enfoque mais econômico, tendendo a avançar sucessivamente na direção de outras esferas não menos relevantes. Tal dinâmica é até mesmo reconhecida pelo Comunicado Conjunto de Ouro Preto, de 17 de dezembro de 1994, ao proclamar que

“o projeto de integração do MERCOSUL transcende os aspectos exclusivamente comerciais e econômicos, abrangendo crescente número de áreas, tais como nos campos da educação, cultura, ciência e tecnologia, justiça, meio ambiente, infraestrutura física e comunicações”<sup>4</sup>.

Institucionalizado como um mercado comum, regulado pelo Tratado de Assunção (1991) e pelo Protocolo de Ouro Preto (1994), em seu momento presente, o MERCOSUL vem revelando, no dizer de Paulo B. Casella,

“interessantes desdobramentos na ordem externa, como protagonista e parceiro de negociações bilaterais entre blocos, sem que suas contradições internas e lacunas tenham sido superadas”<sup>5</sup>.

À medida que o MERCOSUL se consolida como modelo de integração econômica regional, impõe-se apontar alguns obstáculos que dificultam a integração latino-americana.

Primeiramente, a ausência de uma visão político-econômica unitária da América Latina. Ainda que se tenha uma herança comum resultante da colonização ibérica (Espanha e Portugal), predominaram, desde as lutas de Independência, separações, divergências, rivalidades e conflitos. Analisando tais idiosincrasias, com propriedade escreve Alfredo da Mota Menezes que

“as diferenças entre as repúblicas têm raízes profundas em nossa geografia e em

<sup>4</sup> In: CASELLA, Paulo B. Mercosul: Exigências e Perspectivas p. 30.

<sup>5</sup> CASELLA, Paulo B. op. cit., p. 37.

nossa raça. Países com grandes contingentes de negros, brancos e mestiços, como Brasil, Cuba e Venezuela, comportam-se diferentemente de países de base indígena, como Bolívia, Guatemala, México, Peru e Equador. (...) Boa parte das repúblicas que surgiram na América Latina não tiveram como base a geografia ou a etnia, mas suas raízes na arbitrária divisão territorial feita pelos espanhóis para facilitar sua administração. Existia no novo mundo, antes da chegada dos conquistadores, algum tipo de unidade baseada em áreas indígenas comuns – os Maias, os Incas e os Araucanos. Os espanhóis, no entanto, não levaram em conta esse aspecto sócio-econômico e, com o objetivo de facilitar sua administração, forçaram a separação de raças, culturas e costumes seculares”<sup>6</sup>.

Além disso, a estratificação social sempre foi marcada por uma dualidade, constituída ora por uma elite de grandes proprietários ou latifundiários, essencialmente egoísta, corrupta e comprometida com as diversas formas do poder, ora por grandes massas ou parcelas de camponeses, índios e negros, oprimidos, marginalizados e excluídos de todo e qualquer processo de participação da sociedade civil. Nessas condições, edificaram-se modelos societários marcados por grandes concentrações de riqueza, exploração e domínio da terra, profundas desigualdades sociais, sistemas políticos instáveis e arbitrários. Num cenário agravado por problemas de violência urbana, discriminação da mulher, mortalidade infantil, carência de habitação, educação deficitária, saneamento e nutrição insatisfatórios, muito há que se fazer ainda em termos de mudanças que viabilizem a melhoria da qualidade de vida, maior justiça social, crescimento e ampliação do mercado consumidor e, por fim, condições adequadas, humanas e materiais, que permitam uma autêntica integração regional. A efetiva integração regional na América do Sul depende não só de decisões políticas e de condições econômicas, mas de mudanças conjunturais, estruturais e institucionais no interior dos Estados associados.

<sup>6</sup> MENEZES, Alfredo da Mota. *Do Sonho à Realidade. A Integração Econômica Latino-Americana*. p. 165. Igualmente sobre exemplos dos aspectos positivos e negativos da integração na América Latina, observar: ALEIXO, José Carlos B. “Integração na América Latina”. *Revista de Informação Legislativa*. p. 19-32.

Igualmente, ao tratar de integração supranacional, não se pode negligenciar discussões político-ideológicas como nacionalismo e soberania estatal. Cabe considerar a advertência de alguns autores sobre o choque entre os objetivos da integração e o ideário nacionalista. O nacionalismo envolve o conjunto de princípios que se materializam para justificar um modo de ação ou prática política, tendo como meta a preservação da identidade nacional e a defesa da independência do país contra as ameaças ou forças limitadoras externas. Deve-se reconhecer que o nacionalismo tem múltiplas facetas, quer seja extremado ou não, podendo desencadear políticas positivas (defesa, protecionismo e autodeterminação do Estado) ou negativas (agressão, imperialismo e militarismo). Sem adentrar nem superar tal debate, e tendo consciência das tensões e xenofobias que podem redundar, certamente há que se encontrar fórmulas de conciliar um Direito da integração com um certo tipo de nacionalismo econômico. A preocupação é levantada por Paulo B. Casella, ao assinalar que, enquanto o nacionalismo político não consegue ultrapassar certos limites, muitos governos hoje tentam operacionalizar pragmaticamente um nacionalismo econômico. Desse modo,

“o nacionalismo econômico, indo além de mera política comercial do nacionalismo político, manifesta-se de modos muito mais variados e freqüentes de que este. Pode-se (...) detectar sua ocorrência na medida em que se favorece a independência econômica do Estado, mesmo ao preço do desenvolvimento, apresentando-se este como fundamento e expressão da liberdade e da soberania nacionais”<sup>7</sup>.

Além de contemplar e tentar superar a estreiteza do nacionalismo ortodoxo, a discussão sobre a funcionalidade de blocos regionais integrados insere o exame dos limites amplos ou restritos, fixados pela doutrina político-jurídica da soberania. É natural que não se pretenda colocar a questão da soberania em termos teoricamente absolutos, de sua supressão, negação ou delimitação, mas como um conceito operacional maleável, sujeito a restrições no seu exercício, em função da necessidade de parceria e coordenação dos intentos dos diversos Estados que consentiram livremente, mediante tratados, formar uma integração comunitária supranacional. Tal rejeição do dogma do caráter ilimitado da soberania permite vê-la como passível de reformulação, uma vez que seu conceito

<sup>7</sup> CASELLA, Paulo B. *op. cit.*, p. 82.

clássico absoluto é praticamente utópico, tornando, na prática, sua concretização inviável. Sua operacionalização, como escreve Paulo B. Casella, “impõe racionalizar e distinguir esferas de atuação do conceito de soberania estatal, em função dos fins e mecanismos de implementação”<sup>8</sup>. Nessa perspectiva, adverte o mesmo autor para a existência de inúmeras interpretações acerca do confronto soberania/integração no âmbito do Direito Internacional. Com efeito, há o argumento de que a integração implica uma formulação de soberania partilhada ou conjunta, em que

“parte da soberania nacional é sacrificada em prol de um reordenamento das regras do jogo na área de planejamento e tomada de decisões, onde cada órgão público deve levar em consideração as orientações dos órgãos paralelos nos países vizinhos”<sup>9</sup>.

Outra proposição alude ao fato de que as relações de

“direito comunitário da integração não negam, nem limitam, nem excluem a soberania, senão que a elevam a um marco ampliado, em que estende ou prolonga o poder soberano do Estado em outras matérias que não teria, ainda que agora compatibilizado com o poder soberano de outro Estado membro. Em síntese, a integração aumenta qualitativamente a soberania dos Estados associados”<sup>10</sup>.

Para além de toda e qualquer teorização, parece claro que o conteúdo e o exercício da soberania, sendo delineados por normas jurídicas de teor supranacionais, ficam sujeitos não só a alterações, reformulações e adequações, mas também a delimitações nas “distintas esferas de competência legislativas, jurisdicionais e administrativas, entre a ordem interna e esse novo ordenamento comum ou supranacional”<sup>11</sup>.

Não menos importante nos processos de integração econômica e política que objetivam a consolidação de um mercado comum regional é a necessidade também da integração jurídica e

da instituição de um Direito Comunitário supranacional. Essa tarefa já nasce com incontestes dificuldades. É o que se examinará a seguir.

### 3. Pluralidades nacionais e comunitarismo jurídico na América Latina

É deveras desafiador projetar um Direito Comunitário para as nações latino-americanas, não só marcadas pelo forte legalismo de cunho nacional-monista, mas, sobretudo, pela histórica tradição do Estado como fonte privilegiada de produção legislativa. O modelo de Direito identificado com a lei e como elaboração exclusiva do Estado vem dominando oficialmente os países periféricos da América do Sul. Constata-se que, em momentos distintos de sua evolução, a cultura jurídica estatal sempre foi profundamente influenciada pelas diretrizes do Direito colonizador luso-hispânico – segregador e discriminatório com relação à população nativa – revelando, mais do que nunca, a imposição, as intenções e o comprometimento da estrutura elitista de poder. Desde o início da colonização, além da marginalização e do descaso pelas práticas costumeiras de uma justiça nativa e local, a ordem normativa ibérica impõe as condições e as necessidades do projeto colonizador dominante<sup>12</sup>. A formação dos sistemas jurídicos latino-americanos que passaram por processos de codificação ao longo do século XIX e nos primórdios do século XX resulta diretamente do legado jurídico romano com os acréscimos posteriores da herança latina (Direito Castelhana e Indiano, Ordenações Portuguesas e Codificação Napoleônica) e da herança germânica. É por essas razões que se pode conceber e teorizar acerca da existência de um sistema jurídico latino-americano<sup>13</sup>. Com efeito, para uma possível unidade jurídica, parte-se do pressuposto de que suas fontes e seus principais institutos advêm da família romana e de que sua formalização passa por procedimentos similares: é escrito e técnico, sendo suas normas produzidas e garantidas pelo Estado. Além disso, há que se considerar que o desenvolvimento do Direito Latino-Americano está, como assinala Paulo Netto Lobo, modelado

“por elementos europeus de mesma raiz histórica e cultural (os povos da Penín-

<sup>8</sup> CASELLA, Paulo B. op. cit., p. 89.

<sup>9</sup> GRABENDORFF, Wolf. “A Integração da América Latina na Perspectiva Européia”. In: PLÁ, Juan A. (Org.). O Mercosul e a Comunidade Européia – Uma Abordagem Comparativa. p. 135

<sup>10</sup> DROMI, R., EKMEKDJIAN, M., RIVERA, J. op. cit., p. 40.

<sup>11</sup> CASELLA, Paulo B. op. cit., p. ?.

<sup>12</sup> Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma Nova Cultura do Direito. 2. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1997. p. 72, 74 e 75.

<sup>13</sup> Ver, a propósito: DROMI, R., EKMEKDJIAN, M., RIBERA, J., op.cit., p. 269-270.



sula Ibérica), a que se agregaram costumes indígenas e africanos, o que dá certa peculiaridade aos direitos de nossos povos. A recepção de modelos oriundos do sistema de *common law*, máxime de certos tipos contratuais, tem sido uniforme, no quadro amplo das trocas internacionais e do processo de globalização, mas não tem modificado a natureza comum do sistema jurídico dos países latino-americanos. Outro dado importante foi a recíproca influência dos codificadores, como se deu, por exemplo, com a adoção de partes inteiras do Esboço de Teixeira de Freitas pelo Código Civil Argentino, com repercussões na legislação civil do Uruguai e do Paraguai. (...) Na perspectiva da harmonização, pode-se afirmar que há um tronco comum no direito civil dos países do Mercosul, que pode ser aprofundado”<sup>14</sup>.

Uma problematização crítica que se pode levantar no âmbito interno dos sistemas jurídicos nacionais da região é a de que a legalidade estatal, de cunho ideológico liberal-individualista, não consegue absorver satisfatoriamente as novas demandas e os novos conflitos sociais. Assim, urge pensar num referencial de normatividade compatível com as prioridades das sociedades periféricas que se encaminham para o final deste segundo milênio. Isso representa a decisiva opção e o estabelecimento de novos conceitos e princípios, de um “outro” paradigma de Direito que não mais leve em consideração a rigidez do normativismo formalista interno e o dogmatismo do Estado nacional como único órgão legítimo para produzir juridicidade<sup>15</sup>. Trata-se, por conseguinte, de definir uma outra legalidade que tenha seu núcleo central na constituição de um Direito Comunitário, viabilizador da coexistência e da unificação de normas gerais para as diferentes comunidades nacionais integradas. Ainda que a total unificação jurídica seja quase impossível, é imprescindível que se persigam e se busquem mecanismos legais flexíveis que venham a ser adotados e respeitados pelos países da Comunidade regional. Uma

<sup>14</sup> LOBO, Paulo L. Netto. “As Relações de Direito Civil nos Processos de Integração”. p.4. Para um aprofundamento sobre a relação entre o sistema jurídico latino-americano e o Direito romano, observar: LANDIM, José F.P. (Coord.). *Direito e Integração: experiência latino-americana e europeia*. p.05-03.

<sup>15</sup> Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. op. cit., p.105.

vez colocado o Direito como instrumento essencial da institucionalização do processo de integração, importa assegurar tanto sua “existência e continuidade” quanto sua “interpretação e aplicação”. Nesse aspecto, o já consagrado internacionalista Paulo B. Casella escreve que o

“ponto de partida de tais normas supranacionais, compondo ordenamento novo, ao mesmo tempo, e por definição, autônomo e integrado aos ordenamentos jurídicos nacionais, dá-se pela assinatura e ratificação de tratados constitutivos, em razão dos quais os Estados-membros limitam voluntariamente, em razão dos objetivos comuns, (...) sua soberania jurídica e o exercício de sua competência, tanto no que diz respeito à criação e promulgação de normas, que se traduz pela transferência de parcela da competência legislativa, como em matéria de sua interpretação e aplicação, que se traduz pela transferência de parcela da competência jurisdicional (...)”<sup>16</sup>.

Pela inovação do campo que se abre, o Direito Comunitário das organizações intergovernamentais inaugura, com suas normas que agregam elementos de ordens jurídicas plurais, uma nova esfera de enquadramento jurídico que transcende a dicotomia clássica, direito interno e direito internacional, projetando-se no que alguns publicistas chamam de *Direito da Integração*.

Parece claro que, não obstante todas as dificuldades estruturais, os conflitos regionais e os impasses institucionais, a consolidação econômica, política e jurídica de um mercado comum não só é necessária como imperiosa para o futuro dos países da Região Sul da América Latina. Os esforços de integração interamericana, de par com seus indiscutíveis efeitos econômicos, são também plenamente justificáveis, tanto por estimular a criação de estruturas jurídicas mais flexíveis e autônomas, quanto por favorecer o fortalecimento de instituições nacionais mais avançadas democraticamente e mais transparentes. Como assevera ainda o erudito Paulo B. Casella,

“além e acima das vantagens específicas para eficiência e continuidade do processo de integração, a ocorrência de normas supranacionais e a automaticidade da vigência e obrigatoriedade destas em contexto como o do MERCOSUL poderia ser

<sup>16</sup> CASELLA, Paulo B. op. cit., p. 231.

marco de evolução institucional e conceitual dos mais interessantes, na medida em que poderia representar, para os Estados Partes envolvidos na empreitada, a ocasião histórica de reformular bases e conceitos de seus ordenamentos nacionais, reduzindo o peso e o papel do Estado no e sobre o ordenamento jurídico. Precisamos, em suma, de menos Estado e de mais Direito”<sup>17</sup>.

De fato, na medida em que as relações (sociais, econômicas, políticas e culturais) dos povos latino-americanos e os direitos nacionais se intensificam, o Mercosul está destinado a ter um papel estratégico, essencial e inevitável para o desenvolvimento e o fortalecimento regional do Sul da América. Se ainda não há um Direito Comunitário<sup>18</sup> sistematizado e acabado, o processo de integração dos povos latino-americanos parece ser inexorável nos primórdios do próximo milênio; uma integração econômica e política que caminhará, lado a lado, com a integração jurídica, delineada por uma prática capaz de adequar pluralismo, harmonização e unificação de juridicidades emergentes.

#### 4. Considerações finais

A apreciação de problematizações atinentes aos processos de integração e das possibilidades de um sistema jurídico comunitário supranacional permite, no desfecho da sucinta reflexão, deixar consignado que o avanço rumo ao Direito Comunitário implica um novo conceito de cidadania. Não se trata mais de compreendê-la tão-somente no viés do formalismo jurídico liberal-individualista, próprio da tradição interna dos Estados-Nacionais, mas de uma conceituação mais elástica, prática e coletiva. O êxito de uma integração latino-americana depende internamente de economias estáveis, de instituições políticas solidamente democráticas e do funcionamento de um aparato normativo eficaz no controle, regulação e aplicação da justiça. Daí a condição básica de estabelecer instituições com maior controle democrático e com mecanismos limitadores dos poderes estatais, deslocando a responsabilidade para a sociedade civil e envolvendo, ao máximo, a coletividade como um todo, com participação cotidiana e permanente dos cidadãos. O esforço de criação da democracia

<sup>17</sup> CASELLA, Paulo B. op. cit., p. 228 e 240.

<sup>18</sup> LOBO, Paulo L. N., op. cit., p. 11.

supranacional<sup>19</sup> e da cidadania comunitária dará consistência a formas de convivência local e regional mais transparentes, mais participativas e mais solidárias. Fundada na cooperação dos agentes integrados no respeito às diversidades locais e na harmonização dos interesses comuns, a cidadania comunitária reduz diferenças e aproxima complementaridades, propiciando o reconhecimento de novos direitos, da proteção e inviolabilidade dos direitos humanos e da reinvenção de mais direitos de participação, de mais direitos econômicos e sociais para os cidadãos latino-americanos integrantes do Mercosul<sup>20</sup>. Reconhecer o significado de um mercado comum regional para os países latino-americanos é escolher, hoje, a melhor alternativa de um modelo viável de cooperação e convivência, “entre esferas de atuação e competência, entre instituições comuns (...)”<sup>21</sup>. A exata medida da renovação está para ser colocada a partir da superação radical do dualismo predominante das estruturas políticas e econômicas tradicionais: o livre e selvagem mercado desvencilhado do justo e democrático controle dos cidadãos ou o histórico dirigismo estatal, arbitrário e onipotente que tutela e paralisa as sociedades periféricas.

Enfim, ao finalizar, tomam-se uma vez mais as considerações de Paulo B. Casella, que, com razão, aclama que a realidade do Mercosul coloca os latino-americanos

“diante do estimulante desafio de transformar mentalidades, ideologias públicas, as relações entre o Estado e os cidadãos, as modalidades de intervenção do Estado na economia, em suma, dados que vêm caracterizando a história dos países que o integram há séculos, e devemos efetuar tais transformações rapidamente, porque percebemos estar diante de opções irreversíveis para o futuro. Do erro ou acerto de tais opções dependerá a manutenção ou o declínio de posições e competitividade em ordem econômica e tecnológica mundial em plena movimentação”<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Cf. VASCONCELOS, Álvaro (Coord.). Portugal no Centro da Europa. p. 166-172.

