

REVISTA DA AGU

Colaboradores:

Autor Convidado

- Diogo de Figueiredo Moreira Neto

Institucional

- Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz

Artigos

- Alex Perozzo Boeira
- Américo Luís Martins da Silva
- Daniel Guarnetti dos Santos
- Igor Ajouz
- Jamerson Vieira
- Jessé Torres Pereira Junior
- Marinês Restelatto Dotti
- Ricardo Marques de Almeida
- Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues
- Ronaldo Rios Albo Junior
- Sérgio Lourenço Bezerra Ferreira Reis
- Thiago Emmanuel Chaves de Lima

Parecer

- Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

REVISTA DA
AGU

ANO IX nº 27 - Brasília-DF, jan./mar. 2011

Revista da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União
Ministro Victor Nunes Leal

SBN – Quadra 01 – Edifício Palácio do Desenvolvimento – 4º andar -
CEP 70057-900 – Brasília – DF Telefones (61) 3105-9970 e 3105-9968
e-mail: escoladaagu@agu.gov.br

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
Ministro Luís Inácio Lucena Adams

DIREÇÃO GERAL DA AGU

| | |
|---------------------------------|---------------------------------------|
| Fernando Luiz Albuquerque Faria | Substituto do Advogado-Geral da União |
| Marcelo Siqueira Freitas | Procurador-Geral Federal |
| Hélia Maria de Oliveira Bettero | Procuradora-Geral da União |
| Adriana Queiroz de Carvalho | Procuradora-Geral da Fazenda Nacional |
| Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy | Consultor-Geral da União |
| Ademar Passos Veiga | Corregedor-Geral da AGU |
| Grace Maria Fernandes Mendonça | Secretaria-Geral de Contencioso |

DIRETOR DA ESCOLA DA AGU
Jefferson Carús Guedes

COORDENADORA-GERAL
Juliana Sahione Mayrink Neiva

EDITOR RESPONSÁVEL
Jefferson Carús Guedes

COORDENADORA DA REVISTA DA AGU
Juliana Sahione Mayrink Neiva

CONSELHO EDITORIAL

Membros Executivos: Antônio de Moura Borges; Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy ; Clarissa Sampaio Silva; Claudia Aparecida de Souza Trindade; Clóvis Juarez Kemmerich; Denise Lucena Cavalcante; Fabiano André de Souza Mendonça; Fernando Netto Boiteux; Francisco Humberto Cunha Filho; José Tadeu Neves Xavier; Luciana Barbosa Musse; Otávio Luiz Rodrigues Junior; Regina Linden Ruaro; Sérgio Augusto Zampol Pavani.

Membros Eletivos: Alexandre Bernardino Costa; André Lopes de Sousa; Carlos José de Souza Guimarães; Cássio Andrade Cavalcante; Daniela Ferreira Marques; Fábio Campelo Conrado de Holanda; Fábio Guimarães Bensoussan; Felipe Camillo Dall’Alba; Guilherme Beux Nassif Azem; Humberto Cunha Santos; Karla Margarida Martins Santos; Marcelo Kokke Gomes; Maria de Fátima Knaippe Dibe; Maria Rosa Guimarães Loula; Nilma de Castro Abe; Rosa Maria Pelegrini Baptista Dias; Rui Magalhães Piscitelli; Sueli Valentin Moro Miguel; Robson Renaut Godinho; Valério Rodrigues Dias.

Secretaria Editorial: Antonio Barbosa da Silva/Niuzza Gomes Barbosa de Lima
ABNT(ADAPTAÇÃO)/**Diagramação** Niuzza Gomes Barbosa de Lima
Capa Fabiana Marangoni Costa do Amaral

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Revista da AGU – Advocacia-Geral da União

Ano X – Número 27 - Brasília-DF, jan./mar. 2011

Periodicidade: Trimestral - ISSN 1981-2035

1 – Direito Público – Brasil – periódico. Advocacia-Geral da União

CDD 341.05

CDU 342(05)

SUMÁRIO

Editorial..... 5

PARTICIPAÇÃO ESPECIAL

Funções Essenciais à Justiça e Contra-Poderes
Essential Functions to Justice and Counter-Powers
Diogo de Figueiredo Moreira Neto..... 7

INSTITUCIONAL

Ministro Carlos Thompson Flores Centenário do seu Nascimento
Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz.....31

ARTIGOS

A Desconsideração da Personalidade Jurídica Noções Gerais e
Questões Controvertidas à Luz da Doutrina e da Jurisprudência
Disregard of Legal Entity General Ideas and Controversial Issues in the Light of
Juristic Thinking and Precedents
Alex Perozzo Boeira 103

A Importância das Normas Constitucionais Econômicas Programáticas
The Importance of Constitutional Economic Program Standards
Américo Luís Martins da Silva..... 121

Panorama sobre o Controle de Constitucionalidade de Leis e Atos
Normativos no Brasil
Overview on Control of Constitutional law and Regulatory Actions in Brazil
Daniel Guarnetti dos Santos..... 155

A Presunção de Dependência Econômica em Favor de Cônjuges e
Companheiros de Segurados do Regime Geral de Previdência Social:
aspectos de uma inconsistência no direito previdenciário brasileiro
The Economic Reliance Presumption on Behalf of Insured'S Mates on the General
Social Security Regime: aspects of a inconsistency in the brazilian social security law
Igor Ajouz..... 185

Patrimônio Cultural Arqueológico e Museus
Cultural and Archaeological Heritage and Museums
Jamerson Vieira207

| | |
|--|-----|
| A Desconsideração da Personalidade Jurídica em Face de Impedimentos para Participar de Licitações e Contratar com a Administração Pública: limites jurisprudenciais <i>The segregation of legal entity status due to State imposed embargoes on participating in bidding processes and establishing governmental contracts: Case Law's premises</i> Jessé Torres Pereira Junior Marinês Restelatto Dotti | 233 |
| O Vício da Decisão Judicial Fundada em Lei Declarada Inconstitucional ou Fundada em Interpretação ou Aplicação da Lei Tidas pelo STF como Incompatíveis com a Constituição: mais um caso de coisa julgada inconstitucional? A importância da visão jurídico-estratégica do Advogado Público <i>The vice of judicial decision that applies a law declared unconstitutional or applied or interpreted as incompatible with the Constitution by the STF: another case of unconstitutional res judicatae?</i> Ricardo Marques de Almeida | 277 |
| As Prerrogativas Processuais da Fazenda Pública no Novo Código de Processo Civil <i>The Procedural Prerogatives of the Tax Authorities in the new Code of Civil Procedure</i> Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues | 313 |
| Infra-Estrutura Cultural e as Parcerias Público-Privadas: Perspectivas no Segmento de salas de Exibição <i>Cultural Infra-Structure and Public-Private Partnerships: Perspectives on the Exhibition Segment</i> Ronaldo Rios Albo Junior Sérgio Lourenço Bezerra Ferreira Reis | 329 |
| Aproximação do Regime Jurídico das Empresas Estatais Prestadoras de Serviço Público ao das Pessoas Jurídicas de Direito Público <i>The Approach of State-Owned Enterprises Legal Polity, Which Provide Public Service, to the Juridical Polity of the Entities of Public Law</i> Thiago Emmanuel Chaves de Lima | 347 |
| PARECER | |
| Zonas de Processamento e Exportação e Eventuais Restrições da Legislação Eleitoral Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy | 371 |

EDITORIAL

A vigésima sétima edição da Revista da AGU traz uma justa homenagem ao ministro Carlos Thompson Flores, por ocasião do centenário do seu nascimento, e apresenta uma visão sobre o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos no Brasil para proteção da norma fundamental, desde a primeira Constituição de 1824 até a atual.

A Revista também discute a importância das normas constitucionais econômicas programáticas, assim como oferece aos leitores um artigo com as reflexões propostas por Rui Cunha Martins sobre evidências e presunções quanto ao déficit democrático e violações constitucionais que as restrições probatórias provocam.

A publicação ainda identifica a titularidade do direito de propriedade dos sítios e artefatos arqueológicos, situando-os no universo de bens que compõem o patrimônio cultural brasileiro.

Esses e outros temas estão esperando por você. Boa leitura!

Juliana Sahione Mayrink Neiva
Coordenadora-Geral da Escola da AGU

Jefferson Carús Guedes
Diretor da Escola da AGU

FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA E CONTRA-PODERES¹

ESSENTIAL FUNCTIONS TO JUSTICE AND COUNTER-POWERS

Diogo de Figueiredo Moreira Neto
Procurador do estado

SUMÁRIO: 1 prólogo; 2 os contra-poderes nas sociedades pós-modernas; 3 A Busca da solução; 4 as funções neutras como novos canais de expressão da democracia pós-moderna; 5 As bases das funções independentes no Estado; 6 As novas funções constitucionais no Brasil; 7 Considerações específicas sobre o referencial constitucional à justiça e a essencialidade da independência funcional; 8 Conclusões.

¹ Artigo originalmente preparado para a edição especial in memoriam de MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, exemplo de Advogado de Estado, da Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro.

A globalização forçou com que a sociedade repensasse a função, a estrutura e o custo dos Estados, especialmente à luz dos princípios da subsidiariedade e da eficiência.

[...]

Essa transição balança alicerces de há muito solidificados no Direito Administrativo e que, por isso, precisam ser revistos para acompanhar a evolução dos fatos nos planos econômico e social, proporcionando um necessário e seguro travejamento jurídico para as novas relações que se produzem no campo em expansão do público não estatal.

Marcos Juruena Villela Souto²

1 PRÓLOGO

JOSÉ DE LETAMENDI, ilustre médico e professor espanhol do século XIX, que se distinguiu por suas sábias lições de humanismo na cátedra universitária e em seus livros, sempre lembrado por sua atuação na epidemia do cólera em Barcelona, costumava dirigir aos médicos de seu tempo a seguinte predicação: “o médico que só sabe Medicina, nada sabe de Medicina”.

A lição epistemológica que logo se extrai desse pensamento está referida à precariedade do limitado conhecimento científico a uma *especialidade*, se obtido com uma insuficiente compreensão da *generalidade* em que está inserida, pois, não raras vezes, a prática de especialidades e técnicas sem o lastro de uma formação científica mais extensa e enriquecida, além de inane, poderá revelar-se perigosa.³

Mas não menos relevante é a *lição ética* que a acompanha, desde logo, quanto à importância da imprescindível *inserção humanística* da Medicina, como ciência e arte extremamente complexa, em que vida e saúde humanas não podem ser apartadas do contexto social das

2 VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002. p. 1 - 2.

3 O perigo que oferece o saber limitado foi assim posto na quadra do poeta inglês Alexander Pope, in *An Essay on Criticism* (1709), que se lê no original:

A little learning is a dangerous thing; Drink deep, or taste not the Pierian spring: There shallow draughts intoxicate the brain, And drinking largely sobers us again.

Que se pode traduzir livremente como:

Limitado saber é algo perigoso;

Beba muito ou nem prove a fonte da Pieria:

Um golinho produz estado comatoso,

Que só muito bebendo se supera.

Em Pieria, na Macedônia, segundo a mitologia grega que nos chegou de Hesíodo (Teogonia, 53-74), nasceram nove filhas de Zeus e de Mnemósine, a deusa da memória, que eram as musas, deusas do conhecimento científico e artístico, que numa fonte local costumavam beber sabedoria.

pessoas, mas, igualmente, quanto às acrescidas *responsabilidades sociais* assumidas pelos que escolham professá-la.

São sábias lições, que se estendem e devem ser amiúde repetidas não apenas a graduados e profissionais da medicina, como a quaisquer graduados e profissionais que, à semelhança dos médicos, mais diretamente se devam envolver com *seres humanos* e se avoquem a imensa responsabilidade de zelar por sua vida, sua dignidade e sua felicidade.

De modo especial, para os profissionais do Direito, a que este ensaio preferentemente se dirige, são recomendações que não poderiam ser mais úteis e apropriadas, notadamente em se considerando a conjuntura *epistemológica e ética* vivida nestes tempos ebulientes da pós-modernidade.

Realmente, para quem se dedica ao Direito, o *conhecimento* multidisciplinar e intertextual fará toda a diferença, não só para uma adequada apreensão dos problemas a serem enfrentados, como para o manejo eficiente das artes da argumentação e do convencimento, imprescindíveis na prática jurídica dialógica e para a ponderação de valores, instrumentos indispensáveis para o cumprimento de suas tarefas profissionais e, sobretudo, para fazê-lo com a elevação necessária, na permanente missão de construção de *sociedades democráticas*. Toca, assim, a todos os profissionais do Direito, pelas peculiaridades próprias de qualquer das profissões jurídicas que escolham, mas, notadamente, no exercício da *advocacia*, que é a atuação pública em defesa de direitos, a geminada missão cívica pró-ativa de disseminar e promover, por sua atuação e muito por seu exemplo, a reverência aos dois magníficos pilares em que se assenta vida civilizada em nosso tempo: a *justiça* e a *democracia*, ainda mais exigente para os que se dediquem à advocacia (*lato sensu*) em seus ramos públicos.⁴

Neste estudo, o foco estará especialmente dirigido à carreira do *Advogado de Estado*, na qual, pela diuturna necessidade de operar no delicado campo da *atuação administrativa*, em que são mais ressentidos os abusos, desvios e omissões do *poder estatal* e constantemente se enfrenta a árdua incumbência de exercer o *controle de juridicidade*. Nela, é imprescindível uma *compreensão integral* tanto do que representam, quanto dos elevados valores que esses profissionais devem atender no desempenho de suas funções públicas, como requisito essencial para um desempenho apto a sustentar os pilares do *Estado Democrático de Direito*.

⁴ O conceito genérico de *advocacia pública* está aqui entendido em sua mais ampla aceção possível, portanto, abrangendo o desempenho de todas as *funções próprias das carreiras definidas como constitucionalmente essenciais à justiça*, ou seja, desde que tenham sob seus cuidados *missões públicas* de zeladoria, de controle, de promoção e de defesa de quaisquer interesses protegidos pela *ordem jurídica*, não importando se sejam individuais, coletivos ou difusos, bem como, sociais, estatais ou de pessoas hipossuficientes, considerando-se, apenas: primo, a generalidade dessas funções comuns e, secundo, a também comum formação acadêmica fundamental, para todas exigida, nas ciências e artes da advocacia.

Em suma, o *Advogado de Estado*, para satisfazer plenamente as suas funções, atendendo à agravada responsabilidade social, livremente assumida, que lhe impõem o seu grau e o *múnus público* abraçado - em razão de sua *dupla investidura*, de *advogado* e de *agente político* - necessita desenvolver, em acréscimo aos específicos conhecimentos técnicos, uma elevada compreensão holística do que representam, no contexto do *Estado Democrático de Direito*, as *funções essenciais à justiça* de que está investido.

Essa percepção envolve, fundamentalmente, a específica *finalidade* que deve norteá-lo no exercício da parcela que lhe cabe do poder estatal para atender a seus cometimentos constitucionais, bem como da fundamental importância de zelar por sua *independência*, para que possa desempenhá-los sempre *com ciência, consciência e sem subserviência*, em cumprimento dessa complexa missão, que vem a ser *empregar o poder do Estado* em face das demais expressões de *poder do próprio Estado*, que são as atribuídas aos demais complexos orgânicos constitucionalmente independentes.

Somente atuando com *independência* na zeladoria da extensa gama de *interesses* e de *valores* garantidos pela *ordem jurídica democrática*, postos sob sua cura, esses agentes terão cumprida sua missão, que exige enfrentar permanentemente, com firmeza, serenidade e criatividade os sempre renovados problemas, que se multiplicam nas complexas sociedades contemporâneas, de modo a serem solucionados no quadro seguro e previsível criado pela *ordem jurídica* vigente.

É neste sentido, que todas as *carreiras essenciais à justiça*, no exercício de missões de *advocacia*, sempre aqui entendidas em seu mais amplo sentido, atuam como *contra-poderes juridicamente institucionalizados no próprio Estado*, imprescindíveis para que encaminhem as reivindicações e protestos, de modo a que se realize harmonicamente o processo dialógico da aplicação do Direito.

Mas, como se discorrerá, não são apenas essas, institucionalizadas e benéficas, as únicas modalidades de atuação de *contra-poderes*, senão que representam apenas uma pequena fração da grande quantidade daquelas que constantemente se originam no cadinho social, atuando à margem do Direito e até desafiando os seus valores.

Essa é a diferença que demanda do Estado, à medida em que vão surgindo, a necessidade de procurar harmonizá-las com o Estado Democrático de Direito, pela intermediação dessas novas funções constitucionalizadas.

2 OS CONTRA-PODERES NAS SOCIEDADES PÓS-MODERNAS

O *poder*, como fenômeno conatural ao homem⁵ e presente em todas suas manifestações gregárias, pode construir culturas e civilizações ou destruí-las, daí se o considerar como *a energia que move a sociedade*.

No sentido sociológico, poder é uma relação social assimétrica na qual a *vontade*, de um indivíduo ou de um grupo, tem capacidade de influir ou determinar o comportamento de outro indivíduo ou de outros grupos. No sentido político, os efeitos dessa relação se exercem sobre a *direção da sociedade*.⁶

Como se pode deduzir dos conceitos acima, o poder manifesta-se em relações assimétricas tanto entre indivíduos, como entre um indivíduo e um grupo e entre grupos. Uma modalidade de poder de grupo politicamente institucionalizado é o que se concentra no Estado, por isso denominado *poder estatal*, que tanto se pode apresentar acima ou fora do Direito (modelos de Estado absoluto), quanto a ele sujeito (modelos de Estado de Direito).

Acresce que, uma vez reconhecida a prelazia do *homem*, individual ou coletivamente considerado, sobre todas as suas criações - o que inclui o Estado e o Direito por ele produzido - o conceito de *Estado de Direito* desenvolvido na Modernidade, em que o Direito é uma exclusiva e soberana expressão da vontade estatal, estava ainda dissociado da *legitimidade*, bastando ao Estado respeitar a própria *lei* que fazia.

A injustiça e desacerto da aceitação dessa onímoda e ilimitada sujeição ficou patente no curso do século vinte, notadamente em razão dos holocaustos bélicos mundiais impostos às sociedades, robustecendo o conceito de legitimidade democrática do Direito, afinal florescente, com a constitucionalização do *Estado Democrático de Direito*,

Implicito, portanto, nessa significativa evolução - do poder estatal sem sujeição, passando pelo poder estatal sujeito à própria lei e chegando ao poder estatal sujeito à lei e ao Direito - a idéia de que as *sociedades humanas*, independentemente de estarem organizadas sob o modelo renascentista de *Estados Nacionais* (ou plurinacionais), desfrutam de um *espaço público* que lhes é próprio e inerente, sobre o qual, interferências estatais só serão legítimas se democraticamente consentidas.

5 Assim o consideram, entre seus mais renomados monografistas: BERTRAND RUSSEL, Nicolas Timaseff, Max Weber e Maurice Hauriou (in Moreira Neto, Diogo de Figueiredo, *Teoria do Poder*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 54, nota 143).

6 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, op. cit. (única monografia em língua portuguesa sobre o tema).

É neste *espaço público não estatal* que se desenvolvem as modalidades espontâneas de poder societal *que se opõem ao poder estatal*, buscando influir ou prevalecer nas muitas espécies de confrontos possíveis, daí a denominação genérica de contra-poderes sociais ou, simplesmente, *contra-poderes*, comi vem sendo mais empregada.

O reconhecimento da existência desse diálogo legítimo não afasta a possibilidade de agravamento desses confrontos, podendo alcançar níveis que sacrifiquem valores essenciais para a convivência civilizada, daí sua importância para o Direito e a necessidade de reconhecer e dar tratamento a esses fenômenos condizente com os progressos da pós-modernidade.

É, pois, uma tarefa que exige uma percepção multidisciplinar do fenômeno dos contra-poderes bem como a criatividade necessária para submetê-los aos canais do Direito sempre que possam representar desafios à ordem, à paz e às liberdades públicas. Trata-se, portanto de um trabalho a ser desenvolvido, no âmbito de direito interno dos Países independentes, em nível constitucional, com a criação de funções que canalizem os contra-poderes, de qualquer espécie e de qualquer intensidade, os filtrem e os incorporem à regular criação e aplicação do Direito.

Assim é que, ao incluir a *criatividade* como qualidade desejável no exercício da *Advocacia de Estado* - o que se aplica a todas as demais funções caracterizadas como *essenciais à justiça* - pensa-se, com efeito, no enfrentamento construtivo da *conflitualidade* que se desenvolve nessa extraordinária complexidade das sociedades pós-modernas.

É essa complexidade que leva a que constantemente a ela se refiram como *desafios*, pensadores sociais com a visão de ULRICH BECK⁷ e de PATRICK LAGADEC⁸, classificando-as como *sociedades de risco*, ao considerar não apenas a multiplicação como o agravamento de perigos gerados de toda sorte - ambientais, sanitários, econômicos, sociais e, por certo, mais agudamente, os políticos - que permanentemente ameaçam as sempre frágeis conquistas da *paz* e da *democracia*, não raramente, enfrentados em escala global.

É na complexa confluência de tantos *riscos*, que se potenciam quando acumulados, como é o caso, particularmente, dos *riscos sociais* agravando os *políticos* e vice-versa, que as matérias veiculadas frequentemente pela imprensa, bem como os amudados estudos continuamente produzidos nas áreas das ciências humanas, se debruçam sobre certas *manifestações públicas*, organizadas ou semi-organizadas,

7 BECK, Ulrich. Risk Society: Towards a New Modernity (*Sociedade do Risco*). Londres: Sage, 1992.

8 LAGADEC, Patrick. *La Civilisation du risque* - Catastrophes technologiques et responsabilité sociale. Paris: Seuil, collection «Science ouverte», 1981, e Lagadec, Patrick e GUILHOU. Xavier. *La fin du risque zéro*. Paris: Eyrolles société - Les Echos Editions, 2002.

promovidas por *associações privadas* que se ocupam de interesses públicos, por *grupos de pressão*, por órgãos da *imprensa* escrita, falada, televisiva, por *grupos estruturados na internet*, ou por demonstrações ostensivas de *opinião pública* e, de modo destacado, as *manifestações* cada vez mais preocupantes dos *movimentos de massa reivindicantes e de protesto*: um conjunto de fenômenos que vem sendo classificado genericamente como *expressões de contra-poderes sociais*, que eclodem, ganham força e se expandem impulsionados pela espantosa intensidade da *comunicação social* de nossos dias.

Algumas das mais antigas dessas manifestações de *movimentos reivindicantes e de protesto* já se encontram contidas e disciplinadas sob padrões jurídicos aceitáveis, embora, por vezes, desconfortáveis para a sociedade, sendo um bom exemplo a *greve*, como uma bem sucedida canalização jurídica de manifestações coletivas de setores organizados de empregados.

O fato é que muitos desses *movimentos* populares, que se amíudam nas sociedades contemporâneas, se fossem todos *ordeiros e pacíficos*, poderiam ser úteis para ecoar construtivamente os *protestos e reivindicações* de vários segmentos da sociedade, de grande importância para uma canalização direta de *controles difusos* espontaneamente manifestados.

Mas o que se vem observando, ao revés, é o paulatino incremento de *manifestações públicas de massa, de contrariedade, de insatisfação e de indignação*, que, valendo-se da *violência*, acabam servindo à desordem, à insegurança e ao enfraquecimento da democracia. São fatos que se observam, indiferentemente, tanto em países desenvolvidos como em desenvolvimento, tanto nos ricos como nos pobres, acompanhados de tumultos, agressões, depredações e vítimas, exibindo ferocidade que se potencia, quando confrontada em reposta à repressão policial empregada para contê-los.

A atualidade desse fenômeno se pode constatar nas recentes manifestações anarquistas que se têm propagado em países da Europa, que, para observadores acadêmicos, como Herfried Mùskler, da Universidade Humboldt de Berlim, aumentaram em 43% no ano de 2010.⁹

A todas essas *manifestações públicas*, constantemente estudadas em trabalhos sociológicos e políticos, agregam-se ainda novas modalidades, que se estão valendo dos meios de *comunicação digital de massa*, empregando uma grande variedade de *canais próprios de expressão através das redes mundiais interligadas (Internet)*, atuando independentemente tanto dos

⁹ Estes dados se encontram publicados na reportagem de "O Globo", de 30 de dezembro de 2010, a página 30, sob o título *Anarquismo sobre fronteiras*.

meios tradicionais, da imprensa escrita, falada e televisionada, como dos meios institucionais político-partidários, qualificando-se, tanto quanto essas, como variedades de *manifestações de poder da sociedade*.

Em consequência, hoje, rompidas inúmeras limitações físicas e sociais à *comunicação humana*, torna-se necessário instituir novas *exigências de ordem* sobre todos esses processos sociais, embora muitas, para serem eficazes, devam ser criadas fora do quadro juspolítico delimitado pelos Estados, se não que ampliadas a todo o vasto campo globalizado da espontaneidade das criações sociais.

Há, portanto, uma distinção importante a ser notada relativamente a essas manifestações da vitalidade gregária dos povos, que, tanto quanto as manifestações tradicionais já juridicamente institucionalizadas, se incluem todas como espécies do gênero *contra-poderes sociais*, ou seja, acrescidas ao rol das espécies existentes como *modalidades institucionalizadas não-estatais*, tais como já o eram as modalidades de há muito conhecidas e estudadas, como as associações dedicadas à arregimentação e propaganda de ideias, os *lobbies*, a imprensa, as religiões e outras manifestações da opinião pública organizadas, mas que, em razão de suas novas dimensões transestatais, a Sociologia tem classificado como *expressões de uma nova sociedade civil global*.¹⁰

O que as tem caracterizado, a todas essas mais recentes manifestações sociais é, portanto, o fenômeno da *comunicação digital de massa*, que vem tomando corpo e importância como expressão não-estatal concentrada de *poder difuso* em escala global, possivelmente já caracterizando, por isso, para alguns, o que se poderia identificar como uma *Revolução Digital*.

Tal é este mega-fenômeno da comunicação, que se pode constatar na atuação pública dos grandes arquivos de dados e de opiniões, abertos sem fronteiras políticas ou limites geográficos, à disposição de milhões de pessoas, tais como, por exemplo, o *Facebook*, apto a formar redes para transformar informações em grupos de ação, e, mais recentemente, o *WikiLeaks*, que procura desnudar e desmistificar o emprego do sigilo de Estado com a divulgação de correspondências oficiais reservadas em todo o mundo.

10 O conceito de *sociedade civil global* tem emergido muito a propósito das dificuldades de superação dos vazios institucionais causados pela globalização, como o recurso, sempre possível, ao *processo espontâneo* através do qual a sociedade continua a gerar *instituições* independentemente das produzidas através dos canais juspolíticos tradicionais, como sugere HOBBSAWM na seguinte passagem de sua conhecida obra: “Talvez a característica mais marcante do fim do século XX seja a tensão entre esse processo de globalização cada vez mais acelerado e a incapacidade conjunta das instituições públicas e do comportamento coletivo dos seres humanos de se acomodarem a ele.” HOBBSAWM, E. J. *Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Trad. Marcos Santarrita. São Paulo: Cia das Letras, 1995. p. 24.

Embora, por sua própria natureza, essas manifestações públicas virtuais que empregam a via digital *concentrem poder*, em princípio *prescindem do emprego da força*, o que vem a ser uma particularidade que as distinguem das manifestações públicas presenciais, dos tradicionais *movimentos de massa*, nas quais se faz muito mais curta a distância entre, de um lado, a simples demonstração pública de ideias ou a resistência passiva e, de outro, as ações coletivas de agressão e vandalismo.