<sup>20</sup> Ver: VASCONCELOS, Álvaro (Coord.). op. cit., p. 167.

<sup>21</sup> CASELLA, Paulo B. op. cit., p. 242.

<sup>22</sup> CASELLA, Paulo B. op. cit., p. 242-243.

## Bibliografia

- ALEIXO, José Carlos Brandi. "Integração na América Latina". Revista de Informação Legislativa. Suplemento. Integração na América Latina. Brasília: Senado Federal, n. 81, jan./mar. 1984. p. 19-32.
- CALVO, Alberto Pérez. Estado Autônomico y Comunidad Europea. Madrid : Tecnos, 1993.
- CAMPOS, João Mota de. Direito Comunitário. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1988. v. 2.
- CASELLA, Paulo Borba. Mercosul: Exigências e Perspectivas. São Paulo : Ltr, 1996.
- \_\_\_\_\_. "Soberania e Aplicação do Direito da Concorrência na CE e no Mercosul". Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, n. 121, jan./mar. 1994. p. 117-143.
- ROMI, Roberto, EKMEKDJIAN, Miguel A., RIVERA, Julio C. Derecho Comunitario. Regimen del Mercosur. 2. ed. Buenos Aires : Ciudad Argentina, 1996.
- LANDIM, José Francisco Paes. (Coord.) Direito e Integração: experiência latino-americana e européia. Brasília : UnB, 1981.
- LEDUR, José Felipe. "Mercosul, os Projetos Nacionais e a Nova Ordem Mundial". Livro de Teses I. As Transformações da Sociedade e do Estado. XVI Conferência Nacional dos Advogados. Fortaleza: OAB, 01 a 05 de setembro de 1996. p. 19-23.
- LÔBO, Paulo Luiz Neto. "As Relações de Direito Civil nos Processos de Integração". Revista Temas de Integração. Rio de Janeiro/Coimbra, 2º sem. 1997.
- MENEZES, Alfredo da Mota. Do Sonho à Realidade. A Integração Econômica Latino-Americana. São Paulo : Alfa-Omega, 1990.
- PLÁ, Juan Algorta (Org.). O Mercosul e a Comunidade Européia. Uma Abordagem Comparativa. Porto Alegre: UFRGS/Instituto Goethe, 1994.
- REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA. SUPLEMENTO. Integração na América Latina. Brasília: Senado Federal. n. 81, jan./mar. 1984.
- VASCONCELOS, Álvaro (Coord.). Portugal no Centro da Europa. Lisboa : Quetzal Editores, 1995.
- VILLELA, Anna Maria. "A Unificação do Direito na América Latina: direito uniforme e direito internacional privado". Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, nº 83, jul./set. 1984. p. 05-26.
- WOLKMER, Antonio Carlos. O terceiro Mundo e a Nova Ordem Internacional. São Paulo : Ática, 1991.
- \_\_\_\_\_. Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito. 2. ed. São Paulo : Alfa Omega, 1997.

---

\* Notas bibliográficas conforme original.

# Observações sobre o controle da constitucionalidade das leis no Brasil

ADHEMAR FERREIRA MACIEL

## SUMÁRIO

*1. Introdução. A politização do Judiciário: fenômeno do Estado democrático constitucional. A Jurisdição Constitucional. Tentativa de James Madison de colocar na Constituição americana o judicial veto. Embaraços políticos. Compromisso dos constituintes com a ratificação da Constituição. John Marshall e o Caso Marbury v. Madison. Os "midnight appointees" do Governo Adams. Antecedentes aragoneses e ingleses. 2. Controle dos atos normativos no Brasil: Império, Primeira e Segunda Repúblicas. A Subcomissão do Decreto n. 21.402/1932. O papel do Senado Federal (Constituição de 1934): uma tentativa de suprir a falta do stare decisis anglo-americano? O controle concentrado. Evolução. Constituição de 1988. Coexistência dos sistemas difuso e concentrado. Distorções. A ação direta de inconstitucionalidade por ação e por omissão. A ação de constitucionalidade da Emenda Constitucional n. 3/93. Efeitos.*

1. Introdução. A politização do Judiciário: fenômeno do Estado democrático constitucional. A Jurisdição Constitucional. Tentativa de James Madison de colocar na Constituição americana o *judicial veto*. Embaraços políticos. Compromisso dos constituintes com a ratificação da Constituição. John Marshall e o Caso *Marbury v. Madison*. Os "midnight appointees" do Governo Adams. Antecedentes aragoneses e ingleses.

Um dos fenômenos mais marcantes da evolução do Estado democrático de direito constitucional é a ascensão do Judiciário como um autêntico terceiro poder político<sup>1</sup>. Nos Estados Unidos, como se verá mais para a frente, a politização do Judiciário não estava prevista pelo constitucionalismo e se desencadeou por iniciativa da Suprema Corte no início do século XIX.

Em outros Estados – República Federal da Alemanha, França, Itália, Índia, Paquistão – as constituições do pós-Segunda Guerra Mundial se

“esforçaram deliberadamente para outorgar ao poder judiciário uma posição elevada no processo do poder que não é inferior à dos detentores tradicionais do poder, governo e parlamento, e que, em certos casos, (lhes) é até superior”<sup>2</sup>.

Nos Estados Unidos, antes da consolidação do *New Deal*, houve abuso do Judiciário, ficando o acontecimento conhecido como “judiocracia” ou “governo dos juízes”<sup>3</sup>. Daí a balda de “third chamber” à Suprema Corte.

O “controle de constitucionalidade de leis” é decorrente da existência de uma lei básica, que estrutura os órgãos estatais, e garante os direitos dos cidadãos contra as investidas do poder público, inclusive via legislativa<sup>4</sup>. Onde não existe essa distinção, essa preeminência de uma lei em relação a outras, não se pode falar em “controle” ou, na terminologia portuguesa, em “fiscalização”<sup>5</sup>. O controle é exatamente uma técnica oficial de aferição de conformidade de uma norma em relação a outra, que lhe serve de estalão. Pode-se dizer, na acepção kelseniana, que a Constituição é uma *Grundnorm* (“norma-fundamento”), isto é, uma “norma pressuposta”, e não propriamente uma “norma estabelecida”<sup>6</sup>. Em Estados que não dispõem de uma constituição formal, não se pode falar validamente em controle jurisdicional de leis. Tais “sistemas jurídicos e a tradição existente impedem que surja e se implante o controle judicial”<sup>7</sup>.

Vamos nos preocupar, por causa de sua importância, apenas com o “controle jurisdicional”, “judicial”, “jurídico” ou, dentro da preferência germânica, da “jurisdição constitucional” (*Verfassungsgerichtsbarkeit*)<sup>8</sup>. O “controle político” *stricto sensu*, isto é, aquele feito pelo Executivo ou pelo Legislativo, por sua diminuta importância no nosso sistema de controles, não será por nós enfocado<sup>9</sup>. Num sentido mais amplo, pode-se dizer que o “controle político” é exercido por qualquer órgão que não pertença ao Poder Judiciário<sup>10</sup>.

O controle jurisdicional dos atos legislativos e administrativos, como se sinalizou mais acima, não é coisa nova, pois já anda beirando a casa dos 200 anos. Foi uma audaciosa e genial jogada política de John Marshall, o quarto presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos<sup>11</sup>, no ano de 1803. Refiro-me ao conhecido caso *Marbury v. Madison*<sup>12</sup>. A questão judicial, um

*writ of mandamus* ajuizado por algumas pessoas nomeadas *justices of the peace*<sup>13</sup> no apagar das luzes do governo federalista de John Adams. Os autores da ação judicial ficaram jocosamente conhecidos como *midnight appointees*, ou seja, “os nomeados da calada da noite”. É que John Marshall, então *secretary of State* do Governo John Adams, ficou até de madrugada, auxiliado por seu irmão James Marshall, preenchendo e assinando títulos de nomeação de mais de quatro dezenas de *Justices of the Peace*. No dia seguinte começava novo governo (Thomas Jefferson), e Marshall teria que preparar, ainda, discurso que ia fazer como presidente (*chief justice*) da Suprema Corte. Cerca de dezesseis títulos de nomeação não foram preenchidos e entregues. Ficaram por conta do novo *secretary of State*, James Madison, que, a mando de Jefferson, recusou-se a fazer a entrega.

O ajuizamento do *writ* se fez diretamente na Suprema Corte, tal como então dispunha a Lei Orgânica do Judiciário de 1789 (que serviu de inspiração para nosso Decreto 848/1890). Os autores do *mandamus* encabeçado por William Marbury pediram que o novo *secretary of State* (Madison) lhes entregasse seus títulos de nomeação a fim de que eles pudessem tomar posse. A Suprema Corte, com metade (três) de sua composição (seis), deu-se por incompetente para julgar o caso. Decretou a inconstitucionalidade do dispositivo do *Judiciary Act*, uma “lei” elaborada pelo “Congresso Nacional”. Ainda que o Juiz Marshall tenha reconhecido que os impetrantes tivessem direito à nomeação, a questão ficou presa à incompetência da Corte<sup>14</sup>.

Marshall, relator do acórdão, disse que o art. III da Constituição dava competência ao Poder Judiciário para julgar todos os “casos” de aplicação da lei e da equidade, inclusive, evidentemente, da *própria Constituição*. “Isso é da própria essência da atividade judicial” (*This is of the very essence of judicial duty*)... os tribunais do art. III não podem ser forçados a “fechar seus olhos diante da Constituição, e ver somente a lei” (... *to close their eyes on the constitution, and see only law*)<sup>15</sup>.

É oportuno lembrar que James Madison, o “pai” da Constituição dos Estados Unidos, chegou, é certo, a engendrar um mecanismo de *judicial veto* na constituinte de Filadélfia. Não logrou êxito<sup>16</sup>. A maior preocupação dos constituintes era com a ratificação da Constituição pelos Estados-Membros. A divisão entre “federalistas” e “antifederalistas”, “escravagistas”

e “anti-escravagistas” era grande. Uma cisão radical poderia inviabilizar a ratificação da Constituição. Daí a presença propositada do silêncio, de evasivas, de elipses, de formas vagas<sup>17</sup>.

Também não deixa de ser oportuno recordar que nos Estados Unidos, até o advento do caso *Nashville, C. & St. L. Ry versus Wallace*<sup>18</sup>, de 1933, os tribunais, de um modo geral, não julgavam ações com pedido puramente declaratório. Invocava-se, para tanto, a Lei Orgânica do Judiciário (1789). O *Justice Brandeis*, em 1930, num caso concreto, frisou que o que o autor da ação queria era uma “decisão declaratória” (*declaratory judgment*), “que se achava além do poder conferido ao judiciário federal”<sup>19</sup>. Em 1934, para espantar as dúvidas, o Congresso baixou a *Federal Declaratory Judgement Act*, dando competência para que as cortes federais decidissem sobre pedido declaratório. Em *Aetna Life Ins. Co. versus Haworth*<sup>20</sup>, caso julgado em 1937, a Suprema Corte manifestou-se sobre a Lei do Julgamento Declaratório, dizendo que o Congresso havia agido dentro da delegação que a Constituição lhe dava: estabelecer instrumentos processuais para que os tribunais federais decidissem casos e controvérsias<sup>21</sup>. A ação declaratória, à evidência, deveria ter um substrato concreto<sup>22</sup>.

É claro que o controle jurisdicional dos atos normativos não foi uma “invenção” marshalliana ou kelseniana. Como observa com propriedade Dominique Rousseau<sup>23</sup>, ainda que a “réflexion théorique” do controle centralizado possa ser atribuída ao austríaco Hans Kelsen, foram acontecimentos políticos que, através de sucessivas etapas, levaram à criação de cortes, conselhos ou tribunais constitucionais na Europa.

Tem-se notícia de que no Reino de Aragão (Espanha), no século 13, já existia um arremedo de jurisdição constitucional: uma corte constitucional, denominada *Consistorio*, presidida por um *justicia mayor*, encarregava-se de controlar as leis do reino (*fueros*)<sup>24</sup>. Seus juízes gozavam de inamovibilidade. A Inglaterra, nessa época, mantinha acentuado intercâmbio cultural e comercial com o Reino de Aragão. É relevante lembrar que, antes da derrota da Grande Armada, a Espanha “era o maior, o mais rico e territorialmente mais espalhado império da terra”<sup>25</sup>. A Inglaterra – utilizando-me de palavras de An-

dré Maurois<sup>26</sup> – era uma “potência de segunda ordem”.

Na própria Inglaterra, no século XVII, *Sir Edward Coke* pregava que cabia aos tribunais controlar os atos da Coroa. Tentou – embora não tenha conseguido, e até corrido risco de vida – submeter também os atos do Parlamento ao controle do Judiciário, afirmando que aos juízes cabia interpretar o *common law* ou *the law of the land*<sup>27</sup>. *Coke* malogrou. Em 1689, com a imposição do *Bill of Rights* a Guilherme de Orange, ficou definitivamente consagrada a supremacia do Parlamento, com o reconhecimento de suas leis (*statutes*) como fonte independente de direito<sup>28</sup>.

Na França, por ocasião da elaboração da Constituição de 1793 (Ano I), foi proposta, infrutiferamente, a criação de um *Grand Jury National* para controlar as leis e os atos do executivo, quando violadores dos direitos do cidadão<sup>29</sup>. Pela Constituição de 1791 (Título VII, art. 8º), apelava-se ingenuamente para que essa tarefa ficasse sob a guarda

“... du Corps législatif, du roi et des juges, à la vigilance des pères de famille, aux épouses et aux mères, à l'affection des jeunes citoyens, au courage de tous les Français”<sup>30</sup>.

Desde 1990, tem-se debatido no Parlamento francês a necessidade de controle *a posteriori* da constitucionalidade dos atos normativos, pois lá o controle se faz *a priori*: no período que medeia entre a aprovação da lei e sua publicação no diário oficial. Depois dessa fase, não se pode mais argüir a inconstitucionalidade. O controle é feito pelo *Conseil Constitutionnel*, órgão composto por juízes nomeados pelo presidente da República (3), pelo presidente do Senado (3) e pelo presidente da Assembléia Nacional (3)<sup>31</sup>. Seu controle se aproxima mais do “controle político” do que do “controle jurisdicional”<sup>32</sup>. Os defensores do controle preventivo da Constituição de 1958 alegam que tal sistema tem a vantagem de ser rápido, simples, e sobretudo de trazer segurança às relações jurídicas.

“Para o professor Jean-Jacques Dupeyroux, ensinar na França o controle *a posteriori* será imediatamente submeter ao jogo da censura constitucional seguimentos inteiros de direito social, fiscal, de estrangeiros, das sucessões... e criar, por consequência, uma *desordem insondável*, segundo, expressão do professor Jean Rivero”<sup>33</sup>.

2. Controle dos atos normativos no Brasil: Império, Primeira e Segunda Repúblicas. A Subcomissão do Decreto n. 21.402/1932. O papel do Senado Federal (Constituição de 1934): uma tentativa de suprir a falta do *stare decisis* anglo-americano? O controle concentrado. Evolução. Constituição de 1988. Coexistência dos sistemas difuso e concentrado. Distorções. A ação direta de inconstitucionalidade por ação e por omissão. A ação de constitucionalidade da Emenda Constitucional n. 3/93. Efeitos.

Como se sabe, no Brasil o controle judicial das leis só se deu com o advento da República<sup>34</sup>. No Império, pela Carta de 1824 (art. 13, 8<sup>o</sup> e art. 9<sup>o</sup>), o controle era feito pelo próprio Legislativo. Era, de resto, a sistemática adotada na Europa.

Quando se elaborou o Decreto n. 848/1890<sup>35</sup>, inspirado no *Judiciary Act* americano, e a Constituição brasileira de 1891<sup>36</sup>, também modelada pela Constituição de Filadélfia, o controle da constitucionalidade das leis pelo Judiciário, nos Estados Unidos, já contava mais de oito décadas, ainda que tenha, por três vezes, pelo menos, sofrido sérios e perigosos reveses<sup>37</sup>. De lá para cá, tanto nos Estados Unidos quanto no Brasil, o controle dos atos públicos pelo Judiciário se foi modificando. Nos Estados Unidos, mais arrastada e lentamente; no Brasil, como se verá a seguir, de maneira rápida e, até por que não dizer, atabalhoada. É fácil explicar a diferença: nos Estados Unidos, com a promulgação da Constituição de 1787, já vigorava o *common law* inglês<sup>38</sup>, direito tipicamente “judicial” (*judge-made law*). Sua força estava assentada no “precedente judicial” (*stare decisis*)<sup>39</sup>. Já no Brasil da República, o direito era tipicamente “legal”. Sua única fonte, pode-se dizer, era a lei.

Nos albores da República, Pedro Lessa, para justificar o controle dos atos normativos pelo Judiciário, e não pelo Legislativo, lembrava que

“(é) muito mais racional admitir que os tribunais foram investidos da missão de servir de corpos intermediários entre o povo e a legislatura, para, entre outros, o fim de manter a última dentro nos limites assinalados á sua autoridade”<sup>40</sup>.

A Constituição, como lei fundamental, foi feita pelo povo. E é ela que dá a competência de controle aos tribunais. As sentenças judiciais, pois, “devem antes ser reguladas pelas leis fundamentais que pelas secundárias”<sup>41</sup>.

Da Constituição de 1934 para cá, o nosso sistema de controle jurisdicional de leis e atos normativos se foi afastando do figurino clássico americano, e adquiriu feição própria. Hoje, temos um sistema *sui generis*, tipicamente brasileiro<sup>42</sup>. Ao lado do denominado “controle difuso”, de matriz americana, adotou-se também o “controle concentrado”, de procedência austríaca.

Como observa, com acerto, a Professora Ada Pellegrini Ginover,

“(s)e é inegável que a previsão da coexistência do controle difuso e concentrado de constitucionalidade torna o sistema brasileiro bastante completo, é também verdade que algumas distorções surgem como consequência da referida coexistência”<sup>43</sup>.