Assim é que os tradicionais *movimentos de massa*, como canais de expressão de protestos ou de reivindicações, também poderão facilmente se prevalecer dos acrescidos meios de arregimentação da *comunicação digital*, para se constituírem como uma nova espécie composta e particularmente agressiva do, assim ampliado, gênero de *contra-poderes sociais*.

E tanto assim o é que, mesmo sem que o hibridismo de meios atinja todo o seu potencial, é possível observar-se que, até em simples manifestações de massa em praça pública já se registra uma *preocupante escalada de violência* em razão da mobilização eletrônica; é este imponderado potencial de riscos que tem feito dessas novas manifestações de contra-poderes o objeto de inúmeros estudos sociológicos quanto a suas causas, padrões e efeitos, suscitando, como seria de se esperar – enquanto processos espontâneos de mobilização da sociedade que são – tanto opiniões tolerantes como intolerantes, embora exista uma geral reprovação dos abusos e das selvagerias que possam acompanhá-los.¹¹

Assim é que, arrolados como *aspectos positivos* do fenômeno, para os que os que o vêem com tolerância, citam-se, em incompleta síntese: a demonstração do amadurecimento político-social das populações, a intensificação da participação cidadã ativa e, particularmente, a sua plena compatibilidade, senão mesmo a sua indispensabilidade, nas democracias industriais, nas quais se pretende que sirvam como um útil sinal de alarme sobre o aguçamento social de riscos.

Em confronto, como *aspectos negativos* do fenômeno, para os que os temem a ponto de não tolerá-los, são mencionadas, desde logo, a possibilidade, sempre presente, da *manipulação político-partidária* radical dos descontentamentos, ainda que legítimos, a que se acrescem os abalos que essas demonstrações causam à *segurança pública*, principalmente nos

11 É que dá conta a bibliografia especializada, como, por exemplo, nestas obras:

EVANS, P. *Globalización Contra-Hegemónica: Las Redes Transnacionales como Herramientas de Lucha contra La Marginalización*. Contemporary Sociology, 1998; EVERS, T. *Estatismo vs. Imediatismo: noções conflitantes da política na Alemanha Federal*. In Novos Estudos Cebrap 198: São Paulo, v. 2, 1, p. 25-39, abr. 83; PAOLI, M. C. *As Ciências Sociais, os Movimentos Sociais e a Questão do Gênero*. Novos Estudos CEBRAP, SP, n. 31, outubro de 1991, pp.107-120 e PORTES, A. Villagers: *The rise of transnational communities*. The American Prospect, n.º. 25, 1999.

centros urbanos, e, não menos inquietantes, as graves *interferências de fato que ocasionam sobre o normal exercício dos serviços públicos*, em prejuízo de seus usuários.

De qualquer forma, em última análise, sintetizando os argumentos, esses movimentos, em seu estado bruto, se constituiriam em fonte de diversificados *riscos à ordem jurídica* constitucionalmente instituída, uma vez que, por sua própria natureza, são agitações sempre propensas ao *emprego da força*, particularidade que as distingue da mera *comunicação massiva*, que embora possa concentrar poder, em geral não o expressam pela violência.

Eis porque, sem alarmismo ou radicalismo, existem sobejas razões para que os *Estados democráticos* considerem atentamente a necessidade de instituir maior de contenção preventiva e pacífica desses fenômenos, visando a reduzir seu potencial de riscos de agressão e desordem, que os meios de comunicação poderão exacerbar.

Cabe-lhes, portanto, diante dessas novas manifestações de contra-poderes, o dever de *canalizá-las institucionalmente* no que há de positivo e de saudável nessas forças sociais, para que passem a *atuar construtivamente* para a manutenção da *paz social* e para o exercício das *liberdades democráticas*, sempre prestigiando as *legítimas* manifestações da *cidadania*, com soluções que, sem sufocar-lhes a espontaneidade criativa, mas, necessariamente, minimizando e, se possível, eliminando os aspectos negativos, que possam trazer *riscos à ordem jurídica*.

Ora, a imemorial missão institucional do Direito não é outra que esta: a de buscar a *disciplina das situações de fato conflitivas*, de modo a gerar *previsibilidade e segurança na convivência civilizada*, objetivos estes que, na escala das reivindicações aqui consideradas, incluem-se como relevantes *matérias constitucionais* atinentes à segurança das instituições.

Assim, o problema contemporâneo da *juridicização dos contra-poderes* transcendeu as possibilidades oferecidas pelo desenho constitucional do *Estado moderno*, pois que limitado à instituição de apenas duas categorias de *funções públicas* - as *governativas* (de legislar e de executar) e as *judicativas* - no quadro das quais, vale observar, a solução para os movimentos de massa não passava de típicas medidas *repressivas*.

Esta é a razão pela qual, distintamente, nos *Estados pós-modernos*, patenteou-se a necessidade de instituir *novas funções públicas*, em acréscimo àquelas duas básicas mencionadas, que estejam especificamente voltadas à satisfação dessas recentes demandas diferenciadas, como, destacadamente, o são as *funções de intermediação*

cometidas a instituições constitucionalizadas criadas no quadro do neoconstitucionalismo, para atuarem como expressões alternativas apartidárias dos legítimos interesses da cidadania, ou seja: aptas a canalizá-los, em qualquer nível e onde existam, para que sejam direta ou indiretamente exercidas em seu precípuo interesse.

3 A BUSCA DA SOLUÇÃO

Nessa linha, que é a do *permanente aprimoramento do controle do poder*, tem-se procedido à busca de soluções que possibilitem imediata resposta dos desafios, pois os riscos de delongas quase sempre serão maiores do que se possa prever, ainda porque, as escaladas bárbaras e agressivas de manifestações incontidas de massas podem alcançar paroxismos de desobediência civil e de violência coletiva, que, além de todos os riscos lembrados, trazem o desencanto com as legítimas soluções democráticas e o perigo de ressuscitar o sombrio mito da *necessidade do Estado forte*, como só fosse possível lograr-se segurança retornando aos modelos de Estado orientados a impor a ordem pública exclusivamente pela via autoritária.

O risco maior, portanto, estaria no regresso à via política anacrônica e falida do *autoritarismo*, infelizmente sempre acenada pelos inefáveis inimigos da democracia, como a resposta simplista e imediatista, tanto aos reais problemas enfrentados, como aos falsos, geralmente engendrados como reforço à lógica falaciosa dessa equivocada opção.

Some-se a essa enganosa resposta, que se vem difundindo neste início de século, como um movimento que se poderia denominar de uma escalada anacrônica de *neo-autoritarismo*, o acrescido risco de ressuscitar-se com ele - como, aliás, também se constata - as arcanas e malsinadas *razões de Estado*, que o acompanham, que, além de inúteis e de vulnerarem frontalmente as Constituições democráticas, são surradas soluções antipedagógicas, pois, em se as invocando, perdem-se excelentes oportunidades de aproveitar as crises para o aperfeiçoamento da cidadania e da democracia.

Assim, como uma resposta *diametralmente oposta a essa*, que tanto fracassou no passado, uma que nem acene à repressão violenta nem ao autoritarismo, só pode ser a conduzida na linha civilizada da racionalização permanente e institucionalizada de instrumentos eficientes de *zeladoria, controle, promoção e defesa dos interesses públicos*, que *abram novos canais de expressão à sociedade*.

A *intermediação cidadã*, expressada na forma de *contra-poderes institucionalizados*, é adequada resposta aos riscos oferecidos por uma atuação incontida e desabrida de *contra-poderes sociais em estado bruto*, pois

promove sua *canalização e filtragem jurídica*, de modo a que interesses e reivindicações da sociedade possam, com segurança, ingressar e atuar permanentemente no sistema juspolítico sob a forma de *contra-poderes sócio-estatais juridicamente organizados*.

É desse modo que podem superiormente servir como *novos instrumentos da democracia ativa*, uma vez institucionalizados no Estado, o que vale dizer: *manifestados como expressão legítima de poderes estatais de provocação* dos demais poderes tradicionais, pois, como na velha lição, é sempre necessário que manifestem poder, uma vez que somente “*le pouvoir arrête le pouvoir*”¹².

Em suma, essa correta resposta jurídica tem consistido, desde a instituição dos *ombudsmen*¹³ nos países escandinavos, no aparecimento e desenvolvimento de um *conjunto de novas funções constitucionais independentes canalizadoras da expressão da sociedade* que, como inovação estão sendo instituídas no Estado, de modo que, ao se articularem de vários modos com as tradicionais três funções constitucionais independentes do Estado, produzem a *diversificação funcional e legitimatória* suficiente para promover uma desejada, autêntica e exitosa *canalização democrática e civilizada dos interesses legítimos da sociedade*, ao atuar por meio de instituições político-partidariamente *neutrais e juridicamente abertas*.

Porém, a mais marcante novidade dessa diversificação de instrumentos sociais - de *zeladoria, controle, promoção e defesa dos interesses da sociedade* - consiste inegavelmente no notável aperfeiçoamento que aportam à *democracia substantiva*, por essa introdução de *novos canais de participação da cidadania*, que são abertos em seu *direto interesse e proveito*, constituindo-se em notável avanço pelo grande acréscimo de *legitimidade* que possibilitam na interação sociedade-Estado, superando, na pós-modernidade, as soluções esgotadas da *teoria da representação*¹⁴.

12 Alusão à síntese da consagrada expressão de MONTESQUIEU no *Espírito das Leis*: “*Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir*”.

13 Admirada institucionalização pioneira de um contra-poder no Estado, originada em países escandinavos, com denominação derivada de palavra com etimologia no norueguês arcaico – *umbusmann* – que significa, apropriadamente, *representante*: agente independente com funções de zeladoria, controle e promoção de interesses públicos manifestados por cidadãos.

14 *Daí porque Montesquieu só encontrava remédio para a tendência universal ao abuso de poder político na montagem institucional de um mecanismo de poderes e contra-poderes. “É preciso que, pela própria disposição das coisas, o poder freie o poder.” Já não se trata, portanto, de confiar cegamente nos homens, mas de saber que qualquer um de nós, quando no poder, é facilmente levado ao desatino, se não for convenientemente enquadrado pelas instituições políticas. Acontece que o sábio francês raciocinava no quadro da ação política exercida por meio de representantes dos governados. Isso era, sem dúvida, um progresso em relação às práticas absolutistas do passado, mas revela-se hoje, em tempos de democracia participativa, algo de muito insuficiente. Sabemos todos que o ‘Estado Democrático de Direito’, mencionado na Constituição, não passa, em nossa triste realidade, de uma peça de ficção política. A democracia pressupõe a atribuição efetiva (e não apenas simbólica) da soberania ao povo, devendo os órgãos estatais atuarem como meros executores da vontade popular. Entre nós, esse esquema funciona em sentido inverso. A soberania pertence de fato aos governantes, que vivem numa espécie de estratosfera ou círculo celeste, onde são admitidos, tão-só, os que detêm algum poder econômico ou alguma influência junto ao eleitorado ou à opinião*

Este notável aperfeiçoamento trazido pelos novos instrumentos democráticos de expressão da cidadania não se sobrepõe, senão que se soma aos existentes, de modo a atuarem paralela e independentemente dos tradicionais canais partidários e eleitorais, que, como exposto, tornaram-se insuficientes, pela limitação inerente às instituições representativas forjadas na modernidade, para proverem, com individualização, presteza e qualidade, as prestações exigidas para o atendimento dos cada vez mais exigentes valores, necessidades, interesses e aspirações das sociedades de hoje.

4 AS FUNÇÕES NEUTRAIS COMO NOVOS CANAIS DE EXPRESSÃO DA DEMOCRACIA PÓS-MODERNA

Estas funções, como se indicou, também devem ser desempenhadas por *agentes do Estado*, mas que se distingam pelo exercício de *competências constitucionais prioritariamente afetas ao interesse direto da sociedade*, embora, *sempre que legitimamente compatível, possam também estar afetas ao interesse do próprio Estado*, em seus desdobramentos políticos e administrativos, constituindo-se, igualmente, como um segundo bloco constitucional de *funções estatais neutras*.

A institucionalização desse terceiro bloco de funções – que ostenta a característica distintiva de serem *político-partidariamente neutras* – vem a ser o resultado de várias mutações juspolíticas ocorridas notadamente na teoria dos *interesses públicos*, dissipando a antiga confusão categorial gerada pela falta de uma nítida distinção entre os *interesses públicos originais*, ou *primários*, afetos às pessoas em sociedade, e os *interesses públicos derivados*, ou *secundários*, afetos às pessoas do Estado.

Com efeito, os sistemas de produção legislativa através de grandes colegiados – os *aparelhos de Estado parlamentares* – criados para a produção do *direito-legalidade*, historicamente só funcionaram a contento enquanto não haviam sido claramente diferenciadas as categorias específicas de *interesses públicos*, até então consideradas em bloco, sob a designação de *interesses gerais* e, por este motivo, deveriam ser exclusivamente definidos pelos órgãos investidos no poder de manifestar a presumida “vontade geral” da sociedade: as assembleias populares, decidindo por seus grupos majoritários.

Com o crescimento e a diversificação dos interesses das sociedades, notadamente a partir das Revoluções Industriais, que marcaram o fastígio e o começo do fim da modernidade, esses interesses se foram de tal modo se multiplicando, fragmentando, setorializando

pública. Todos os demais cidadãos são confinados, cá embaixo, como simples espectadores, pois os governantes de há muito lograram transformar a representação política em representação teatral: eles encenam, perante o povo, a farsa do rigoroso cumprimento da vontade eleitoral. Em suma, temos todo um sistema de poder estatal, mas nenhuma forma organizada de contra-poder popular diante dele.(COMPARATO, Fábio Konder. *Contra-Poder Popular*, in 'Folha de S. Paulo', edição de 22 de fevereiro de 2004) N/destaques.

e especializando, que o sistema legislativo de tipo parlamentar, não tendo como acompanhar essa evolução - o que demandaria diversificar-se também suficientemente, de modo a manter um justo equilíbrio na produção das leis - mergulhou em *crise de legitimidade*.¹⁵

Vale dizer que, por não mais poder definir e atender adequadamente, através de sua *função legislativa*, a complexa massa de reivindicações que conformariam *interesses realmente gerais* em tese - não houve como evitar que o clássico *processo legislativo* passasse a negligenciar sua precípua missão de cuidar dos *interesses primários* (os da *sociedade*), bem como a de zelar pelos *interesses secundários* (os do *Estado*), para se aplicar cada vez mais ao *jogo do poder político-partidário*, que se trava entre interesses de representantes, acólitos e de suas respectivas agremiações partidárias, todos, geralmente, muito distantes das necessidades do povo.

Em suma, assim aplicando e estendendo a conhecida classificação de *interesses públicos*, que encontra seus prolegomenos em Marcello Caetano e seu enunciado mais divulgado em Renato Alessi, observa-se que os parlamentos, por se dedicarem a uma atuação cada vez mais voltada à satisfação de *interesses terciários* (*entendidos como os dos próprios partidos políticos* em sua atuação na busca de poder), vão com isso produzindo *resultados* que, não obstante *formalmente democráticos* - um aspecto que poderia até ser considerado suficiente sob uma óptica juspositivista - em nada servem à sua clássica missão de conferir o que se possa qualificar de uma *autêntica legitimação democrática quanto à substância* - agora entendida sob a óptica ampliada e pós-positivista da *juridicidade*.

Porém, além dessas razões, os aparelhos parlamentares foram perdendo condições - em termos de *tempo* e de *técnica* - para exercerem suas importantes *funções de controle*, como por tradição sempre desempenhavam.

Condições de *tempo*, pois a pletera legislativa crescia além da possibilidade de um adequado seguimento fiscalizatório sobre o governo e sua administração através dos institutos usuais das comissões parlamentares de inquérito, de convocação de autoridades e dos demais instrumentos tradicionais.

15 ELIO CHAVES FLORES e JOANA D'ARC DE SOUZA CAVALCANTI, citando NORBERTO BOBBIO (*A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992), dão três razões para este preocupante fenômeno: 1 - a representação política nos Estados democráticos está em crise, principalmente porque a instituição parlamentar na sociedade industrial avançada não é mais o centro do poder real, mas quase somente uma câmara de ressonância de decisões tomadas em outro lugar; 2 - os mecanismos institucionais de escolha fazem com que a participação popular se limite a legitimar, em intervalos mais ou menos longos, uma classe política que tende à auto-preservação e que é cada vez menos representativa; e 3 - devido ao poder de manipulação por parte de poderosas organizações privadas e públicas. (*O fardo da legitimidade: a democracia para além dos parlamentos*. Prim@facie - ano 5, n. 9, jul./dez. 2006, pp. 64 - 72, <http://www.josuelima.net/ppgcj/gerencia/docs/25062007023217.pdf>).

Condições de *técnica*, pois a diversidade e a especialidade dos *interesses originais*, bem como as dos temas a serem enfrentados, escapavam aos conhecimentos generalistas, que normalmente são esperados dos parlamentares, que, por isso mesmo, tendem a considerar limitadamente esses problemas, meramente sob os aspectos *político-partidários*, escapando-lhes o manejo de critérios de outra natureza, que seriam essenciais a uma autêntica legitimação democrática de suas decisões.

Portanto, a teoria dos “*poderes neutrais*” – que, mais apropriadamente, hoje assim não mais se definirão, mas como “*funções neutrais*”,¹⁶ em razão da própria *unicidade do poder estatal*, e entendida não como uma neutralidade genérica, mas como uma *neutralidade específica*, ou seja, apenas restrita aos assuntos político-partidários – parte da constatação dessa paulatina *erosão da legitimidade* das assembleias políticas, as quais, muito embora formalmente eleitas, perdem *legitimidade* quando se trata de aferir, com imparcialidade e independência, a plethora de valores em constante concorrência nas sociedades contemporâneas.

O Direito pós-moderno, ao cometer, em dois níveis, o *político* e o *administrativo* – respectivamente, a *órgãos constitucionalmente independentes* e a *órgãos administrativamente autônomos* – o desempenho de *funções neutrais*, acorreu com atualidade e eficiência para superar esse impasse de legitimação, *priorizando os interesses públicos primários sobre todos os demais e garantindo equidistância decisória na ponderação concursal entre múltiplos valores*, legitimando-se plenamente, tanto em termos correntes como finalísticos, mas tudo sem interferir sobre as atividades partidariamente orientadas, a cargo dos órgãos governamentais do Estado.

Se, no curso da modernidade, sob o conceito de *legalidade*, então hegemônico, a *noção de direito subjetivo* – portanto *sempre legalmente referida* – era dominante, diferentemente, com o advento da pós-modernidade e a expansão do paradigma da *juridicidade*, passou a prevalecer a *noção de direitos fundamentais*, agora *supralegalmente referida*: à *constitucionalização dos direitos humanos* atinentes à *liberdade*, seguindo-se à dos atinentes à *igualdade*, para, como último desdobramento, à dos atinentes à *cidadania*.

Assim, para maximizar a efetivação desses *direitos fundamentais da cidadania*, como auspicioso rebento que veio a florescer nos *Estados Democráticos de Direito*, conheceram extraordinário desenvolvimento contemporâneo as *funções neutrais*, sobrevividas para ampliar e

16 Como o poder do Estado é uno e indivisível, é o seu exercício que se fraciona e se distribui em *funções*, devendo a expressão plural de usança histórica – “*Poderes do Estado*” – ser entendida apenas como um tropo de linguagem.

processualizar os *canais participativos*, concorrendo para possibilitar cada vez maior *visibilidade* e *controle* sobre as *funções de governança*, com o quê, atendem à sua primária *destinação societal*, tudo com ampliados ganhos, tanto de *legitimidade corrente* como de *legitimidade finalística*, que, com as novas funções, lograram destaque.

É razoável, portanto, afirmar que a renovação juspolítica sistemática proporcionada por esta expansão da *juridicidade*, ultrapassando o tradicional e concentrado, quando não autocrático e elitista, *sistema de produção da lei*, veio possibilitar o surgimento e a multiplicação de novos, variados e ampliados *sistemas de produção do Direito*.

Este fenômeno revolucionário pode ser tido como a mais importante das mutações jurídicas contemporâneas, por ter informado brilhantes construções jurídicas derivadas, como, entre tantas outras, o neoconstitucionalismo, a democratização da aplicação Direito por uma sociedade aberta de intérpretes¹⁷ e a legitimação de todo tipo de decisões, que, embora necessariamente revestidas do poder estatal, não devem estar atreladas a interesses partidários; um elenco de novas *funções estatais neutrais*, eticamente avançadas que vieram a enriquecer, robustecer e aperfeiçoar as *alternativas decisórias* praticadas no Estado, como, no mesmo nível de importância, os seus instrumentos de *controle recíproco*.

Com essas *funções neutrais* voltadas a recolher, em suas origens difusas por toda a sociedade, o puro e legítimo sentido social de *justiça*, reacende-se um novo e forte luzeiro, absolutamente necessário nas sociedades pluralistas pós-modernas, para iluminar e validar quaisquer aplicações das leis: tanto as que devam atuar voltadas ao *ordenamento* do estamento social, como as que devam sobre ele produzir resultados de *controle*.

Essas atividades, que progressivamente se estão impondo, como se percebe, vêm tangidas pelos ventos da *consensualidade* e da *flexibilidade*, para o fim de atender a *demandas próprias da complexidade e do pluralismo contemporâneos*, como são as encontradas em sociedades cada vez mais densas, conscientes, atuantes e que se destacam por suas rápidas e profundas mutações em todos os campos da interação humana, tudo no bojo de um irresistível processo de globalização *que expande os valores do constitucionalismo, como criação cultural por excelência [...] da humanidade como um todo*.¹⁸

17 Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997. p. 13 e ss.

18 A referência aqui é também a PETER HÄBERLE, em intervenção na *Conferência Internacional sobre a Constituição Portuguesa*, promovida pela Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 26 de abril de 2006,

No processo de renovação, essas e outras características juspolíticas emergem não apenas para legitimar, mas para suavizar e humanizar a aplicação do novo *Direito*, aos poucos desfigurando o envilecido estereótipo que dele havia conformedo a percepção do homem comum durante a modernidade: como reduzido apenas à cega e inflexível coleção de *leis* emanadas do Estado - a *dura lex, sed lex* - friamente aplicada por agentes que, por isso mesmo, são tantas vezes incompreendidos, quando não aborrecidos e importunos, uma vez que, não por outra razão, eles apenas “*sabem a poder e a mando autoritário*”.¹⁹

As funções atribuídas a esta categoria de *agentes* exercentes de *funções estatais neutrais*, duplamente legitimados, tanto pelo *mérito em seu acesso* - que é *uma legitimação originária* - como pelo *exercício político-partidariamente isento de suas funções* - que é *uma legitimação corrente* - por atuarem no *interesse direto da sociedade*, o que lhes confere essa *legitimidade*, e dotados de *investidura estatal*, o que lhes confere *autoridade*, vêm suprir as deficiências crônicas na *percepção* e no *atendimento* dos *legítimos interesses gerais da sociedade pós-moderna*.

Assim, os *agentes neutrais*, robustecidos por essas várias atuações paralelas - mas, frise-se, *independentes* daquelas a cargo dos tradicionais estamentos estatais político-partidários - para obter esse resultado, se vão difundindo e se capilarizando por toda a *sociedade*, encontrando a sua mais autêntica e poderosa validação no exercício das *funções constitucionalizadas* de *zeladoria*, de *controle* e de *promoção de justiça*.

7 AS BASES DAS FUNÇÕES INDEPENDENTES NO ESTADO

Em outro trabalho já se afirmou que a brilhante afirmação juspolítica contemporânea da *supremacia dos direitos humanos* - que, em sua dupla caracterização, tanto a *estatal*, constitucionalizada, como a *extraestatal*, globalizada, se erigiu a *direitos fundamentais*, transcendendo as ordens jurídicas internas dos países independentes - precipitou a releitura do suposto “princípio” da *tripartição de poderes*, para possibilitar o desenvolvimento de novos tipos de *funções constitucionais* que fossem a eles direta e especialmente referenciadas.

Por outro lado, também a *democracia*, como o outro valor apontado como essencial ao Estado pós-moderno, estava a exigir *novos canais de participação da cidadania*, que, transcendendo as limitações do sufrágio periódico tradicional, levassem-na a expressar mais

inédita, p. 6, da versão policopiada, *apud* PAULO FERREIRA DA CUNHA, que a recolhe e a cita em obra sua, a tratar da vocação universalista e do universalismo do Direito Constitucional (*Pensar o Estado*. Lisboa: Quid Juris, 2009. p.165-166)

19 GROSSI; Paolo. *La primera lección de Derecho*. op. cit., p. 18.

intensa e constantemente a sua vontade soberana e, simultaneamente, a multiplicar os seus *controles* sobre o poder estatal, aprimorando a *legitimidade* nesse processo.

Sobre essas bases, o percurso teórico para que se estabeleçam os *fundamentos* para a criação dessas novas funções independentes, a serem exercidas no Estado, predominantemente em benefício *direto* da sociedade, mas que concorrem em benefício do próprio Estado, se desenvolveu em quatro segmentos teóricos, todos impregnados de forte conteúdo juspolítico:

1º - pela releitura da teoria da *tripartição dos poderes*, como uma *separação de funções* alocadas a órgãos independentes para o seu exercício.

2º - pela consideração vinculante da teoria dos *direitos fundamentais*, como um dever do Estado não apenas em *declará-los* apropriadamente, como de *garanti-los* eficazmente e, como mais recente entendimento, de *promovê-los* eficientemente

3º - pela aplicação oportuna da teoria das *funções neutrais*, assim denominadas por não interferirem nem serem interferidas pelas atividades político-partidárias, e

4º - pela orientação da teoria da *democracia substantiva*, assim designada por dizer respeito não apenas à escolha *formal* de quem governará, mas à escolha *substancial* de *como* a sociedade deseja ser governada.²⁰

Cumprido o percurso teórico, cuja elaboração detalhada alongaria desnecessariamente este ensaio, fica facilitada a tarefa de identificar tantas quantas *funções sociais neutrais* se façam necessárias para atuarem como *contra-poderes constitucionalmente institucionalizados*, no desempenho de diversas atribuições de *zeladoria*, de *controle*, de *promoção* e de *defesa* de interesses juridicamente garantidos, valendo-se de órgãos para tanto dispostos com *independência funcional* na estrutura do Estado.

6 AS NOVAS FUNÇÕES CONSTITUCIONAIS NO BRASIL

As tradicionais *funções finalísticas* do Estado, então na versão moderna, eram basicamente duas: a de *provedoria da governança* e a de *provedoria de justiça*, e desempenhadas, a primeira, pelos dois complexos orgânicos independentes de base *partidária*, dos, assim denominados por metonímia que se tornou corrente, *Poder*

²⁰ RIVERO, Jean. À propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui: démocratie et administration. In *Mélanges offerts à René Savatier*. Paris: Dalloz, 1965.

Legislativo e *Poder Executivo*, e a segunda, pelo complexo orgânico independente, de base *neutral*, do *Poder Judiciário*.

Nesse clássico esquema, essas duas básicas funções comportavam apenas a coexistência de uns poucos *órgãos constitucionais colaterais*, então considerados como meramente *auxiliares* - tais como o eram, de um lado, os Tribunais de Contas (entendidos como auxiliares do Legislativo), e, de outro, o Ministério Público e a Advocacia (entendidos como auxiliares do Judiciário) - desempenhando, cada um desses, então, *órgãos auxiliares, funções autônomas*, portanto, desprovidos de *independência constitucional*, pois o poder estatal se concentrava nos "Poderes", no modelo vigente do *Estado de Direito*.