A coexistência dos dois sistemas, se bem que já sem as características genéticas, tem vantagens... e desvantagens. O sistema difuso não deixa de ser mais democrático, pois a inconstitucionalidade é levantada pela via de exceção por qualquer das partes, pelo Ministério Público ou até pelo próprio juiz<sup>44</sup>. A possibilidade de pressão política por parte do Executivo é nula, diante da multiplicidade de órgãos judicantes e da falta de compromisso do juiz singular, que galgou o cargo por concurso público<sup>45</sup>. O sistema concentrado, em que um único órgão se encarrega de resolver quanto à inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, tem a vantagem de uniformização imediata da jurisprudência e de ensejar o controle abstrato, sem a presença de interesse individual. Seu alcance sócio-político é maior, pois escapa do subjetivismo de partes e entra no objetivismo da defesa do estado democrático de direito. Tem a desvantagem de ser o controle sem partes, em que falta a dialética processual. A legitimidade ativa para a ação direta de inconstitucionalidade ainda deixa a desejar<sup>46</sup>. É certo que na Alemanha, Portugal e outros países que adotam o controle abstrato a gama de legitimação ainda é mais restrita do que no Brasil<sup>47</sup>.

Podemos dizer, em resumo, que, até a proclamação da Constituição de 1934, o controle era feito apenas *incidenter tantum*. Em outras palavras, os sujeitos do processo levantavam a prejudicial da inconstitucionalidade do ato normativo. Se acatada a inconstitucionalidade, o juiz a declarava<sup>48</sup>, deixando de aplicar o dispositivo por ele tido por ofensivo à constituição. Sua decisão, se transitada em julgado, tinha,

para alguns, efeitos *ex tunc*, para outros, efeitos puramente *ex nunc*<sup>49</sup>. Como se tratava de questão prejudicial, não fazia coisa julgada material<sup>50</sup>. A declaração, em outras palavras, era endoprocessual: só valia para o processo em curso (coisa julgada formal). Se houvesse outra pendenga entre as mesmas partes, envolvendo o mesmo assunto, o interessado tinha que começar tudo de novo... A sentença – insistindo mais uma vez – só valia para aquele processo, para aquele caso. Na hipótese de a decisão chegar ao Supremo Tribunal Federal – o que se fazia mediante *recurso extraordinário* –, cabia ao Supremo manter a inconstitucionalidade, ou não. Era um controle *a posteriori*<sup>51</sup>.

A Constituição de 1934, como se falou rapidamente, além de criar um *controle concentrado (ação interventiva)* ajuizada pelo procurador-geral da República para que o STF se manifestasse sobre lei de intervenção federal nos Estados-Membros), instituiu mecânica substitutiva do *stare decisis* do direito americano: a *suspensão*, pelo Senado Federal (Art. 91, IV), ... “de qualquer lei ou ato... quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”. Foi, inegavelmente, um meio engenhoso de estender para casos futuros a declaração de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, o que não havia na Primeira República (1891/1930)<sup>52</sup>.

A questão da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (Corte Suprema) levantou memoráveis e acirradas polémicas entre os membros da Subcomissão de Elaboração do Anteprojeto de Constituição, nomeada pelo Governo Provisório da Segunda República (Decreto n. 22.402/1932)<sup>53</sup>. Na 26ª Sessão (2 de fevereiro de 1932, prorrogada), sob a presidência de Mello Franco, Themístocles Cavalcanti propôs emenda dando competência ao Supremo Tribunal Federal para “declarar em these a inconstitucionalidade das leis por meio de acção declaratoria, em virtude de provocação das camaras legislativas ou de qualquer interessado”. João Mangabeira, ao votar, enalteceu a emenda, uma vez que tal medida viria estabilizar uma série de acções no mesmo sentido. Sugeriu, porém, um *quorum* de dois terços dos membros da Corte. A alteração de Mangabeira foi acolhida, em parte, por Oliveira Vianna, que concedia legitimação ativa só à Ordem dos Advogados. Na 44ª Sessão (6 de abril de 1933), veio à tona a questão do órgão competente para “suspender” a execução da lei tida por incons-

titucional pela Corte Suprema. Mangabeira propôs alteração na proposta apresentada por Castro Nunes, que atribuía tal tarefa ao Conselho Supremo. Recordou que somente o Legislativo (Assembléia) poderia revogar lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, desde que por meio de uma maioria de dois terços<sup>54</sup>. Aí estava plantado um mecanismo capaz de suprir, pelo menos em parte, o mal advindo de transplante de instituições jurídicas de sistemas totalmente diferentes (*common law*). Nos Estados Unidos, como se falou e se repete, a fonte do direito estava praticamente nas decisões judiciais (*judge-made law*). No Brasil, ao contrário, nosso direito tinha como fonte a lei. Lá, no Norte, o juiz se orientava, obrigatoriamente, pelos precedentes das cortes superiores. Aqui, no Sul, ainda que os precedentes superiores tivessem força moral, não eram vinculantes. Dentro da tradição romano-germânica, o juiz era livre e estava preso somente à sua consciência e à lei<sup>55</sup>. A fonte do direito não estava nos “casos” (*cases*), estava na “lei”.

A partir da Constituição de 1934, a Corte Suprema (esse era o *nomen juris* – art. 73) poderia enviar a comunicação de inconstitucionalidade por ela declarada ao Senado Federal, que, por sua vez, se assim o entendesse (“ato político”, na melhor doutrina<sup>56</sup>), “suspendia” os efeitos da lei ou do ato normativo<sup>57</sup>. A lei tida por inconstitucional, ainda de acordo com a melhor doutrina, não desaparecia do ordenamento jurídico. Ficava “suspensa”. Esse o ensinamento de Lúcio Bittencourt<sup>58</sup> e de Ada Pellegrini Grinover<sup>59, 60</sup>. O Ministro Leitão de Abreu, em voto célebre, publicado na RTJ 82/791, cita o *Corpus Juris Secundum*, no sentido de que a lei tida por inconstitucional não é “nula” (*void*), mas somente “anulável” (*voidable*).

Em qualquer demanda futura, a parte interessada poderia, como prejudicial, argüir a inconstitucionalidade do ato, tal como decidido pela Corte Suprema e suspenso por resolução do Senado. A função do Senado não era só de “publicidade” da decisão do Judiciário, tinha força extensiva<sup>61</sup>.

A partir da Constituição de 1934, como se falou mais de uma vez, foi-se caminhando para o controle concentrado. A princípio, por meio da *ação interventiva* (CF, art. 34, III, c/c arts. 102, I, a, e 129, IV). Com a Emenda Constitucional n. 16/65, passamos a ter, também, o *controle abstrato* de leis e atos normativos<sup>62</sup>, modalidade desenvolvida por Hans Kelsen para a Consti-



tuição austríaca de 1920<sup>63</sup>. Como observa Felix Ermacora, professor da Universidade de Viena,

“(a) grande novidade do controle da constitucionalidade de 1920 foi que *este controle se dava sobre as leis*. Tal controle não era possível sob o regime da Monarquia. O *Reichsgericht* não era competente para controlar as leis, por causa do papel do monarca no procedimento legislativo e de sua posição no sistema constitucional na qualidade de órgão inviolável e não responsável: o monarca tinha o poder de sancionar as leis. A Constituição federal de 1920, em seu art. 140, previa que a Corte constitucional podia anular as leis federais e as leis dos *Länder* por causa de sua inconstitucionalidade”<sup>64</sup>.

No controle concentrado, tal como originariamente esboçado na Áustria, cabia a um tribunal constitucional, que não integrava o Poder Judiciário, dizer quanto à inconstitucionalidade de lei ou do ato normativo<sup>65</sup>. A técnica mais difundida, que se apartou do figurino original, consistia, *no caso concreto*, em o juiz da causa paralisar o andamento do feito e aguardar o pronunciamento do juízo constitucional. Esse, o controle da constitucionalidade, repita-se, num *caso concreto*, feito *a posteriori*. O modelo, como já se falou por alto, era o *controle abstrato (abstrakte Kontrolle)*: o órgão ou pessoa ativamente legitimados ajuizavam a ação diretamente na corte constitucional. Se a corte julgasse o ato normativo inconstitucional, declarava-o como tal. O efeito dessa declaração, que se entendia de *natureza constitutiva*, valia *pro futuro*. Tinha alcance *erga omnes*, podendo, pois, ser invocado por qualquer interessado. O controle era *a priori*.

A matriz austríaca, porém, foi adquirindo colorido nacional nos países que optaram por esse sistema. Foi o que se deu com a Itália e a Alemanha do pós-Segunda-Guerra Mundial. Como explica Mauro Cappelletti, na Alemanha, mais do que na Itália, entende-se que a declaração de inconstitucionalidade pelo Tribunal Federal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) tem eficácia geral (*Allgemeinwirkung*), operando *extunc*<sup>66</sup>. Em Portugal, no controle incidental (concreto), o órgão judicante, se tiver a norma por contraveniente à constituição, profere *sentença* sobre o incidente. Mediante recurso, cabe ao Tribunal Constitucional apreciar tão-somente “o seguimento da decisão judicial relativo à questão da inconstitucionalidade”<sup>67</sup>.

No Brasil da Constituição de 1988, temos um sistema misto ou híbrido de controle da constitucionalidade das leis ou de atos normativos.

Somente o Supremo Tribunal (ou os TJs, em relação à lei municipal ou à lei estadual em relação à constituição estadual)<sup>68</sup> tem competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo federal ou estadual (CF, art. 102, I, *a*) *in abstracto*. Daí não se admitir *reclamação* ao Supremo para que ele garanta, nos termos do art. 102, II, I, a “autoridade de sua decisão”<sup>69</sup>.

Por influência da Constituição da República Portuguesa (art. 283º), temos, também, a “ação de inconstitucionalidade por omissão” (art. 103, § 2º). Trata-se de ação proposta não para declarar uma norma “inconstitucional”, mas para combater o “silêncio legislativo”, na expressiva conclusão de Gomes Canotilho<sup>70</sup>.

A Emenda Constitucional n. 3/1993 ensejou o ajuizamento no Supremo Tribunal Federal de uma ação *declaratória de constitucionalidade* de lei ou ato normativo federal. Nesse caso, como acontece com sua irmã mais velha (*ação direta de inconstitucionalidade*), o controle se faz *abstratamente*, isso é, independentemente da existência de caso concreto. Dessarte, também não se necessita da intermediação do Senado Federal para que a decisão declaratória tenha força *erga omnes*. A sentença da Suprema Corte, uma vez definitiva, já opera *per se ipsa*<sup>71</sup>.

Diferentemente da ação *direta de inconstitucionalidade*, a *ação declaratória de constitucionalidade*, por ter *efeito vinculante* (CF, art. 102, § 2º), pode ser invocada por meio de *reclamação*<sup>72</sup>. Com o Professor Celso Bastos, ainda que contra a jurisprudência, penso que não se pode dar efeito paralisante a liminar em ação declaratória de constitucionalidade: o § 2º fala em “decisões definitivas de mérito”<sup>73</sup>.

## Bibliografia

- Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. München: C.H. Beck'sche, 1969. Deutsche Verfassungen. München: Goldmann, 1992.
- Les constitutions de la France depuis 1789. Paris: G F Flammarion, 1979.
- ABRAHAM, Henry J. The judicial process — an introductory analysis of the courts of the United States, England and France. New York: Oxford University Press, 1986.

- ARAÚJO CASTRO. A nova constituição brasileira. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1935.
- AZEVEDO, José Affonso Mendonça de. Elaborando a constituição nacional - atas da subcomissão elaboradora do anteprojeto 1932-1933. Ed. Fac-similar. Brasília: Senado Federal, 1993.
- BALEEIRO, Aliomar. O Supremo Tribunal Federal, êsse outro desconhecido. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- BASTOS, Celso Ribeiro. Comentários à constituição do Brasil, 4. vol. Tomo III. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, 3. ed. Atualização por José Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense
- BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico — lições de filosofia do direito. Trad. de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1996.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional, 4. e. Coimbra: Almedina, 1987.
- CAPPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado, 2. ed. Trad. de Aroldo Plínio Gonçalves e revisão de José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.
- CHEMERINSKY, Erwin. Constitutional law. New York: Aspen Law & Business, 1997.
- CUSHMAN, Clare. The Supreme Court justices - illustrated biographies -1789-1993 - Ob. Editada por Washington, D.C.: Congressional Quarterly, 1993.
- DURANT, Will e Ariel. The story of civilization: 7 - The age of reason begins. New York: MJF Books, 1961.
- ERMACORA, Felix. Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux — cour constitutionnelle autrichienne. Artigo doutrinário publicado na obra Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux, organizada por FAVOREU, Louis. Paris: Économica, 1982.
- FAIRÉN GUILLÉN, Victor. Temas del ordenamiento procesal, tomo I. Madrid: Tecnos, 1969.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. S. Paulo: RT, 1990.
- GABINO ZIULU, Adolfo. Derecho constitucional, tomo I - principios y derechos constitucionales. Buenos Aires: Depalma, 1997.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação rescisória e divergência em matéria constitucional. Artigo doutrinário in: Revista dos Tribunais, ano 5, n. 17 (outubro/dezembro), 1996.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Controle da constitucionalidade. Artigo doutrinário in: Revista de Processo, ano 23, n. 90 (abril/junho), 1998.
- HESSE, Konrad. Grundzüge des Verfassungsrechte der Bundesrepublik Deutschland, 20 ed. Heidelberg: C.F. Müller, 1995.
- HOBBSBAWN, Eric. Era dos extremos - o breve século XX -1914-1991, 2. ed. 8. impressão. S. Paulo: Companhia das Letras, 1994.
- HORTA, Raul Machado. Estudos de direito constitucional. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1995.
- JACQUES, Paulino. Curso de direito constitucional, 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- JOLOWICZ, J. A. Résumé des Débats. Artigo in Contrôle juridictionnel des lois. Obra publicada pelo articulista e por Louis FAVOREAU Paris: Économica, 1986.
- KELSEN, Hans. Teoria geral das normas (Allgemeine Theorie der Normen). Trad. de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.
- KILLIAN, Johnny H. The constitution of the United States of America — analysis and interpretation. Obra editada por Washington, D.C.: Library of Congress, 1987.
- LESSA, Pedro. Do poder judiciário. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915.
- LOWENSTEIN, Karl. Teoría de la constitución, 2. ed. Trad. de Alfredo Gallego Anabitarte Barcelona: Ariel, 1970.
- MAITLAND, F. W. The constitutional history of England. Cambridge: University Press, 1950.
- MAUROIS, André. História da Inglaterra. Trad. de Carlos Domingues. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti Ed.
- MENDES, Gilmar Ferreira. O controle incidental de normas no direito brasileiro. Artigo doutrinário in Revista dos Tribunais, ano 6, n. 23 (abril/junho), 1998.
- MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional — introdução à teoria da constituição, tomo II, 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.
- PINTO FERREIRA. Comentários à constituição brasileira, 2. vol. S. Paulo: Saraiva, 1990.
- PINTO, Roger. Éléments de droit constitutionnel, 12. ed. Lille: Morel & Corduant, 1952.
- PIZZORUSSO, Alessandro. Curso de derecho comparado Barcelona: Editorial Ariel, 1987.
- POLETTI, Ronaldo. Controle da constitucionalidade das leis. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- RADBRUCH, Gustav. El espíritu del derecho inglés. Trad. de Fernando Vela. Madrid: Revista de Occidente, 1958.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação direta de inconstitucionalidade: a legitimidade do cidadão brasileiro. Artigo doutrinário in Revista Forense, vol. 318, ano 88.

ROUSSEAU, Dominique. La justice constitutionnelle en Europe. Paris: Montchrestien, 1992.

SANTI ROMANO. Princípios de direito constitucional geral. Trad. de Maria Helena Diniz. S. Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

SCHLAICH, Klaus. Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux — tribunal constitutionnel fédéral allemand in Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux. Coletânea org. por Louis FAVOREAU. Paris: Économica, Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 1982.

SCHWARTZ, Bernard. Direito constitucional americano. Trad. de Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 6. ed. S. Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

TRIBE, Laurence H. Constitutional choices. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Temas de direito público. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1994.

WADE E. C. S. E BRADLEY, A/W. Constitutional law. 7. Ed. 2. Impression. London: Longmans, 1966.

WHYTE, John D. Pays de common law in coletânea organizada por Louis FAVOREAU e John-Anthony JOLOWICZ. Paris: Économica, 1986.

## Notas

<sup>1</sup> LOWENSTEIN, Karl. Teoría de la constitución, 2. ed.. Trad. de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1970, p. 304.

<sup>2</sup> Id. ibidem.

<sup>3</sup> Id. ibidem.

<sup>4</sup> “A criação de um Parlamento eleito pelo povo não se revela uma garantia suficiente para a proteção dos direitos do povo e de seus cidadãos” (Cf. SCHLAICH, Klaus. Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux - tribunal constitutionnel fédéral allemand in Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux, coletânea organizada por Louis FAVOREAU. Paris: Économica, Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 1982, p. 106).

<sup>5</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional - introdução à teoria da constituição, tomo II, 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada, 1988, pp. 310 e seg.

<sup>6</sup> KELSEN, Hans. Teoria geral das normas (Allgemeine Theorie der Normen). Trad. de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986, p. 328.

<sup>7</sup> LOEWENSTEIN, Karl, ob. cit. p. 316. Cf., ainda, SANTI ROMANO. Princípios de direito constitucional geral. Trad. de Maria Helena Diniz. S. Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 390.

<sup>8</sup> Ao falar sobre a “jurisdição constitucional”, Konrad HESSE lembra que, no ordenamento constitucional da Lei Fundamental, cabe aos tribunais não só a tarefa da defesa do direito, mas também a da ampliação da proteção jurídica bem como a função de controle (*Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 1995, p. 239). Mauro CAPPELLETTI observa que o tema da constitucionalidade de leis não se identifica com o da jurisdição constitucional, “não representando senão um dos vários possíveis aspectos da assim chamada *justiça constitucional*, e, não obstante, um dos aspectos certamente mais importante” (*O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. de Aroldo Plínio Gonçalves. Rev. de José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, pp. 23 e seg.).

<sup>9</sup> Ainda que não se possa falar propriamente em “lei”, o presidente da República, quando da sanção do “projeto de lei” (Constituição, art. 84, incisos IV e V), exerce seu *veto power* de controle de constitucionalidade.

<sup>10</sup> Cf. GABINO ZIULU, Adolfo. Derecho constitucional, tomo I - principios y derechos constitucionales. Buenos Aires: Depalma, 1997, p. 107.

<sup>11</sup> O primeiro presidente (*chief justice*) foi John Jay, um dos autores de *O Federalista (Federalist Papers)*. Quando tinha 43 anos de idade, foi nomeado por George Washington para a Suprema Corte. Ainda como presidente, exerceu missão diplomática em Londres. Por ter sido escolhido governador de Nova York, deixou o cargo em 1795. Os dois seguintes presidentes foram John Rutledge e Oliver Ellsworth, também nomeados por Washington (Cf. *The Supreme Court Justices - illustrated biographies - 1789-1993*. Ob. editada por Clare CUSHMAN: Washington, D.C.: Congressional Quarterly, 1993). Erwin CHERMERINSKY, porém, diz que Marshall foi o “terceiro” (*third*) presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos (Cf. *Constitutional law*. New York: Aspen Law & Business, 1997, p. 37). Marshall, ao afirmar que os Tribunais eram apenas um instrumento da lei, e nada mais podiam desejar, acabou por garantir, com quatro decisões, entre outras, o futuro para a “Suprema Corte, a Constituição e o País, sem as quais (decisões), indubitavelmente, a Nação não teria crescido e prosperado, como aconteceu” (“*Marshall handed down, among many others, four of the most momentous decisions in the history of, and the future for, Court, Constitution, and country, without which it is at best doubtful that the nation would have grown and prospered as it has*” in ABRAHAM, Henry J., *The judicial process - an introductory analysis of the courts of the United States, England, and France*. New York: Oxford University Press, 1986, p. 360).

<sup>12</sup> 5 U.S. (1803).

<sup>13</sup> O *justice of the peace*, embora possa encarregar-se de “casamentos” e ter “jurisdição em pequenas causas”, não corresponde com exatidão ao nosso “juiz de paz”. Muitas vezes suas funções equivalem às do nosso oficial de justiça. Daí ter preferido não traduzir a expressão, acolhendo conselho de Gustav RADBRUCH em sua pequena grande obra *Der Geist des englischen Rechts* (*El espíritu del derecho inglés*. Trad. espanhola por Fernando Vela. Madrid: Revista de Occidente, 1958, p. 17).

<sup>14</sup> POLETTI, Ronaldo (*Controle da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 45) diz que Marshall, antes de decretar a incompetência da Corte, teria decidido “a causa quanto ao mérito, declarando o direito de MARBURY à posse do cargo de Juiz. Com isso, tornava pública sua opinião, e a da Suprema Corte”. Dominique ROUSSEAU, por sua vez, enfatiza que John Marshall “déclare que la loi de 1789 accordant à la Cour suprême le droit d’imposer la nomination de juges fédéraux est contraire à la Constitution et que la Cour ne peut en conséquence examiner la demande de Marbury, celui-ci gardant cependant la possibilité d’assigner le Ministre ... devant un autre tribunal pour obtenir réparation de son juste grief” (*La justice constitutionnelle en Europe*. Paris: Montchrestien, 1992, p. 16).

<sup>15</sup> Cf. TRIBE, Laurence H. *Constitutional choices*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985, p. 52.

<sup>16</sup> Cf. WHYTE, John D. in *Pays de common law na coletânea Le contrôle juridictionnel des lois*, publicado por Louis FAVOREAU e John-Anthony JOLOWICZ. Paris: Économica, 1986, p. 157.

<sup>17</sup> Cf. ROUSSEAU, Dominique, ob. cit., p. 14.

<sup>18</sup> 288 U.S. 249 (1933).

<sup>19</sup> Cf. CHERMERINSKY, ob. cit., p. 54 (*To grant that relief is beyond the power conferred upon the federal judiciary*).

<sup>20</sup> 300 U.S. 227, 239-240 (1937).

<sup>21</sup> Cf. *The Constitution of the United States of America — analysis and interpretation*, obra editada por Johnny H. KILLIAN. Washington: Library of Congress, 1987, p. 691.

<sup>22</sup> Nos Estados Unidos, não se dispõe de uma *actio popularis*, em que o cidadão possa, no interesse difuso da coletividade, provocar o órgão judicante. Exige-se, sempre, um “interesse direto pessoal” (SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Trad. de Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 191).

<sup>23</sup> Ob. cit., p. 13.

<sup>24</sup> Cf. FAIRÉN GUILLÉN, Victor. *Temas del ordenamiento procesal*, tomo I. Madrid: Tecnos, 1969, pp. 134 e seg.

<sup>25</sup> “before the defeat of the Armada Spain was the greatest, richest, farthest-flung empire on earth...”

(DURANT, Will e Ariel. *The story of civilization: 7 - The age of reason begins*. New York: MJF Books, 1961, p. 274).

<sup>26</sup> *História da Inglaterra*. Trad. de Carlos Domingues. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti Ed., p. 217.

<sup>27</sup> Thomas Hobbes, o precursor do positivismo jurídico, escreveu uma obra contra a supremacia da common law, tal como defendida por Coke (Cf. BOBBIO, Norberto, *O positivismo jurídico - lições de filosofia do direito*. Trad. de Márcio Pugliesi. S. Paulo: Ícone, 1996, p. 35).

<sup>28</sup> Cf. PINTO, Roger. *Éléments de droit constitutionnel*, 12. ed. Lille: Morel & Corduant, 1952, p. 79.

<sup>29</sup> Cf. HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1995, p. 149.

<sup>30</sup> *Les constitutions de la France depuis 1789*. Paris: GF - Flammarion, 1979, p. 67.

<sup>31</sup> Os ex-presidentes da República também fazem parte do Conselho (Cf. ROUSSEAU, Dominique, ob. cit., p. 51).

<sup>32</sup> PIZZORUSSO, Alessandro. *Curso de derecho comparado*. Barcelona: Editorial Ariel S/A, 1987, p. 131.

<sup>33</sup> ROUSSEAU, Dominique, ob. cit., pp. 80 e 81. (*Pour le professeur Jean-Jacques Dupeyroux, ouvrir en France le contrôle ‘a posteriori’ serait immédiatement soumettre au jeu de la censure constitutionnelle des pans entiers du droit social, fiscal, des étrangers, des successions... et créer en conséquence une ‘pagaille insondable’ selon, cette fois, le mot du professeur Jean Rivero*).

<sup>34</sup> O Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, calcado do *Judiciary Act* norte-americano de 1789, dá, no art. 9º, a competência originária e também recursal (o recurso extraordinário, que então não tinha nome) do STF para julgar os atos contrários a tratado ou convenção, e também contrários à própria Constituição. A Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, no art. 13 também era expressa: “Os juízes e tribunais federais processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuais por actos ou decisão das autoridades administrativas da União”.

<sup>35</sup> O art. 3º consagrou o controle judicial como defesa. Dispunha: “Na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais a magistratura federal só intervirá em especie e por provocação da parte”.

<sup>36</sup> “Do Poder Judiciário... Art. 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete I. Processar e julgar.....”. “Art. 60. Compete aos juizes ou Tribunaes Federaes processar e julgar: a) as causas em que alguma das partes fundar a acção, ou a defesa, em disposição da Constituição federal; b) todas as causas propostas contra o Governo da União ou Fazenda Nacional, fundados em disposição da Constituição, leis e regulamentos do Poder Executivo, ou em contractos celebrados com o mesmo Governo; c) as causas prove-

nientes de compensações, reinvidicações, indenização de prejuízos ou quaisquer outras, propostas pelo Governo da União contra particulares ou vice-versa”....

<sup>37</sup> Cf. BITENCOURT, Carlos Alberto Lúcio, *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Atualização de José AGUIAR DIAS. Rio de Janeiro: Forense, 3. ed., pp. 13 e seg.

<sup>38</sup> Até a época de Henry II (neto de Henry I), as pendengas judiciais eram decididas pelos respectivos direitos locais (barões feudais). Henry II iniciou, então, reformas, introduzindo as *Assizes of Claredon* (1166) e *Northampton* (1176). Aí se acha o “germe” do julgamento pelo júri, que passou, depois, a abranger também matérias civis (*interdita*). Começa, então, a vida do *common law*, aplicado por juízes itinerantes do rei (Cf. MAITLAND, F. W. *The constitutional history of England*. Cambridge: University Press, 1950, pp. 10 e seg.).

<sup>39</sup> O *stare decisis* inglês é mais rígido do que o americano. A mais alta corte de justiça do país, a *House of Lords*, fica presa a seus próprios precedentes (*The House of Lords is bound by its own decisions* — Cf. WADE, E. C. S. e BRADLEY, A. W. *Constitutional law*. 7 ed., 2. Impression. London: Longmans, 1966, p. 311). O Parlamento, porém, pode corrigir os desacertos do Judiciário, baixando lei (*statute*). Nos Estados Unidos, todavia, isso é mais difícil, pois, embora o Congresso possa fazer leis contrariando decisões da Suprema Corte, a situação se torna mais complicada por causa da rigidez do sistema constitucional. Daí não ser incomum à própria Suprema Corte mudar seus precedentes (Cf. SCHWARTZ, ob. cit., p. 201).

<sup>40</sup> *Do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915, p. 140.

<sup>41</sup> Id, p. 141.

<sup>42</sup> Sem prejuízo de que em outros países também possa existir a convivência entre os dois sistemas, como é o caso da Alemanha (Cf. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, 2. ed. S. Paulo: RT, 1990, p. 120).

<sup>43</sup> *Controle da constitucionalidade*. Revista de Processo, ano 23 (abril/junho de 1998), n. 90, p. 15.

<sup>44</sup> Os juízes, bem lembra José Joaquim Gomes CANOTILHO, exercem seu “direito de exame” ou “direito de fiscalização”, “pois têm *acesso directo à constituição*, aplicando ou desapplicando normas cuja inconstitucionalidade foi impugnada” (*Direito constitucional*, 4. ed. Coimbra: Almedina, 1987, p. 793).

<sup>45</sup> O Professor Jorge MIRANDA, ob. cit., p. 325, arrola como um dos pontos negativos da “fiscalização” concentrada “a sua vulnerabilidade às pressões vindas dos órgãos com poder efectivo no Estado”.

<sup>46</sup> A Professora Cármen Lúcia Antunes ROCHA, preocupada com o afastamento do povo do processo de controle das leis e dos atos normativos, entende

que a própria lei ordinária poderia legitimar o cidadão para propor, subsidiariamente, a ação direta de inconstitucionalidade. Combina o art. 1º, parágrafo único, com os arts. 102, parágrafo único, e art. 5º, § 2º, todos da Constituição de 1988 (Cf. Ação direta de inconstitucionalidade: a legitimidade do cidadão brasileiro in Revista Forense, vol. 318, ano 88, pp. 27 e seg.).

<sup>47</sup> *Grundgesetz* (Lei Fundamental), art. 93, parágrafo 1º, n. 2. Constituição da República Portuguesa (art. 278º).

<sup>48</sup> O juiz, à evidência, não “anula” a lei por ele tida como incompatível com a constituição. Apenas “declara” sua “incompatibilidade” com a lei máxima. Nosso Ruy Barbosa já admoestava: “Uma coisa é declarar a nulidade. Outra, anular. Declarar nula uma lei é simplesmente consignar a sua incompatibilidade com a Constituição, lei primária e suprema” (Apud BITENCOURT, ob. cit., p. 99).

<sup>49</sup> A maioria dos autores entende que, por ser “declaratória”, a sentença tem efeito *ex tunc*. Celso BASTOS, porém, observa que “(e)m nosso entender, não há uma necessidade inexorável de fazer retroagir a declaração de inconstitucionalidade à promulgação da lei (efeito *ex tunc*), porque não há qualquer liame lógico em fazer corresponder a data do surgimento do vício com a da sua subtração do ordenamento jurídico” (Comentários à constituição do Brasil. 4. vol., tomo III. S. Paulo: Saraiva, 1997, p. 85).

<sup>50</sup> Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação rescisória e divergência de interpretação em matéria constitucional* in Revista dos Tribunais, ano 5, n. 17 (outubro-dezembro de 1996), pp. 50 e seg.

<sup>51</sup> JOLOWICZ no *Résumé des Débats* in *Le contrôle juridictionnel des lois*, obra publicada por FAVORÉAU, Louis e JOLOWICZ, J. - A Paris: Économica, 1986, p. 9.

<sup>52</sup> ARAÚJO CASTRO não via com bons olhos a inovação, temendo que o Senado suspendesse decisão proferida pela Corte Suprema em um único julgamento de inconstitucionalidade (*A nova constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1935, p. 247).

<sup>53</sup> Cf. JACQUES, Paulino. *Curso de direito constitucional*, 7. ed. Rio: Forense, 1974, p. 64. A Ata da primeira sessão da Subcomissão Constitucional registra, em 11/11/1932, os seguintes nomes: Afranio de Mello Franco, José Américo, Antônio Carlos Ribeiro de Andrada, João Mangabeira, Agenor de Roure, Prudente de Moraes, Arthur Ribeiro de Oliveira, Oliveira Vianna, Oswaldo Aranha, Antunes Maciel, Carlos Maximiliano e Góes Monteiro (Cf. AZEVEDO, José Affonso Mendonça de, *Elaborando a constituição nacional - atas da subcomissão elaboradora do anteprojeto 1932/1933*, ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, 1993, p. 9). Arthur Ribeiro de Oliveira (12/06/1866 -24/03/36) era o representante do Supremo Tribunal Federal (Cf. BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, êsse outro des-*

conhecido, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 169). Arthur Ribeiro renunciou, sendo substituído pelo Ministro Castro Nunes.

<sup>54</sup> Elaborando a constituição nacional, ob. cit., pp. 511 e seg.

<sup>55</sup> O art. 97, 1, da Lei Fundamental de Bonn (*Bonner Grundgesetz*) diz: “Os juízes são independentes e subordinados unicamente à lei” (*Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen*)

<sup>56</sup> POLETTI, ob. cit., p. 145. PINTO FERREIRA faz as seguintes anotações: “Discute-se também se o Senado é obrigado a suspender a execução do ato normativo federal que o STF declarar inconstitucional, mediante resolução. As opiniões divergem, opinando afirmativamente Lúcio Bittencourt, Alfredo Buzaid, Celso Bastos e Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Contra se manifestam Josaphat Marinho, Mário Guimarães, Aliomar Baleeiro e Paulo Brossard” (Comentários à constituição brasileira. 2. vol. S. Paulo: Saraiva, 1990, p. 619).

<sup>57</sup> Em seus *Comentários à Constituição do Brasil*, 4. vol., tomo I, o Professor Celso Ribeiro BASTOS se filia à corrente que entende que o Senado age vinculadamente, isto é, está obrigado a suspender a lei ou ato normativo tido por inconstitucional pelo STF. Ao Senado toca examinar a regularidade formal da decisão declaratória. Exemplifica com um caso concreto, em que o relator, Senador Amir Lando, levantou a questão de *quorum* do art. 97 da Constituição, uma vez que a votação no Supremo se fez por 6 a 5 (RE n. 150.764-1-PE). A “suspensão” se faz mediante “resolução” (Regimento Interno do Senado Federal, art. 388).

<sup>58</sup> Ob. cit., p. 135: “Nos Estados que adotam a orientação americana, a declaração de inconstitucionalidade não tem esse efeito revogatório. O tribunal não anula, rescinde, cassa, destrói ou revoga a lei, senão, apenas, lhe recusa *força formal*, o caráter obrigatório e *irrefragável* que lhe é inerente, negando-lhe aplicação a um dado caso”.

<sup>59</sup> Ada Pellegrini GRINOVER admoesta: “A decisão declaratória de inconstitucionalidade, operada *incidenter tantum*, não tem o condão de fazer coisa julgada material. A lei continua eficaz, podendo qualquer juiz, e inclusive o próprio Supremo Tribunal Federal, aplicá-la por entendê-la constitucional, enquanto o Senado Federal, por resolução, não suspender sua executividade. A partir desse momento, a manifestação do Senado — que não revoga nem anula a lei — simplesmente lhe retira a eficácia *erga omnes* mas, por isso mesmo, *ex nunc*, consoante a que parece ser a melhor doutrina” (*Ação rescisória e divergência de interpretação em matéria constitucional*. Artigo doutrinário in Revista dos Tribunais, ano 5, n. 17 - outubro/dezembro, 1996).

<sup>60</sup> José Afonso da SILVA, em seu *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. S. Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 52, enfatiza: “A declaração de

inconstitucionalidade, na via indireta, não anula a lei nem a revoga; teoricamente, a lei continua em vigor, eficaz e aplicável, até que o Senado Federal suspenda sua executividade nos termos dos arts. 52, X”.

<sup>61</sup> O Professor Gilmar Ferreira MENDES diz que, hoje, o instituto de suspensão da execução pelo Senado se mostra “obsoleto”. Indaga: “Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão-somente para as partes?” (*O controle incidental de normas no direito brasileiro* in Revista dos Tribunais, ano 6, n. 23 - abril/junho de 1998-, p. 50 )

<sup>62</sup> Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. O controle incidental de normas no direito brasileiro in Revista dos Tribunais, ano 6, n. 23 (abril/junho de 1998), pp. 30 e seg.

<sup>63</sup> A Constituição alemã de 1919 (*Die Verfassung des Deutschen Reichs*), denominada “Constituição de Weimar” (*Weimarer Verfassung*), previa, no art. 108, a instituição de um Tribunal do Estado (*Staatsgerichtshof*), que certamente se incumbiria do controle das leis (*Nach Massgabe eines Reichsgesetzes wird ein Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich errichtet*). Infelizmente a intenção de Hugo Preuss não ganhou corpo, pois a gaia República teve vida curta (1919/1933). Nas eleições de 1932, os partidos comunista e nacional-socialista tiveram expressiva votação. Os partidos comprometidos com a República alcançaram pouco mais de um terço. Uma das causas foi o desemprego acarretado pela Grande Depressão (Cf. HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos - o breve século XX - 1914-1991*. 2. ed. 8. impressão. S. Paulo: Companhia das Letras, 1994, p. 139). Coube à Constituição da Áustria (1920) concretizar o controle por meio do *Verfassungsgerichtshof*.

<sup>64</sup> *Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux - pour constitutionnelle autrichienne, artigo doutrinário publicado na obra Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux, cit., p. 195* “La grande nouveauté du contrôle de la constitutionnalité en 1920 fut que ce contrôle portait sur la lois. Ce contrôle n’était pas possible sous le régime de la Monarchie. Le Reichsgericht n’était pas compétent pour contrôler les lois, à cause du rôle du monarque dans la procédure législative et de sa position dans le système constitutionnel en tant qu’organe inviolable et non responsable: le monarque avait le pouvoir de sanctionner les lois. La Constitution fédérale de 1920 dans son article 140 prévoit que la Cour constitutionnelle peut annuler des lois des Länder à cause de leur inconstitutionnalité”.

<sup>65</sup> A Corte constitucional federal austríaca é composta de um presidente, de um vice-presidente, de doze juízes titulares e de seis juízes suplentes. A idade limite para se ficar no cargo é 70 anos. Tanto o presidente quanto o vice-presidente “*sont toujours*

*plus ou moins proches des deux partis politiques majoritaires au Parlement\** (ERMACORA, artigo doutrinário cit., p. 190).