Com a passagem para o *Estado Democrático de Direito*, tornando-se necessário atender mais direta e eficientemente às demandas da *cidadania* que extravasavam do quadro de alternativas disponíveis através dos sistemas parlamentares político-partidários, a solução lógica encontrada tem sido o desenvolvimento de *novas funções sócio-estatais neutras independentes*, que, acrescidas às funções e órgãos tradicionais, ampliam o esquema tripartite clássico do poder estatal de modo a comportar os *novos órgãos constitucionais* para a expressão democrática da sociedade.

A peculiaridade desses órgãos está em sua *natureza híbrida*, por serem, simultaneamente, *representativos da sociedade*, porém *investidos de poder estatal independente*, condição necessária para exercerem com liberdade técnica e ética as exigidas funções de *vigilância, controle e promoção e defesa* referidas à toda extensa gama de *interesses protegidos pela ordem jurídica* - individuais ou coletivos, particulares ou estatais - atuando articuladamente com os demais órgãos e funções tradicionais e entre si.

Este modelo de *funções constitucionais neutras independentes* foi adotado na Constituição brasileira de 1988 apoiado sobre as quatro bases acima referidas:

- (1) a releitura da separação de poderes como um *sistema de funções constitucionalmente independentes*;
- (2) a *neutralidade político-partidária* de sua atuação eminentemente técnica;
- (3) o dever precípua de *promoção e defesa dos direitos fundamentais* e
- (4) a realização de uma *democracia substantiva* capilarmente disseminada em toda a sociedade.

Essas bases foram assentadas em sólida *doutrina*, das mais atualizadas correntes juspublicistas contemporâneas, e estão sendo constantemente confirmadas e aperfeiçoadas, desde então, na abundante *jurisprudência* produzida por mais de duas décadas de contínuo *aggiornamento* teórico, pelo Supremo Tribunal Federal.

Portanto, embora na Constituição de 1988, o esquema topográfico da *distribuição de funções* siga ainda, em aparência, a modelagem tripartite, a simples inserção, no texto, de acrescidas *funções independentes*, mesmo mantendo certa simetria formal com a tradicional divisão da Carta Política em Títulos e Capítulos, já deixa suficientemente nítido o superior destaque ativo atribuído aos *direitos fundamentais*: como se manifesta claramente logo em seus dois primeiros Títulos - no *Estatuto da República* (Título I) e no *Estatuto das Pessoas e da Sociedade* (Título II) - ao guardarem significativa precedência lógica e axiológica ao *Estatuto do Estado*, que se lhes segue (desenvolvido ao longo dos demais Títulos, do III ao IX).

Mas não ficam apenas nessa disposição tópica, se não que, com maior evidência, encontram-se estampadas na *descrição dessas funções*, as inovações mais significativas quanto à importante distinção apresentada entre as tradicionais funções públicas *do Estado* e as novas funções públicas *no Estado* - estas, com seus exemplos cuidadosamente institucionalizados de *categorias constitucionais de funções neutrais independentes* - diretamente voltadas ao conceito de *realização da justiça na sociedade*: não mais, como então se a concebia, ou seja, um conceito essencialmente vinculado à *legalidade*, senão que, nestes tempos de pós-modernidade, ampliado à legitimidade e à licitude, em suma: referidas ao conceito síntese de *juridicidade*.

Desse modo, nestas categorias inovadas, identificam-se *cinco tipos de funções neutrais constitucionalmente independentes*, com suas respectivas atuações referidas à *zeladoria*, ao *controle* e à *promoção* e à *defesa* de interesses juridicamente protegidos, por esta razão, todas apropriadamente inseridas na Carta Política brasileira em seu Título IV - Da Organização dos Poderes - como a seguir descritas e identificadas:

1º - funções neutrais constitucionalmente independentes de fiscalização contábil, financeira e orçamentária, voltadas explicitamente à tutela da legalidade, da legitimidade e da economicidade da gestão administrativa,²¹ e, implicitamente, também à tutela da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência da gestão pública, categorizadas como atividades de zeladoria e de controle, cometidas ao sistema nacional de *Tribunais de Contas*,^{22 23}

21 Art. 70, *caput*, C.F.

22 Art. 70 a 75, C.F.

23 Art. 37, *caput*, C.F.

2º - funções neutrais constitucionalmente independentes de controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juizes, de custódia da autonomia do poder judiciário, do cumprimento do estatuto da magistratura e da observância dos princípios da administração pública, de promoção de justiça em casos de crime contra administração pública e abuso de autoridade e atribuições correlatas,²⁴ categorizadas como de zeladoria, controle e promoção de justiça e cometidas ao *Conselho Nacional de Justiça*;

3º - funções neutrais constitucionalmente independentes de controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais dos seus membros, de custódia da autonomia funcional e administrativa dessa instituição e da observância dos princípios da administração pública, e atribuições correlatas,²⁵ categorizadas como de zeladoria e controle, cometidas ao *Conselho Nacional do Ministério Público*;

4º - funções neutrais constitucionalmente independentes e definidas como essenciais à justiça, categorizadas como de controle, zeladoria e promoção de interesses juridicamente qualificados de toda natureza, cometidas, respectivamente, conforme a especificidade dos interesses, a quatro complexos orgânicos distintos: ao *Ministério Público*,²⁶ à *Advocacia de Estado*,²⁷ ²⁸ à *Advocacia*²⁹ e à *Defensoria Pública*;³⁰ e

5º - funções neutrais constitucionalmente de lei ou ato normativo federal,³¹ bem como a concursos públicos de ingresso na magistratura,³² no ministério público³³ e nas procuradorias dos estados e do distrito federal,³⁴ cometidas à *Ordem dos Advogados do Brasil*.

24 Art. 103-B, §4º, C.F.

25 Art. 130-A, §2º, C.F.

26 Art. 129, C.F.

27 Art. 131, C.F. (da União) e art. 132, C.F. (dos Estados e do Distrito Federal).

28 Não obstante a Constituição nomear apenas a Advocacia de Estado da União, dos Estados-membros e do Distrito Federal, também a dos *Municípios*, bem como a das *autarquias* de todos os níveis federativos, estão nela *implícitas*, desde logo por três razões: 1º - porque, sendo *idênticas* as funções, independentemente dos níveis federativos em que atuem, impõe-se a *isonomia* de tratamento; 2º - porque não seria lógico atribuir-se por via interpretativa qualquer *intenção* discriminatória por parte do constituinte em relação às demais advocacias de Estado, fechando um elenco taxativo, senão a de dar um destaque institucional às nominadas para subordiná-las a regras peculiares; 3º - porque se todos os seus exercentes são providos por *investidura pública*, gozam todos de idêntica *fe pública*, que impõe ser reconhecida, como é o comando do Art. 19, II, C.F.

29 Art. 133, C.F.

30 Art. 134, C.F.

31 Art. 103,VII, C.F.

32 Art. 93, I, C.F.

33 Art. 129, §3º, C.F.

34 Art. 132, *caput*, C.F.

Em suma, os *agentes* investidos nessas funções, além do *múnus técnico*, próprio e indispensável ao desempenho de cada espécie acima elencada, arcam com o *múnus político* de apresentarem, perante todos os demais complexos orgânicos independentes do Estado, os *interesses da sociedade*, de modo a serem todos resguardados, promovidos e defendidos com idêntico empenho, independentemente de se categorizarem como interesses públicos ou privados, coletivos ou individuais, porque o norte absoluto que os moverá não deverá ser outro que a realização da *justiça*.

7 CONSIDERAÇÕES ESPECÍFICAS SOBRE O REFERENCIAL CONSTITUCIONAL À JUSTIÇA E A ESSENCIALIDADE DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL E CONCLUSÕES

Conforme o observado, está concentrada no *endereço* à *justiça* – explícito e com cláusula de essencialidade na descrição de algumas dessas funções, ou implícito, com relação às demais – *a mais elevada referência axiológica juspolítica registrada pela Constituição*, pois, uma vez privados deste supremo valor, perdem os povos o cimento da *confiança*³⁵, elemento indispensável à consolidação da vida civilizada, daí ser este, indubitavelmente, o maior bem que o Estado pode proporcionar às sociedades pelo desempenho correto e harmônico de suas funções, mas, notadamente, pelas que carregam o *múnus político* de lhes serem *essenciais*.

No sistema brasileiro de funções constitucionais está *explicitamente prestigiada a missão de sustentação da justiça* em quatro destacados ramos, considerados como a ela *essenciais*: o *Ministério Público*, a *Advocacia de Estado*, a *Defensoria Pública* e a *Advocacia Privada*. Por *essenciais à justiça*, todas essas funções se submetem, rigorosamente, a três inafastáveis nortes éticos: *primo*, o da *legalidade*, seu norte jurídico positivo; *secundo*, o da *legitimidade*, seu norte jurídico político, e *tertio*, o da *licitude*, seu norte jurídico moral – e, para prosseguir-los fielmente, se lhes foi assegurada *independência funcional*, como garantia distinta, mais elevada e mais efetiva do que a simples *autonomia funcional*, que lhes atribuíam os regimes constitucionais anteriores.

Em consequência, esta *independência funcional* constitucionalmente assegurada *não pode ser limitada no seu exercício*, a cargo dos respectivos agentes – enquanto órgãos do Estado – por nenhum ato normativo, legislativo ou administrativo, de qualquer esfera federativa, pois, se tal limitação pudesse ser imposta, em última análise se refletiria restritivamente sobre o seu *múnus* constitucional da sustentação da *justiça* e resultaria em eventual prejuízo do específico interesse apresentado a qualquer dos órgãos decisórios do Estado.

35 V. PEYREFITTE, Alain. *La Société de Confiance*, Paris: Odile Jacob, 1995.

Não por outro motivo, qualquer dúvida que se suscite quanto à *fidelidade exigida de qualquer dos agentes que exerçam funções essenciais à justiça* – entre referir-se a esses *valores fundamentais* (constitucionais) ou a quaisquer outros pretendidos *valores contingenciais* (político-partidários) – ou seja, se deverão atuar como *órgãos de Estado* ou como *órgãos de governo*, não será mais que um falso dilema sob nosso regime constitucional, pois a *independência lhes foi assegurada* para que possam atuar serenamente na delicada missão de *sustentação da justiça*, exclusivamente segundo sua *ciência e consciência*, portanto, sem qualquer sujeição ou submissão hierárquica que aquela de mero conteúdo formal e burocrático, pois qualquer outra interpretação envolvendo o conteúdo material de suas decisões, necessariamente implicaria na deturpação de seu múnus, constitucional, superpondo o contingente ao fundamental.

E não apenas em razão da *vinculação constitucional* que a todos abrange – e, aqui, particularmente com vistas particularmente ao *Advogado de Estado*, por ser este o direto responsável pelo desempenho da delicada missão de *controle de juridicidade da Administração* – como, também, em última análise, *em razão de ser o povo a origem única de todo o poder nas democracias*, os que devem apresentar os seus caleidoscópicos interesses têm o dever de preservar a sua independência, condição *sine qua non* de manter sua *fidelidade democraticamente neutral à realização da justiça*.

Com efeito, em razão de os *direitos fundamentais gozarem de supremacia ôntica e deôntica* (tratando-se, portanto, de manter a *fidelidade que está prioritariamente a eles constitucionalmente vinculada*), é curial que, para um livre exercício funcional de vigilância, controle, promoção e defesa sobre esses valores, essa elevada *fidelidade à justiça* de seu múnus esteja garantida por uma *inviolável independência funcional*. Tal é a razão da especial investidura de nível constitucional extensiva a todos os que exercem *funções essenciais à justiça*: para que desempenhem *sem imposições* de qualquer espécie, as missões que lhe são conferidas, como *órgãos singulares de zeladoria, controle, promoção e defesa de interesses que sustentem ser juridicamente protegidos*, ainda porque, em *ultima ratio*, não poderiam ser obrigados a agir contra sua consciência.³⁶

Em suma, qualquer forma de coação com vistas a desvirtuar e, até mesmo, a minimizar essa elevada missão romperia o equilíbrio e a harmonia entre as partes envolvidas na busca da *justiça*, de vez que

36 Portanto, implicitamente assente que, em caso de conflito entre *posições jurídicas dos órgãos singulares, que sempre o são em sua atuação profissional, com órgãos coletivos, que lhe possam ser hierarquicamente sobrepostos para fins burocráticos*, que venham a ocorrer em qualquer das funções essenciais à justiça instituídas no Estado, a posição dos colegiados prevalecerá para manter a *coerência institucional do órgão coletivo*, mas sem, contudo, obrigar os *órgãos singulares* a agirem contra sua consciência profissional, não só pela mesma razão, que é a de preservar a *coerência funcional do órgão individual*, como em respeito à sua *independência*, por ser esta uma *garantia constitucional* que assegura, sobretudo, o correto fluxo do *processo dialógico democrático, necessário à busca da justiça*, repudiando qualquer violação a pretexto de obediência a ordem hierárquica, como se tratassem de meros cargos burocráticos.

o eventual cerceamento, de quem hipoteticamente deveria atuar no sentido afirmativo ou infirmativo da juridicidade de um interesse, acabaria repercutindo prejudicialmente sobre a higidez do *conteúdo dialógico* indispensável ao desenvolvimento adequado do *devido processo da lei*, violando-o, portanto, obliquamente.

Por fim, se as *funções político-partidariamente neutras constitucionalmente independentes e essenciais à justiça* são, como aqui se tem sustentado, instrumentos de *contra-poder* para tanto instituídos na própria estrutura dos *Estados Democráticos de Direito*, para *canalizar institucionalmente as distintas reivindicações da sociedade*, através de específicas instituições no exercício de suas respectivas *funções de zeladoria, controle, promoção e defesa* de interesses legais, legítimos e lícitos, *todo o seu desempenho se submete ao princípio constitucional do devido processo*.

Portanto, é da *essência constitucional* da construção processual de quaisquer decisões jurídicas em que estejam em jogo interesses protegidos, que comecem o processo pública e dialogicamente em seus próprios *órgãos consultivos ou postulatórios*, para que suas promoções venham a ser submetidas à apreciação dos *órgãos decisórios competentes do Estado*, para que estes, por sua vez, também, depois de pública e dialogicamente processá-las, venham finalmente *provê-las ou dar as razões pelas quais não o fazem*, fechando, assim, um *ciclo processual complexo*, constitucionalmente destinado a reduzir civilizadamente, por uma atuação sempre a todos democraticamente aberta e amplamente disponível, os *riscos* incessantemente criados na dinâmica da vida em sociedade.

Enfim, cabe recordar: sob esta perspectiva sociológica não há pequenos interesses, nem pequenas injustiças, pois muitas são as variáveis que poderão transformá-los - *se não forem isenta e adequadamente canalizados pelas funções que para tanto apresentam apartidariamente a sociedade no Estado* - em imprevisíveis avalanches, como movimentos de contra-poder desordeiros, violentos e vandálicos nas sociedades contemporâneas.

Teresópolis, 3 de janeiro de 2011.

MINISTRO CARLOS THOMPSON FLORES CENTENÁRIO DO SEU NASCIMENTO

*Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz
Desembargador Federal do TRF/4ª Região*

“Justiça que brote de Juízes independentes, sem falsos ou mal compreendidos exageros. Justiça austera, impoluta, incorruptível, como se faz mister o seja, e para cujos imperativos prosseguiremos indormidos e intransigentes. Justiça humana, como merece distribuída às criaturas, feita à imagem de Deus. Justiça que jamais se aparte dos fins sociais e das exigências do bem comum, sem cujo conteúdo não teria nenhum sentido. Justiça que se aproxime, sem excessos ou enganosas formas, do próprio Povo, para o qual é ditada e do qual deve estar sempre ao alcance: simples, real, despida de tudo que a possa tornar dificultosa, a fim de que a compreenda melhor, sintam-a com mais fervor, e possa, assim, nela crer, para amá-la, prestigiá-la e defendê-la, se preciso for, convencido que ela

é o seu baluarte democrático e a sua mais sólida garantia. E, sobretudo, Justiça pontual, como a queria Rui, porque tarda não mereceria o nobre título. E como dizia, reclamando, “Para que paire mais alto que a coroa dos reis e seja tão pura como a coroa dos santos”.

Só assim nos tornaremos dignos do respeito e da confiança da Nação, ao lado dos demais Poderes da República”.

Ministro Carlos Thompson Flores

Ao discursar na homenagem a Carlos Thompson Flores, em 14 de fevereiro de 1977, que então se empossava na Presidência do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Moreira Alves teve oportunidade de dizer, em análise percuciente, a propósito de sua personalidade como magistrado nestas palavras consagradas, verbis:

Neste ano e meio em que tenho a honra de integrar esta Casa, servindo na Turma a que até agora Vossa Excelência presidia, pude sentir de perto, em convivência quase diária, a justiça que se lhe tem feito ao longo de sua vida de magistrado. Tenho-o, Sr. Min. THOMPSON FLORES, por modelo de juiz. Vossa Excelência, no exercício da judicatura, revela não limitar-se a possuir aquelas qualidades que MURATORI, apoiado nas santas escrituras e veemente na crítica aos juristas, exigia dos juízes: o saber, para bem aplicar as leis; o amar a verdade, para poder distingui-la do erro; o temor a Deus, para não deixar-se levar pelo ódio, medo, cupidez ou qualquer outra inclinação; o desprezar as posições e regalias, para ser imparcial. A esses atributos, acrescenta-se, em Vossa Excelência, um outro: o exercer a magistratura como sacerdócio, com o amor de quem nela, e só por ela, realiza o ideal de suas aspirações.¹

Logo em seguida, o Procurador-Geral da República, o Professor Henrique Fonseca de Araújo, em nome do Ministério Público Federal, traduziu, com estas belas e significativas orações, os mesmos sentimentos, verbis:

Tanto impressionou-me o espírito de justiça de que impregnava seus pronunciamentos, que disse certa vez à Sua Excelência, que, se porventura, um dia fosse eu réu em um processo, o escolheria para juiz, renunciando previamente a qualquer recurso.

Não tive motivos, continuando a acompanhar-lhe a judicatura, muito especialmente neste colendo Tribunal, para alterar, antes para confirmar esse juízo que, de resto é o de todos que o tem visto atuar como magistrado.

¹ *Revista Forense*, v. 257, p. 418

Em Sua Excelência, nos seus julgamentos tenho encontrado a confirmação do que ensina RECASENS SICHES, de que a lógica jurídica não é igual ao tipo de lógica matemática, porque é a lógica do razoável. A sentença, na sua elaboração, não obedece necessariamente ao clássico silogismo. Porque, “sentença”, já na sua etimologia latina, vem do verbo “sentice”, o que equivale dizer, experimentar uma espécie de emoção, dir-se-ia, uma espécie de intuição emocional. Juiz, ao conhecer dos fatos, forma, antes de mais nada, sua conclusão, pelo seu inato espírito de justiça, numa demonstração de que o “decisum”, em regra, se estabelece no espírito do juiz, antes dos “consideranda”. Essa, também, a opinião de CALAMANDREI.

O eminente Min. THOMPSON FLORES sente, intuitivamente, onde está a Justiça. Se algo caracteriza sua personalidade de magistrado é esse inato espírito de justiça, servido por um caráter incorruptível e inamoldável, onde a bravura e o destemor não chegam a ressaltar por sua naturalidade.

Contra os poderosos do dia, presidiu, certa feita, como Juiz, júri de imprensa. E contra tudo e contra todos, levou o Tribunal à unânime decisão condenatória, que lhe valeu ameaças e insultos, que em nada alteraram sua conduta.

Por suas qualidades é que, sem bairrismo, nós, rio-grandenses do Sul, nos orgulhamos do Min. THOMPSON FLORES.²

Com efeito, após 44 anos dedicados exclusivamente à magistratura, atingira o cume de sua vitoriosa carreira, repetindo, no plano nacional, a consagração que obtivera em seu estado natal, o Rio Grande do Sul.

Quanto mais se examina a vida de Carlos Thompson Flores, mais se revela a sua vocação para a função de juiz.

Por certo, herdou-a de seu avô, o também Desembargador Carlos Thompson Flores, fundador e primeiro Diretor da Faculdade de Direito de Porto Alegre, Presidente da Província no Império, parlamentar, constituinte em 1891 e membro do Tribunal de Justiça tão logo proclamada a República.

Aos 26 de janeiro de 1911, há cem anos, nasceu Carlos Thompson Flores na cidade de Montenegro, no Estado do Rio Grande do Sul.

Filho do político e advogado Luiz Carlos Reis Flores e de Dona Francisca Abbott Borges Fortes Flores, foram os seus avós paternos

² *Revista Forense*, v. 257, p. 419;

o Desembargador Carlos Thompson Flores e Dona Luíza Elvira Reis Flores, filha do Barão de Camaquã, um dos comandantes militares da Guerra do Paraguai; pelo lado materno, o Dr. João Pereira da Silva Borges Fortes, político e magistrado no Império e Dona Ofélia Abbott Borges Fortes, irmã do ex-Ministro da República e ex-governador, Dr. Fernando Abbott.

O Ministro Carlos Thompson Flores é descendente de algumas das mais ilustres e antigas famílias do Brasil que forneceram ao nosso país políticos do mais alto relevo, como o Marechal Hermes Rodrigues da Fonseca, Presidente da República, diplomatas como o embaixador Carlos Martins Thompson Flores, médicos como o Conselheiro do Império Dr. Jonathas Abbott, considerado por muitos o maior luminar da ciência médica brasileira no século XIX.

Destacam-se, ainda, o Coronel Tomás Thompson Flores, herói da Guerra de Canudos, cujos feitos são relatados por Euclides da Cunha na obra clássica “Os Sertões”; o Ministro Francisco Thompson Flores, Ministro do Tribunal de Contas da União que, em 1937, como relator das contas do Presidente Getúlio Vargas, levou a Corte de Contas a manifestar-se pela rejeição das contas do Presidente da República, em decisão sem precedentes na história daquele Tribunal.

É descendente direto do bandeirante Raposo Tavares, um dos fundadores do Brasil, e de Dionísio Rodrigues Mendes, um dos primeiros povoadores do Rio Grande do Sul, cuja fazenda, em meados do século XVIII, situava-se em terras onde hoje se localiza o Município de Porto Alegre.

Uma das fazendas de seu bisavô, o Dr. João Pereira da Silva Borges Fortes, notável político do segundo reinado, hospedou o Imperador D. Pedro II e toda a sua comitiva, no ano de 1865, em São Gabriel, quando de sua visita à Província de São Pedro.

Corre em suas veias o nobre sangue da família Leme, de São Paulo, que deu ao Brasil homens como o Cardeal D. Sebastião Leme, que desempenhou papel decisivo para o favorável desfecho da Revolução de 1930, ao convencer o Presidente deposto Washington Luís Pereira de Sousa a partir para o exílio.

São, ainda, seus primos o Almirante Diogo Borges Fortes, Ministro e Presidente do Superior Tribunal Militar, o General Carlos Flores de Paiva Chaves, o primeiro militar brasileiro a comandar tropas da ONU – comandou a Faixa de Gaza nos anos cinquenta -, o Almirante Joaquim Flores do Rêgo Monteiro, formado em Engenharia Naval na Inglaterra e um dos pioneiros no país nessa importante modalidade

de engenharia e o Embaixador Francisco Thompson Flores, um dos responsáveis pela criação e instalação do Mercosul, quando embaixador em Buenos Aires.

Essas, em apertada síntese, são as origens familiares de Carlos Thompson Flores.

O homem, disse-o Antonio Joaquim Ribas, em sua biografia de Campos Salles, é um ser sucessivo, cuja alma contém, algumas vezes, as virtudes de cem gerações.³

Como nos minerais e vegetais, prossegue o notável biógrafo, a natureza elabora, longa e surdamente, as suas obras primas na humanidade.

Eis porque assinalamos que nos seus antepassados já se revelavam as altas virtudes que, aperfeiçoadas pelo estudo e meditação, destinaramo-nos às mais elevadas posições na administração da nossa Nação.

A l'origine d'une vocation, recorda Roger Martín Du Gard, il y a presque toujours un exemple.

No exemplo de seus ancestrais, colheu a inspiração e o estímulo que lhe serviram de motivação na escolha de sua vocação, a magistratura, cujo exercício consumiu toda a sua existência.

A rigor, parodiando Ruy Barbosa, dele se pode afirmar: Juiz, sempre Juiz, apenas Juiz.

Fez o curso primário no Colégio Público Elementar “14 de Julho”, na cidade de Montenegro. O ginásio no Colégio Estadual Júlio de Castilho, escola modelar na época, em Porto Alegre.

Concluído o curso secundário, matricula-se na tradicional Faculdade de Direito de Porto Alegre, fundada por seu avô, o Desembargador Carlos Thompson Flores, em 1900.

Forma-se com distinção como integrante da turma de 1933, tendo colado grau em solenidade especial realizada no gabinete do Diretor, eis que já era, a esse tempo, Juiz Distrital de Herval do Sul, termo da Comarca de Jaguarão.

Em 1938, após aprovação em concurso público, é nomeado Juiz de Direito da Comarca de Santa Vitória do Palmar. Daí passou, mediante remoção, para a Comarca de Rosário do Sul. Posteriormente,

3 RIBAS, Antonio J., Campos Salles – Perfil Biográfico, Rio de Janeiro, p. 536, 1896.

foi promovido, sucessivamente, para as Comarcas de Montenegro, de 2ª entrância, e Livramento, de 3ª entrância.

Em 1951, é promovido para a Capital e, posteriormente, designado para a Vara dos Feitos da Fazenda Pública, desagudouro dos grandes nomes da magistratura riograndense.

Em 13 de abril de 1953, é convocado para substituir o Desembargador Homero Martins Batista sendo, logo a seguir, em 03 de junho, promovido a Desembargador do Tribunal de Justiça, com 42 anos de idade, o mais moço na época.

Todas as suas promoções na carreira sempre foram movidas pelo impulso nobilitante do merecimento, num claro reconhecimento das suas marcantes qualidades de julgador.

No Tribunal de Justiça, foi eleito para o cargo de Corregedor-Geral da Justiça, tendo-o exercido por dois períodos consecutivos, deixando ditas funções para compor a 4ª Câmara Cível, em março de 1960.

No Tribunal Regional Eleitoral, exerceu os cargos de Vice-Presidente e Presidente.

A sua atividade, porém, não se restringiu à magistratura.

Realmente, durante muitos anos professou a cadeira de Processo Civil no Curso de Formação de Magistrados mantido pela Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul.

Designado mediante eleição, representou o Tribunal de Justiça no Congresso de Juristas em comemoração do Centenário de Clóvis Beviláqua, realizado na cidade de Fortaleza, em 1958.

Da mesma forma, representou o Tribunal de Justiça perante a III Conferência Nacional de Desembargadores, realizada em 1964, na cidade do Rio de Janeiro, quando foi distinguido por seus pares para presidir uma das quatro comissões – a de processo civil –, escolhendo como seu secretário o Professor Alfredo Buzaid.

Essa comissão debateu a fundo o anteprojeto do Código de Processo Civil, sendo que várias de suas sugestões foram incorporadas ao mencionado projeto de codificação.

É eleito vice-Presidente do Tribunal no período de 1964-1965 e, posteriormente, Presidente no biênio 1966-1968.

Os seus elevados méritos levaram o Tribunal, por unanimidade, a quebrar o critério da antiguidade e elegê-lo Presidente da Corte antes de chegar a sua vez pelo rodízio tradicional, pois reconheceram os seus integrantes que o Desembargador Thompson Flores era, na oportunidade, a pessoa certa para promover as reformas que o Judiciário gaúcho necessitava.