<sup>66</sup> *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, ob. cit., p. 119. Na Áustria, no caso de anulação da lei, a Corte podia permitir que a lei inconstitucional ainda vigorasse por um período não superior a um ano. Permitia-se, ainda, a repristinação da lei revogada pela lei inconstitucional (Cf. ERMACORA, artigo cit., p. 196).

<sup>67</sup> CANOTILHO, ob. cit., pp. 797/798.

<sup>68</sup> A Constituição Federal, em seu art. 125, § 2º, diz expressamente que “cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição estadual...”. Assim, no controle abstrato, as leis municipais são examinadas diretamente pelo Tribunal de Justiça do respectivo Estado. Daí asseverar Carlos Mário da Silva VELLOSO que “(n)ão há, na ordem constitucional brasileira, controle em abstrato de lei ou de ato normativo municipal em face da Constituição Federal” (Temas de direito público. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1994, p. 96). Celso Ribeiro BASTOS anota: “Como

se vê, os atos municipais estão excluídos do controle por via direta no plano federal. São impugnáveis por essa via apenas em face da Constituição Estadual” (ob. cit., p. 130). Se a ofensa da lei municipal for à Constituição Federal, a impugnação se fará por meio da via de exceção, ou seja, mediante recurso extraordinário (Cf. BASTOS, Celso, ob. cit. p. 148).

<sup>69</sup> Reclamação 390-RS, relator Ministro CARLOS VELLOSO (ob. cit., p. 96). O Professor Gilmar Mendes, no artigo doutrinário citado (pp. 54 e seg.), defende a introdução, no sistema brasileiro, do *incidente de inconstitucionalidade* diretamente no Supremo Tribunal Federal para dirimir, em primeira mão, controvérsia sobre a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal.

<sup>70</sup> Ob. cit., p. 792.

<sup>71</sup> Também no caso de declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo pela via de ação, não se faz comunicação ao Senado (Cf. POLETTI, ob. cit., p. 143). No mesmo sentido PINTO FERREIRA, ob. cit. p. 618.

<sup>72</sup> BASTOS, Celso, ob. cit., p. 155.

<sup>73</sup> Ob. cit., p. 159.

---

\* Notas bibliográficas conforme original.

# Da inaplicabilidade do parágrafo único do art. 100 do CPC às companhias seguradoras

LEONARDO HENRIQUE MUNDIM MORAES OLIVEIRA

## SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Especificidade da prerrogativa.* 3. *Conclusão.*

### 1. Introdução

A recente proliferação dos contratos de seguro de automóvel tem gerado algumas relevantes questões processuais, como, por exemplo, a da competência territorial para julgar ação regressiva de reparação de danos proposta por companhia seguradora.

A regra geral é a prevista no art. 94 do CPC, segundo o qual as ações pessoais devem ser propostas no foro do domicílio do réu. No caso específico de danos oriundos de acidente de veículos, todavia, dispõe excepcionalmente o parágrafo único do art. 100 do CPC:

“Art. 100. (...)

Parágrafo único. Nas ações de reparação de dano sofrido em razão de delito ou acidente de veículos, será competente o foro do domicílio do autor ou do local do fato.”

Ao exercer seu legítimo direito de regresso contra o responsável pelos danos (súmula 188 do STF), costumeiramente a companhia seguradora propõe a ação regressiva no foro do local onde mantém sua sede, aproveitando-se assim da exceção supracitada por ter-se sub-rogado nos direitos e ações do segurado, conforme previsão do art. 988 do Código Civil. Entretanto, não nos parece, *data venia*, que a prerrogativa do parágrafo único do art. 100 do CPC seja passível de transferência por sub-rogação.

Leonardo Henrique Mundim Moraes Oliveira é Procurador do Banco Central do Brasil, ex-Assessor de Desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Conciliador licenciado dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal.



## 2. Especificidade da prerrogativa

Toda forma de exceção deriva de um motivo específico que lhe justifica a elaboração e lhe dá suporte na aplicabilidade.

No caso do parágrafo único do art. 100 do CPC, o foro excepcional ali previsto foi estabelecido em benefício personalíssimo da vítima do abaloamento automobilístico – geralmente o autor da ação –, com a finalidade precípua de poupar-lhe mais desgastados do que já sofrera. Além do dano material e quiçá moral, não seria justo – pensou o legislador de 1973 – que o vitimado necessitasse arcar ainda, entre outras, com despesas de deslocamento ao domicílio do réu para satisfação do seu direito. Celso Agrícola Barbi, em “Comentários ao Código de Processo Civil”, afirma:

“Dada a grande extensão territorial do país, veículos pertencentes a pessoa residente em um local causam dano em acidente ocorrido em outro, a centenas ou milhares de quilômetros. A regra geral do foro do domicílio do Réu não era capaz de atender às necessidades surgidas dessa nova fonte de demandas, porque a vítima tinha de ajuizar sua ação em distantes comarcas, longe do seu domicílio e do local do fato.” (Forense, 1975. p. 458-459)

Dá a intransmissibilidade da prerrogativa de foro à companhia seguradora: os danos e peculiares desgastados foram por outrem sofridos, cabendo à sub-rogada suportar apenas no campo financeiro, o que a torna uma credora comum submetida à generalidade do art. 94 do Código de Processo Civil. Como afirmou no STJ o Ministro Barros Monteiro,

“O disposto no art. 100, parágrafo único, do CPC constitui norma de natureza excepcional, pelo que há de ser interpretado restritivamente. A ação de regresso é movida pela seguradora com base no pagamento feito ao segurado e no direito que, em conseqüência, se subrogou – e não na qualidade de vítima do dano resultante do acidente de veículos.” (REsp nº 19767/92 – 4ª Turma – Unânime – DJ 7/2/94).

Não bastasse, e considerando-se que cada uma das filiais da pessoa jurídica enseja um diferente domicílio (art. 35, § 3º, do CC), tem-se que estender à seguradora o foro privilegiado implicaria dotá-la de boas chances de inviabili-

zar qualquer defesa da parte acionada. Ao acolher a Exceção de Incompetência nº 16.651/96, patrocinada pelo articulista, bem asseverou o Juiz José de Aquino Perpétuo do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

“Quis o legislador facilitar à vítima de acidente de trânsito que, se tivesse que se submeter à regra geral do art. 94 do CPC, seria duplamente sacrificada e, por vezes, ficaria obstaculizada de invocar a tutela jurisdicional, o que, em derradeira análise, seria a inocuidade do princípio constitucional da inevitabilidade e acessibilidade da jurisdição. (...) Imaginemos, ao contrário, a hipótese de poder a seguradora propor a ação, valendo-se do parágrafo único do art. 100, no foro da Capital do Acre contra o Réu residente em Taguatinga-DF, postulando, sob pena de confesso, seu depoimento pessoal.”

Confirmando a supracitada Decisão, assentou brilhantemente a 2ª Turma Cível do Egrégio TJDF:

“COMPETÊNCIA. ACIDENTE DE VEÍCULO. AÇÃO REGRESSIVA. SEGURADORA. (...) A regra estabelecida no parágrafo único do artigo 100 do Código de Processo Civil foi criada estritamente em favor da vítima de delito ou acidente de veículo, não se aplicando aos casos de sub-rogação ou ação regressiva da Seguradora, para os quais prevalece a regra geral do foro do domicílio do réu, disposta no artigo 94 do mesmo diploma processual.” (Agl 6.801/96 – Rel. Des. Hermenegildo Gonçalves – Unânime – DJ 5/2/97)

Por fim, vale ressaltar que a Jurisprudência do Colendo STJ tem-se firmado, gradativamente, pela pertinência da tese ora defendida, considerando intransmissível, por sub-rogação, a faculdade prevista no parágrafo único do art. 100 do CPC. Confira-se:

“CIVIL. ACIDENTE DE VEÍCULOS. FORO PRIVILEGIADO. A excepcionalidade de foro da vítima de acidente (CPC, art. 100, parágrafo único) é concedido em homenagem à sua situação personalíssima, e, por isso mesmo, não é passível de transmissão à sub-rogada. (...)” (REsp nº 35.500/93 – Relator Ministro Cláudio Santos – 3ª Turma – Unânime – DJ 13/09/93)

“COMPETÊNCIA. ACIDENTE DE VEÍCULOS. SUB-ROGAÇÃO. O foro excepcional, assegurado à vítima do acidente (CPC, art. 100,

parágrafo único), em homenagem à sua situação pessoal, constitui prerrogativa processual que não se transmite ao que se sub-roga no direito de receber indenização.” (REsp nº 17.794/92 – Rel. Min. Nilson Naves – DJ 13/10/92)

### 3. Conclusão

Conclui-se, do exposto, que efetivamente é vedado à companhia seguradora arvorar-se em sub-rogada de uma prerrogativa inserida num

contexto específico e com destinatário certo, razão pela qual o foro competente para a ação regressiva de reparação de danos oriundos de acidente de veículos é o do domicílio do réu, nos termos do art. 94 do CPC. Ao estabelecer a possibilidade de propositura da ação reparatória no domicílio do autor, agiu o legislador *pietates causae* – em face da suposta situação de penúria do que foi diretamente lesado –, não sendo este o caso das companhias seguradoras, cujo direito ostentado é decorrente de mera e corriqueira sub-rogação creditícia.

# Excesso de poder no exercício da função legislativa

GUSTAVO FERREIRA SANTOS

## SUMÁRIO

*1. Introdução. 2. Status jurídico dos princípios constitucionais. 3. O fundamento da idéia de limite à liberdade de conformação do legislador. 4. Instrumentos jurídicos de limitação à liberdade do legislador. 4.1. O desvio de poder legislativo. 4.2. O princípio da razoabilidade. 4.3. O princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso. 5. Conclusões.*

## 1. Introdução

O Estado Moderno, herdeiro da crítica iluminista, evoluiu demasiadamente no último século. Entre outras mudanças, o Estado Liberal diluiu-se com a construção da legislação social e a inclusão desses direitos de novo tipo nos textos das Constituições, desaguando no que se convencionou chamar de Estado Social.

O “breve século XX”, na expressão usada por Hobsbawm, foi marcado por profundas transformações na sociedade política. Ao Estado foram apresentadas novas demandas, as quais só ele poderia solucionar. Superou-se a face individualista que o liberalismo clássico havia imposto à vida social até, aproximadamente, a primeira guerra mundial e o Estado foi obrigado a abandonar a letargia que o caracterizava, tendo que praticar uma intervenção mais visível na vida social<sup>1</sup>.

Porém, um núcleo conceitual que liga o Estado moderno à defesa das liberdades não foi

<sup>1</sup>Apesar da retomada de alguns lemas do liberalismo clássico, pela ideologia conhecida por neoliberalismo, a intervenção estatal continua, e tende a continuar, sendo reconhecida como inevitável, seja na tarefa de impor limites à atuação de forças econômicas, seja como prestador de serviços públicos essenciais.

superado, pelo contrário, apenas se complexificou. Somaram-se aos clássicos direitos “contra” a atuação estatal outros direitos a prestações do Estado.

O rol dos chamados direitos fundamentais se alargou, o que exigiu novos caminhos para os intérpretes da Constituição, que passaram a vê-la em sua especificidade. Nasceu uma hermenêutica constitucional destacada da atividade interpretativa comum. A complexidade dos textos constitucionais do nosso tempo, verdadeiros catálogos de princípios, exige elementos metodológicos próprios para a interpretação e aplicação de suas normas.

Cabe, ainda, ressaltar a necessidade de que a Constituição ocupe o lugar de destaque a ela reservado pelos estudos constitucionais contemporâneos. Faz-se mister a manifestação da “vontade de constituição” em todos os atores sociais, elemento essencial para a verificação da tão pretendida força normativa da constituição (Hesse).

Um tema que avulta na nova realidade dos estudos constitucionais, e que, ao nosso ver, pede urgente atenção em nosso país, é a aferição dos limites que impõe a Constituição à liberdade do legislador.

A atividade de legislar conhece alguns limites explícitos e outros limites implícitos. Seja dando conformação às normas constitucionais, seja restringindo propriamente direitos, o legislador se vê limitado por parâmetros encontrados no texto da Constituição. No presente momento, interessa-nos uma limitação implícita da atividade legislativa que entendemos ser inerente ao conceito hoje consensual de Estado. É o limite radicado na idéia da proibição do excesso.

Inquestionavelmente, ao legislador apresenta-se uma exigência de que, na sua atividade de concreção das normas constitucionais, busque reduzir os efeitos negativos que porventura seus atos possam causar aos chamados direitos fundamentais.

Neste trabalho, partindo de uma discussão sobre o grau de liberdade atribuído pela Constituição ao legislador ordinário, procuramos correlacionar três teorias que, a despeito de terem origens diversas, completam-se (às vezes confundem-se) na fixação de anteparos aos avanços do legislador no campo dos direitos fundamentais. Estudamos, pois, a aplicação do desvio de poder à atividade legislativa, a teoria do *due process of law* (com o princípio da razoabilidade) e, por fim, o princípio da proporcionalidade.

Antes, porém, abordamos, de forma sucinta, a questão da natureza jurídica dos princípios constitucionais, pois os limites à atividade do legislador adiante estudados se apresentam sob a forma de princípios.

## 2. *Status* jurídico dos princípios constitucionais

A posição dos princípios na topografia constitucional é de inegável destaque. A doutrina constitucional evoluiu, e continua a evoluir, no sentido de dar aos princípios um *status* privilegiado, uma capacidade cada vez maior de atuarem na solução dos conflitos que se apresentam frente ao ordenamento jurídico.

No passado, os princípios tinham uma posição de transcendência, não sendo considerados normas jurídicas. Eram, quando muito, referências a serem manipuladas na atividade de interpretação de alguma norma.

Sustentava-se que os princípios tinham uma generalidade que não lhes permitia incidir diretamente na realidade. Dos princípios não nasceriam direitos subjetivos, que apenas surgiriam quando o princípio fosse concretizado por algum ato normativo.

Superou a doutrina a concepção que diferenciava princípios e normas constitucionais. Tal entendimento constituía-se em limitação à concreta aplicação da Constituição. Hoje, reconhecem-se diferenças entre os chamados princípios gerais do direito, de caráter meramente descritivo e os princípios constitucionais positivados, de conteúdo normativo. Nesse sentido, os princípios são reconhecidos como verdadeiras normas jurídicas.

As normas jurídicas se apresentam, então, sob duas formas: ou como regras, ou como princípios. A sua diferenciação conceitual tem gerado polêmica, mas pode-se extrair do debate em torno do tema algumas proposições que apontam no sentido da solução do problema.

Eros Grau, sob a influência dos escritos de Ronald Dworkin, indica duas diferenças básicas entre as categorias de normas: a) as regras jurídicas, não comportando exceções, são aplicáveis de modo completo ou não são, de modo absoluto, não se passando o mesmo com os princípios; b) os princípios jurídicos possuem uma dimensão – a dimensão do peso ou importância – que não comparece nas normas jurídicas<sup>2</sup>.

<sup>2</sup>A *ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 114.

Outro autor a teorizar sobre a diferença entre regras e princípios é o alemão Robert Alexy. Segundo ele, as regras e os princípios se distinguem pelo grau de generalidade, mais elevado no caso dos princípios. Os princípios, segundo sua teoria, são mandatos de otimização, cuja aplicação depende de determinadas possibilidades fáticas e jurídicas<sup>3</sup>.

Um momento da aplicação do direito no qual fica evidente a distinção entre regras e princípios é quando se verifica a colisão de direitos.

Quando duas ou mais regras aparentam estar em conflito, a solução é encontrada nos tradicionais critérios de solução de antinomias jurídicas. São três os critérios apresentados pela Teoria Geral do Direito para a eliminação das antinomias: o cronológico, no qual prevalece a norma posterior (*lex posterior derogat priori*); o hierárquico, que faz prevalecer a norma superior (*lex superior derogat inferiori*) e o da especialidade, que constitui o predomínio da norma especial (*lex specialis derogat generali*)<sup>4</sup>. Em todos os critérios, a atividade tende a eliminar as regras que não resistem ao julgamento, aplicando-se apenas uma regra ao caso concreto.

Em relação aos princípios, inobstante o reconhecimento de seu *status* de norma jurídica, não é possível a utilização de tais critérios. Os princípios constitucionais não obedecem à lógica do tudo ou nada.

Diferentemente das regras, dois ou mais princípios podem-se compor e incidir sobre um mesmo fato. Ocorre que, na aplicação dos princípios, procede-se uma ponderação de valores, atuando los dois princípios no caso concreto, com pesos distintos, sem que um retire a validade do outro.

J.J. Gomes Canotilho<sup>5</sup>, em uma síntese conceitual da tendência ao reconhecimento da força normativa dos princípios, sugere alguns critérios para diferenciá-los das regras:

a) o *grau de abstração*: os princípios são normas com um grau de abstração mais elevado que as regras;

b) o *grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: as regras têm aplicação

direta, enquanto os princípios carecem de concretização;

c) o *caráter de fundamentalidade no sistema* das fontes do direito: os princípios têm papel fundamental no ordenamento, devido sua posição hierárquica no sistema das fontes e sua função estruturante dentro do sistema jurídico;

d) a *“proximidade” da idéia de direito*: os princípios são “standards” juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (Dworkin) ou na “idéia de direito” (Larenz), enquanto as regras podem ser normas vinculativas com conteúdo meramente funcional;

e) a *natureza normogenética*: os princípios são fundamento das regras, estão na base ou constituem a *ratio* das regras jurídicas.

Dois questões devem ser esclarecidas, segundo o mesmo autor, no intuito de se superar a complexidade da distinção entre regras e princípios: 1) saber qual a função dos princípios (se têm função retórica ou argumentativa ou se são normas de conduta); 2) saber se existe só uma diferença de grau ou se há entre princípios e regras jurídicas uma diferenciação qualitativa.

Quanto à primeira questão, responde o consagrado constitucionalista que os princípios são multifuncionais. No tocante à segunda questão, responde que os princípios se diferenciam qualitativamente das regras jurídicas.

Tal diferenciação qualitativa se expressa nos seguintes aspectos: a) os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos, enquanto as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência, que é ou não é cumprida. A convivência dos princípios é conflitual e eles coexistem. A convivência das regras é antinômica e elas se excluem; b) os princípios permitem o balanceamento de valores e de interesses consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes. As regras não deixam espaço para outra solução, pois, se a regra tem validade, deve ser cumprida na exata medida (obedece à lógica do “tudo ou nada”); c) no conflito entre princípios, é possível a ponderação e a harmonização. Mas, é insustentável a validade simultânea de regras contraditórias; d) os princípios suscitam problemas de *validade e peso*. As regras colocam apenas a questão da validade<sup>6</sup>.