Com efeito, na chefia do Poder Judiciário Estadual empenhou-se decididamente na superação dos entraves que há décadas emperravam o judiciário gaúcho com as seguintes medidas: criou a Revista de Jurisprudência do Tribunal; instituiu os boletins de jurisprudência da Corte distribuídos quinzenalmente aos desembargadores, providência essa que, posteriormente, como Presidente do Supremo Tribunal Federal, difundiu na Suprema Corte e em todos os Tribunais do país; promoveu a elaboração de um novo Código de Organização Judiciária; encaminhou sugestões à reforma da Constituição Estadual, em atendimento à adaptação à Constituição Federal de 1967; dinamizou e concluiu as obras do Palácio da Justiça, paralisadas há mais de dez anos; garantiu a ampliação dos quadros de pessoal da Secretaria do Tribunal, por meio da Lei nº 5.668/67; criou a assessoria de imprensa do Tribunal, iniciativa pioneira para divulgar à sociedade as atividades do Judiciário, tornando-o mais conhecido da população; procurou as faculdades de direito dialogando diretamente com os estudantes para sensibilizá-los no ingresso à magistratura.

Prestes a cumprir o seu mandato, é nomeado pelo Presidente Costa e Silva ministro do Supremo Tribunal Federal, na vaga do Ministro Prado Kelly, por decreto de 16 de fevereiro de 1968.

A sua posse deu-se em 14 de março, nela comparecendo o que havia de mais representativo da cultura jurídica e do cenário político do Rio Grande do Sul, fruto da fama do juiz excepcional que, em seu estado de origem, conquistara o respeito e admiração de seus coestaduanos face às suas qualidades de inteligência, independência, cultura, honradez e trabalho.

No Supremo Tribunal Federal, permaneceu cerca de treze anos, ratificando o alto conceito de que viera precedido.

Seria dar incontável extensão ao presente texto se, porventura, se quisesse examinar em pormenores o brilho da judicatura do Ministro Thompson Flores na Suprema Corte.

Os seus votos, em geral, não eram muito extensos, mas profundos, valendo-se da melhor doutrina, desvendando o âmago da causa numa síntese admirável de exatidão e brilho.

Em 07 de agosto de 1980, julgando o RE nº 88.407-RJ (Pleno), versando a responsabilidade civil do transportador na hipótese de assalto ao passageiro, proferiu voto que bem retrata sua técnica de julgar, verbis:

O SR. MINISTRO CARLOS THOMPSON FLORES (RELATOR): - Conheço do recurso e lhe dou provimento para restabelecer a sentença de fls. 65/66, excluindo, porém, a indenização pelo dano moral, e, no pertinente aos honorários de advogado, reduzi-lo a 15%, nos termos do art. 11 da Lei 1.050/60.

2. Decidindo como decidiu o acórdão recorrido que, à transportadora não cabia responsabilidade porque ocorrera “fator impediendo do cumprimento do dever de incolumidade do passageiro acrescido de sua culpa” face aos fatos que se oferecem certos, penso que o decisório não só denegou vigência ao art. 17, e seus incisos 1º e 2º, do Dec. Legislativo 2.681/912, como dissentiu do enunciado na S. 187 e julgado, desta Corte, proferido no RE nº 73.294, 2ª Turma, de 03.12.73 (R.T.J. 70/720/1), cuja ementa dispõe:

‘Responsabilidade civil. Transporte urbano de passageiros. Ao elide a responsabilidade do transportador, por não ser estranho à exploração da atividade, o fato de terceiro, motorista de outro veículo, após discussão provocada pelo condutor do coletivo sobre questões de trânsito, disparar sua arma contra este e atingir o passageiro. Dissídio com as Súmulas 187 e 341.

Recurso extraordinário conhecido e provido’

Justifica-se, dessarte, o conhecimento do recurso.

E cabe provê-lo.

Os fatos se oferecem certos, como reconheceram as partes e os julgados de primeiro e segundo graus.

Apenas no pertinente à sua qualificação é que dissentiram.

E, fazendo como fez o aresto impugnado, não só deixou de aplicar a regra adequada na sua conceituação própria (art 17, e seus incisos 1º e 2º) como discrepou do correto conceito jurídico que atribuíram os padrões aludidos.

Por isso, o restabelecimento parcial da sentença do nobre Juiz Antonio de Oliveira Tavares Paes que, em precisa síntese, fez incensurável adequação dos fatos à lei, ao afirmar, fls. 65v/66:

‘Nenhum valor me parece ter a alegação constante da contestação, no que diz respeito à existência de força maior ou de caso fortuito a descaracterizar a obrigação indenizatória. Está provado que a existência de assaltos coletivos, na região em que a firma ré explora sua atividade lucrativa, alança índices alarmantes e os autos dão bem uma notícia disso (fls. 18), além de se tratar de fato público e notório, que independe de prova. Ora, sendo um fato que já se integrou na diuturnidade da vida de quem habita aquela região, a ocorrência desses assaltos não pode ser considerada como fato imprevisível a caracterizar a fortuidade de sua verificação. Parece-me irresponsável a douda argumentação neste sentido expendida pelas autoras, na réplica de fls. 51/60, que se constitui em verdadeira aula sobre responsabilidade civil.

Acresce notar que a ré alegou que o próprio marido e o pai das autoras foi o único responsável pelo evento, pois, foi ele quem deu início ao tiroteio e, assim, teria dado início a um outro processo causal, que estaria a descaracterizar a responsabilidade decorrente da garantia de incolumidade devida aos passageiros pela transportadora.

Tal argumento, se bem que impressionante à primeira vista, não resiste a um exame mais profundo, pois, quando da interferência da vítima, já se caracterizara o inadimplemento à garantia de incolumidade, pois, não apenas um passageiro, mas, todos se achavam submetidos à mira das armas dos meliantes, pelo que evidenciada a falta de precaução da ré em evitar o ocorrido.

Não é resultado lesivo que caracteriza o inadimplemento da obrigação da transportadora de assegurar ao passageiro sua incolumidade física, mas sim a simples criação in concreto da possibilidade de sua verificação. No caso, o resultado apenas determina a incidência de uma obrigação secundária, que diz com a reparação dos danos sofridos.

Se o passageiro for submetido a um risco concreto de lesão e esta não vier a se concretizar, não há como se negar o inadimplemento da obrigação de garantia de incolumidade, no entanto, não há que se falar em indenização, pois, esta decorre do dano e o mesmo não se verificou.

No caso dos autos, o inadimplemento da obrigação de garantia de incolumidade se verificou com a ocorrência do assalto e as lesões sofridas pela vítima, que vieram a ocasionar sua morte, nada mais são do que um desdobramento desse fato inicialmente imputável à ré. Não importa que os demais passageiros não tenham sofrido danos, pois, o que caracteriza a obrigação é a conjugação do inadimplemento

com a verificação da lesão, e, desde que verificada tal conjugação, é inarredável a responsabilidade indenitária’

4. Nem poderia a demanda ter outro desfecho.

O documento que se refere a sentença, certidão expedida pela Delegacia de Polícia de São João de Meriti, fls. 18/19, de criminalidade inferior à de Caxias, onde ocorreram os fatos, bem como de Nova Iguaçu, revelou que no ano de 1974, só na referida Delegacia, foram registrados 228 assaltos a coletivos, o que representa uma média de quase um por dia.

Dita média, seria maior na cidade onde se verificou.

Em verdade, é fato, mais que notório, tais ocorrências na Baixada Fluminense, como bem acentuara o magistrado.

Apreciando acontecimento que se repete no trânsito, o qual pela conduta de terceiro originou dano a passageiro de ônibus, acentuou o eminente Ministro Xavier de Albuquerque, relator do padrão referido:

‘Tomados os fatos na versão do próprio acórdão, não vejo como lhe endossar a conclusão. Discussões desse gênero chegam a ser rotina no trânsito do Rio de Janeiro, felizmente não no sendo desfechos como o que essa teve. Mas tais desfechos também não chegam, por desgraça, a ser raros. A imprensa se ocupa freqüentemente com episódios análogos, que sociólogos, psicólogos e médicos procuram interpretar em estudos sérios e conhecidos.

O fato do terceiro, que deu causa aos danos sofridos pelo recorrente, não pode considerar-se estranho à exploração do transporte urbano de pessoas numa cidade como o Rio de Janeiro, a ponto de equiparar-se ao caso fortuito ou à forma maior. Principalmente quando, como reconhece o Tribunal a quo, deu-lhe ensejo, não importa que sem proporção, a discussão, provocada pelo preposto da transportadora.’ (RTJ 70/721).

Em tais condições não ocorrem, a meu ver, quaisquer dos pressupostos capazes de afastar a responsabilidade do recorrido, ou seja, fato de terceiro ou culpa exclusiva, da vítima.

Com efeito.

No campo da responsabilidade civil nos transportes coletivos de passageiros, a Jurisprudência do S.T.F. tem sido sempre sensível à realidade, como também ocorre em países outros, especialmente, França e Itália.

Em princípio, e desde 1920, passou a aplicar o vetusto Dec. Legislativo nº 2.681/912 ao transporte através dos bondes.

Após, ampliou-se aos ônibus, e chegou até às lotações como o admitiu a Eg. 3ª Turma ao julgar o RE nº 59.966, em 11.04.69 (RTJ 55/429)

Intercorrentemente, quebrando a rigidez do Código Civil, art. 1.523, admitiu a presunção de responsabilidade do preponente.

O caso, assim, deve ser considerado ante a dolorosa realidade do que sucede e se agrava, como é notório, nas grandes capitais e aqui nas cidades que integram a chamada 'Baixada Fluminense' onde ocorreu o evento.

Atendo às circunstância que o rodearam, não há como falar em "fator impediante no cumprimento do dever" capaz de elidir a responsabilidade pelo fato, de parte do transportador, como aceitou o acórdão.

É que, por disposição expressa da lei, art. 17, segunda parte, sua culpa é "sempre presumida", ressalvadas as duas hipóteses de seus incisos 1º e 2º, fortuito ou força maior, e, bem assim, culpa exclusiva da vítima.

Precisou o Código Civil, no seu art. 1.058, a conceituação dos dois primeiros.

In casu, cuida-se do segundo, o fato de terceiro, o qual, em verdade, não seria excludente de sua responsabilidade, apenas daria direito de regresso contra o causador do dano, nos termos do art. 19 da citada lei especial, como sentido que se lhe atribuiu a Súmula 187, ou seja, compreensivamente, como já acentuava Aguiar Dias fundado no ensinamento dos Tribunais (Da Responsabilidade Civil, vol. 1, 1979, p. 231).

É mister, porém, como acentua:

'Assim, qualquer que seja o fato de terceiro, desde que não seja estranho à exploração, isto é, desde que represente risco envolvido na cláusula de incolumidade, a responsabilidade do transportador é iniludível, criando, entretanto, o direito de regresso em favor do transportador sem culpa no desastre.'

É esta, ademais, a lição dos doutrinadores.

Sucedem, porém que, na espécie em exame, de fortuito, não se trata de que o fato não seja estranho à atividade da empresa que se dispõe a explorar o transporte de passageiros, na área já referida e, cujos riscos,

contra ela mesma, em sua arrecadação, e notadamente na incolumidade de seus passageiros, eram previsíveis, e assim, quando não, de todo evitáveis, pelo menos reduzíveis ou atenuados.

Todavia, apesar de tudo, não comprovou, como lhe impendia, qualquer providência pertinente, que tenha tomado, seja para si mesma, diretamente, seja perante às autoridades policiais para as providências que lhe coubessem tomar.

E, tanto era de seu conhecimento o risco dos assaltos, de resto, de manifesta notoriedade, que atribuiu a guardas seus a segurança de seus escritórios e locais de arrecadação da “féria”, como esclareceu a prova.

As medidas de segurança são, de resto, quase que habituais, como ocorre com os veículos que transportam valores, acompanhados de pessoal especializado e fortemente armado.

Nem se alegue que, com a concessão para exploração do transporte e pagamento dos tributos estaria isenta das medidas de segurança.

Não nas condições conhecidas e, apesar delas, expor-se aos azares em comentário.

Demais, a disciplina interna, conexas com a segurança e bem-estar dos passageiros, eram de sua integral responsabilidade, apenas sujeita à limitada fiscalização do Poder Público. A presença de guardas seus pelo menos à noite era providência que se impunha, ao menos para prevenir ou reduzir os riscos. Ainda aqui, omitiu-se.

Evidencia-se, assim, a ausência absoluta de quaisquer das causas elisivas da responsabilidade, força maior ou fortuito, no último se inserindo, como acontece, na legislação de outros países, o ato de terceiro.

Pouco importa que seja ele até criminoso, como reconheceu a E. Primeira Turma ao julgar o RE 80.416, em 04.10.77 (RTJ 86/837), quando a passageira vitimada, foi passível da ação de terceiro, um ladrão, ao arrebatar-lhe uma corrente de valor.

De outra parte, bem analisou a sentença a conduta da vítima, a qual posto que, também culposa, o que se admite, apenas, para argumentar, sem consentir, não seria exclusiva como o requer o inciso 2º do citado art. 17, sem o alcance pois, para elidir a responsabilidade por sua morte, segundo orientação desta Corte.

Por fim, quero referir-me à Jurisprudência dos Tribunais estrangeiros. Da busca procedida, pouco se obteve.

René Rodière, professor de Direito de Transportes da Faculdade de Direito de Paris, em seu *Droit des transports terrestres et aériens* 1973, 9. 358/9, indica julgados alusivos a transporte coletivo nos quais seus passageiros teriam sofrido danos por atos de sabotagem.

Das decisões tomadas, extraiu ele, entre outras, estas afirmações:

‘[...] èlle (SNCF) est responsable d’un attentat commis sans qu’elle ait pu prouver que ses agentes n’y ont pas participé.’

Por último, cabe considerar a indenização pelo dano moral.

Deu-a a sentença sem maior fundamentação. Todavia, a Jurisprudência do S.T.F, em caso como o dos autos, não o tem consagrado (ERE 53:404, Relator Min. Adalício Nogueira, in RTJ 42/378, RE 71.465, Rel. Min. Eloy da Rocha, in RTJ 65/400; RE 59.358, Rel. Min. Victor Nunes, in RTJ 47/276 e RE 84.718, do qual fui relator, in RTJ 86/560).

E, quanto aos honorários, porque goza o autor do benefício da assistência judiciária, fixei-os de acordo com a respectiva lei especial.

No mais, reporto-me aos fundamentos do parecer da douta Procuradoria-Geral da República, e da sentença restabelecida.

É como voto. ⁴

Da mesma forma, questão singular foi enfrentada pelo Presidente Thompson Flores ao deferir medida cautelar no Pedido de Avocação nº 1/SC, julgado pelo Plenário, em 14 de dezembro de 1978.

O seu voto é do seguinte teor, verbis:

Em 11 do próximo passado, quando o Tribunal se encontrava em férias, requereu o Dr. Procurador-Geral da República a concessão de medida cautelar em pedido de avocação, fundada no art. 119, I, letras o, e p, da Constituição, na redação que lhes atribuiu a Emenda nº 7/77.

Fê-lo através do petítório de fls. 2/12, cuja leitura sou levado a fazer para integral compreensão da controvérsia (ler).

Veio ela instruída com farta documentação, constante de manifestação dos Srs. Ministros dos Transportes e das Relações Exteriores, fls. 13/14 e 172, acompanhada aquela de vasta correspondência recebida da SUNAMAN e da SYNDARMA, além de recortes de vários periódicos nacionais e um do exterior, alusivos ao assunto.

⁴ RTJ, v. 96/1205-9;

Outrossim, vieram com a pretensão documentos extraídos dos autos da ação, especialmente na fase de cognição, sentença, acórdãos do Tribunal Federal de Recursos e do Supremo Tribunal Federal; e na de execução, o laudo pericial, a sentença de liquidação, a apelação interposta e autos de penhora de dinheiro (depósitos) e de imóveis, na cidade do Rio de Janeiro.

Os efeitos da execução provisória, face à apelação interposta, sem exigência de caução, ficaram assim resumidos pela SUNAMAN e endossados pelo Senhor Ministro dos Transportes, ao consignar, verbis, fls. 15/7:

‘Tal procedimento, a nosso ver, caso não venha a ser sustado de imediato, terá efeitos desastrosos para a política econômica do Governo e especialmente para a de marinha mercante, afetando a vários setores da atividade pelos motivos que seguem:

o nosso intercâmbio comercial com o exterior será fatalmente afetado, uma vez que empresas de navegação nacionais e estrangeiras cancelarão suas escalas nos portos envolvidos;

haverá redução da receita dos portos nos quais essas empresas deixarem de freqüentar;

acarretará falta de cumprimento, pela bandeira brasileira, de seus compromissos internacionais de transportes decorrentes de acordos bilaterais e, também, nos acordos de rateio de fretes, no caso de diminuírem a sua participação no transporte marítimo, o que, certamente, acontecerá;

os programas de exportação do Governo serão seriamente prejudicados, principalmente o daquelas mercadorias para as quais já tenham sido equacionados seus programas de transporte marítimo;

as importações de materiais e equipamentos indispensáveis ao desenvolvimento do País também serão prejudicadas;

com o enfraquecimento da política de marinha mercante teremos reduzida a receita de divisas produzida pelos fretes por ela gerados;

Por outro lado, já temos notícia de que grande número de embarcações do Norte da Europa já manifestaram sua intenção de não embarcarem suas cargas nos navios da Empresa de Navegação Aliança S/A, receiosos de que os navios da mesma venham a ser

objeto de arresto, ficando paralisados nos portos e causando-lhes vultosos prejuízos.

Assim, estando a este Órgão afeta a execução da política da marinha mercante, vimos além de encaminhar a exposição e os documentos anexos, oriundos do SYNDARMA, manifestar a nossa preocupação pela gravidade da situação criada, que poderá estender-se a todos os portos do País, e cujas conseqüências são imprevisíveis, principalmente, para o Setor de transporte marítimo'

Do mediato exame da documentação convenci-me da ocorrência, em princípio, dos pressupostos que justificam a avocatória, e, ainda, que, para sua real eficácia, impendia a concessão da medida cautelar, visando sustar, de pronto, os efeitos produzidos pela sentença em fase concreta de execução.

Quanto ao procedimento, coincide ele com a conceituação que lhe atribuiu esta Corte no Diagnóstico da Reforma do Poder Judiciário (Reforma do Poder Judiciário, Diagnóstico, os. 37/8, ns 41/2).

Seus pressupostos foram transplantados para a Constituição, através da Emenda nº 7/77, na redação do art. 119, I, o.

É certo que o Supremo Tribunal Federal ainda não disciplinou seu processamento.

O projeto da respectiva Emenda Regimental, elaborado pela Comissão, está em fase de estudo perante o Plenário.

A meu ver, tal omissão não obsta a aplicação imediata da norma constitucional vigente, adotado o processo similar da Representação, ao qual se referem os arts. 174 e seguintes do Regimento Interno, no que couber. Permito-me aqui pequena digressão.

Ao advir a primeira lei que disciplinou o processo de declaração de inconstitucionalidade em tese, prevista pela Constituição de 1946, e que ao que me parece, 2.175, expedida ao tempo do governo Café Filho, adotou em seu procedimento as normas que regulavam o mandado de segurança.

E por duas vezes pelo menos esta Corte concedeu em tais feitos medidas cautelares, invocando para fazê-lo as disposições da citada lei nº 1.533/51. Refiro-me às Representações ns. 466 e 467, das quais foram respectivamente Relatores os eminentes Ministros Ari Franco e Victor Nunes (DJ de 16.11.61, Ap. 209, pág. 621 e

seguinte; e RTJ 23, pág 1 e seguintes). Para o caso, a questão se faz mais singela, pois o art. 175 do Regimento Interno alude à medida reportando-se ao art. 22, IV.

E assim decidiu este Plenário ao apreciar a Representação nº 933 da qual fui Relator (RTJ 76/342).

As dúvidas então suscitadas desapareceram ante a Emenda Constitucional nº 7/77, como passou a dispor o art. 119, I, letras o e p.

Certo a decisão caberia ao Plenário.

Estando, porém, em férias a Corte, dita atribuição ficou a cargo do Presidente, como dispõe o art. 14, VIII, do citado Regimento, sujeitando sua decisão ao referendado do Plenário. E isto porque a medida, caso não estivesse em férias o Plenário, caberia ao Relator, face à urgência, mas ad referendado do Órgão.

No que pertine ao merecimento, a documentação convence seja justificando a avocação, seja a medida cautelar, demonstrando decorrer do decisório impugnado, já em fase de concreta execução, imediato perigo de grave lesão à segurança, e, especialmente, das finanças públicas.

Ademais, complexa execução processa-se por simples, arbitramento, cujo laudo severamente atacado pelas partes, estima os prejuízos na elevada cifra de Cr\$ 59.919.150,05.

E, posto provisória a execução, face a apelação interposta, teve ela curso, sem qualquer caução, contrariando o disposto no art. 585, I, do Código de Processo Civil.

Por último, é de anotar-se que já se encontra em tramitação perante esta Corte, ação visando rescindir o acórdão proferido na fase final de cognição da causa. Refiro-me à A. R. nº 1.040, a qual tem como Relator o eminente Ministro Soarez Muñoz.

Por fim, a concessão de liminar, cingiu-se a sustar o prosseguimento da execução.

E o despacho por mim prolatado é o seguinte, fls. 216 (verso):

'A. Conheço do pedido, como incidente do procedimento a que se refere o art. 119, I, o, da Constituição, na redação da Emenda nº 7/77. E o defiro, ad referendado do Plenário, a medida cautelar postulada pelo Dr. Procurador-Geral da República, suspendendo os

efeitos da sentença de liquidação, proferida nos autos da Ação de Indenização a que se refere a presente petição a fl. 11.

E assim o faço, nos termos do Regimento Interno, reconhecendo decorrer do decisório impugnado imediato perigo de grave lesão à segurança e, especialmente, das finanças públicas.

E assim o concluo do exame dos documentos que instruem o pedido, notadamente da judiciosa fundamentação aduzida pela “SYNDARMA” ao Ministro dos Transportes e por ele acolhida; e, bem assim, das considerações aduzidas pelo Ministro das Relações Exteriores, ao considerar, como aquele, o elenco de conseqüências emergentes do veredicto impugnado, em face de sua ruínosa execução, afetando as próprias relações internacionais do Brasil e o seu comércio marítimo com Nações irmãs.

A tudo se ajuntem os comentários desfavoráveis de vários periódicos nacionais, e ainda, do Lloyd’s List, de Londres, edição de 29.12.77, como se verifica da documentação anexa.

Expeça-se, imediatamente, via “telex”, nos termos da minuta anexa, devidamente por mim autenticada, comunicação ao Dr. Juiz Federal, Secção Judiciária do Estado de Santa Catarina, com jurisdição no feito originário, para que faça cumprir esta determinação, acusando o recebimento da comunicação e dando pronta ciência das providências tomadas. Outrossim, expeça-se ao Magistrado officio, acompanhado da cópia desta e respectivo despacho para que, em quinze dias, preste as informações que entender de direito’.

Esclareço que sua determinação foi cumprida, segundo comunicação de fls, e que a esta altura as informações solicitadas já se encontram nos autos. Trago agora, na forma regimental, art. 14, VIII, ao referendun do Egrégio Tribunal, o despacho em questão, antes de fazer sua distribuição.

Pareceu-me que esta seria a ordem lógica, pois, responsável pela decisão, poderia, creio, proporcionar melhores esclarecimentos de meu livre convencimento ao prolatá-la.

Acentuo, por último, que no processamento procurei orientar-me pelo Projeto da Emenda Regimental referente ao pedido de avocação, na parte já aprovada.

É o relatório, o qual se tornou um tanto extenso pela originalidade do tema” (fls. 564 a 570, 2º volume).⁵

5 RTJ, v. 92/12-4;

De outra feita, o Recurso Extraordinário Eleitoral nº 90.332-SP, julgado pelo plenário, em que figurava como parte o então candidato ao Senado Fernando Henrique Cardoso, posteriormente Presidente da República, enfrentou relevantíssima questão constitucional e de direito eleitoral, na época, acerca do prazo da sanção prevista no Ato Institucional nº 5/68 e a sua respectiva projeção na inelegibilidade, interpretando o art. 154 da CF de 1967, na redação da EC nº 1/69.

O Ministro Thompson Flores, Presidente do Supremo Tribunal Federal, profere voto – amostra de como julgava – nestes termos, verbis:

O Sr. Ministro Thompson Flores: (Presidente) - A natureza do recurso leva-me a votar. É o que passo a fazer.

Adianto, desde já, que estou de pleno acordo com o eminente Relator.

Penso que S. Exa. examinou a controvérsia com precisão lógica e deu-lhe solução juridicamente fundada, em brilhante argumentação, ornada, por vezes, com lances de elegância estilística.

Convinha mesmo apreciar as duas correntes que formaram a maioria do T.S.E., originando o decisório.

Aquela que o situou nas lindes da L.C. nº 5/70, cuja interpretação bastou para dirimir ali o litígio, por certo, tornou quase inviável o recurso extraordinário, circunscrito, quando se trata de julgado daquela Corte Eleitoral, em contrariedade à Constituição.

E, a toda evidência, sua afronta em si, não importa na prática de igual pecado contra a Carta Maior, a menos que, no particular, seja ela um decalque desta. O desrespeito, pois, não seria em tal hipótese, à Lei Complementar, mas à própria Constituição.

Mas isto não ocorreu, como bem demonstraram o despacho presidencial e o eminente Relator.

Procura o douto recorrente invocar em seu prol precedente em Representação de Goiás, quando se teria enfocado a L.C. nº 10/74.

O símile não oferece, data venia, o devido préstimo, dado que, face a seus termos, o que o Tribunal reconheceu, então, é que a própria criação do município goiano afrontava o art. 14 da Constituição.

A relevância da questão, porém, se apresentou no pertinente a outra corrente que se formou na Corte Eleitoral e que somou a maioria, calcada

nos votos dos eminentes Ministros Leitão de Abreu e, especialmente, seu Presidente, o já saudoso Rodrigues Alckmin.

Considerou ela, diversamente da outra, o prazo de inelegibilidade, estimando-o em dois anos, fundada no art. 154 da própria Constituição, e por isso já então decorrido.

Penso que, assim procedendo, de forma alguma, afrontou o decisório os arts. 6º e 151, ambos da Carta Maior, como se sustenta.

Realmente. O que fez a maioria vencedora ao estimar o prazo? Penso que supriu exigência da lei, buscando, em fonte própria, sua inspiração, o art. 154 do Estatuto Máximo.

Aplicou, como lembraram o Ministro Cunha Peixoto, o art. 4º, da L.I.C.C., e o Ministro Xavier de Albuquerque, o art. 126 do C.P.C.

E assim o faz o julgador vezes muitas, realizando um dos mais nobres e importantes de seus deveres suprir as lacunas da lei, revelando-a, dando-lhe o seu legítimo sentido e real alcance.

Faz instantes, em sua sustentação oral, invocava da tribuna o advogado do recorrido o R.E. nº 71.293, qual foi relator o eminente Ministro Amaral Santos.

Ali, como aqui, discutia-se matéria de inelegibilidade. Fora eu o relator do acórdão, proferido pelo Egrégio Tribunal Superior Eleitoral, chamado a substituir o eminente e saudoso Ministro Barros Monteiro, impedido.

O T.R.E. de São Paulo admitira que o prazo máximo da suspensão dos direitos políticos admitido nos Atos Institucionais era 10 anos.

A lei não o dissera, mas o Tribunal local revelando-a, reconheceu.

O T.S.E. não conheceu do recurso, como que endossando a tese.

Na discussão nesta Corte, que não se estatuiria inelegibilidade perpétua, como admitiam que o aresto o fizesse, os eminentes Ministros Bilac Pinto e Adauto Cardoso.

O que admitiu o S.T.F., então, é que ela findaria aos 10 anos.

Vê-se assim que ali se fixou um limite máximo.

Aqui o T.S.E. admitiu o mínimo para o caso. E friso, para o caso, porque não proferiu ele decisão normativa, o que estaria ao seu alcance, porque,

para que ocorresse a normatividade, outros pressupostos se fariam mister, como é elementar.