<sup>3</sup>Edilson Pereira de FARIAS, *Colisão de direitos*, p. 26.

<sup>4</sup>Norberto BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 91.

<sup>5</sup>*Direito constitucional*, p. 166.

<sup>6</sup>*Ob. Cit.*, p. 167.

### 3. O fundamento da idéia de limite à liberdade de conformação do legislador

As instituições modernas são alicerçadas na idéia do equilíbrio entre atuação estatal e preservação das liberdades. A crise do Estado Liberal, que sucumbiu por conta de suas próprias mazelas, ensinou-nos sobre o caráter inevitável e, muitas vezes, essencial da intervenção do Estado. Mas, por outro lado, as experiências totalitárias nos alertaram para a necessidade de preservação dos direitos do homem, que exigem o reconhecimento do seu valor universal.

A idéia de limitação do Poder Público é inerente ao processo que redundou na criação do Estado Moderno, a forma de sociedade política que marca o nosso tempo. O grande meio de veiculação dessa necessidade de controle foi a adoção do princípio da separação dos poderes, que permitiu a atribuição a diferentes corpos do exercício das três funções estatais, cada um dos “poderes” responsável, em certa medida, pelo controle do outro, em um sistema de freios e contrapesos.

O surgimento do chamado Estado Moderno foi resultado de um conjunto de movimentos, entre eles a reforma constante, o renascimento e a ilustração, que entravam em choque com os valores e as instituições do antigo regime. Max Weber, um dos mais lúcidos analistas do processo de modernização, chamou tal modificação na sociedade de racionalização.

A racionalização foi caracterizada por um desencantamento do mundo da vida. O fundamento espiritual cedeu lugar à razão. Uma razão que esquadrinha, calcula e, acima de tudo, normatiza. A racionalização foi marcada por uma exigência crescente de eficácia, mas, também, por uma autonomização de esferas de valores antes embutidas na religião, a saber: a ciência, a moral e a arte<sup>7</sup>. A dominação política passou, a partir desse momento, a ter um fundamento legal-racional, baseando-se as relações políticas na crença em normas objetivas coletivamente estabelecidas.

O processo histórico acima descrito promoveu, ainda, a autonomização do indivíduo, frente ao social, com um reconhecimento de um núcleo de direitos inatos, conforme sustentado inicialmente pelo revolucionário jusnaturalismo, direitos esses que aos poucos foram sendo positivados, exigindo proteção.

<sup>7</sup>Sérgio Paulo ROUANET, *Mal-estar na modernidade*, p. 121.

Norberto Bobbio chamou atenção para a radical transformação na relação entre Estado e cidadãos que o Estado Moderno operou:

“passou-se da prioridade dos deveres dos súditos à prioridade dos direitos do cidadão, emergindo um modo diferente de encarar a relação política, não mais predominantemente do ângulo do soberano, e sim daquele do cidadão, em correspondência com a afirmação da teoria individualista da sociedade em contraposição à concepção organicista tradicional”<sup>8</sup>.

A face mais visível dessa nova sociedade política é o conceito de Estado de Direito. Inicialmente ligado à necessidade de proteger o indivíduo do arbítrio estatal, tinha um conteúdo liberal. Em sua essência, o Estado de Direito veiculava o princípio da legalidade, o princípio da tripartição dos poderes estatais e o reconhecimento dos direitos individuais. Evoluiu tal conceito acompanhando a evolução do próprio Direito Constitucional. Hoje, vigora o conceito de Estado Democrático de Direito, abraçado pela Constituição brasileira, com conteúdo mais amplo, anexando à noção clássica de Estado de Direito exigências democráticas que não podem ser negligenciadas por um Estado Constitucional.

Uma característica do Estado de Direito se destaca, merecendo estudo à parte, em face de sua importância para as Constituições contemporâneas: o sistema dos direitos fundamentais. Os primeiros “direitos fundamentais” reconhecidos pelo Poder Público eram, antes de tudo, direitos individuais, como já referido neste texto. Tinham objetivo de proteger o indivíduo do poder arbitrário do próprio Estado.

Como se sabe, esses direitos fundamentais talhados pelo liberalismo tinham por fim preservar uma esfera da vida ao indivíduo, deixando-a livre da ação do Estado. Nessa categoria de direitos estavam o direito de propriedade, a liberdade de locomoção, a liberdade de imprensa etc.

A concepção liberal dos direitos fundamentais foi superada e incluíram-se nas Constituições, como resultado do desenvolvimento de outras exigências por parte da sociedade, direitos de natureza coletiva, que se valiam de uma teoria social. Rompeu-se a compreensão individualista, sendo reconhecidos direitos fundamentais que cabiam ao homem não mais isoladamente, mas como membro de coletividades. Passou-se, também, a considerar o indivíduo

<sup>8</sup>A *Era dos direitos*, p. 3.

titular de direitos a prestações do Estado, prevendo as constituições direitos econômicos, sociais e culturais.

Alguns autores falam em direitos fundamentais de primeira geração, os titularizados pelos indivíduos e oponíveis ao Estado, e direitos fundamentais de segunda geração, os direitos sociais, culturais, econômicos e os titularizados por coletividades. Há quem fale, como Karel Vasak e Etienne-R. Mbaya, em direitos de terceira geração, apoiados na idéia de fraternidade ou na de solidariedade, como o “direito ao desenvolvimento” do qual fala este segundo autor<sup>9</sup>.

Jorge Miranda indica algumas tendências atualmente verificadas no domínio dos direitos fundamentais, a saber:

“a diversificação do catálogo, muito para lá das declarações clássicas; a acentuação da dimensão objectiva dos direitos, como princípios básicos da ordem jurídica, sejam eles quais forem; a consideração do homem situado, traduzida na relevância dos grupos e das pessoas colectivas e na conexão com garantias institucionais; o reconhecimento de um conteúdo positivo, inclusive nos direitos de liberdade; a interferência não apenas do legislador mas também da Administração na concretização e na efetivação dos direitos; a complexidade de processos e de técnicas de regulamentação; a produção de efeitos não apenas verticais (frente ao Estado) mas também horizontais (em relação a particulares); o desenvolvimento dos meios de garantia e a sua ligação aos sistemas de fiscalização da constitucionalidade e da legalidade”<sup>10</sup>.

A criação das leis é um dos momentos mais delicados do exercício das funções estatais. No momento em que estabelece as regras a serem seguidas por todos, o legislador adentra no campo da liberdade individual, muitas vezes limitando direitos, atingindo interesses. Nos deparamos, no curso de nossa investigação, com uma questão de inegável importância: tem o legislador liberdade de escolha no exercício de sua atividade? Ou o seu trabalho é apenas uma execução da Constituição?

Não nos interessam, pela inutilidade evidente, as respostas extremas. Não podemos aceitar

<sup>9</sup>Cf. Paulo BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, p. 480-481.

<sup>10</sup>*Manual de direito constitucional*, p. 24.

uma posição que vê a tarefa do legislador como totalmente livre de condicionantes. Mas, por outro lado, não podemos tomar como verdadeira a visão segundo a qual o legislador é apenas um mero executor das tarefas já definidas pelo constituinte.

Não é possível, conforme magistralmente demonstrado por J. J. Gomes Canotilho na sua tese intitulada “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador”, transpor para o campo do Direito Constitucional a noção administrativa de discricionariedade.

A imprestabilidade da noção de discricionariedade ocorre, primordialmente, em função da especificidade da posição constitucional do legislador, que, pelo princípio democrático, teria assegurada uma liberdade de escolha além da que se atribui ao administrador.

Ressalte-se, ainda, que o princípio da legalidade exige do administrador que, mesmo no exercício do poder discricionário, submeta-se aos fins definidos na lei, apenas cuidando de escolher meios adequados aos fins. Já na atividade legislativa não há essa estrita vinculação aos fins, sendo dado ao legislador a possibilidade de também eleger, em várias ocasiões, fins a serem buscados.

Aceitamos a existência de uma liberdade de conformação do legislador, porém, mitigada, reconhecendo, também, que ao legislador são dirigidas exigências e limites. Não esqueçamos a advertência de J. J. Gomes Canotilho de que “a lei, no Estado de Direito Democrático-Constitucional, não é um ato livre dentro da constituição; é um acto, positiva e negativamente determinado pela lei fundamental”<sup>11</sup>.

Fala-se em conformação de normas constitucionais, quando o legislador dá contornos à definição do preceito constitucional, aclarando seu sentido. Por outro lado, fala-se em verdadeira restrição de direitos quando, na atividade concretizadora, limita-se o âmbito de proteção desses direitos. Suzana Toledo Barros, analisando a atividade do legislador, leciona que

“uma lei não há que ser considerada restritiva se, objetivando aclarar o âmbito de proteção de um direito, venha expurgar uma conduta que a própria Constituição, por meio de uma interpretação sistemática, repele”,

<sup>11</sup>*Constituição dirigente e vinculação do legislador*, p. 244.

complementando a autora que

“as fronteiras entre restrição de direitos e simples conformação da norma constitucional só podem ser demarcadas por processo de interpretação, diante, pois, de uma situação concreta, constituindo a primeira questão a ser dirimida em sede de controle da constitucionalidade da lei tida como restritiva a direito fundamental”<sup>12</sup>.

A Constituição não erige apenas limites materiais, proibindo o legislador de editar determinados atos, as chamadas determinantes negativas, mas, também, estabelece ordens, dirigindo a atividade legislativa, as chamadas determinantes positivas. Este segundo modelo de norma constitucional marca profundamente as constituições programáticas ou dirigentes.

O surgimento de formas de controle da constitucionalidade da omissão legislativa, além de indicar a existência de “direitos às normas”, confirma que a atividade legislativa é profundamente condicionada pela Constituição, que, em alguns casos, dirige uma ordem peremptória ao legislador.

Põe-se, por fim, o problema da densidade das normas constitucionais. Como é evidente, não há uma uniformidade na configuração dos preceitos constitucionais, existindo normas com grau de densidade elevado, trazendo já contornos precisos, enquanto há outras que são tão genéricas que exigem a mediação do trabalho do legislador para terem efetividade.

Diz-se possuir a norma *abertura* quando carece de definições mais aprofundadas e *densidade* quando já traz os elementos necessários à sua aplicação. É no magistério do já citado Professor J. J. Gomes Canotilho que encontramos de forma clara esses conceitos:

“a abertura de uma norma constitucional significa, sob o ponto de vista metódico, que ela comporta uma *delegação* relativa nos órgãos concretizadores; a *densidade*, por sua vez, aponta para a maior proximidade da norma constitucional relativamente aos seus efeitos e condições de aplicação”<sup>13</sup>.

A limitação do poder do legislador tem que ser operada por institutos jurídicos que se apresentem como critérios objetivos, evitando re-

<sup>12</sup>O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais, p. 151.

<sup>13</sup>Direito constitucional, p. 189.

meter-nos a noções vagas, presas fáceis da subjetividade do intérprete e aplicador, tais como a idéia de “justiça” ou a exigência de “bom senso”.

Em nosso país, não há, ainda, uma tradição jurídica que fundamente a imposição de tais limitações; apesar de terem surgido, nos últimos tempos, obras doutrinárias a estudar o tema, especialmente sob a inspiração de experiências de outros países, não avançamos muito na matéria, havendo debilidade na apreciação jurisdicional dos limites. Comentando a teoria administrativista do desvio de poder adotada pelo Conselho de Estado francês, Victor Nunes Leal ensaia uma explicação sociológica para a questão:

“nossa concepção da divisão de poderes, lastreada pela tradição imperial da quase completa desproteção do indivíduo, em face dos atos administrativos ilegais ou abusivos, não comportaria tão extensa interferência dos órgãos jurisdicionais que constituem um poder autônomo na atividade dos órgãos administrativos, que pertencem a outro poder”<sup>14</sup>.

Desde o século passado, a necessidade de limite à atuação do Estado, presente na ideologia que construiu as instituições modernas, evoluiu qualitativamente, ultrapassando os muros da literalidade dos clássicos direitos do homem. As novas exigências passaram a manifestar-se na prática, como se verá a seguir, com a Suprema Corte norte-americana e o Conselho de Estado francês encetando controles da atuação estatal baseados no *due process of law* e no desvio de poder, respectivamente. Neste século, na Alemanha, desenvolveu-se outro princípio com a mesma preocupação: o princípio da proporcionalidade.

## 4. Instrumentos jurídicos de limitação à liberdade do legislador

### 4.1. O desvio de poder legislativo

A teoria do desvio de poder origina-se na França. Nasce a partir de postulados teóricos do Direito Administrativo. O contencioso administrativo no Conselho de Estado francês, a partir da primeira metade do século passado, avançou sobre os chamados “atos de império”, que antes não eram passíveis de controle. Cons-

<sup>14</sup>Apud José CRETELLA JÚNIOR, *Desvio de poder na administração pública*, p. 30.



tatava-se, naquele momento, que haviam elementos regradados mesmo nos atos discricionários, elementos esses que poderiam ser objeto de fiscalização.

Em uma mudança na jurisprudência do Conselho de Estado, surgiu um recurso chamado de “excesso de poder” para controlar os atos de autoridades públicas em alguns aspectos. No início, o recurso controlava o vício de incompetência do órgão de onde emanava o ato, passando, em pouco tempo, a alcançar, também, o vício de forma. Eduardo García de Enterría afirma ter sido a técnica do desvio de poder

“a terceira via de penetração na esfera isenta da discricionariedade: a liberdade de decisão conferida ao órgão não o autoriza a afastar-se do fim em consideração ao qual a potestade se outorgou”<sup>15</sup>.

A técnica do desvio de poder serve como critério a controlar o chamado mérito do ato administrativo, que se apresenta quando há a utilização do poder discricionário pelo administrador. Segundo Seabra Fagundes, o mérito do ato administrativo “se relaciona com a intimidade do ato administrativo, concerne ao seu valor intrínseco, à sua valorização sob critérios comparativos”. O mesmo autor complementa:

“ao ângulo do merecimento, não se diz que o ato é ilegal ou legal, senão que é ou que não é o que devia ser, que é bom ou mau, que é pior ou melhor do que outro. E por isto é que os administrativistas o conceituam, uniformemente, como um aspecto do ato administrativo, relativo à conveniência, à oportunidade, à utilidade intrínseca do ato, à sua justiça, à finalidade, aos princípios da boa gestão, à obtenção dos desígnios genéricos e específicos, inspiradores da atividade estatal”<sup>16</sup>.

Tal postulado teórico, portanto, sustenta que não devem ser reputados válidos os atos administrativos editados com finalidade distinta daquela estabelecida pela regra de competência que atribui o poder à autoridade. Fulmina os atos editados com finalidade outra que não aquela que aparenta buscar.

Na definição de André de Laubadère,

“há desvio de poder quando uma autoridade administrativa cumpre um ato de

<sup>15</sup>Curso de direito administrativo, p. 400.

<sup>16</sup>Apud Maria Sylvania Zanella DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 180.

sua competência mas em vista de fim diverso daquele para o qual o ato poderia legalmente ser cumprido”<sup>17</sup>.

Apesar das evidentes diferenças entre a atividade administrativa e a atividade legiferante, posteriormente houve a transposição da idéia do desvio de poder para o campo do controle dos atos legislativos. Caio Tácito nos ensina que a idéia de aplicar a teoria do desvio de poder à análise constitucional foi pioneiramente sustentada por Santi Romano<sup>18</sup>.

O que fundamenta a migração do direito administrativo para o campo do direito constitucional é a constatação de que, tal qual a atividade administrativa, a atividade legiferante é finalística, havendo, portanto, a possibilidade de se controlar o ato legislativo, cotejando a sua finalidade com a regra de competência que atribuiu o poder ao órgão legislativo e outras normas constitucionais pertinentes à matéria.

Na França, não avançou muito sobre a matéria, em razão da especificidade do controle francês da constitucionalidade das leis, que, por ser um controle político e não judicial, limitou a aplicação da teoria do desvio de poder sobre a atividade do legislador.

No Brasil, registra-se, já há algum tempo, a aplicação pelo Poder Judiciário da teoria do desvio de poder legislativo em sede de controle de constitucionalidade das leis.

Em 1951, o Ministro Orozimbo Nonato, do Supremo Tribunal Federal, sustentou que, com base na caracterização do desvio de poder, era inconstitucional uma lei que estabelecia, na cidade de Santos-SP, imposto de licença sobre as cabines de banho, pois, segundo seu entendimento, “o poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir”<sup>19</sup>.

Em decisão de agosto de 1967, cujo relator era o Ministro Prado Kelly, o Supremo considerou inconstitucional dispositivo que buscava, no bojo de uma lei de organização judiciária, beneficiar apenas um serventuário, sob o argumento de que não obedecia ao escopo do interesse público<sup>20</sup>.

O principal problema da aplicação da teoria do desvio do poder legislativo está na dificul-

<sup>17</sup>Apud Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 56.

<sup>18</sup>Desvio de poder legislativo, *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 1: 67.

<sup>19</sup>Cf. Suzana Toledo BARROS, p. 99.

<sup>20</sup>Cf. Caio TÁCITO, *ob.cit.*, p. 66.

dade, já anteriormente referida, de se aplicar ao Direito Constitucional conceitos próprios do Direito Administrativo, como por exemplo a noção de discricionariedade, essencial a esta teoria.

A atividade do legislador não está tão vinculada a fins como a atividade do administrador, sendo que, em muitos momentos, ao legislador se apresentam apenas os “fins últimos” definidos pela Constituição, não havendo, para o ato concreto a ser editado, uma finalidade específica definida pelo Constituinte, sendo-lhe dado definir os fins.

Em alguns casos, não se caracterizará o desvio de poder, apesar de ser possível notar-se a irrazoabilidade ou a desproporcionalidade da medida. Isso ocorrerá quando o legislador, perseguindo o fim definido pelo Constituinte, tomar medida de eficácia duvidosa ou que prejudique direito cuja proteção se afigure, no caso concreto, mais importante do que o direito que a medida legislativa visa proteger.

#### 4.2. O princípio da razoabilidade

O princípio da razoabilidade tem suas origens ligadas ao desenvolvimento da doutrina do *due process of law*, de matriz anglo-saxã. Apesar de sua origem remeter-se a preceitos da *Magna Carta*, de 1215, foi a *práxis* constitucional da Suprema Corte norte-americana que delineou o chamado devido processo legal e com ele o princípio da razoabilidade.

A evolução de uma noção meramente procedimental do *due process of law*, que marcou o seu nascedouro, para uma noção substantiva, hoje reconhecida, não foi tranqüila. Essa trajetória da jurisprudência da Suprema Corte em torno da cláusula do devido processo legal pode ser dividida em três fases nitidamente distintas<sup>21</sup>.