Antes, limitou-se a apreciar a relação discutida. Ateve-se a ela. E como reconheceu omissa a lei, aplicou norma legal para supri-la.

Mais, inspirou-se, para solver a controvérsia, de norma política do próprio Estatuto Político, a Constituição, no seu art. 154, o qual, a par do prazo máximo, 10 anos, fixou também o mínimo, 2.

E, sem ares de arbítrio, mas em cotejo com a hipótese que julgava, ateve-se ao prazo ínfimo.

Legislou a respeito, afetando o princípio insculpido no art. 6º ou naquele previsto no art. 151, ambos, da citada Carta, como sustenta o recorrente?

Seguramente, respondo pela negativa.

Ao contrário, operou laboriosa construção jurídica, suprimindo, com material próprio, omissão legislativa para bem e politicamente solver controvérsia desse gênero.

Manifesto é que não poderia a irresignação contra tal procedimento merecer do S. T.F. sua acolhida, máxime ante o disposto no art. 139 da Constituição.

A regra que nele se contém é a irrecorribilidade das decisões do T.S.E. A exceção está nas duas ressalvas que introduz: H.C. denegado e decisão que contrarie a própria Constituição. Há ligeira similitude entre o citado art. 139 e o art. 143, posto que, a meu ver, aquele seja mais restrito, mais preciso e incisivo.

Tudo está a mostrar que somente quando o acórdão do T.S.E. contrarie a Constituição cabe o extraordinário, afora as hipóteses dos Habeas Corpus denegados.

E não seria possível admitir que inoconresse na grave falta o decisório impugnado que antes de contrariá-la, relevou-a, buscou, em seus próprios princípios, meios para suprir lacuna de norma política.

Mantendo, exerce o S.T.F seu alto papel político, interpretando a Constituição.

Em conclusão, com a vênia do voto do eminente Ministro Cordeiro Guerra, não conheço, também, do recurso.

É o meu voto.⁶

Longo seria, nesse momento, arrolar e comentar os votos e intervenções mais importantes proferidos pelo Ministro Thompson Flores, reveladores de sua vivência, cultura e prudência, marcas registradas de um grande juiz.

Já foi dito, e não constitui originalidade, que a jurisprudência não é mais do que a luta do bom senso contra a cegueira dos princípios absolutos.

Os exageros são perniciosos.

O bom magistrado não se define em fórmula matemática, razão pela qual o ato de julgar constitui acima de tudo uma arte.

Nesse sentido, a velha mas sempre nova lição do Juiz Ransson, verbis:

Si la connaissance du droit est une science, il est permis d'affirmer sans présomption que la manière de l'appliquer constitue véritablement un art.⁷

Cabe ao juiz ir dizendo, em face dos fluxos e refluxos da vida em sociedade, onde acabam os direitos e começam os abusos, até que ponto o expandir-se de cada atividade não se converte em obstáculo ao conceito das demais atividades, assinalando as dissonâncias e os exageros, corrigindo, notificando, cumprindo e fazendo cumprir a Constituição e as leis do país.

Em meio século de judicatura, não houve campo da Ciência Jurídica, seja no Direito Público, seja no Direito Privado, que não a perlustrasse o Ministro Thompson Flores, com o devotamento, a competência e a proficiência que todos lhe reconhecem, fruto direto de sua reconhecida arte de julgar.

Por outro lado, convencido do papel saliente que representa nos meios de expressão do pensamento o emprego conveniente dos vocábulos, os seus pronunciamentos e votos primavam pela excelência da redação.

Seguia, no ponto, o conselho de Cícero, “utimur verbis ... iis quae propria sunt”⁸ e “non erit utendum verbis iis quibus iam consuetudo

6 RTJ, v. 91/338-340;

7 RANSSON, G. *Essai sur L'Art de Juger*, 2. ed. A. Pedone Éditeur, Paris, p. 21, 1912.

8 Cf. De. orat., III, 150: “usamos palavras que são próprias”.

nostra non utitur”⁹ e, ainda, “moneo ut caveatis, ne exilis, ne inculta sit vestra oratio, ne vulgaris, ne obsoleta”.¹⁰

Favorecia-o o conhecimento de línguas, inclusive o latim, que lhe permitia o acesso direto à literatura especializada dos países mais adiantados, ensejando-lhe ao longo de sua vida a formação de uma qualificada e respeitável biblioteca.

Nesse ponto, importa referir a lição do notável Juiz Learned Hand quando enfatiza a necessidade da maior ilustração por parte do magistrado, notadamente quando julga questões constitucionais.

São suas palavras, verbis:

I venture to believe that it is as important to a judge called upon to pass on a question of constitutional law, to have at least a bowing acquaintance with Acton and Maitland, with Thucydides, Gibbon and Carlyle, with Homer, Dante, Shakespeare and Milton, with Machiavelli, Montaigne and Rabelais, with Plato, Bacon, Hume and Kant, as with the books which have been specifically written on the subject. For in such matters everything turns upon the spirit in which he approaches the questions before him.

The words he must construe are empty vessels into which he can pour nearly anything he will. Men do not gather figs of thistles, nor supply institutions from judges whose outlook is limited by parish or class. They must be aware that there are before them more than verbal problems; more than final solutions cast in generalizations of universal applicability. They must be aware of the changing social tensions in every society which make it an organism; which demand new schemata of adaptation; which will disrupt it, if rigidly confined.¹¹

Os que conheceram e tiveram o privilégio de conviver com Carlos Thompson Flores são unísonos sobre as virtudes e qualidades de sua personalidade, o seu cavalheirismo, a cortesia no trato com os colegas e as pessoas de modo geral.

Dele, traçou retrato fiel o saudoso Ministro Adalício Nogueira, em suas conhecidas memórias, verbis:

9 Cf. De. orat., III, 25: “não devemos usar palavras que nosso costume não mais admite”.

10 Cf. De. orat., III, 10, 39: “aconselho-vos a tomar cuidado afim de que vossa oração não seja nem pobre, nem inculta, nem vulgar, nem obsoleta”.

11 *The Spirit of Liberty – Papers and Addresses of Learned Hand*, Collected by Irving Dilliard, 3. ed. Alfred A. Knopf, New York, p. 81, 1974.

Thompson Flores é uma perfeita vocação de magistrado. Talvez que lhe houvesse transmitido o seu avô paterno e homônimo, Desembargador Carlos Thompson Flores. Esse pendor irresistível, ele o tem patenteado no decurso da sua longa e profícua carreira. O escrúpulo extremo com que ele costuma resguardar a sua vida profissional coloca-o acima de quaisquer suspeitas, que lhe possam desfigurar a atitudes.

Na pequenez do seu físico pulsa a vibração de uma inteligência vivaz e reside a amplitude de uma cultura esmerada. Debalde a modéstia que o envolve busca velar essas riquezas do seu espírito, porque estas, através da simplicidade dos seus hábitos, transparecem aos olhos de todos.

Participando no Supremo Tribunal da 2ª Turma, a que eu em determinado período presidi, foi-me dado ouvir os pronunciamentos que ele emitia, cinzelados em forma translúcida e moldados na mais escorreita doutrina jurídica. A par disso, a atividade febril com que ele se vinculava a um labor incansável possibilitava-lhe estar sempre em dia com o serviço forense.

No convívio com os colegas, ele sempre lhes dispensou um tratamento cortez e delicado, jamais se lhe notando, em relação a eles, um simples gesto de antipatia ou desagrado, porque, em verdade, isso não condiria com a nobreza dos seus sentimentos.¹²

Nesse sentido, também, o Ministro Soares Muñoz quando, em nome da Corte, proferiu o discurso em homenagem ao Ministro Thompson Flores, por ocasião de sua aposentadoria, verbis:

O Ministro Thompson Flores exerceu todos os cargos administrativos que a alta magistratura do País pode proporcionar. Integrou as três comissões regimentais, foi Vice-Presidente e Presidente do Tribunal Superior Eleitoral e, por igual, Vice-Presidente e Presidente do Supremo Tribunal Federal. No desempenho dessas funções, que impõem deveres complexos e difíceis e as responsabilidades mais sérias e excelsas, sempre se houve com invulgar êxito. Recebeu todas as dignidades a que um magistrado pode aspirar e soube realçá-las, inclusive, com a sua dignidade pessoal e funcional. Tudo fez em prol do Poder Judiciário, para que fosse distribuída a melhor justiça, aquela que ele idealizava:

‘Justiça que brote de Juízes independentes, sem falsos ou mal compreendidos exageros. Justiça austera, impoluta, incorruptível, como se faz mister o seja, e para cujos imperativos prosseguiremos indormidos e intransigentes. Justiça humana, como merece distribuída às criaturas, feita à imagem de Deus. Justiça que jamais

¹² NOGUEIRA, Adalício C., *Caminhos de um Magistrado (Memórias)*, Livraria José Olympio Editora, Rio, p. 137, 1978.

se aparte dos fins sociais e das exigências do bem comum, sem cujo conteúdo não teria nenhum sentido. Justiça que se aproxime, sem excessos ou enganosas formas, do próprio Povo, para o qual é ditada e do qual deve estar sempre ao alcance: simples, real, despida de tudo que a possa tornar dificultosa, a fim de que a compreenda melhor, sinta-a com mais fervor, e possa, assim, nela crer, para amá-la, prestigiá-la e defendê-la, se preciso for, convencido que ela é o seu baluarte democrático e a sua mais sólida garantia. E, sobretudo, Justiça pontual, como a queria Rui, porque tarda não mereceria o nobre título. E como dizia, reclamando, “Para que paire mais alto que a coroa dos reis e seja tão pura como a coroa dos santos.

Só assim nos tornaremos dignos do respeito e da confiança da Nação, ao lado dos demais Poderes da República’ .

Mas o alto conceito do Ministro Thompson Flores não deflui, unicamente, de sua capacidade de trabalho e do seu amor à justiça, dos seus dotes de inteligência e cultura, da seriedade, isenção e pontualidade com que exerceu a magistratura; outras virtudes e qualidades ornaram-lhe também a personalidade, singularizando-o como ser humano admirável. Suas intervenções, no Plenário, na Turma ou em sessões de conselho, sempre se fizeram no momento adequado, com elegância de saber discutir, sem contundência, policiando-se para falar apenas o necessário. O cavalheirismo, a cortesia, a suavidade de maneiras, a modéstia cativante, a tolerância, a afabilidade tornaram-no alvo da amizade dos colegas, da estima dos advogados e do afeto filial dos funcionários da Casa.

Em pleno vigor físico e intelectual, com o serviço que lhe fora distribuído rigorosamente em dia, foi surpreendido pela idade-limite e em conseqüência aposentado compulsoriamente. Cumpriu-se, inexoravelmente, o preceito constitucional. O Supremo Tribunal Federal perdeu um grande Juiz. O Ministro Thompson Flores, no entanto, continuará presente nos fastos da Justiça Brasileira, não só como um grande Juiz, mas como um Juiz exemplar.¹³

Preocupado com o crescente peso das atividades do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Thompson Flores elaborou várias propostas no sentido de evitar que o congestionamento dos trabalhos do Tribunal se tornasse invencível.

Foi de sua iniciativa a proposta que deu origem ao § 1º do art. 119 da Constituição Federal de 1967, na redação da Emenda nº 1/69, que atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para indicar, em seu regimento interno, as causas a que se refere o item III, alíneas “a” e “d”, do mencionado artigo.

13 Diário da Justiça da União, edição de 27.03.1981, p. 2.531

Com fundamento nesse dispositivo da Constituição foi que o Supremo Tribunal Federal instituiu, em 1975, a relevância da questão federal como condição de admissibilidade do recurso extraordinário.

Nesse sentido, também, a seção concernente ao recurso extraordinário do CPC de 1973 partiu de proposta por ele elaborada.

Eleito pelo Supremo Tribunal Federal, presidiu a Comissão que elaborou o célebre Diagnóstico do Poder Judiciário, composto de 94 volumes anexos, tido até hoje como o estudo mais completo acerca dos males que afligem a Justiça Brasileira.

Esse trabalho notável, publicado na íntegra pela Revista Forense, v. 251, pp. 7 e seguintes, subsidiou o legislador constituínte quando da edição da Emenda Constitucional nº 7/77 que estabeleceu a Reforma do Judiciário.

Para o devido registro da história do Poder Judiciário, convém recordar a introdução desse importante documento, verbis:

A honrosa visita de cortesia do Sr. Presidente da República ao Supremo Tribunal Federal, no dia 16 de abril de 1974, revestiu-se do caráter de profícuo encontro entre o Chefe do Poder Executivo e a mais alta hierarquia do Poder Judiciário, para declarações concordantes dos dois Poderes, da maior relevância para a justiça e, portanto, para a Nação. Afirmaram-se naquele diálogo: a necessidade e oportunidade de reforma do Poder Judiciário; a disposição de fazer o Governo do Presidente ERNESTO GEISEL o que puder para o aprimoramento dos serviços da justiça; a conveniência de prévia fixação, pelo próprio Poder Judiciário, do diagnóstico da justiça, mediante o levantamento imediato dos dados e subsídios necessários.

Em decorrência do interesse do Governo, na reforma, o senhor Ministro ARMANDO FALCÃO entrou em entendimento com o eminente Ministro ELOY DA ROCHA, presidente do Supremo Tribunal Federal. Ficou assentado, nessa ocasião, que, inicialmente, o Poder Judiciário procederia aos imprescindíveis estudos, em cada área de atividade jurisdicional, na medida em que aos Tribunais parecesse recomendável a ação reformadora.

2. Para desempenhar-se do encargo, foram solicitadas às justiças especiais e à justiça comum estatísticas, informações e sugestões, bem como a contribuição de universidades, de associações de classe, de magistrados, advogados e outros juristas.

Os dados e as opiniões obtidos constam de noventa e quatro volumes anexos. Foram apresentados relatórios parciais, relativos à Justiça

Federal, à Justiça Militar, à justiça do Trabalho, à justiça Eleitoral, às Justiças dos Estados e à Justiça do Distrito Federal, nos quais se encontram, a par de algumas observações de ordem geral, problemas específicos das respectivas áreas de exercício jurisdicional.

Esses relatórios parciais se consideram, pois, incorporados ao presente, que constitui uma visão resumida dos problemas mais graves do Poder Judiciário.

A pesquisa feita indica, sem que se precise descer a pormenores, que a reforma da justiça, ampla e global, sem prejuízo do sistema peculiar à nossa formação histórica, compreenderá medidas sobre recrutamento de juízes a sua preparação profissional, a estrutura e a competência dos órgãos judiciários, o processo civil e penal (e suscitará, mesmo, modificação de regras de direito material), problemas de administração, meios materiais e pessoais de execução dos serviços auxiliares e administrativos, com aproveitamento de recursos da tecnologia. Avultarão, na reforma, ainda, problemas pessoais dos juízes, seus direitos, garantias, vantagens, deveres e responsabilidades. E visará a assegurar o devido prestígio à instituição judiciária, que, no regime da Constituição, se reconhece como um dos três Poderes, independentes e harmônicos.

3. A extensão da pesquisa realizada corresponde à idéia de que a reforma do Poder Judiciário deve ser encarada em profundidade, sem se limitar a meros retoques de textos legais ou de estruturas. Quer-se que o Poder Judiciário se torne apto a acompanhar as exigências do desenvolvimento do país e que seja instrumento eficiente de garantia da ordem jurídica. Quer-se que se eliminem delongas no exercício da atividade judiciária. Quer-se que as decisões do Poder Judiciário encerrem critérios exatos de justiça. Quer-se que a atividade punitiva se exerça com observância das garantias da defesa, com o respeito à pessoa do acusado e com a aplicação de sanções adequadas. Quer-se que à independência dos magistrados corresponda o exato cumprimento dos deveres do cargo. Quer-se que os jurisdicionados encontrem, no Poder Judiciário, a segura e rápida proteção a restauração de seus direitos, seja qual for a pessoa ou autoridade que os ameace ou ofenda.

4. Reforma de tal amplitude não se fará sem grandes esforços. Há dificuldades técnicas a resolver. Serão necessários meios para corresponder a encargos financeiros indispensáveis. E há interesses que não de ser contrariados ou desatendidos.

Impor-se-á alteração de textos constitucionais e legais e será mister disciplina. unitária de direitos e deveres de magistrados.

É certo que a reforma poderá implantar-se por partes. Mas determinadas medidas, que dizem com a essência dela, ou serão preferencialmente executadas, ou não haverá, na realidade, reforma eficaz.¹⁴

No dia 14 de fevereiro de 1977, o Ministro Carlos Thompson Flores tomou posse como Presidente do Supremo Tribunal Federal para o biênio 1977/1979.

Em seu discurso assumiu o compromisso de dedicar-se integralmente em prol do Poder Judiciário, visando ao seu aperfeiçoamento, para que fosse distribuída a melhor Justiça, aquela que ele tanto idealizava, verbis:

Grave, penoso, por vezes antipático, a cada passo incompreendido, exigindo sempre equilíbrio e coragem, a missão do juiz, inobstante, impende ser cumprida para que a lei, como expressão do Direito, tenha execução, e a Justiça jamais falte entre nós.

Justiça que brote de juízes independentes, sem falsos ou mal compreendidos exageros, como sempre o foram os juízes do Rio Grande, reconhecidos urbe et orbe, sem cujo atributo nem é possível conceber o exercício funcional como ele se impõe.

Justiça austera, impoluta, incorruptível, como se faz mister o seja e para cujos imperativos prosseguiremos indômitos e intransigentes.

Justiça humana como merece distribuída às criaturas feitas à imagem de Deus.

Justiça que jamais se aparte dos fins sociais e das exigências do bem comum, sem cuja presença nem seria compreendida.

Justiça que se aproxime, sem excessos ou enganosas fórmulas, do próprio povo para a qual é ditada e do qual deve estar sempre ao alcance; simples, real, despida de tudo que a possa tornar dificultosa, a fim de que a compreenda melhor, sintam-a com fervor, e possa, assim, nela crer para amá-la, prestigiá-la, e defendê-la se preciso for, convencido que ela é seu baluarte democrático e a sua mais sólida garantia.

Justiça da qual se não permita desconfiar um só segundo, porque como assinalava Balzac: “Desconfiar da Magistratura é um começo de dissolução social.

14 Reforma do Poder Judiciário - Diagnóstico, Supremo Tribunal Federal, p. 11/5, 1975.

E sobretudo Justiça pontual, como a queria Rui, porque tarda não mereceria o nobre título. E como dizia, reclamando: “Para que paire mais alto que a coroa dos reis e seja tão pura como a coroa dos santos”.

Só assim nos tornaremos dignos do respeito e da confiança da Nação, ao lado dos demais Poderes da República.”¹⁵

Ajusta-se com propriedade ao seu pensamento aquela passagem de Michel Debré, Ministro da Justiça do Presidente De Gaulle, a respeito da sua preocupação com o aperfeiçoamento e modernização do Judiciário:

Je suis de ces républicains qui rêvent d'une justice habile et prompte, sévère et humaine, condamnant ceux qui méritent de l'être, protégeant l'innocence, statuant avec équité en tous domaines. Il me paraît que la valeur de la justice et le respect dont ses décisions sont entourées attestent du degré de civilisation qu'un peuple a atteint.¹⁶

A sua presidência foi marcada de realizações.

No plano administrativo, foram tomadas as seguintes medidas: promoveu-se ampla reforma da Secretaria da Corte, medida há muito reclamada pelos advogados; a publicação interna, para uso exclusivo dos Ministros e assessores, do boletim do Supremo Tribunal Federal, destinado ao acompanhamento das decisões do Plenário e das Turmas logo após proferidas, experiência instituída pelo Ministro Carlos Thompson Flores quando presidente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul; o retorno do Plenário ao edifício-sede após a conclusão das obras na gestão do Ministro Djaci Falcão; a inauguração, em dezembro de 1977, da Galeria dos retratos dos Presidentes da Corte, desde a instalação em 1829; a instalação do Museu do Supremo Tribunal Federal, abarcando peças e documentos históricos vinculados à Corte, inclusive com a remoção do mobiliário da antiga sala de sessões do Supremo Tribunal Federal no Rio de Janeiro, que foi trazido para Brasília, completamente restaurado e instalado no edifício-sede; a transferência da biblioteca para o 3º andar do edifício-sede; a classificação e catalogação do acervo, bem como a sua ampliação mediante a aquisição de novas obras; a atualização da Revista Trimestral de Jurisprudência, inclusive com a publicação de acórdãos da década de 1950 e início dos anos seguintes; início da construção do bloco de apartamentos destinado exclusivamente à residência dos Ministros do Supremo Tribunal Federal; criação do serviço de auditoria da Corte com a aprovação da Lei nº 6.474/77; foram acelerados os entendimentos com o Poder Executivo para a obtenção de área contígua ao Tribunal destinada à construção do Anexo II; a regulamentação das normas do cerimonial das sessões solenes do Tribunal, através da Portaria nº 148/78; a celebração de convênio com

15 *Revista Forense*, v. 257, p. 424-5.

16 Debré, Michel. *Trois Républiques pour une France: Mémoires*, Albin Michel, t. II, p. 333, 1988.

o Senado, possibilitando acesso aos bancos de dados já existentes e visando à inclusão da jurisprudência da Corte no PRODASEN, constituindo-se no embrião da informatização dos serviços do Tribunal.

Dentro da filosofia de incentivo aos funcionários situados em faixa salarial mais reduzida, adotaram-se as seguintes providências, verbis:

- a) “ajuda-alimentação”, constante no pagamento de 80% do valor da refeição, fornecida por restaurante existente nas dependências do Supremo Tribunal Federal;
- b) construção e instalação do gabinete odontológico;
- c) implantação do transporte para funcionários residentes nas cidades-satélites;
- d) contratação dos serviços de um médico ginecologista para atendimentos das servidoras;
- e) assinatura de convênio com a Central de Medicamentos para fornecimento gratuito de remédios.

No plano institucional, dois eventos se projetaram na Presidência Thompson Flores: a implantação da reforma do judiciário, por meio da Emenda Constitucional nº 7/77, que acrescentou novas e importantes atribuições para o Supremo Tribunal Federal, destacando-se o Conselho Nacional da Magistratura; e a comemoração dos 150 anos do Supremo Tribunal Federal, com ampla divulgação por todo o país da efeméride.

A propósito, impõe-se destacar a introdução feita pelo Presidente Thompson Flores na obra “O Legislativo e a Organização do Supremo Tribunal no Brasil”, editada pela Câmara dos Deputados, onde são assinalados aspectos marcantes da história do Supremo Tribunal Federal.

Disse o Ministro Thompson Flores, verbis:

O movimento libertador que culminou, em 1822, com a Independência, tornou imperiosa a necessidade de criar e pôr em funcionamento os órgãos que iriam compor a estrutura do novo Estado, jovem Nação, liberta da subordinação à Metrópole.

Por esse motivo a década transformou-se em palco de eventos de grande significação, consubstanciadores das providências adotadas para consolidar a nova situação do País.

As idéias constitucionalistas e liberais que agitavam as Cortes européias e, em particular, a de Portugal, exerceram profunda influência sobre o

processo de constitucionalização do Brasil que, segundo registram os historiadores, ter-se-ia desenvolvido simultaneamente com o desejo de promover a libertação completa e definitiva da terra brasileira.

Fruto desse processo é o documento constitucional do Império, outorgado a 25 de março de 1824, que acolheu em seu bojo, dentre outros, o princípio preconizado por LOCKE e desenvolvido por MONTESQUIEU, da repartição dos poderes do Estado, à tradicional divisão tripartite sobrepôs, contudo, o elemento de controle e equilíbrio a ser representado pelo Poder Moderador, exercido pessoalmente pelo Imperador, visando preservar, inegavelmente, a essência do autoritarismo monárquico.

Nesse contexto iniciou o Poder Legislativo suas atividades em 1826, através da Assembléia Geral, dividida em Câmara dos Deputados e Senado, este vitalício e aquela temporária, passando a elaborar as leis básicas a garantir a liberdade e soberania do País.

Atendendo aos reclamos da juventude brasileira, obrigada a buscar nos estabelecimentos de ensino europeus sua formação superior, houve por bem o órgão legiferante, recém-instalado, criar “dois cursos de ciências jurídicas e sociais, um na cidade de São Paulo e outro na de Olinda”, por lei de 11 de agosto de 1827, introduzindo, entre nós, o estudo universitário.

No que concerne ao Poder Judiciário ou “Poder Judicial”, como foi então chamado e que era único para todo o Império, não havendo magistraturas provinciais, previa a nossa primeira Constituição, no art. 163, a criação de um órgão de cúpula, a denominar-se Supremo Tribunal de Justiça, com atribuições peculiares e distintas das que foram conferidas aos demais integrantes do organismo.

Assinale-se que, quando da transmigração da Família Real portuguesa para o Brasil, já havia o Príncipe Regente transformado a Relação do Rio de Janeiro em Casa da Suplicação do Brasil, “considerada como Superior Tribunal de Justiça, para se findarem ali todos os feitos em última instância, por maior que seja o seu valor, sem que das últimas sentenças proferidas em qualquer das Mesas da sobredita Casa se possa interpor outro recurso que não seja o das revistas”, mediante o Alvará de 10 de maio de 1808, à semelhança de órgão existente em Lisboa.

Essa Corte embora possa ser o precedente histórico do Supremo Tribunal de Justiça - Supremo Tribunal Federal com o advento da República - com ele não se confunde, em face, sobretudo, da nítida diferenciação que entre os dois produziu a libertação política do País e do surgimento, posterior, de uma legislação genuinamente brasileira,

em substituição às Ordenações portuguesas, até então vigentes e aplicáveis aos brasileiros.

É de indagar-se, pois, quais teriam sido as causas que levaram o legislador constituinte do novo Estado a imaginar, no ápice do sistema judiciário, um tribunal ímpar, superposto aos demais componentes do Poder e, ainda, distinto de seu predecessor.

PIMENTA BUENO em seus comentários à Constituição do Império, abordou com maestria a questão, enfatizando duas ordens de fatores que teriam contribuído predominantemente.

A primeira, afirma o autor, relacionava-se à circunstância de que, esgotadas as duas instâncias ordinárias nas quais os fatos e o direito eram exaustivamente examinados, impunha-se a existência de um órgão maior, que viesse a apreciar a questão suscitada, já agora não mais apenas em razão dos direitos ou aspirações individuais, mas “em relação ao interesse da ordem pública, do império da Lei, questão de alta importância, que cumpria resolver com inteiro acerto”.

Por outro lado, destacava, fazendo clara referência ao problema da diversidade jurisprudencial,

há uma multidão de tribunais, cada um dos quais tem sua inteligência e vontade distinta, e que ainda mesmo sem intenção de abuso, pode seguir doutrina diversa, tanto mais porque a aplicação das leis nem sempre se faz sem dúvida e dificuldades, mesmo por causa da concisão de seus preceitos; e uma tal divergência romperia a unidade da lei, que deve ser igual e a mesma para todos.

Era essencial, portanto, criar uma entidade, uma instituição mista, de caráter político-judiciário que, não sendo uma terceira instância, viesse a cumprir o alto encargo de exercer uma

elevada vigilância, uma poderosa inspeção e autoridade, que defendesse a lei em tese, que fizesse respeitar o seu império, o seu preceito abstrato, indefinido, sem se envolver na questão privada, ou interesse das partes, embora pudesse aproveitar ou não a elas, por via de consequência.

Para cobrir todo esse amplo espectro de atribuições, inclinaram-se os elaboradores da Carta Imperial pelo Supremo Tribunal de Justiça, corte específica, de composição que o próprio texto constitucional fixava com missão especial, “mais política do que judicial”, no dizer, ainda, de PIMENTA BUENO.