Uma primeira fase, que vai de 1835 a 1890, foi caracterizada por sua natureza adjetiva, processual. Reconhecia-se, nessa fase, o direito a um procedimento regular. Consagraram-se as garantias processuais do contraditório e da ampla defesa.

No final do século passado, nota-se a extra-polação do campo processual para uma prática de verificação dos fundamentos de justiça na decisão do legislador. Inaugura-se uma segun-

<sup>21</sup>Aqui utilizamos os marcos temporais apresentados por Raquel Denize STUM, *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*, p. 153.

da fase do desenvolvimento do devido processo legal, que persiste até 1935<sup>22</sup>.

O controle da “razoabilidade” das normas era feito sob o pretexto de proteger os direitos individuais. Visava, principalmente, a defesa do direito de propriedade e da liberdade contratual, numa clara indicação de que a ideologia econômica que guiava as decisões era o liberalismo, do *laissez-faire laissez-passer*.

Nesse período histórico, em que o mundo conhecia a emergência da legislação social, o governo norte-americano teve dificuldade de estabelecer certos direitos trabalhistas, em virtude da resistência da Suprema Corte, que invocava o princípio da razoabilidade na defesa da liberdade de contrato e declarava a inconstitucionalidade de medidas como a que estabelecia uma jornada máxima de trabalho. Várias decisões reconheciam a inconstitucionalidade de atos normativos sob o fundamento de violação ao conteúdo substancial da cláusula do devido processo legal, tendendo, a maioria das decisões, a um subjetivismo, o que rendeu ensejo às mais diversas críticas<sup>23</sup>.

Alguns autores referem-se a esse período como sendo o do “governo dos juizes”, em referência ao grande número de decisões atinentes ao mérito de decisões de governo, decisões essas, como já falado, baseadas em critérios subjetivos.

A política do *New Deal*, do presidente Roosevelt, foi decisiva na superação dessa fase histórica, acabando por consolidar mudanças estruturais, exigidas pelo capitalismo de então, consagrando o intervencionismo estatal e o chamado Estado do Bem-Estar<sup>24</sup>.

Uma terceira fase na história da aplicação da doutrina do *due process of law* pela Suprema Corte dos Estados Unidos, que vem de 1937

<sup>22</sup> “Após alguns ensaios de aplicação do *substantive due process*, a Corte finalmente invalidou, por inconstitucional, uma lei estadual que impedia que os residentes de Louisiana contratassem seguros de seus bens com empresas de fora do Estado. A decisão que melhor simbolizou esse período, todavia, foi proferida em *Lochner vs. New York*, onde, em nome da liberdade de contrato, considerou-se inconstitucional uma lei de Nova York que limitava a jornada de trabalho dos padeiros”. Luís Roberto BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 201.

<sup>23</sup>Cfr. Suzana de Toledo BARROS. *ob. cit.*, p. 58-61.

<sup>24</sup>Raquel Denize STUM, *Ob. Cit.*, p. 157.

aos dias atuais, é caracterizada pela restrição do seu uso a contextos não econômicos, o que inclui a liberdade de expressão, a liberdade de culto, o direito à imagem, o direito à privacidade, entre outros direitos.

Trata, pois, o princípio da razoabilidade de uma exigência dirigida ao legislador no sentido de que, ao limitar direitos individuais, seja procedida uma verificação da legitimidade dos fins da medida adotada. Com isso, abre-se ao Poder Judiciário a possibilidade de examinar o mérito do ato legislativo, procedendo um julgamento valorativo, com o intuito declarado de preservar, o quanto possível, as liberdades individuais franqueadas pela Constituição.

Há uma dificuldade concreta em definir a razoabilidade, que vem do caráter amplo do *due process*. A própria Suprema Corte dos Estados Unidos, em mais de uma oportunidade, reconheceu essa dificuldade. No julgamento do caso *Solesbee vs. Balkcon*, o Juiz Felix Frankfurter afirmou que “*due process of law* é aquilo que diz respeito às mais profundas noções do que é imparcial, reto e justo”<sup>25</sup>.

Em um esforço teórico de sistematização da matéria, Luís Roberto Barroso apresentou uma definição bastante rica, segundo a qual

“o princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça”.

Afirmando que tal princípio é mais fácil de ser sentido do que conceituado, asseverou que ele “se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva”. Por fim, o referido constitucionalista arremata:

“é *razoável* o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar”<sup>26</sup>.

No Brasil, a Constituição adota a cláusula do devido processo legal, enunciada entre os direitos fundamentais. Sua principal aplicação prática, porém, tem sido no campo do direito processual. Isso não significa, entretanto, que

não se tenha projetado aqui a noção substantiva do instituto.

Apesar da forte influência norte-americana na formação de nosso direito constitucional, especialmente por meio dos institutos do federalismo e do controle judicial de controle da constitucionalidade das leis, não avançamos muito no entendimento dessa faceta material da cláusula do devido processo legal, diferentemente da Argentina, que já consolidou o princípio da razoabilidade em seu sistema constitucional.

O princípio da razoabilidade é reconhecido pelos doutrinadores e pela jurisprudência nacionais. No campo doutrinário, a mais freqüente referência está no Direito Administrativo, em que o princípio tem a função de balizar a atividade discricionária do administrador. Weida Zancaner, administrativista paulista, alerta-nos que o princípio da razoabilidade “exige, simplesmente, que a Administração Pública no exercício da atuação discricionária seja racional, equilibrada, sensata e de modo compatível com o bem jurídico que ela pretende curar”<sup>27</sup>.

O princípio da razoabilidade, em sua aplicação à atividade administrativa, tem, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, fundamento nos mesmos preceitos constitucionais que dão base aos princípios da legalidade e da finalidade, ou seja, os arts. 5º, II e LXIX, 37 e 84 da nossa Carta Magna<sup>28</sup>.

Na jurisprudência, apesar de mais freqüentemente tratar de temas administrativos, há decisões que se referem ao princípio no exercício do controle da constitucionalidade das leis.

A principal crítica dirigida ao uso do princípio da razoabilidade associa o *substantive due process of law* ao chamado “governo dos juizes”, alertando para a possível reedição dos fatos que marcaram um período da história judicial dos Estados Unidos de recordação não muito boa.

Mas, o subjetivismo pode ser substituído, e o tem sido pelos autores que tratam do problema, por uma aplicação cuidadosa das noções de equilíbrio e moderação. Não é tarefa difícil estabelecer um conceito comum de “ato arbitrário” a servir de parâmetro negativo a ser imposto ao Estado. Mas, por outro lado, só a reiterada aplicação do critério pode dar ao conceito as características de objetividade de que ele necessita.

<sup>25</sup>Apud Adhemar Ferreira MACIEL, *Due process of law*, *Revista de Informação Legislativa*, n. 124: 97.

<sup>26</sup>ob. cit., p. 204.

<sup>27</sup>Razoabilidade e moralidade na Constituição de 1988, *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 2: 209.

<sup>28</sup>Ob.Cit., p. 55.

#### 4.3. O princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso

O princípio da proporcionalidade, também conhecido por princípio da proibição do excesso, manifestou-se primeiramente, ainda sem a forma hoje conhecida, na Suíça<sup>29</sup>. Apesar disso, esse princípio tem no direito constitucional alemão o seu principal espaço de aplicação. Sua noção mais aceita na atualidade foi construída a partir de indicadores formulados pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão.

No século passado, já eram registradas, na Alemanha, as idéias que baseariam o entendimento hoje existente de proporcionalidade. Jellinek, em 1791, advertia que “o Estado somente pode limitar com legitimidade a liberdade do indivíduo na medida em que isso for necessário à liberdade e à segurança de todos”<sup>30</sup>.

Porém, somente neste século, no segundo pós-guerra, é que o princípio da proporcionalidade ganha força, com a sua adoção pelo Tribunal Constitucional Federal alemão.

A experiência do regime implantado pelo Partido Nacional-Socialista mostrou não ser suficiente a previsão de um complexo catálogo de direitos fundamentais em uma Carta Política, como o que havia sido editado na Constituição de Weimar.

Após um período de certa indefinição conceitual, a referida Corte estabeleceu, em decisão de março de 1971, o seguinte *standard*:

“o meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário, quando o legislador não poderia ter escolhido um outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse de maneira menos sensível o direito fundamental”<sup>31</sup>.

Com o tempo, a jurisprudência iria evoluir para o entendimento segundo o qual o princípio da proporcionalidade tem uma estrutura complexa, sendo ele formado por três subprincípios, a saber: o princípio da adequação, o princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

A aplicação do princípio da proporcionalidade, como forma de averiguar a constitucionalidade ou não de determinada medida legislativa, exige que sejam manipulados os três subprincípios sucessivamente, como um verdadeiro “teste” da proporcionalidade entre o meio escolhido pelo legislador e o fim que alega buscar.

O princípio da adequação é o primeiro passo na aferição da constitucionalidade da lei frente ao princípio da proporcionalidade. Indaga tal subprincípio se a medida é adequada à obtenção do fim que o legislador pretende atingir.

O segundo passo é a aplicação do princípio da necessidade. Nele reside a exigência de que o legislador não pode tomar medida restritiva de direito fundamental se existem outras medidas menos gravosas que podem ser adotadas. Havendo, assim, meio mais idôneo para a consecução do fim pretendido, não se justifica a adoção da medida restritiva.

Nesse momento da aplicação do princípio da proporcionalidade, o juiz deve indicar qual é o meio mais adequado ao fim. Na lição de Raquel Denize Stumm,

“a opção feita pelo legislador ou o executivo deve ser passível de prova no sentido de ter sido a melhor e única possibilidade viável para a obtenção de certos fins e de menor custo ao indivíduo”<sup>32</sup>.

Por fim, há o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, que cuida da ponderação entre direitos, bens ou interesses. Em via de regra, uma medida legislativa visa proteger determinados direitos, bens ou interesses. Ocorre que, ao incidir na realidade, a medida, por via oblíqua, acaba por atingir outros direitos, bens ou interesses constitucionalmente protegidos, limitando-os. Apresenta-se, nesse caso, uma colisão de direitos, que se resolve pela ponderação de valores. Caso seja constatada a precedência, no caso concreto, dos direitos a serem limitados, não deve prevalecer a medida, por desproporcional, devendo ser declarada a sua inconstitucionalidade.

Suzana Toledo Barros afirma, para a clarificação dos conceitos, que

“a diferença básica entre o princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito está, portanto, no fato de que o primeiro cuida de uma otimização com relação a possibilidades fáticas, enquanto este envolve

<sup>29</sup>Cfr. Paulo BONAVIDES, ob.cit., p. 332.

<sup>30</sup>*Idem*, p. 328.

<sup>31</sup>*Idem*, p. 330.

<sup>32</sup>*Ob. Cit*, p. 79.

apenas a otimização de possibilidades jurídicas”<sup>33</sup>.

A “sede material” do princípio da proporcionalidade está nos direitos fundamentais, que clamam por uma proteção efetiva, e no conceito de Estado de Direito. Assim, conclui-se que, na aplicação da nossa Carta Política, podemos invocar o princípio da proporcionalidade, por fundar-se tal princípio em institutos por ela adotados.

Na jurisdição constitucional em nosso país, não houve, ainda, um desenvolvimento do conceito de proporcionalidade a ensejar uma aplicação tão ampla como a que esse princípio conhece no direito alemão. Apesar disso, já existem decisões referindo-se ao princípio quando declara o Supremo a inconstitucionalidade de dispositivo legal.

Ainda se verifica, nessas decisões, uma certa confusão, às vezes uma identificação completa, com o princípio da razoabilidade. Em decisão de 1993, cujo relator foi o Ministro Sepúlveda Pertence, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de lei do Estado do Paraná, sob a alegação de ofensa ao princípio da “proporcionalidade e razoabilidade das leis”. Vejamos a redação da ementa:

Ementa – Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para substituição a vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor: argüição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e paras., 25 e par. 2, 238, além de violação ao princípio de proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica da argüição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis a economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade: liminar deferida” (Reqte: Confederação Nacional do Comércio. Reqdos: Governador do Estado do Paraná e Assembléia Legislativa do Estado do Paraná).

Como se nota, não há, ainda, um grau de sistematização a permitir que, objetivamente, conheça-se o alcance do princípio. Não queremos, com isso, pregar a transposição acrítica ao direito nacional da doutrina germânica reconhecida dos subprincípios do princípio da

proporcionalidade. Apenas constatamos que, apesar de já introduzido em nosso meio, necessita ser tratado com atenção pela doutrina e pela jurisprudência para, em conformidade com nosso sistema constitucional, conferir-se a tal princípio uma feição mais concreta que lhe dê efetivas condições de aplicação.

Diversos países, sob influência do constitucionalismo tedesco, já conhecem e adotam o princípio da proporcionalidade como princípio de direito positivo constitucional, destacando-se, neste rol, Portugal e Espanha.

Consideramos que, entre os três critérios aqui estudados, o princípio da proporcionalidade é o que melhor cumpre a tarefa de limitar a liberdade de conformação do legislador.

O princípio da proporcionalidade, com os seus subprincípios, mostra-se compatível com o conceito de Robert Alexy, já citado neste trabalho, segundo o qual os princípios são mandatos de otimização, pois o critério da proporcionalidade auxilia no momento em que o intérprete deve aquilatar o alcance da norma enunciada nos princípios. Assim, é grande a sua importância na interpretação especificamente constitucional<sup>34</sup>.

Sobre a relevância do princípio da proporcionalidade, Paulo Bonavides afirma que a sua aplicação ao Direito Constitucional é

“tão revolucionária e tão importante quanto a da Tópica há algumas décadas na esfera da Teoria do Direito e dos métodos interpretativos, graças a ela, largamente renovados e reavaliados”<sup>35</sup>.

## 5. Conclusões

1. A idéia de limitação do poder é inerente ao Estado Moderno, especialmente à versão mais atual de Estado Democrático de Direito, justificando-se positivamente a imposição, ao legislador, de exigências quanto ao equilíbrio entre meios e fins no exercício de suas funções.

2. Os princípios constitucionais se apresentam como normas juridicamente vinculantes, sendo mandatos de otimização (Alexy). As Constituições contemporâneas são verdadeiros catálogos de princípios, sendo essa a forma como

<sup>34</sup>Cf. Inocêncio Mártires COELHO, *Interpretação constitucional*, e Márcia Haydée Porto de CARVALHO, *Hermenêutica constitucional*.

<sup>35</sup>*Ob. Cit.* p.320.

<sup>33</sup>*Ob. Cit.*, p. 81.

se apresenta, no mundo jurídico, a maioria dos direitos fundamentais.

3. A teoria do desvio de poder se aplica à atividade legislativa que é, assim como a administrativa, finalística, mas enfrenta problemas práticos em virtude da imprestabilidade para o direito constitucional de alguns conceitos próprios do direito administrativo, fundamentais para a noção de desvio de poder, como, por exemplo, o conceito de discricionariedade.

4. O princípio da razoabilidade pode ser deduzido do texto da Constituição brasileira, que enuncia a cláusula do *due process of law*, necessitando, porém, de definições mais claras a respeito do seu conteúdo, pois a análise entre meios e fins fundada em uma noção de justiça pode redundar em decisões judiciais subjetivamente marcadas pelo aplicador da Constituição, sendo a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, especialmente na fase atual que aplica o princípio da razoabilidade a contextos não econômicos, uma importante fonte inspiradora.

5. O princípio da proporcionalidade, em virtude do grau de objetividade alcançado na doutrina e na prática da Corte Constitucional da Alemanha, é o instrumento, entre os referidos neste texto, que mais se adequa às necessidades constatadas de limitação da liberdade do legislador. Ainda avulta a sua importância como cânone da interpretação constitucional dos princípios, entendidos como mandatos de otimização, pois seus subprincípios da necessidade e da adequação “testam” as circunstâncias de fato e de direito às quais se remetem os princípios.

## Bibliografia

- BARROS, Suzana Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: UnB; São Paulo: Polis, 1989.
- . *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5ª Ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- . *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 1994.
- CANOTILHO, J. J. Gomes & MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.
- CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. *Hermenêutica constitucional*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *O “desvio de poder” na administração pública*. 4ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 1995.
- ENTERRÍA, Eduardo Garcia de & FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Trad. Arnaldo Setti. São Paulo: RT, 1990.
- FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1996.
- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón & ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *Curso de direito administrativo*. Trad. Arnaldo Setti. São Paulo: RT, 1990.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 1991.
- HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Trad. Pedro Cruz Villalón. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- MACIEL, Adhemar Ferreira. *Due process of law*. *Revista de informação legislativa*. Brasília, v. 124, p. 95-100, Out./dez. 1994.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle judicial*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. V. IV. Coimbra: Coimbra, 1988.
- MOREIRA, Vital & CANOTILHO, J. J. Gomes. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.
- ROUANET, Sérgio Paulo. *Mal-estar na modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.
- TÁCITO, Caio. *Desvio de poder legislativo*. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, v. 1, p. 62-68, 1993.
- STUM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995;
- ZANCANER, Weida. *Razoabilidade e moralidade na Constituição de 1988*. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, v. 2, p. 205-210, 1993.

\*Notas bibliográficas conforme original.

# A prescrição no contrato de seguro

FRANK LARRÚBIA SHIH

## SUMÁRIO

1. Prescrição. 2. Contrato de seguro. 3. Atribuições legais da SUSEP: perfil panorâmico. 4. Prescrição aplicável ao contrato de seguro e a jurisprudência do STF e do STJ sobre o tema. 5. Efeitos da prescrição no processo administrativo.

### 1. Prescrição

O escólio de Eduardo Couture preconiza que, se o advogado encontrar o direito em conflito com a justiça, deve lutar pela justiça<sup>1</sup>.

Esse mandamento indicativo na arte da advocacia encontra séria limitação no instituto da prescrição, que louva não a justiça, mas sim a segurança jurídica, pois Ihering<sup>2</sup> sempre observava, com singeleza ímpar, que a paz é o fim colimado pelo direito.

Assim, situações ainda que injustas podem ser consolidadas pelo decurso do tempo, justamente em homenagem ao princípio da segurança jurídica e da paz social, pois o tempo é uma força da qual não se pode subtrair nenhum espírito humano, afinal, o que durou por muito tempo, só por essa razão, parece mesmo algo de muito sólido e indestrutível.

A consolidação de situações jurídicas – justas ou injustas – em função do tempo denomina-se *prescrição*, que, no inexcusável magistério de Beviláqua, traduz-se na *perda da ação atribuída a um direito e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não-uso*

Frank Larrúbia Shih é Procurador Autárquico Federal da Superintendência de Seguros Privados – SUSEP –, ex-Professor da Faculdade Moraes Júnior/RJ e Advogado no Rio de Janeiro.