A previsão constitucional, por si só, não tinha o condão de dar existência real ao órgão. Coube à Assembléia Geral dar vida ao disposto no art. 163 do documento político do Império; por suas duas Casas tramitou o projeto apresentado por BERNARDO PEREIRA DE VASCONCELOS, na sessão da Câmara de 7 de agosto de 1826, transformado na Lei de 18 de setembro de 1828, que criou e declarou as atribuições do Supremo Tribunal de Justiça.

Seus primeiros juízes, bem como seu Presidente, o Conselheiro JOSÉ ALBANO FRAGOSO, foram nomeados por ato do Imperador, de 19 de outubro de 1828, e decreto de 2 de janeiro de 1829 determinou que o Tribunal se instalasse a 9 daquele mesmo mês, dando início às atividades que tiveram curso, ininterruptamente, até a República.

A Carta Política de 1891 representou a síntese dos ideais republicano-democráticos que conseguiram romper, de forma definitiva, com a tradição monárquica, até então imperante no País.

Tratou a Constituição de nossa Corte Suprema no art. 56, dispondo sobre sua composição e forma de nomeação de seus membros; adotou, ainda, a denominação Supremo Tribunal Federal, mais consentânea com a forma federativa que o Brasil, então, elegera.

Às antigas províncias, transformadas em Estados, concedeu-se autonomia legislativa; cada um deles passou a reger-se pela Constituição e leis que adotasse, respeitados os princípios constitucionais da União (art. 63); estabeleceram-se as justiças estaduais, com competência submetida aos limites fixados nos arts. 61 e 62.

Inobstante tais inovações, as leis oriundas do Poder Legislativo federal deveriam ser observadas em todo o território nacional, fazendo com que se ampliasse, não apenas em volume de serviço, como em importância, a alta missão já antes deferida ao Supremo Tribunal Federal, de manter a uniformidade na interpretação do Direito.

Novo e relevantíssimo encargo foi conferido ao Poder Judiciário da República e, em particular, ao órgão de cúpula do sistema como seu porta-voz derradeiro: o do controle da constitucionalidade de leis e atos do poder público, atribuído pela Carta Imperial ao Poder Legislativo (art. 15, IX, da Constituição de 1824).

Quanto a essa significativa modificação, assinalava JOÃO BARBALHO, em seus comentários à Constituição de 1891, que “nem fora necessário texto formal e explícito, atribuindo à magistratura o poder, ou antes o dever [...] de deixar de aplicar leis inconstitucionais”, eis que estariam ambos (“poder” e “dever”, implícitos na própria ação de julgar, na medida

em que não poderiam ser exercidos com esquecimento ou preterição da Constituição, ‘fonte da autoridade judicial e lei suprema, não para os cidadãos somente, mas também para os próprios poderes públicos’.

A Constituição de 16 de julho de 1934 modificou, no art. 73, a denominação do Tribunal para “Corte Suprema”, desejando emprestar maior fidelidade ao modelo norte-americano que servira de inspiração ao constituinte de 1891. A alteração teve vida efêmera; pois, em 1937, a chamada Carta do Estado Novo preferiu utilizar, no art. 90, o antigo título “Supremo Tribunal Federal”, consagrado, definitivamente, nos documentos básicos que se seguiram.

PIMENTA BUENO, na obra antes referida ao finalizar as considerações desenvolvidas acerca do órgão previsto na Carta de 1824, afirmava profeticamente:

Tal é a natureza desta sublime instituição, ainda tão desconhecida e tão pouco considerada em nosso jovem País; ela porém está plantada no terreno constitucional, e a Providência há-de fecundá-la; há-de ser entre nós o que é em outros Estados, aos quais tem prestado úteis e gloriosos serviços.

Se, à época, já causava espécie o desconhecimento que cercava a valiosa destinação e a incomparável significação da Corte, a situação não se modificou, substancialmente, ao longo desses 150 anos.

O fato não deve ser debitado, apenas, a um possível desinteresse ou descaso dos juristas e historiadores pátrios, tendo como conseqüência a escassa literatura sobre o órgão máximo da Justiça brasileira; grande parcela cabe, também, à própria Corte, em razão das características que pautaram, sempre, a atividade de seus ministros, avessos a qualquer tipo de publicidade.

Há que admitir a existência de preciosas lições, frutos da cultura e do trabalho laborioso de insígnis juízes de nossa Corte maior, que jazem esquecidas em longínquas páginas de acórdãos, furtados ao conhecimento de advogados, estudantes e estudiosos do Direito por falta de uma divulgação ampla e adequada, com lamentável perda para a formação jurídica nacional.

Quanto aos bons augúrios formulados ao ensejo de sua criação, pode, hoje, o Supremo Tribunal Federal voltar-se para seu passado, para o século e meio que o separa de seu nascimento, com a consciência tranqüilizada não apenas pela sensação do dever cumprido; tem, antes, a certeza da missão diligenciada com profundo amor e dedicação à causa da Justiça, aos quais se aliaram, em todas as épocas, o brilho da

inteligência e do saber jurídico daqueles que ocuparam postos em seu plenário.

Merece ser recordada a oração de RUI BARBOSA, proferida perante a Corte, em 23 de abril de 1892:

‘Minha impressão, neste momento, é quase superior às minhas forças, é a maior, com que jamais me aproximei da tribuna, a mais profunda com que a grandeza de um dever público já me penetrou a consciência, assustada da fraqueza do seu órgão. Comoções não têm faltado à minha carreira acidentada, nem mesmo as que se ligam ao risco das tempestades revolucionárias. Mas nunca o sentimento da minha insuficiência pessoal ante as responsabilidades de uma ocasião extraordinária, nunca o meu instinto da pátria, sob a apreensão das contingências do seu futuro, momentaneamente associado aqui às ansiedades de uma grande expectativa, me afogaram o espírito em impressões transbordantes, como as que enchem a atmosfera deste recinto, povoado de temores sagrados e esperanças sublimes.

Subjugado pela vocação desta causa incomparável, custa-me, entretanto, a dominar o respeito, quase supersticioso, com que me acerco deste Tribunal, o oráculo da nova Constituição, a encarnação viva das instituições federais. Sob a influência deste encontro, ante esta imagem do antigo areópago transfigurada pela distância dos tempos, consagrada pela América no Capitólio da sua democracia, ressurge-me, evocada pela imaginação, uma das maiores cenas da grande arte clássica, da idade misteriosa em que os imortais se misturavam com os homens. Atenas, a olímpica, desenhada em luz na obscuridade esquiliana, assentando, na rocha da colina de Arés, sobranceira ao horizonte helênico, para o regime da lei nova, que devia substituir a contínua alternativa das reações trágicas, o rito das deusas estéreis da vingança, pelo culto da justiça humanizada, essa magistratura da consciência pública, soberana mediadora entre as paixões, que destronizou as Eumênides atozes.

O sopro, a que a República vos evocou, a fórmula da vossa missão, repercute a tradição grega, divinamente prolongada através da nossa experiência política: “Eu instituo esse Tribunal venerando, severo, incorruptível, guarda vigilante desta terra através do sono de todos, e o anuncio aos cidadãos, para que assim seja de hoje pelo futuro adiante.”

Contém o presente volume a tramitação completa, nas duas Casas que compunham a Assembléia Geral do Império do Brasil, do projeto que originou a Lei de 18 de setembro de 1828, que criou e declarou as atribuições do Supremo Tribunal de Justiça.

A Câmara dos Deputados, ao promover a publicação dos trabalhos legislativos que resultaram na referida lei, presta à Corte a mais expressiva das homenagens, que sensibiliza tanto sua atual composição como, e principalmente, toda a cultura jurídica do País.

Deseja esta Presidência deixar consignados seus sinceros agradecimentos pelo nobre gesto, que amplia e fortalece os tradicionais laços de harmonia e colaboração existentes entre os Poderes Legislativo e Judiciário, manifesta, outrossim, o seu reconhecimento pela deferência de seu nobre Presidente, Deputado MARCO MACIEL, pelo convite para fazer esta introdução.

Brasília, 18 de julho de 1978.

Ministro CARLOS THOMPSON FLORES
Presidente do Supremo Tribunal Federal ¹⁷

Na sessão solene realizada em 18 de setembro de 1978, em comemoração do sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal, compareceu o Presidente da República, acompanhado de todo o seu ministério, fato então inédito na história do Tribunal.

Nessa ocasião, em sessão solene por ele presidida, recebeu das mãos do Presidente da República, Ernesto Geisel, a mais alta condecoração da Nação, a Grã-Cruz da Ordem Nacional do Mérito.

Na oportunidade, assim se manifestou o Presidente da República:

Na oportunidade em que se comemoram 150 anos da existência do Supremo Tribunal Federal, o Conselho da Ordem Nacional do Mérito propôs conferir a V. Exa., e eu acedi, o grau de Grã-Cruz da referida Ordem.

Este ato é uma homenagem do Poder Executivo ao Poder Judiciário [...] Mas é, principalmente, o reconhecimento dos elevados méritos de V. Exa., Sr. Ministro-Presidente, do trabalho que tem desenvolvido, ao longo de sua vida, como cidadão e como magistrado, em benefício da Nação brasileira. ¹⁸

Ao concluir o relatório da sua Presidência, em verdadeira prestação de contas de sua administração, consignou, em palavras carregadas de emoção, verbis:

Ao concluir este Relatório manifesto a convicção de que procurei corresponder, tanto quanto me foi possível e nos limites das minhas forças,

¹⁷ O Legislativo e a Organização do Supremo Tribunal no Brasil, editado pelo Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados, Brasília, p. XIX-XXV, 1978.

¹⁸ Diário da Justiça da União, edição de 19.10.1978, p. 8.164.

ao mandato que os Senhores Ministros me confiaram. Após 45 anos de existência dedicada à magistratura, tenho a sensação do dever cumprido.

Para isto muito contribuíram, no último biênio, a colaboração e o empenho dos Senhores Ministros, propiciando os resultados atingidos, que exteriorizam a elevada carga de trabalho recebida pela Corte, sem solução de continuidade. Inobstante os esforços desenvolvidos, a massa de feitos que chega, anualmente, não se reduz. Confrontando os elementos concernentes aos anos de 1977 e 1978, verifica-se que ocorreu, no global, um acréscimo de 1.074 feitos, destacando-se as Argüições de Relevância, que ascenderam, de 1.172 a 1.719, com o aumento percentual de 46,67%.

De forma generalizada isto ocorre em relação a todos os Órgãos do Poder Judiciário, dos Juizados de 1ª. instância aos Tribunais Superiores, revelando os sacrifícios a que estão expostos os magistrados, numa vida que exige vocação, desprendimento, renúncia e estudo permanente.

Esta realidade deve sensibilizar os demais Poderes da República, para que, através de modificações adequadas na legislação, possam criar condições hábeis para o pleno reconhecimento das nobres funções dos Juízes, para a ampliação dos quadros, com o correspondente apoio administrativo e, ainda, com a adequação das normas processuais, possibilitando a realização de uma Justiça mais rápida e eficaz.

Quando terminei o Relatório precedente, exteriorizei a esperança de que 1978 pudesse também ser assinalado pela aprovação da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, que correspondesse aos anseios dos Juízes. Isto não se tornou possível, mas renovo a crença de que os membros do Poder Legislativo, onde se encontra atualmente o projeto, imbuídos dos propósitos de bem servir ao Brasil, aprovarão, na próxima legislatura, um diploma que corporifique as expectativas da Justiça Nacional.

Outrossim, a não aprovação da citada lei obstou o prosseguimento dos trabalhos da Comissão de Regimento, a qual considerou indispensável dita aprovação.

Havia a Secretaria apresentado, em junho último, alentado estudo sobre a reforma, nele incluindo as alterações que sobre ele incidiram a Emenda Constitucional nº 7, o vigente Código de Processo Civil e as novas Emendas Regimentais.

De outra parte, a revisão das Súmulas afeta à Comissão de Jurisprudência, à qual foram enviados os estudos procedidos pela Assessoria, não logrou findar seus trabalhos.

Confio que as relevantes tarefas, de tão significativo préstimo a todos que versam com a aplicação do direito, terão prosseguimento, embora reconheça que será mais um encargo a acrescentar às já penosas atribuições dos Senhores Ministros.

Quero consignar que as comemorações dos 150 anos deste Tribunal, com a divulgação correspondente, tornaram-no menos desconhecido, possibilitando que milhões de brasileiros, alcançados pela imprensa escrita, falada e televisionada, tomassem ciência da efeméride. Que esta divulgação não represente apenas um episódio, tornando-se uma constante, é o meu desejo, para que esta Corte, a exemplo do que ocorre em outros países, possa ser respeitada, admirada e amada, como o supremo baluarte dos direitos de cada cidadão.¹⁹

Aos 26 de janeiro de 1981, no dia mesmo em que completava setenta anos, aposentou-se, após meio século dedicado exclusivamente à magistratura.

Na sessão plenária realizada a 11 de março de 1981, por motivo de sua aposentadoria, assinalou em seu discurso o Procurador-Geral da República, Dr. Firmino Ferreira Paz, verbis:

Esta homenagem, que o Supremo Tribunal Federal ora presta Vossa Excelência, Senhor Ministro Carlos Thompson Flores, e a que se associa, por meu intermédio, cordialmente, o Ministério Público Federal, é o testemunho eloqüente do grande apreço, da profunda admiração e do puro respeito, que todos votamos à notável personalidade de Vossa Excelência, ao juiz exemplar, jurista de escol, ao amigo afetuoso, ao patriota sem jaca, e ao brasileiro perante o qual, neste momento, se curva, reverencialmente agradecida, a mais alta expressão da Justiça brasileira, que é o Supremo Tribunal Federal.

Esta homenagem é, a todas as luzes, julgamento público e supremo daquele que, por quase meio século, dedicou todos os momentos de sua vida honrada à distribuição de Justiça a quantos lha pediam. Julgou. Agora, está sendo julgado e proclamado um dos mais eminentes, honrados e cultos juízes do Brasil.

Para que alguém, por tantos e tantos anos, sem o mínimo desvio de propósitos, ponha, a serviço de uma causa, força e dedicação constantes, é preciso ideal e viver dele. E o mais nobre, mais sublime, o mais excelso, o mais divino, não há que o de ser justo. Desse ideal, senhores, viveu e vive o eminente Ministro Thompson Flores.

19 Relatório da Presidência Thompson Flores, Supremo Tribunal Federal, p. 26/7, 1977.

Julgar, servindo ao Poder Judiciário, é forma de realizar o Direito, prevenindo ou extinguindo conflitos sociais objeto de demandas forenses. É forma de promover a adaptação dos homens entre si, em convivência social.

Não fossem, entre os homens individualmente considerados, ou entre grupos sociais, os conflitos que a vida, em sociedade, provoca, e, mais do que isso, a prevenção ou a extinção desses conflitos, não havia, dentre os processos sociais de adaptação, o Direito.

Os conflitos humanos, sejam quais lhes forem os motivos determinantes, são factos. Uns são preveníveis; outros, extintíveis. A prevenção e a extinção, de sua vez, realizam-se em factos. Dessa sorte, facto previne ou extingue facto, é dizer, previne ou extingue conflito social. Opera-se, outrossim, em consequência, a adaptação social, fim último do Direito.

O que se sabe e aprende, todos os dias, nos Juízos ou Tribunais, é que a função judicial visa a realizar a prevenção ou a extinção dos conflitos entre os homens, para alcançar a adaptação social.

Assim, pois, em última análise, o acto judicial de julgar é, também, conceptualmente, Direito.

Dessas razões, sucintamente expostas, podemos dizer que o eminente Ministro Thompson Flores, por quase meio século, julgando, e o fazendo com sabedoria e prudência, fora, neste País, por todos os caminhos da judicatura, ascensionalmente, admirável e brilhante realizador do Direito no Brasil. Ninguém, nesse mister, o terá superado em dedicação, em amor às letras jurídicas, em senso de responsabilidade, em coragem e em grandeza de atitudes.

Neste Colendo Supremo Tribunal Federal, último estágio da judicatura exercida pelo nosso homenageado, figuram-lhe, nos anais, os votos brilhantes proferidos pelo eminente Ministro Carlos Thompson Flores, a quem, incontestavelmente, devem as letras jurídicas nacionais grande e brilhante contribuição.

Receba, Excelentíssimo Senhor Ministro Thompson Flores, por último, do Ministério Público Federal e de mim próprio, nossas homenagens, em sinal de respeito profundo, sincera amizade e admiração incondicional, a par de nossos votos de muitas e muitas felicidades.²⁰

Do primoroso discurso proferido pelo saudoso Ministro Soares Muñoz, que falou em nome do Tribunal, destaco a seguinte passagem, verbis:

²⁰ Diário da Justiça da União, edição de 27.03.1981, p. 2.531/2.

Mas o alto conceito do Ministro Thompson Flores não defluiu, unicamente, de sua capacidade de trabalho e do seu amor à justiça, dos seus dotes de inteligência e cultura, da seriedade, isenção e pontualidade com que exerceu a magistratura; outras virtudes e qualidades ornamente também a personalidade, singularizando-o como ser humano admirável. Suas intervenções, no Plenário, na Turma ou em sessões de conselho, sempre se fizeram no momento adequado, com elegância de saber discutir, sem contundência, policiando-se para falar apenas o necessário. O cavalheirismo, a cortesia, a suavidade de maneiras, a modéstia cativante, a tolerância, a afabilidade tornaram-no alvo da amizade dos colegas, da estima dos advogados e do afeto filial dos funcionários da Casa.

Em pleno vigor físico e intelectual, com o serviço que lhe fora distribuído rigorosamente em dia, foi surpreendido pela idade-limite e em consequência aposentado compulsoriamente. Cumpriu-se, inexoravelmente, o preceito constitucional. O Supremo Tribunal Federal perdeu um grande Juiz. O Ministro Thompson Flores, no entanto, continuará presente nos fastos da Justiça Brasileira, não só como um grande Juiz, mas como um Juiz exemplar.²¹

Significativa homenagem foi-lhe prestada pelo editorial do *Jornal do Brasil*, edição de 29.08.1981, ao enfatizar a necessidade da retomada do processo da reforma do Poder Judiciário, assinalando, *verbis*:

Há indícios de que o Supremo Tribunal Federal deseja aproveitar a oportunidade de se encontrar na Chefia do Gabinete Civil da Presidência da República seu ex-Presidente, para recolocar, agora em termos próprios e, com todas as probabilidades de se fazer ouvir com a atenção devida, a questão da reforma do Judiciário. O Ministro Xavier de Albuquerque chegou a fazer referência pública e expressa à possibilidade de um novo trabalho nesse sentido, cuja realização, além de corresponder a necessidades concretas da sociedade brasileira, seria ou será um complemento indispensável ao projeto político do atual Governo.

É preciso voltar ao “diagnóstico”, que se acha impregnado daquele ideal de Justiça expresso por um dos mais puros juízes – Thompson Flores – em voto proferido no STF: “Justiça que se aproxime, sem excessos ou enganosas formas, do próprio povo, para o qual é ditada e do qual deve estar sempre ao alcance: simples, real, despida de tudo que a possa tornar dificultosa, a fim de que compreenda melhor, sinta-a com mais fervor e possa defendê-la, se

²¹ Diário da Justiça da União, edição de 27.03.1981, p. 2.531.

preciso, convencido de que ela é o seu baluarte democrático; sua mais sólida garantia.

A aposentadoria não pôs termo à sua atividade em prol do direito e da justiça.

De março de 1981 a novembro de 1992 produziu inúmeros pareceres, muitos deles publicados nas revistas especializadas.²²

Questão constitucional interessante foi o mandado de segurança da “Mesa da Assembléia” do Rio Grande do Sul, onde restou examinada a validade da deliberação tomada pelo legislativo daquele Estado quando da eleição da Presidência da Casa.

O caso foi de grande repercussão jurídica e política, tendo sido julgado em definitivo pelo Supremo Tribunal Federal em decisão plenária apertada, tomada pela maioria de um voto.

O parecer do Ministro Thompson Flores foi acolhido pela Corte, ao julgar o RE nº 95.778-RS, publicado na RTJ 102/433.

Pela sua atualidade, impõe-se rememorar excertos do parecer, fundamentado na lição dos clássicos, inclusive Duguit, verbis:

“1. Dispõe a Constituição Federal de 1969:

“Art. 31. Salvo disposição constitucional em contrário as deliberações de cada Câmara serão tomadas por maioria de votos, presente a maioria de seus membros.”

Igualmente, estatuí a Constituição do Estado:

²² Após a sua aposentadoria dedicou-se, como jurisconsulto, ao estudo do Direito, emitindo Pareceres em inúmeras questões forenses, sendo que vários desses trabalhos encontram-se publicados em repertórios jurídicos: “Eleição dos Membros da Mesa da Assembléia Legislativa – Interpretação do art. 31 da CF”, in Revista Forense 303/128; “Responsabilidade Civil Contratual”, in Revista de Direito Civil, nº 42/147; “ICM e Compra com Cartão de Crédito”, in Revista de Direito Tributário, nº 34/86; “Desapropriação – Empresa de Ônibus”, in Revista de Direito Público, nº 95/42; “Imunidade Tributária das Listas Telefônicas”, in “O Estado de São Paulo”, Edição de 01/11/87, p. 38; “Ação Popular – Pressupostos Processuais”, in Revista de Processo, nº 61/218; “Montepio da Família Militar – Relação Jurídica entre a Entidade e seus Sócios – Pensões por eles instituídas – Alterações de seu Valor – Validade”, in Revista Forense, v. 351/311-320; “Desapropriação – Homologação de Transação – Efeitos Processuais”, in Revista de Direito Processual Civil, nº 14, pp. 839/846; “Doação Inoficiosa – Art. 1.176 do CC – Querela Inofficiorum Donationis – Requisitos”, in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 19/299-306; “Concurso – Classificação – Direito Adquirido”, in Revista de Direito Administrativo, v.225, pp.417/425; “Honorários advocatícios. Contrato quota-litis. Ação de cobrança. Prescrição”, in Revista Forense, v.359/181-190; “Tribunal de Justiça – Quinto Constitucional – Composição – Acesso dos Juizes Classistas do Tribunal de Alçada ao Tribunal de Justiça”, in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v.21/39-48; “Ato Ilícito Contratual – Indenização – Correção Monetária – Súmula 562 do STF”, in Revista de Doutrina da 4ª Região, publicada pela Escola do TRF/4ª Região – EMAGIS, Edição 05, de 08.03.05; e na Revista do TRF/4ª Região, vol. 55/83-96.

Art. 13. Ressalvados os casos expressos nesta Constituição, as deliberações serão tomadas por maioria de votos, presente a maioria dos membros da Assembléia.

Parágrafo único. O voto será secreto nas eleições e nos casos previstos nesta Constituição.

Lê-se, por fim, no Regimento Interno da Assembléia Legislativa:

Art. 15. A eleição dos membros da Mesa far-se-á, por votação secreta, observadas as seguintes normas:

- a) presença da maioria absoluta dos Deputados;
- b) emprego de cédulas impressas ou datilografadas;
- c) colocação da cédula em sobre carta, na cabina indevassável, e da sobrecarta na urna, à vista do Plenário;
- d) escrutínio dos votos e proclamação do resultado da eleição;
- e) obtenção da maioria absoluta de votos em primeiro escrutínio;
- f) realização de segundo escrutínio entre os dois candidatos mais votados, quando no primeiro nenhum deles houver alcançado a maioria absoluta;
- g) maioria simples no segundo escrutínio;
- h) escolha do candidato mais idoso, em caso de empate.

§ 1.º O Presidente convidará dois Deputados de Bancadas diversas para procederem à apuração.

§ 2.º A posse dos eleitos será imediata à proclamação do resultado pelo Presidente da sessão.”

2. Esses foram os dispositivos legais invocados pelas partes e com os quais operaram os julgadores, posto que, pela argumentação jurídica que deduziram, não se harmonizassem na conclusão.

É certo que, preliminarmente, rejeitaram, além de outras, destituídas de maior importância, a de não conhecimento do mandado, negando que se configurasse no caso questão interna corporis, exclusivamente política.

Perdeu ela, a esta altura do andamento do recurso extraordinário, qualquer interesse. E isto porque ao recurso dos vencidos interposto não

foi o adesivo dos vencedores no mérito, mas perdedores da prejudicial em questão, e só ele, nos termos do art. 500 do C. Pr. Civ. que, segundo o ensinamento de BARBOSA MOREIRA, abriria ensejo ao reexame daquela prefacial (Comentários ao C. Pr. Civ. vol. V, FORENSE 3.ª ed., 1978, n.ºs 168 e 176).

De qualquer sorte, porém, impende afirmar que, com inteiro acerto, se conduziu, nesse passo, o v acórdão ora recorrido.

Com ele está a melhor doutrina nacional e estrangeira, recolhida por CASTRO NUNES, a qual lhe permitiu assim concluir:

Na verdade, os tribunais não se envolvem, não examinam, não podem sentenciar, nem apreciar, na fundamentação das suas decisões, as medidas de carácter legislativo ou executivo, políticas ou não, de carácter administrativo ou policial, sob aspecto outro que não seja o da legitimidade do ato, no seu assento constitucional ou legal. Mas, nessa esfera restrita, o poder dos tribunais não comporta, em regra, restrição fundada na natureza da medida” (“Teoria e Prática do Poder Judiciário”, p. 607).

No mesmo sentido é a jurisprudência do eg. STF de todos os tempos, rememorada pelo eminente e saudoso Ministro LUIZ GALLOTTI, ao relatar o MS n. 1.959, julgado em 23.01.57, invocando decisões anteriores (EDGARD COSTA, “Os Grandes Julgamentos do STF”, vol. III, 1964, ps. 204 e segs.; REVISTA FORENSE, 148, ps. 152 e segs.) Da ementa do julgado, destaque:

Desde que se recorre ao Judiciário, alegando que um direito individual foi lesado por ato de outro Poder, cabe-lhe examinar se esse direito existe e se foi lesado.

Eximir-se com a escusa de tratar-se de ato político seria fugir ao dever que a Constituição lhe impõe, maxime após ter ela inscrito, entre as garantias fundamentais, como nenhuma outra o fizera, o princípio de que nem a lei poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão do direito individual.”

Dita orientação foi reiterada no RMS n. 11.140, MT, julgado em 10.06.63 (RDA, vol. 1. 74, ps. 267/71).

O princípio aí aludido constava da Constituição de 1946, art. 141, § 4.º, e se repetiu nas de 1967, art. 150 e Emenda n. 1/69, art. 153, em parágrafo, na mesma ordem o 4.º.

Cabe, agora, enfrentar o mérito da relação jurídica em apreciação, Objeto do recurso extraordinário, e através do qual os inconformados

recorrentes esperam que o eg. STF lhes repare a lesão do direito individual, o qual não lhes atendeu o r. acórdão ora impugnada.

3. Penso, data venia, que não se houve com o costumado acerto a douta maioria do eg. Tribunal, como, de resto, bem mostraram os votos vencidos, totalizando 10, alguns dos quais proficientemente fundamentados.

Com efeito.

Nem as disposições regimentais, nem os preceitos constitucionais pertinentes, antes transcritos e sobre os quais se armou o dissídio impõe a maioria absoluta de votos da totalidade do Legislativo, para autorizar a proclamação dos candidatos como eleitos, em primeiro escrutínio.

O que o art. 31 da Carta Maior estatui e os demais, Constituição do Estado e Regimento Interno, dispõem, em seqüência obrigatória e simétrica, é que as deliberações sejam tomadas por maioria de votos, com a presença da maioria absoluta dos membros que integram o órgão (Câmara e Senado, no plano federal, e Assembléia Legislativa e Câmara Municipal, no plano estadual e municipal, respectivamente).

O mandamento que se contém no citado art. 31 condensa, como tantos outros, princípio organizacional, também chamado básico, essencial ou sensível, ao qual ficaram sujeitos os diplomas de menor alcance, como os dos Estados e Municípios.

O que se permitiu, no particular, ao constituinte local e ao serem versadas normas regimentais, foi, sem desfigurar o standard federal, disciplinar, formalmente, a eleição, como modalidade de deliberação, sem jamais, repita-se, afetar a substância daquele, pertinente a matéria eleitoral, ou seja, o quorum para validar as eleições e o quantum dos votos para apuração do resultado.

E assim sucedeu. A Constituição do Estado, no art. 13, repetiu a determinação da Federal. art. 31. Apenas, em seu parágrafo único, dispôs sobre a forma de exercício do voto, a qual determinou fosse secreta para as eleições e nas hipóteses por ela previstas. A sua vez, o Regimento Interno minuciou o aspecto formal da eleição: requisitos das cédulas, meio de utilizá-las, designação dos escrutinadores, apuração do resultado e sua proclamação, bem como o momento da posse dos eleitos. É o que se lê no art. 15, b, c, d, e §§ 1.º e 2.º.

Identicamente sucedeu com o Regimento Interno da Câmara dos Deputados, art. 7.º, e seus respectivos incisos.

E, reitere-se, tinha que, realmente, ser assim, como conseqüência do rígido sistema que, bem ou mal, não vem ao caso averiguar, se iniciou em 1934 e se fez mais sensível com o advento da Carta de 1967, bem como da Emenda n. 1/69, art. 13 e seus incisos, especialmente, o II, e o § 1.º.

A propósito, escreve o eminente Ministro OSWALDO TRIGUEIRO, em seu festejado Direito Constitucional Estadual, FORENSE, 1930, ps. 135/6:

A partir da Constituição de 1934, entretanto, o direito federal vem impondo aos Estados um tipo de governo cada vez mais padronizado de tal sorte que o poder de auto-organização essencial à existência do regime federal está reduzido a uma “ficção, que não disfarça convincentemente, o unitarismo de um fato que está asfixiando o Estado.

E, em outra expressiva passagem, versando sobre o quorum, afirma, p. 149:

A aprovação de qualquer proposição, pressupõe, necessariamente, manifestação da vontade dos membros das Casas legislativas, através do voto. A forma de votação é matéria geralmente definida nos Regimentos Internos que dispõem sobre as várias maneiras de colher os votos dos legisladores, voto público ou secreto voto nominal ou voto simbólico, bem como sobre o quorum exigido para as diversas votações. Em seu exagerado casuísmo, porém, a Constituição Federal vigente (art. 31), estabelece que, salvo disposição em contrário, as deliberações de cada Câmara serão tomadas por maioria de votos, presente a maioria dos seus “membros, ... funcionando com a presença da maioria (metade mais um) dos presentes (metade da metade e mais um). uma Assembléia de 35 Deputados, para exemplificar, pode aprovar qualquer proposição por apenas 10 votos favoráveis.

No mesmo sentido é o magistério de MARCELO CAETANO, após enumerar numerosos julgados do eg. STF, de um dos quais destacou síntese feliz e muito expressiva do voto do saudoso Ministro RODRIGUES ALCKMIN, proferido na Representação n. 392 RS. da qual fui Relator e cujo acórdão se encontra publicado na RTJ, vol. 66, ps. 659/71), *verbis*:

A obediência aos princípios federais tem sido um standard da constitucionalidade dos dispositivos das leis maiores dos Estados” (“Direito Constitucional”, FORENSE, II, p. 301).

Dito destaque veio a ser repetido em ementa a posterior julgado, qual seja a Representação n. 949-RN e da qual foi Relator o eminente Ministro CORDEIRO GUERRA (RTJ, 81, p. 332).

Na mesma esteira, PONTES DE MIRANDA (“Comentários da Constituição de 1967, com a Emenda 1, de 1969”, ps. 312/3), MANOEL

G. FERREIRA FILHO (Coments. à Const. do Brasil, Ed. Saraiva, I, ps. 117 e segs.) e outros.

4. De outra parte, não há como pretender excluir-se da expressão deliberações, da qual se serviram os textos constitucionais em comentário, a matéria referente às eleições.

Estas (as eleições) constituem a espécie; aquelas (as deliberações) o gênero. Umas e outras representam a forma pela qual os entes coletivos exprimem a sua vontade, através do voto. CARVALHO SANTOS, em seu “Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro”, vol. 5, ps. 159/61, enumera, com detalhes, as formas várias de deliberação através do voto, tanto no Direito Público como no Privado.

Demais, no caso particular do Rio Grande do Sul, o parágrafo único do art. 13 da Constituição dirimiu quaisquer imprecisões, porventura existentes, ao especificar, expressamente as eleições, o que não teria sentido, se das deliberações não cuidasse o artigo ao qual se agregou. Igual dispositivo se encontra nas constituições dos Estados, além de outros, São Paulo e Pernambuco, arts. 7.º, I e II, e 2.º, parágrafo único, respectivamente.

5. Dessarte, cogente o princípio federal que dispõe sobre as deliberações dos Legislativos, nelas se incluindo, evidentemente, as eleições, todos em perfeita convivência, resta, apenas, apurar o número real de votos do candidato para lhe assegurar a vitória. E outro não pode ser senão o da maioria dos presentes, únicos votantes, satisfeito o quorum deliberativo, ou seja, a presença da maioria absoluta dos componentes do órgão.

6. É mais do que fácil evidenciar esta verdade, de resto já acentuada no desenvolvimento do assunto.

Efetivamente.

Duas são as condições impostas na apuração do resultado da eleição para os cargos da Mesa. A primeira é o quorum para validar o funcionamento do órgão quando se dispõe a tomar deliberações através do voto; e ele é o da maioria absoluta dos integrantes, ou seja o número imediatamente superior à metade dos Deputados, tal como estatui o art. 15, a, do Regimento, cópia fiel do art. 7.º, I, do Regimento da Câmara dos Deputados.

Ditos instrumentos (Regimentos), explicitaram as expressões das Constituições: “maioria de seus membros” (Federal. art. 31) e “maioria dos membros da Assembléia” (Estadual, art. 13).

A outra condição é que os candidatos que disputam as eleições obtenham a maioria absoluta de votos daqueles que formam o citado quorum, ou seja, dos presentes, pois, os ausentes, como é óbvio, não votam, sequer por ficção ou simbolismo. Para que pudessem se servir desse meio (voto simbólico) era mister que houvesse autorização expressa como sucede no eg. STF, através de seu Regimento Interno quando dispõe, art. 12, § 3.º, *verbis*:

Considera-se presente à eleição o Ministro, mesmo licenciado, que enviar seu voto, em sobrecarta fechada, que será aberta publicamente pelo Presidente, depositando-se a cédula na urna, sem quebra do sigilo.”

Tal dispositivo inexistente para as eleições nos Legislativos, nem lhe é peculiar, o que importa reafirmar que os únicos votos computáveis são os dos presentes.

É o que, de resto, está expresso no debatido Regimento, art. 15, e, com o acréscimo, “em primeiro escrutínio”, ou como estatui o Regimento da Câmara dos Deputados, art. 7.º, XI, *verbis*:

[...] maioria absoluta dos votos dos membros presentes para a eleição, em primeiro escrutínio.

Aqui, as locuções regimentais explicitaram as palavras de que se serviram as Constituições “maioria de votos”, iguais em ambas (Federal e Estadual).

7. Acentue-se que a maioria absoluta não constitui uma expressão vaga, imprecisa, indeterminada. Ela exige sempre um padrão de referência, como, de resto, se faz expressa a própria Lei Maior; fonte e manancial primário - e da qual deve brotar a mais pura orientação exegética dos demais preceitos de inferior hierarquia e com os quais se relaciona.

Veja-se o que dispõe o art. 116, ao cuidar da declaração de inconstitucionalidade. A maioria absoluta nele introduzida está determinada com o padrão de referência “de seus membros ou do órgão Especial”. Igualmente o art. 144, a, b e c, e III, quando se utiliza das expressões “maioria absoluta de seus membros, ou dos Desembargadores” ao versar o delicado tema da recusa ao acesso dos juizes.

Preceitos outros e muitos poderiam ser trazidos em abono deste entendimento, todos extraídos da Constituição.

Dessarte, as expressões de que se serve o Regimento, art. 15, e, “maioria absoluta”, sem qualquer padrão especificativo, por certo que não quis se subentender dos integrantes da totalidade do órgão, como explicitou na alínea a, mas a dos presente, pois desses é que passou a versar, após

estatuir o quorum deliberativo. Esta, demais é a conclusão que se extrai da interpretação sistemática de todo o dispositivo, a qual não difere, todavia, da sua exegese gramatical, ou seja da norma, em particular exame, a alínea e.

8. E tanto o quorum deliberativo como o critério para apurar o resultado das deliberações somente foi excepcionado, nas hipóteses previstas na própria Constituição. Assim dispõem os arts. 31 e 13, in principio, respectivamente, das Cartas Federal e Estadual. Em sintonia com eles os arts. 40, I, 42, parágrafo único, 48, 50, 51, § 3.º, da última, aos quais correspondem os arts. 14. § 5.º, 36, 37, § 3.º, 48, 62, 73, § 1.º, da primeira das Constituições.

E, note-se, o quorum de exceção que, em todas as citadas disposições se especificou, guarda inteira simetria, obediente o estadual ao federal, e tinha que ser, como de resto, tem entendido o eg. STF em numerosos julgados proferidos em Representações (RTJ, 90, ps. 1/11; 81, ps. 332/6; 57, ps. 358/83; 52, ps. 501/27).

9. Por fim, acentue-se que, no fundo, em verdade, o sistema deliberativo dos Legislativos não se alterou no regime republicano, desde a Constituição de 1891.

Veja-se a velha mas sempre nova lição de AURELINO LEAL, em sua “Teoria e Prática da Constituição Brasileira”, I, 1925, p. 89:

Quorum parlamentar. Chama-se quorum o número de representantes necessários ao funcionamento de uma Câmara Legislativa. No art. 18 a Constituição estabelece regra geral de um duplo quorum para as votações: presença da maioria dos membros de cada uma das Câmaras, e o assentimento da maioria absoluta destes. Nas votações a maioria absoluta dos presentes é contada dentro da maioria absoluta dos membros da Câmara.

No mesmo sentido é o magistério de AGENOR ROURE (“A Constituição Republicana”, r, 1920, p. 427), JOÃO BARBALHO, (“Constituição Federal Brasileira”, Comentários, 1924, p. 89) e CARLOS MAXIMILIANO Comentários à Constituição Brasileira”, 2.^a ed., ampliada, p. 298).

Com o advento da Constituição de 1946, o critério não se alterou, como mostra PONTES DE MIRANDA (“Comentários à Constituição de 1946”, II, 1953, p. 238).

A transição, a partir de 1934, e, notadamente a da Carta de 1967, foi apenas pelo aspecto absorvente e determinativo, imposto pela nova ordem federativa, a qual limitou aos Estados o poder de auto-

organização, como já foi versado, jamais afetando o critério nas deliberações.

Assim, sem nenhum proveito a invocação do v. acórdão recorrido aos precedentes, referentes a eleições pretéritas da Mesa, exigindo, para os então eleitos, maioria absoluta de votos da totalidade dos Deputados. O fato, por si, não geraria nenhum direito, nem comprometeria critério diverso em eleições futuras.

De qualquer sorte, porém, após o advento da constituição de 1967, como já ficou sustentado, tal critério não poderia prevalecer, mesmo que viesse a ser aceito pelo Regimento, o que não sucede, porque, em tal hipótese, inconstitucional seria o Regimento, por contrariar o já comentado art. 31 da Carta Maior.

10. A longa, e, por vezes, insistente e reiterada argumentação deduzida evidencia o bom direito sustentado pelo impetrante e os litisconsortes ativos fortes todos nos textos constitucionais da República e do Estado, à sombra dos quais cabe buscar a legítima exegese das normas regimentais pertinentes.

Todavia, o v. aresto do eg. Tribunal não lhes reconheceu, negando-lhes o direito líquido e certo que postularam através do mandado de segurança.

11. Para fazê-lo, como se apura da ementa transcrita, fiel ao pensamento da douta maioria, considerou:

a) que, segundo o Regimento da Casa a “maioria absoluta” para a eleição da Mesa, em primeiro escrutínio, diz respeito à totalidade dos deputados que compõe o Legislativo;

b) que tal conclusão exegética decorre do próprio conceito de “maioria absoluta” que está sempre relacionada ao todo, a menos que haja restrição expressa e esta seria a tradição da Assembléia;

c) que a regra regimental assim interpretada não afronta os arts. 31 e 13 das Constituições Federal e Estadual que prevêm “maioria simples” para quaisquer deliberações, menos as administrativas, onde se incluem as eleições, disciplinadas pelo poder de organizar-se, segundo outorga também constitucional, art. 30.

12. Considero que, em assim procedendo, o aresto recorrido deu ensejo ao recurso extraordinário para o eg. STF, com seguro embasamento no art. 119, III, a e c, da Constituição Federal. Quanto à primeira alínea porque contrariou o seu art. 31, combinado com o art. 13 e seus incisos, especialmente o II, e

o § 1.º; e quanto à segunda (letra c), eis que o ato impugnado foi, desde a petição inicial, e até antes dela, perante o próprio Legislativo, ao ensejo da eleição, contestado ante a citada Carta, com base nos já referidos artigos, e, não obstante, o acórdão julgou válido o ato incriminado.

Realmente. Não esteve bem inspirada a honrada maioria do col. Colegiado local.

Como já se fez acentuar, a regra que se contém no art. 31 da Constituição Federal, ao qual corresponde o art. 13 da Estadual, é cogente aos Estados, cujo poder de auto-organização ficou “limitadíssimo”, na expressão do Ministro OSVALDO TRIGUEIRO, em passagem já transcrita, afetando até os lindes dos Regimentos Internos dos Legislativos.

E ao fazê-lo, usando a expressão “deliberações”, compreendeu a todas, salvo aquelas que ela própria, constituição, explicitou, como, de resto, o fez, de forma expressa, a Constituição do Estado, em seu art. 13, melhor elucidado, no particular das eleições, através de seu parágrafo único, como também já foi longamente demonstrado. Assim, seja no pertinente ao poder regimental de auto-organizar-se, seja na função mais ampla de administração, a depender de deliberação do órgão, seja, enfim, no âmbito legiferante, tudo segue a regra segura e límpida do citado art. 31, salvo nas expressas exceções consagradas no texto constitucional, também já comentadas, e nas quais não se incluíram as eleições da Mesa.

Orientando-se diversamente, por certo, o acórdão contrariou e de frente o comentado art. 31, ao qual se pode conjugar, como reforço, o art. 13, e seus incisos, notadamente o II e o § 1.º.

É o suficiente para justificar só por si o conhecimento do recurso e o seu provimento, como bem o situou e propugnou a petição de recurso extraordinário, a qual tem inteiro apoio nas considerações anteriores deste parecer fundadas na jurisprudência da eg. Corte Suprema, acorde com a melhor doutrina.

Mas não é só. O excepcional oferece igual consistência quanto ao segundo fundamento, letra c.

O ato do Senhor Presidente da Assembléia ora impugnado é “ato do governo local”, a que se refere a mencionada letra c, no conceito que lhe atribuem os doutrinadores (AMARAL SANTOS. “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, 3.º vol., 3.ª ed. Saraiva, n. 825, ps. 156/7; JOSÉ AFONSO DA SILVA, Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro, RT, 1963, n. 99, p. 224) .

E dito ato, contestado, nas circunstâncias já referidas, perante o art. 31, c/c o art. 13 e seus incisos especialmente, o II e o § 1º, não logrou sucesso perante o eg. Tribunal, o qual deu por sua validade.

Entretanto, a argüição de inconstitucionalidade ao aludido ato é mais do que razoável, o que justifica o conhecimento da irresignação derradeira, nos termos da Súmula n. 285. E ainda, o seu provimento, pelas razões constantes da petição recursal e amplamente desenvolvidas neste parecer.

13. Dessarte, seja pelo primeiro, seja pelo segundo dos fundamentos deduzidos. ou por ambos, o que seria mais coerente, é de esperar-se o conhecimento e o provimento do recurso extraordinário por essa col. Suprema Corte, deferindo-se o mandado de segurança, nos próprios termos do pedido, fazendo, assim, como sempre, a melhor Justiça.

14. Por último é de notar-se que o r. julgado impugnado, ao impor condenação em honorários de advogado Em ação de mandado de segurança, dissentiu da jurisprudência do eg. STF, cristalizada em sua Súmula, verbete n. 512, o qual foi mantido mesmo após o advento do vigente C. Pr. Civ., como se vê de julgados vários de ambas as Turmas (RTJ, 95, ps. 404 e 428), onde são invocados precedentes outros.

Justifica-se aqui o conhecimento e provimento do recurso com assento na letra d do permissivo constitucional.”²³

Da mesma forma, parecer que enfrentou questão pouco versada na doutrina e na jurisprudência acerca dos limites do poder do Tribunal de excluir candidato aprovado no concurso para a magistratura.

A respeito, anotou o Ministro Thompson Flores, invocando a sua longa experiência de magistrado, verbis:

Versa a espécie sobre o citado ato administrativo, na sua fase primeira, antes da indicação dos concorrentes aprovados e classificados para sua regular nomeação.

Em dita fase, o procedimento concursal divide-se em outras tantas, as quais integram o que os autores denominam fases progressivas ou sucessivas (O. Ranalletti, in *Le Guarentigie della Giustizia nella Pubblica Amministrazione*, 4ª ed., Dott. A. Giuffrè Editore, 1934, p. 117, n. 76). Assemelha-se o concurso a uma espécie de escada, cujos degraus têm área própria e devida destinação. Por eles, degraus, vai ascendendo o concorrente, conquistando, em cada um deles, um relativo direito subjetivo.

²³ *Revista Forense*, v. 303, p. 130/4.

Parecem-me os concursos para provimento dos cargos públicos, especialmente os dos juízes, de maior qualificação, às licitações nas concorrências públicas, como fazem notar os tratadistas da matéria. Deles, limito-me a indicar, por sua habitual clareza, o sempre consultado Professor Hely Lopes Meirelles, em várias de suas obras, inclusive Pareceres, e das quais destaco seu considerado Direito Administrativo Brasileiro, 5^a ed., ps. 396 e seguintes, e a clássica Licitação e Contrato Administrativo, 3^a ed., ps. 117 e seguintes, todas elas ilustradas com julgados, especialmente do Egrégio S.T.F.

4.1. O que brota da simples leitura do edital em comentário é o que acaba de ser afirmado. Sua clara linguagem e disciplinação, referente às várias fases do certame, mostra a sua racionalidade, permitindo verificar, como nas concorrências públicas já citadas, que, cumpridas que sejam pelo concorrente, completam-se, ultimam-se, a elas não mais se retornando. Certamente não se afirmará que gozam, cumpridas, do poder da res judicata, mas, porque definitivas, não se reabrem.

5. Com efeito.

O edital que rege o presente concurso, n^o 24/83, é longo, detalhado e bem sistematizado. Proporciona, assim, fácil compreensão. É penoso para o concorrente pelas exigências muitas que lhe impôs cumprir.

5.1. Começa ele disciplinando o pedido de inscrição provisória, n. 1, seguindo-se a chamada “Fase Preliminar”, n. 2. Nessa se realiza a nominada “prova escrita preliminar”, dividida em duas partes devidamente esclarecidas, ns. 2.1 a 2.6.

Aos que forem nela aprovados, proporciona-se o direito de requererem a “Inscrição Definitiva”, n. 3.1, impondo ao requerente, além de petição detalhada, a apresentação de novos documentos, n. 3, alíneas a e e.

Convém, desde já, sublinhar o que estatuem seus sub-itens, 3.2 a 3.4.

Dizem eles, verbis:

‘3.2 O Órgão Especial do Tribunal de Justiça, em sessão secreta decidirá, conclusivamente, e por livre convicção, a respeito da admissão dos candidatos aprovados na prova escrita preliminar, atendendo às suas qualidades e aptidão para o cargo.

3.3 A Comissão colherá informes sobre os candidatos, procedendo à sindicância da vida pregressa e investigação social.

3.4 Os candidatos aprovados na prova preliminar serão submetidos a entrevista com a Comissão de Concurso’.

5.2 Sucessivamente seguem-se as “Provas Escritas”, n. 4, disciplinadas nos sub-itens 4.1 a 4.6; “Prova Oral”, n. 5.1; a de “Aferição dos Títulos”, n. 5, integrada pelos sub-itens 5.1, alíneas a a n, e 6.2 a 6.5; as dos “Exames de Saúde, Física e Mental e o Psicotécnico”, n. 7.

Atinge-se, assim, a cognominada “Nota Final”, n. 8; e, à derradeiro, o “Julgamento do Concurso”, n. 9. Encerra-se com os esclarecimentos do prazo de “validade” do concurso, n. 10. Segue-se a da “Nomeação”, n. 11, “Observações Gerais”, ns. 12 a 12.5; e, para encerrar, o de n. 13, o da “Comissão de Concurso”.

6. A requerente submeteu-se a todas elas e as satisfiz, cumpridamente, tanto que atingiu àquela da aprovação e subsequente classificação, cabendo-lhe o 51º lugar, em lista que foi divulgada.

6.1 Foi aí que aconteceu o pior, resultando, após dita divulgação, omitido o seu nome ao ser publicada a relação no D.O. de 22.05.85. Continua ela a ignorar o motivo da exclusão, ainda que, em reclamo administrativo, o propugnasse, sendo ele indeferido, o que lhe obstou qualquer gênero de defesa da presuntiva ocorrência da falta, a qual há de ser grave, face ao grau de penalidade que lhe foi imposta, com o elenco de efeitos, os mais variados e negativos, quanto à sua personalidade.

Observe, data venia, que em épocas passadas, como já salientei atrás, diversa era a orientação da Colenda Corte.

Vigilante sempre como me impendia o ser, como os demais Colegas, estive sempre atento a repelir concursandos sobre cuja idoneidade moral pairasse dúvida. E isto desde os momentos iniciais de análise da inscrição. Nessa fase, fazendo-o discricionariamente, como já era admissível (M. Petrozziello, in *Il Rapporto di Pubblico Impiego*, Società Editrice Libreria, 1935, p. CLI). Mas, note-se, procedia o Eg. Tribunal diversamente quando a acusação ocorria em fases posteriores do concurso, quaisquer que fossem elas, mesmo à altura posterior a da aprovação e prestes à indicação dos candidatos já classificados. Ouvia-se, nesse ínterim, o acusado para que a conhecesse, oferecesse defesa e, se o quisesse, apresentasse provas. Em sessão secreta, o Tribunal apreciava o ocorrido e decidia, por maioria de votos, pela sua procedência ou não. Excluía-se o concorrente na primeira hipótese, ou mantinha-se-o no lugar conquistado na segunda. E assim era o seu procedimento habitual, repetido e unânime, isso porque seu ato administrativo era, manifestamente, regrado, em harmonia com os termos da lei e em consonância com as garantias que a Constituição assegurava ao candidato.

Em precioso estudo intitulado “L’Esclusione dai Pubblici Concorsi e L’art. 51 della Costituzione”, publicado na renomada Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 1952, conclui, em significativo trecho, Giovanni Miele, verbis:

Quindi, di fronte a un atto amministrativo lesivo di un diritto o interesse legittimo v’è sempre la possibilità della tutela giurisdizionale; ma, poichè la lesione di un diritto o interesse legittimo può essere in relazione ai motivi determinanti dell’atto, la persona cui il provvedimento si riferisce deve essere messa in grado di conoscerli. Ne consegue allora, che, allo stesso modo in cui gli altri elementi rilevanti per la legittimità dell’atto risultano o debbono risultare dall’atto stesso, come la competenza, l’osservanza delle forme e della procedura, la menzione che è stato udito un parere obbligatorio, così parimenti deve risultare dall’atto la specificazione delle ragioni giustificative che siano giuridicamente rilevanti per la legittimità di esso.

7. Considero, por isso, data venia, que mal orientada esteve a Egrégia Corte ao proferir a deliberação com respeito à requerente.

8. A análise do edital do concurso não autoriza, data venia, a exclusão comentada.

Realmente, e cabe insistir.

Em duas oportunidades o respeitável Órgão Especial do Tribunal de Justiça examina e decide a respeito da idoneidade do concorrente: primeiramente, na chamada “Inscrição Definitiva”, ns. 3 e 3.2; posteriormente, a segunda das fases para o exame da honorabilidade do candidato é a do “Julgamento do Concurso”, n. 9, e, em especial, n. 9.1.

Convém ter presente essas normas indicadas, as quais me abstenho de transcrever para não estender em demasia o presente pronunciamento, posto que as recordando a cada passo, pois elas são decisivas para apreciar o procedimento recursal.

8.1 Na primeira fase, o poder da Corte é discricionário, tal como o conceitua a doutrina e repetem os julgados dos Tribunais.

Na segunda das fases indicadas seu poder é regrado, como em qualquer outro momento, até o da posse do candidato. E, ocorrendo a indicação da falta, o comportamento do Tribunal é diverso, obrigado que está a convocar o acusado, revelando-lhe em que consiste a inculpação.

Oferece-lhe, então, oportunidade de defesa e até de produção de provas. Secretamente as examina e decide, já não mais de plano e conclusivamente,

como sucede quando dispõe do poder discricionário, posto que com base no livre convencimento, e conclui por sua procedência ou não, com os efeitos daí emergentes e já considerados, como é próprio do ato regrado.

O cuidado que deve orientar o Tribunal no exame da honorabilidade dos candidatos à judicatura é questão que me dispense de considerar, pois é conhecido o alto proceder com que sempre atua a mais alta Corte de Justiça local.

Ora, se a honradez do cidadão merece integrar sua personalidade, admitindo presuntivamente sua ocorrência, com mais forte razão a do funcionário público que dispõe de parcela de autoridade, notadamente o juiz, que vai julgar os atos de seus jurisdicionados, nos mais variados sentidos, seja na família, como marido e pai; seja no ambiente de trabalho, quando pratica tantos atos administrativos, no exercício da função, quanto na tela criminal, quando aplica as mais graves sanções.

São os magistrados como a mulher de César, sejam, em realidade, honrados, mas parecerem o ser, como requer a comunidade onde irão praticar o seu delicado ofício.

8.2 Não foi em vão que o Egrégio Tribunal de Justiça, ao ser procedida a adaptação da Constituição do Estado à Carta Federal, propôs - e a Colenda Assembléia Legislativa aceitou - a adaptação que constou do novo texto constitucional do Estado, em seus arts. 109, V, e 115.

Todavia, o Governador representou à Procuradoria-Geral da República arguindo a inconstitucionalidade dos preceitos citados, além de muitos outros.

Tomou dita Representação o nº 749 e foi julgada improcedente (Representações no S.T.F., t. II, ps. 206 e seguintes; RTJ, vol. 50, ps. 738 e seguintes).

Criou-se, na ocasião, a figura do Juiz Adjunto, estatuindo-se que só se tornaria Juiz de Direito aquele que, depois de ultrapassado o prazo de dois anos da investidura no cargo para o qual havia prestado concurso apenas nas provas intelectuais, prestasse, agora, decorrido o biênio, concurso de títulos.

A excelência do novo sistema, salientei então, e com ligeiras modificações de forma, consta hoje da Carta local, Emenda n. 7.