<sup>1</sup> COUTURE, Eduardo. *Os mandamentos do advogado*. 3. ed. Porto Alegre : Fabris, 1987.

<sup>2</sup> IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo Direito*. 6. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1987.

dela, durante um determinado espaço de tempo<sup>3</sup>.

A perda da ação a que nos referimos não é relativa ao direito constitucional de ação (CF, art. 5º, XXXV), porquanto inconcebível a perda de garantia constitucional qualificada como direito potestativo e autônomo (Chiovenda)<sup>4</sup>. A referência é da ação específica e correspondente ao direito material em questão, adotando-se, para essa visão, a *teoria immanentista* insculpida no art. 75 do *Codex* Civil.

Como cediço, o instituto da prescrição tem aspecto *bifronte*, vale dizer, importa não só em sanção à desídia do titular do direito, como também corresponde ao anseio social em estabelecer um clima de segurança e harmonia, não se permitindo que demandas fiquem indefinidamente em aberto. Sob este último prisma, adotamos a linha de entendimento do preclaro Silvio Rodrigues<sup>5</sup>, forte na tese irrefragável de que as normas sobre prescrição são de ordem pública, insuscetíveis de derrogação por convenção entre particulares, não afetando essa consideração a vedação legal imposta ao juiz de não poder conhecer da prescrição de direitos patrimoniais, se não for invocada pelas partes (CC, art. 166).

A propósito, um estudo acurado sobre o critério científico para distinguir a prescrição da decadência e identificar as ações imprescritíveis está disponível na excelente monografia do Professor Agnelo Amorim Filho (Revista dos Tribunais, 300/7).

O objeto de nosso estudo está vocacionado ao exame da prescrição liberatória nas relações jurídico-contratuais de natureza securitária, em especial o exame de seus efeitos na sede administrativa e judicial.

## 2. Contrato de seguro

A definição *legal* do contrato de seguro está prevista no art. 1.432 do Código Civil:

“considera-se contrato de seguro aquele pelo qual uma das partes se obriga para com a outra, mediante a paga de um

<sup>3</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro : Rio, 1980.

<sup>4</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. *Teoria geral do Processo*. 14. ed. São Paulo : Malheiros, 1991.

<sup>5</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 21. ed. São Paulo : Saraiva, v.1. 1990.

prêmio, a indenizá-la do prejuízo resultante de riscos futuros, previstos no contrato”.

A natureza peculiar do contrato de seguro privado recomenda um breve estudo sobre os seus elementos essenciais: a) segurado e segurador; b) risco; c) prêmio; d) apólice.

*Segurado e segurador* são as partes do negócio jurídico. Segurado pode ser qualquer pessoa física ou jurídica, desde que presente a capacidade civil. O segurador só pode ser pessoa jurídica constituída sob a forma de sociedade anônima ou cooperativas, sendo que suas atividades são precedidas necessariamente de autorização governamental e não se sujeitam à falência nem se submetem ao regime da concordata. Em caso de insolvência, o regime será de direção-fiscal ou de liquidação extrajudicial compulsória, conforme o caso (Decreto-Lei nº 73/66, arts. 24, 26 e 94).

O *Risco* é o elemento nodal do contrato de seguro, pois constitui o seu próprio objeto. O seu conceito sofre variações em função da modalidade do seguro, mas a maioria dos autores o definem como *acontecimento futuro e incerto*, sempre alheio à vontade das partes. Não se deve confundir risco com sinistro, pois este é o fato que se receia e cujos efeitos se quer evitar, ou seja, é a consumação do risco.

O *Prêmio*, segundo Pedro Alvim<sup>6</sup>, é a remuneração que o segurado deve pagar ao segurador pela garantia que lhe dá pela cobertura de certo risco. É a compensação pela assunção do risco. Daí a noção de *proemium*, no sentido de recompensa. O fundo comum constituído pelos prêmios dos segurados é que ampara o pagamento das indenizações e a lei o qualifica de vital importância para a estabilidade das operações das seguradoras, tanto que qualquer indenização somente será paga mediante prova da quitação do prêmio devido, antes da ocorrência do sinistro (Decreto-Lei nº 73/66, art.12, parágrafo único).

A *Apólice* é o instrumento do contrato de seguro, que só pode ser por escrito, *ad solemnitatem* (substância do ato). Aliás, o próprio art. 1.433 do Código Civil alerta que o contrato não obriga as partes antes de reduzido a escrito e reputa-se perfeito e acabado com a emissão da apólice ao segurado. Todavia, essa regra não é absoluta, pois o art. 10 do Decreto-Lei nº 73/66 autoriza a contratação de seguros por simples

<sup>6</sup> ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1986.



emissão de bilhete de seguro, mediante solicitação verbal do interessado, sendo que o Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP é o órgão responsável pela regulamentação dessa espécie de contratação, padronizando as cláusulas e os impressos necessários.

A par dessas breves e basilares noções, passamos ao exame das atribuições da Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, traçando-lhe o perfil e a importância diante do mercado securitário no Brasil.

### 3. Atribuições legais da SUSEP: perfil panorâmico

A Superintendência de Seguros Privados – SUSEP é – ao contrário do que o nome sugere – uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Fazenda, com a competência legal de executar a política traçada pelo Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP, fiscalizando a constituição, organização, funcionamento e operações das sociedades seguradoras, entre as quais podemos destacar: a) processar os pedidos de autorização para constituição, organização e funcionamento, fusão, encampação, grupamento, transferência de controle acionário e reforma dos estatutos das sociedades seguradoras, opinando sobre os mesmos, e encaminhá-los ao CNSP; b) baixar instruções e expedir circulares relativas à regulamentação das operações de seguros, de acordo com as diretrizes do CNSP; c) fixar condições das apólices, planos de operações e tarifas a serem utilizadas obrigatoriamente pelo mercado segurador nacional; d) aprovar os limites de operações das sociedades seguradoras, em conformidade com o critério fixado pelo CNSP; e) examinar e aprovar as condições de coberturas especiais, bem como fixar as taxas aplicáveis; f) autorizar a movimentação e liberação dos bens e valores obrigatoriamente escritos em garantia de reservas técnicas e do capital vinculado; g) fiscalizar execução das normas gerais de contabilidade e estatística fixadas pelo CNSP para as sociedades seguradoras; h) fiscalizar as operações das sociedades seguradoras, inclusive o exato cumprimento do Decreto-Lei nº 73/66, de outras leis pertinentes, disposições regulamentares em geral, resoluções do CNSP, e aplicar as penalidades cabíveis; i) proceder à liquidação das sociedades seguradoras que tiverem cassada a autorização para funcionar no país; j) organizar seus serviços, elaborar e executar seu orçamento.

A SUSEP também tem o dever legal de fiscalizar as sociedades de capitalização, de previdência privada e de corretagem de seguros e planos previdenciários (Decreto-Lei nº 261/67, Lei nº 6.435/77 e Decreto-Lei nº 73/66). Mais recentemente, as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos ou seguros privados de assistência à saúde também ficaram submetidas ao poder de polícia da Autarquia (Lei nº 9.656/98).

Temos observado que muitos profissionais do direito, aqui incluídos até mesmo juízes e membros do Ministério Público, desconhecem a verdadeira natureza jurídica da SUSEP, ora sendo confundida como pessoa jurídica de direito privado, ora como se fosse um Cadastro Nacional das apólices emitidas pelas seguradoras. Até mesmo em juízo ocorre esse lamentável equívoco, quando o advogado demanda cobrança de indenização contra a SUSEP em litisconsórcio com a seguradora, a título de – incrível – responsabilidade solidária.

A atuação da SUSEP no mercado securitário *lato sensu* tem perfil constitucional, pois essas atividades, *ultima ratio*, são de intervenção no domínio econômico, evidenciada pela regulamentação do mercado, *v.g.*, pela fixação de tarifas no mercado segurador ou pela tutela dos direitos básicos do consumidor, uma vez que a legislação consumerista aplica-se às relações jurídico-contratuais securitárias (CF, art. 174 e Lei nº 8.078/90, art. 2º).

Todavia, o efetivo cumprimento de suas atribuições legais está algemado à política governamental, uma vez que os atuais cortes severos de orçamento afetam de forma expressiva o desempenho dessas atividades, sendo imprescindível também que os cargos de chefia, antes de o serem em *comissão*, que o sejam também de *competência*, questão essa de relevo para toda a Administração Pública, mas completamente esquecida pela Reforma Administrativa (EC 19, de 4/6/98).

Não é verdadeiro o entendimento de que uma instituição pública fraca reverte-se em benefício para os fiscalizados e em prejuízo para os segurados. Uma entidade deficiente na sua estrutura e com servidores desmotivados revela-se muito perniciosa a todos, sobretudo mesmo aos fiscalizados, porque suas atividades ficarão enlaçadas eternamente ao crivo de um serviço público deficiente e insatisfatório, açóitadas pela morosidade e erros decorrentes desse cenário indolente. A pedra de toque, portanto, consiste

na valorização do servidor público, como também em uma administração francamente empenhada de corpo e alma à causa pública, apoiada sempre por estrutura administrativa indispensável à execução dos encargos que lhe são atribuídos por lei.

Nesse aspecto, a SUSEP, dentro de suas limitações, tem empenhado esforços contínuos para prestar bom atendimento ao público e executar com senso de dever as suas atribuições.

#### 4. Prescrição aplicável ao contrato de seguro e a jurisprudência do STF e do STJ sobre o tema

O pálio manancial da prescrição no contrato de seguro está elencado no art. 178, § 6º, II, do *Codex Civil*, que considera o prazo de um ano para a ação do segurado contra o segurador e vice-versa, se o fato que a autoriza verificar-se no país, contado o prazo em que o interessado tiver conhecimento do mesmo fato. Se esse fato verificar-se fora do Brasil, o prazo será de dois anos (art. 178, § 7º, V).

O Código Comercial também prevê o prazo anual, porém apenas correlato aos seguros marítimos, com as especificações que lhe são próprias (CCom, art. 447 e 666).

O Decreto-Lei nº 73/66, a despeito de regular as operações de seguros e de resseguros, nada dispõe sobre prescrição, razão pela qual aplica-se a lei civil e a comercial para o trato da matéria.

Em Direito Comparado, entre os países que adotam um Código de Seguros, no caso da França e da Argentina, denota-se que os prazos de prescrição são notoriamente exíguos. Pedro Alvim, citando J.C. Moitinho de Almeida<sup>7</sup>, ensina que se trata de uma necessidade imperiosa em razão da própria natureza do contrato de seguro, pois a perpetuação do tempo é incompatível com o desaparecimento dos vestígios do sinistro, dando azo às simulações e fraudes, além de onerar as operações securitárias com uma acumulação excessiva de prêmios em dívida.

A par dessa observação, é preciso ter em linha de projecção que o entendimento da prescrição anual só é cabível nas lides que se estabelecessem entre segurado e segurador, não se estendendo em casos de demanda de seguradora contra terceiro causador do dano, mormente em ação regressiva, conforme bem acentuado por Voltaire Marensi<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> ALVIM, op. cit.

<sup>8</sup> MARENSI, Voltaire Giavarina. *O seguro no*

A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm adotado posição pacífica de que, não se fundando em contrato de seguro, mas sim na *sub-rogação* de direitos, a ação regressiva proposta pela seguradora contra o responsável pelos danos sujeita-se à *prescrição vintenária* (RE 85800-8-SP; Resp 69174-MG; 31965-SP; 9001-PR; 77426-PR; 4463-PR; 5101-RS; RT 448/8; 502/237; 604/205; 640/205).

Não obstante, o próprio STF impressionou a jurisprudência reinante ao estabelecer, o que temos como exceção, a Súmula 151:

“Prescreve em um ano a ação do segurador sub-rogado para haver indenização por extravio ou perda de carga transportada por navio”.

Exceções à parte, temos que a prescrição anual não se impõe ao *beneficiário* do seguro, que tem a seu favor a prescrição vintenária, pois o mesmo não tem a qualificação de *segurado* em face da interpretação estrita do art. 178, § 6º, II, do CC. (REsp.5101-RS, DJ.,6/5/91; Resp. 32034-SP, DJ.,12/4/93). A propósito, em favor desse prisma, Maria Helena Diniz<sup>9</sup> traz à memória que, se para ser segurado basta ter capacidade civil, o mesmo não se verifica com relação ao beneficiário, pois a lei estabelece restrições a essa condição, v.g., àquele que for inibido de receber doação do segurado (CC, art. 1.474).

Em outro ângulo de visada, desde a Súmula 101, do STJ, não mais se deduz controvérsia de prazo prescricional aplicável ao *segurado em grupo*. Lourival G. de Oliveira, in “Comentários às Súmulas do Superior Tribunal de Justiça”<sup>10</sup>, preleciona que a questão posta à solução era originária dos seguros de grupos nos quais empresas empregadoras figurassem como estipulantes e seus empregados como segurados. Defendia-se a tese de que, até então, o empregador era o verdadeiro segurado e seus empregados os beneficiários, tendo a favor desses últimos a prescrição vintenária. Todavia, o STJ, com percuciência, não permitiu confusão entre a figura jurídica do estipulante (empregador) com a do empregado (segurado), preconizando o prazo de *um ano* para a ação de indenização do

*Direito brasileiro*. 14. ed. São Paulo : Malheiros, 1997.

<sup>9</sup> DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. São Paulo : Saraiva, v.4.1993.

<sup>10</sup> OLIVEIRA, Lourival Gonçalves. *Comentários às Súmulas do Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo : Saraiva, v. 2. 1995.

segurado *em grupo* contra a seguradora, confirmando, na sua inteireza, a autoridade e validade do art. 21, § 2º, do Decreto-Lei nº 73/66: “Nos seguros facultativos o estipulante é o mandatário dos segurados”.

Outro ponto de relevo é referente ao termo inicial da prescrição. *Prima facie*, o art. 178, § 6º, II, do CC é claro: contado o prazo do dia em que o interessado tiver conhecimento do fato. Que fato? Por óbvio, o sinistro.

Diante dos casos concretos, ou o segurado queda-se inerte em avisar o sinistro, por desídia, fazendo-o após o decurso de um ano, hipótese em que a seguradora pode suscitar com eficiência a prescrição a seu favor ou, mais comum, avisada do sinistro *in tempore*, nega a seguradora o pagamento da indenização após o seu período de exame.

Não sendo recomendável a existência de dois termos iniciais para um único prazo prescricional, o STJ perfilhou a tese de que feita a comunicação (aviso do sinistro), tem-se por *suspense* o prazo prescricional enquanto a seguradora não cientificar o segurado dos motivos da recusa ao pagamento da indenização. É dizer, o prazo *inicia-se* com o conhecimento do sinistro pelo segurado, *suspende-se* com o aviso do sinistro e *recomeça* no dia em que o segurado toma conhecimento da recusa da seguradora em liquidar o sinistro. É a aplicação da condição suspensiva de que trata o art. 170, I, do Digesto Civil. Nesse sentido: REsp. 00807-RS, D.J., 14/12/92; 21547-RS, D.J., 16/8/93; 52236-SP, D.J., 20/3/95; 70367-SP, D.J., 11/12/95.

Sem a pretensão de exaurir o cipoal de questões que enlaçam a matéria, passamos ao exame dos efeitos da prescrição no processo administrativo punitivo, no âmbito da SUSEP.

## 5. Efeitos da prescrição no processo administrativo

Como já exposto anteriormente, a Superintendência de Seguros Privados – SUSEP – exerce poder de polícia administrativa sobre as companhias seguradoras, de capitalização, previdência privada, corretagem e, agora, sobre as pessoas jurídicas que operam planos ou seguros privados de assistência à saúde.

O instrumento normativo que regula a aplicação de penalidades às entidades infratoras é a Resolução CNSP nº 14/95, revestida como um verdadeiro caderno de sanções.

Em sintonia com a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa, o referido normativo dispõe sobre o rito e as oportunidades de defesa das entidades que venham a sofrer atuação por infração administrativa.

Nessa borda, observamos que o jurídico das entidades fiscalizadas tem por hábito invocar a prescrição no contrato de seguro como meio de excluir a sanção administrativa, pois, segundo essa hipótese, não seria deduzível a ocorrência de qualquer infração ante à inércia do próprio titular do direito.

Sobre a proposição, a Procuradoria-Geral da SUSEP tem a dicção unânime de seus procuradores no sentido de que a prescrição de direito material não se confunde com a prescrição da infração administrativa, sendo essa, aliás, a minha compreensão expandida no Parecer/PRGER/Contencioso/nº 254/95, ocasião em que anotei

“... com referência a prescrição, avulta de importância salientar que o âmbito de atuação do poder de polícia da SUSEP não é obstada pela eventual prescrição havida entre o segurado e o segurador. A infração administrativa não está no âmbito do interesse privado. Constatada a infração, será imposta, através de processo regular, com garantia da ampla defesa, pois à observância à política de seguros e a estabilidade das relações no mercado securitário assentam-se no interesse público primário”.

Ainda nessa linha de idéias, manifestei-me em outro caso semelhante:

“A prescrição suscitada gera efeitos na relação jurídica material entre os contratantes, contudo, não tem o condão de retirar o poder de fiscalização da Autarquia sobre as denúncias a serem apuradas, pois, a razão do poder de polícia é o *interesse social* e seu fundamento está na supremacia geral que o Estado exerce em seu território, o que, aliás, revela-se nos mandamentos constitucionais e nas normas de ordem pública, que a cada passo opõem condicionamentos e restrições aos direitos individuais em favor da coletividade”. (Parecer/PRGER/Contencioso/nº 415/95).

Merece reflexão, por último, se o procedimento administrativo é hábil para interromper ou suspender o prazo prescricional no Judiciário. Recente julgado da Primeira Turma do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Ap. Cív.

41528/96 (D.J., 5/3/97), considerou interrompido o prazo prescricional com a digladição administrativa das partes perante a SUSEP. Com a minha ressalva de entendimento, tenho que o Tribunal não andou bem nesse julgado, que se encontra em flagrante rota de colisão com a tradição jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal, que é pela inadmissibilidade de afetação do prazo prescricional em decorrência de

atividade administrativa, a exemplo do protesto cambiário e da simples vistoria, que não interrompem a prescrição (Súmulas 153 e 154). A propósito, o Superior Tribunal de Justiça, no REsp. 52.236-SP (D.J., 20/3/95), asseverou que o procedimento administrativo instaurado perante a SUSEP não influi na contagem do prazo anual de prescrição, corroborando a uniformização desse entendimento sobre a matéria.