8.3 Invoco o precedente para mostrar que a vigilância dos Órgãos Disciplinares não se finda com os concursos, sobre os quais se discute neste mandado de segurança. Prorroga-se, ela, pela vida inteira dos

magistrados em atividade. E ela se torna quão mais fácil, proveitosa e salutar ao Poder Judiciário quando antes de adquirir o magistrado as prerrogativas de juiz vitalício. Ela já ocorria, há anos, no Estado de São Paulo, no extinto Estado da Guanabara, onde o prazo era de quatro anos, e, pelas virtudes do sistema, outras unidades da federação o aceitaram.

É que, até então, precárias eram as condições para examinar de requisitos outros a satisfazer pelo juiz, além daqueles comprovados no concurso de provas.

Os que versaram os predicamentos impostos aos bons juízes os destacam em suas obras, votos e artigos de doutrina (Mário Guimarães, *O Juiz e a Função Jurisdicional*; identicamente o salientou o julgado em M.S. n. 2.267, em 30.11.53, publicado na R.D.A., v. 60, ps. 120/3). O Diagnóstico elaborado pelo S.T.F. sobre a Reforma do Poder Judiciário realizada em 1977, quando eu exercia a Presidência daquela Alta Corte, depois do estudo meditado dos mais de noventa volumes com proposições dos Tribunais e mais aquelas que constam hoje de seus arquivos, o salienta. Igualmente o faz a Proposta de Reforma do mesmo Estatuto, em 11.05.56 (in R.D.A., v. 46, ps. 54 e seguintes).

Cabe ler, para melhor ilustrar, todo o debate que se fez na Egrégia Suprema Corte quando, larga e profundamente, houve por bem rejeitar a inconstitucionalidade da representação, no particular, para se verificar a importância que aquela Corte emprestou aos predicamentos impostos aos juízes (Rp. n. 749, in R.T.J., v. 50, p. 738 e seguintes).

8.4 Essas observações que acabam de ser feitas para bem evidenciar a exigência mais que indómita que se reclama quanto aos juízes e dos Órgãos Superiores que sobre eles têm jurisdição, notadamente disciplinar, - faltas de ordem moral e social - acaso ocorrentes, ao menos a eles imputadas, impõe-se, como não poderia deixar de ser, sob pena de contrariar a Constituição, assegurar-lhes toda defesa, dependendo os procedimentos adotados dos direitos subjetivos que já dispõem, tal como estatuem os diplomas citados. E acentue-se que sempre opera-se veladamente, discretamente e até, por vezes, secretamente, para assegurar, a cada passo, a discricção na sua apuração, em prol do Poder Judiciário.

Falam por si alguns julgamentos ocorridos na Suprema Corte, muitos dos quais participei, como se vê das publicações já feitas (R.T.J., v. 85, ps. 986 e segs.; v. 86, ps. 619 e segs.; v.89, ps. 846 e segs.; e v. 109, ps. 48 e segs.).

9. In caso, a requerente foi excluída, cancelando-se a sua inscrição sumariamente, nas circunstâncias já por vezes várias sublinhadas,

quando, até então, sua inscrição prevaleceu para justificar as muitas provas que lhe sucedeu.

Procedeu a Egrégia Corte como se dispusesse do poder discricionário que já não possuía, o qual era evidentemente regrado. Obrigado, então, ao exercício de atividade sujeita à disciplina legal, seja como se deduz das disposições constantes do edital já comentado, as quais condensam toda a legislação pertinente, seja da própria Constituição, ao calor das quais devem ser consideradas e obedecidas.

9.1 Na espécie já tão examinada, omitindo-se o Colendo Tribunal em proporcionar à requerente, como lhe cumpria, o direito de defender-se, praticou ato administrativo eivado de nulidade mortal, tal como dispõe o Código Civil, art. 145, IV, aplicável também aos atos administrativos, na lição unânime dos autores, como já salientava há anos o Mestre saudoso Ruy Cirne Lima (Princípios de Direito Administrativo, 5ª ed., 1982, p. 94), combinado com o art. 153, §§ 15, 21 e 4º, da Constituição Federal de 1969.

Outro não é o ensinamento de Raphael Alibert, em sua obra clássica *Le Contrôle Juridictionnel de L'Administration*, Paris, 1926, pp. 221/2, verbis:

Le vice de forme en droit administratif est une nullité qui provient de la violation de formes édictées par les lois et règlements. Cette nullité existe sans texte et elle est en principe absolue.

Les formalités administratives ne sont pas des procédures de pure forme dont il serait loisible à l'administration d'éluder l'accomplissement. Ce sont des garanties accordées aux administrés; elles sont pour eux la contre-partie des pouvoirs exorbitants de l'administration, ainsi qu'une assurance contre le risque des décisions hâtives, mal étudiées et vexatoires. Elles sont en principe d'ordre public'.

9.2 É lamentável que a Egrégia Corte tenha procedido contra a lei, realizando o ato impugnado, deslembra de assegurar o direito de defesa à concorrente, máxime nas circunstâncias em que o fez. Dito direito é inato à criatura humana.

O próprio Deus, o mais sábio e justo dos juízes, assim o entendeu, apesar do seu poder total, desde o princípio do mundo. Externou-o ao ser cometido o primeiro homicídio ocorrido sobre a Terra, quando Caim, levado pela inveja, matou seu irmão Abel.

São palavras do Senhor, segundo a Bíblia Sagrada, Genesis, cap. 4, n. 9:

E o Senhor disse a Caim: onde está teu irmão Abel ao que Caim respondeu. Eu não sei. Acaso sou eu guarda do meu irmão?

E consta do mesmo livro e capítulo, n. 10:

Disse-lhe o Senhor: Que é o que fizeste? A voz do sangue de teu irmão clama desde a terra até mim.

E, só então, o Senhor o puniu. Não se animou, o maior Juiz, a aplicar-lhe a sanção, como o fez, sem ouvi-lo para que se defendesse.

E assim seguiu-se na marcha das gerações.

Entre nós, o direito de defesa jamais foi ignorado e deixou de ser reconhecido. Desde o regime republicano, conforme a Constituição de 1891, resultou expresso, art. 72, § 16. Integrou, ele, as demais Constituições que àquela se seguiram: 1934, 1937, 1946, 1967 e Emenda nº 1/69, art. 153, § 15, em pleno vigor.

9.3 Por certo os fatos mais comuns ocorrem nos procedimentos criminais. Mas sempre se reconheceu a necessidade de observar-se o direito de defesa nos processos administrativos, quando do seu exame se imputa falta grave ao servidor. No presente procedimento, a toda evidência, ele é de aplicar-se, eis que trata de processo semelhante ao qual incidem normas decorrentes do Direito Administrativo.

9.4 Cabe assinalar que mesmo no regime revolucionário instaurado no País em 1964, os Atos Institucionais, embora sobranceiros à própria Constituição, reconheceram o direito de defesa, deixando-o expresso. Assim ocorreu com o primeiro deles, AI n. 1/64, art. 7º, § 4º, com a regulamentação que lhe atribuiu o Decreto nº 53.897, de 27.04.1964, art. 5º (in R.F., v. 206/434), ao impor graves sanções.

No S.T.F. concorri com meu voto para anular diversas sanções impostas com base no citado art. 7º, § 4º. E o fundamento central das nulidades dos procedimentos referidos assentou na falta de audiência dos imputados, como o impunha a citada legislação. Destaco de tais julgamentos os primeiros deles, publicados na R.T.J., v. 47/211; v. 50/67; e v. 53, ps. 120 e 379.

Inegavelmente o princípio em comentário, direito de defesa, aplica-se ao procedimento do concurso quando, é certo, ocorre acusação sobre o concorrente já admitido em definitivo, depois de procedido o seu respectivo exame, discricionariamente, pelo Tribunal. Certo ele não vem expresso, apesar dos detalhes introduzidos na regulamentação do concurso, seja, no edital, seja em leis outras a ele referentes.

Dito direito, que o Padre Vieira acentuava em seus “Sermões” ser “sagrado”, está implícito na sua disciplinação, eis que a Constituição sobre ele incide, projetando-se com toda a força e intensidade.

Cabe, aqui, invocar a lição do saudoso mestre Pontes de Miranda, em seus Comentários à Constituição de 1967 c/c a Emenda nº 1/69, t. 4º, p. 624, “c”, verbis:

‘Nenhuma lei brasileira pode ser interpretada ou executada em contradição com os enunciados da Declaração de Direitos, nem em contradição com quaisquer outros artigos da Constituição de 1967; porém alguns dos incisos do art. 153 são acima do Estado, e as próprias Assembléias Constituintes, não os podem revogar ou derogar. Tais incisos são os que contêm declaração de direitos fundamentais supra-estatais’.

10.1 Certamente se dirá que, em sendo assim, mesmo na primeira fase do certame, havendo dúvida sobre a idoneidade do concorrente, o direito de defesa tinha de lhe ser reconhecido. Sem qualquer razão o argumento porque opera, então, o Tribunal, discricionariamente, com o poder que sempre se lhe reconheceu e sempre constou das leis e regulamentos dos concursos. E inexistente, ademais, qualquer direito do candidato de ser admitido naquele instante prefacial do respectivo procedimento. Jamais daí por diante, quando o seu pedido de inscrição já fora reconhecido como definitivo, tal como ocorreu com a requerente.”²⁴

A contenda foi solvida pelo Supremo Tribunal Federal, acolhendo o parecer no RE nº 116.070-RS, publicado o acórdão na RTJ 129/883.

Ao analisar a prescrição da ação de cobrança de honorários advocatícios, teve oportunidade de expor os seus reconhecidos conhecimentos de direito civil, concluindo, verbis:

A) CONSIDERAÇÕES NECESSÁRIAS

1. O título de crédito que embasou todos os procedimentos dos quais se serviram os consulentes para receberem seus honorários como advogados, foi o contrato que avençaram com Lídio Floriano Melo, através de escritura pública lavrada em 31-5-1952.

Com ele, contrato, instruíram a primeira das ações, a executiva, ajuizada contra Lídio em 29-11-1969; dele se serviram, após, para se habilitarem na sobrepartilha da estância “Duas Marias”, iniciada em 12-9-1974; e do mesmo instrumento se serviram para a demanda que intentaram contra os herdeiros de Lídio, a qual findou em acordo, homologado pelo juiz;

²⁴ Revista de Direito Administrativo, v. 225, p. 420/5.

e foi ele, ainda, que veio a alicerçar a ação sumaríssima, recentemente apreciada, em segunda instância, como ficou referido no capítulo anterior.

2. Das cláusulas avençadas no contrato em questão, entre outras, estatuíram as que impende serem transcritas, e que são as seguintes:

[...]

QUARTA - Em remuneração de tais serviços o outorgado LYDIO FLORIANO MELLO, por bem desta escritura e na melhor forma de direito, e, na qualidade de testamenteiro no exercício da testamentaria, se obriga a pagar aos outorgantes seus advogados, trinta e cinco por cento (35%) calculado sobre o líquido a ser apurado. - Considera-se líquido, o saldo resultante do valor real da estância “Duas Marias”, acrescido da importância correspondente a indenização devida pela ocupação do imóvel e durante todo o tempo, desde as escrituras de venda ou cessão de direitos hereditários até final liquidação - deduzidas as parcelas correspondentes ao preço, mais os juros moratórios e quaisquer benfeitorias no mesmo prédio rural, realizadas pelo comprador.

QUINTA - Entende-se rescindido de pleno direito o presente contrato de honorários de advogados e sujeito, em consequência, o outorgado LYDIO FLORIANO MELLO, ao integral pagamento dos mesmos honorários advocatícios:

a) [...]

b) si esta, sem justa causa, revogar os poderes já outorgados aos mesmos;

[...]

OITAVA - Os honorários serão devidos aos advogados ora outorgantes, ressalvada a hipótese da referida cláusula quinta e suas letras - logo após a terminação do serviço judiciais a que se obrigaram e que deverão realizar sem dolo e nem malícia e deverão ser pagos, anual e parceladamente até final liquidação, com o saldo dos arrendamentos produzidos pelo mesmo imóvel rural. - Entende-se saldo, a importância líquida da renda, descontadas as quantias atinentes ao pagamento de impostos e taxas relativos e incidentes sobre o mesmo campo; [...]

3. Através delas, as cláusulas, em conjugação com o mandato recebido, impunha-se aos consulentes a missão de usarem dos procedimentos

adequados para fazerem retornar ao acervo hereditário de Narciso Melo a estância “Duas Marias”, bem como a ele, espólio, incorporarem a indenização que apurassem em liquidação, decorrente da ilegal ocupação daquela área, ou seja, desde a posse até sua efetiva restituição. Daí os precisos termos do pedido, constante da parte derradeira petição inicial, da ação proposta, de nulidade da alienação, anteriormente transcrito, mas que convém repetir, verbis:

[...] devolverem ao monte da herança a estância de criar denominada “Duas Marias”, devendo, ademais, repor ao monte o valor correspondente à indenização pela fruição e ocupação do prédio rústico, acrescido dos juros legais moratórios, descontada a quantia relativa ao total do preço pago, acrescida, também, de juros legais, tudo na conformidade do que for apurado em liquidação.

4. Por isso, os honorários contratados, em princípio, somente, seriam devidos com o cumprimento integral daquela pretensão, acolhida, sem restrições, pelo julgado final do Eg. Supremo Tribunal Federal.

5. Todavia, obstados ficaram os consulentes de levarem a bom termo o seu encargo, pela atitude do contratante, Lydio, bem como dos demais herdeiros que, posteriormente, lhes haviam outorgado procuração para a execução amigável do acórdão referido, - revogando, imotivadamente, seus mandatos.

6. A partir de então, ou, mais precisamente, quando fossem notificados dos atos revogatórios, dispensados estavam os consulentes da atividade profissional a que se haviam comprometido, sem prejuízo do direito de receberem a totalidade dos honorários profissionais contratados, tal como dispõe a cláusula quinta, letra b, do contrato, antes também transcrita.

7. Sucede que o contrato de honorários em questão, tendo em vista as condições estipuladas, caracteriza-se como especial, nominado pelos doutores, como contrato cotalício ou quota-litis. Com base nele, o quantum ajustado somente dará direito a seu recebimento, quando ocorrer lucro para o cliente, ou seja, quando a demanda proposta for julgada procedente, ainda que em parte. E é, exatamente sobre o líquido apurado que incidirão as percentagens ajustadas, proporcionando sua paga (PONTES DE MIRANDA, *Trat. de Dir. Priv.*, VI, 1955, p. 151).

8. Assim, embora os consulentes se tornassem titulares do direito à totalidade dos honorários contratados, sem necessidade de prosseguirem, como advogados, na execução do acórdão final do Eg. Supremo Tribunal Federal, face à revogação do seu mandato pelos outorgantes, não poderiam eles, os consulentes, exercitá-los, desde logo; e isto porque a percentagem a eles referentes, incidiria sobre

o líquido a ser apurado, definido, dito líquido, como o valor real da estância “Duas Marias”, acrescido da importância correspondente à indenização devida pela ilegal ocupação do referido imóvel, durante todo o tempo, desde as escrituras de venda ou cessão de direitos hereditários, até final liquidação, deduzidas as parcelas correspondentes ao preço, mais os juros moratórios e quaisquer benfeitorias no mesmo prédio rural, realizadas pelo comprador, tal como dispõe a cláusula quarta, antes igualmente transcrita.

9. Tudo, pois, está a mostrar que o exercício do direito assegurado aos consulentes, de receberem seus honorários profissionais, estava a depender de dois acontecimentos futuros, quais sejam: 1º) a verificação do valor real da estância a devolver; e 2º) a liquidação do valor da indenização devida pela sua ocupação, como ficou explicitado anteriormente. Eram fatos jurídicos porvindouros, inexistentes à época da revogação do mandato, e, só ocorridos anos após, o último dos quais, recentemente, com a prolação da respectiva sentença de liquidação.

É a aplicação do disposto, respectivamente, nos arts. 114 e 118 do Cód. Civil, verbis:

Art. 114. Considera-se condição a cláusula, que subordina o efeito do ato jurídico a evento futuro e incerto.

[...]

Art. 118. Subordinando-se a eficácia do ato à condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa.

A propósito, com propriedade, acentuou o eminente e saudoso Min. Orosimbo Nonato, ao votar, como relator, no RE nº 13.386, do D.F., in Rev. For., 132, p. 420:

[...] É certo que, na pendência da condição suspensiva, a obligatio não se torna exigível, nihil interim debetur a condição suspensiva impede antes de seu implemento, que o ato desvele sua eficácia (vede Espínola, in Manual Lacerda, vol. III, parte 2ª, p. 294).

Como disse Coviello, “il negozio esiste anche prima s’avveri la condizione, ma la sua efficacia rimane sospesa (Man. di Dir. Civ., § 134, p. 426).

O que então ocorre é uma expectativa, posto que qualificada, de direito, que se adquirirá com o seu implemento.

Anteriormente, no mesmo sentido, já decidira o Eg. Supremo, ao julgar o Ag. de Pet. 4.192 do D.F., em 05-5-1926, do qual foi relator o eminente e saudoso Min. Edmundo Lins (Rev. de Direito, 83, p. 369/72). E, mais recentemente, no RE nº 83.942, em 19-10-1976, do qual foi relator o eminente Min. Cunha Peixoto (apud M. NOELI FOL. Direitos do Advogado do Paraná, p. 295/304).

Esta é, ademais, a lição dos nossos tratadistas. Além de ESPÍNOLA, citado inicialmente, cabe acrescentar: CLÓVIS (Cód. Civ. Coment., I, 1931, p. 365-6); CARVALHO SANTOS (Cód. Civ. Bras. Inter., III, 1937, p. 51-63); CAIO MÁRIO (Inst. de Dir. Civ., I, 1978, p. 487-93) e outros.

Inobstante, PONTES DE MIRANDA, cuidando, especificamente, dos contratos cotalícios de honorários, como, no caso, preleciona, in *Trat. de Dir. Priv.*, VI, 1955, p. 151:

‘[...] Nos contratos cotalícios de honorários, em que a percentagem há de ser paga afinal, a pretensão somente nasce quando se procede à liquidação. Não há, aí, condição suspensiva; há direito e, ao ser feita a liquidação, pretensão.’

10. Pouco importa que, em 29-11-1969, após a revogação dos mandatos, tenham os consulentes ajuizado contra Lídio Floriano de Melo, ação executiva visando a cobrar seus honorários.

É que, com o julgamento final da causa, tal procedimento tornou-se ineficaz; com ele, pois, não se podendo operar para o desprezo da condição suspensiva já comentada e constante do contrato.

B) DA PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE AÇÃO

1. Como ficou inicialmente esclarecido, a Cda. 1ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada, ao julgar a apelação interposta pelos réus vencidos, herdeiros nomeados de Narciso Melo, houve por bem decidir:

a) por unanimidade, rejeitar as prejudiciais suscitadas pelos apelantes, de carência de ação e coisa julgada; e

b) por maioria, acolher a de prescrição do direito de ação, também por eles argüida.

2. Conquanto uniformes na conclusão, reconhecendo a prescrição, dissentiram os votos vencedores na sua fundamentação.

Operou o do relator com o contrato de honorários, e dele extraiu subsídios para reconhecer que o marco inicial do prazo da prescrição

era o da data do julgamento final proferido pelo Eg. Supremo, ou seja, 25-11-1963, posto admitisse que, ainda que fosse ele 29-11-1969, consumada, de qualquer sorte, estaria a prescrição, sem apreciar os motivos que, porventura, tivessem interrompido o prazo quinquenal.

Mais completo se fez o voto do terceiro juiz, Dr. Lio Schmitt, após seu pedido de vista dos autos.

Embora reconhecesse ser encargo do Espólio pagar os honorários dos advogados contratados pelo testamenteiro, concluiu, inobstante, que não estava dito acervo hereditário vinculado às cláusulas do contrato ajustado apenas entre o testamenteiro e os profissionais, dado que sobre dito contrato não foram ouvidos nem o inventariante, nem os herdeiros, nem ocorreu, ademais, homologação judicial.

Por isso, concluiu que o direito dos advogados de cobrarem seus honorários deflui da data em que se verificou a revogação do mandato, quando, conseqüentemente, se iniciaria a contagem do prazo para prescrição. Protraiu-o, todavia, para 29-11-1969, data do ajuizamento da primeira ação de cobrança, em questão, ausente que se fizera a notificação do ato revogatório. E, como repeliu qualquer causa suspensiva ou interruptiva do prazo prescricional, aceitou sua consumação.

3. Com todas as vênias dos nobres juízes que formaram a maioria, no julgamento rememorado, tenho que não foram bem inspirados ao acolherem a prejudicial de prescrição.

É o que se pretende demonstrar a seguir.

4. Como preleciona CÂMARA LEAL, em sua clássica monografia *Da Prescrição e da Decadência* (p. 21 e segs.), um dos fundamentos nucleares do instituto da prescrição assenta, desde o Direito Romano, na omissão, na negligência, no descaso, no desinteresse do titular do direito em exercê-lo. Assim tem decidido, também, o Eg. S.T.F. (Rev. For., 124/121-2 e 105/279-82).

Foi esse o comportamento dos advogados consulentes? A resposta só pode ser, seguramente, negativa.

Com efeito.

Desde 1952, ou seja, há 31 anos, se entregaram os consulentes na defesa de seu constituínte, propondo, a primeira das ações por eles ajuizadas, a qual, sempre no bom combate, lograram vitoriar-se, na derradeira instância, o Plenário do Egrégio Supremo.

Depois, foram as tratativas amigáveis como queriam os interessados para a execução do acórdão. Já quase exitosos, ao cabo de três anos, viram, imotivadamente, revogados seus mandatos.

Daí os procedimentos de que se valeram para se verem pagos. A primeira das ações em 1969. O procedimento administrativo, ao habilitarem seu crédito nos autos da sobrepartilha, iniciada em 1974. A seguir, na outra ação proposta contra os herdeiros de Lídio Floriano Melo, a qual findou por acordo. Por último, a que se iniciou em 1981.

E, tudo isso, para receberem seus honorários profissionais pelos serviços prestados. Proporcionaram seu pertinaz labor vultoso patrimônio aos herdeiros de Narciso Melo, no qual não seriam aquinhoados não fossem, repita-se, seus ingentes e longos esforços, como competentes advogados.

Tudo está a evidenciar que o reconhecimento da prescrição não se poderia ter alimentado em boas fontes do Direito.

5. Como ficou bem deduzido nas considerações da seção anterior, se é certo que a revogação dos mandatos originou o direito aos advogados consulentes de receberem a totalidade dos honorários contratados, todavia, seu recebimento estava a depender das condições suspensivas introduzidas na própria avença, somente realizadas posteriormente.

Basta ter presentes as cláusulas antes transcritas, que, sem dificuldade, concluir-se-á que, antes da devolução da estância “Duas Marias”, quando seria apurado o seu real valor, e se procedesse à liquidação correspondente à indenização pelo decurso de tempo da ilegal ocupação, satisfeitas não estariam as condições.

É, pois, da realização de cada uma delas que se há de contar o prazo da prescrição, nos termos do art. 170, I, combinado com os arts. 114 e 118, todos do Código Civil.

Em abono dessa solução, mostram-se, a meu ver, valiosas as considerações expandidas por Guillouard, em obra célebre, verbis:

‘[...] toutes les fois qu’une créance est conditionnelle, ou à terme certain ou incertain, la prescription commence non du jour où la créance est née, mais du jour où elle est devenue exigible par l’accomplissement de la condition ou l’arrivée du terme. La raison en est que la prescription suppose une négligence du créancier dans l’exercice de son droit, et on ne peut lui reprocher aucune négligence tant que la créance n’est pas exigible.’

(In *Traité de La Prescription*, A. Pedone Éditeur, Paris, 1901, t. 1º, p. 77, n. 77)

E, satisfeitas ambas, há menos de cinco anos da era em que ingressaram em juízo - 08-9-1981, os consulentes, com o procedimento sumaríssimo a que se refere o acórdão comentado, não se teria ultimado o quinquênio estatuído pelo art. 100 da Lei nº 4.215, de 1963.

A tal conclusão se chega, operando com o contrato de honorários ajustado entre o testamentário e os advogados consulentes.

6. Posto tenha o douto voto do terceiro juiz reconhecido a responsabilidade do Espólio pelo pagamento dos honorários debatidos, invocando para tanto o disposto nos arts. 1760 e 1137, II, respectivamente, do Cód. Civil e do C.P.C., considerou que não estava ele, Espólio, vinculado às cláusulas do contrato e pelas razões já apontadas anteriormente. Daí não encontrar motivos para considerar as condições suspensivas nele introduzidas.

7. Penso, data venia, que o raciocínio, por demasiado simplista, não concluiu com o devido acerto.

Admito, ad argumentandum, a desvinculação reconhecida. Todavia, sua razão de ser residiria no pertinente ao prejuízo que, porventura, trouxesse aos herdeiros, ou seja, no valor dos honorários, por serem exorbitantes ou excessivos, pois o dever de pagá-los o reconheceu o nobre juiz no voto em apreciação. Assim, sobre a percentagem de 35% contratada. No mais, as cláusulas são até limitativas para os consulentes. E sua invocação fala por si próprio. Ademais, a base sobre a qual assentaria o cálculo é da própria lei, e, tanto o vencimento ordinário como o extraordinário da avença, igualmente, nela assentam, como se vê, da simples leitura, respectivamente, dos arts. 97, in fine, 100, I, II e V, parte segunda, todos da Lei nº 4.215, de 1963.

Assim, também, para o Espólio e os herdeiros, inteiramente válidas eram as condições suspensivas, às quais se impuseram os próprios consulentes e em manifesto favor daqueles.

8. Quando, porém, se venha a aceitar a desvinculação completa e integral do Espólio, aos termos e demais cláusulas do contrato de honorários de advogado, como quer o r. voto, ainda assim, não há, data venia, como reconhecer prescrito esteja o direito dos consulentes, obrigando-os a nova demanda, sabe-se lá por quantos anos ainda, para fazerem valer o seu direito, através, então, da ação ordinária de enriquecimento sem causa, direito este nitidamente pessoal, e cuja prescrição é vintenária, nos termos do art. 177 do C. Civ. (FONSECA, Arnaldo Medeiros da. In: CARVALHO SANTOS. *Repert. Enciclop. do Dir. Bras.*, v. 20, p. 237-42).

Efetivamente.

Brotam dos autos e dos documentos deles extraídos e que me foram presentes, de forma quase solar, que duas causas interromperam a prescrição do direito dos autores: as do art. 172, III e V, do C. Civ. Dizem elas:

‘Art. 172. A prescrição interrompe-se:

I - [...]

II - [...]

III - Pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário...

IV - [...]

V - Por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.’

O primeiro deles, tomado em sua ordem cronológica, é constituído pela já mencionada “CARTA DE COMPROMISSO”, subscrita pelos herdeiros, firmada em 15-9-1972, em instrumento particular, subscrito, também, por duas testemunhas, e jamais impugnado.

Dele cumpre destacar duas de suas cláusulas, as de números 2 e 8. Seu texto integral é o que segue:

‘[...]

2) Os signatários se comprometem a concordar que o imóvel em questão, seja dado em arrendamento ou parceria a terceiros, mesmo por prazo superior ao fixado para a indivisibilidade, para que, com a renda sejam atendidos os encargos do imóvel, inclusive os correspondentes às despesas judiciais e os honorários devidos pela propositura da ação de anulação da cessão ou venda de direitos hereditários a Orivaldo Lara Palmeiro e conseqüente execução da sentença; (grifei)

[...]

8) Todos os condôminos participarão na proporção de seus quinhões de todas as dívidas, obrigações e despesas contraídas ou feitas no interesse dos condôminos e referentes ao imóvel denominado “Fazenda Duas Marias” excluídas, porém NAIR MELLO e VILMA MELLO GOMES DE OLIVEIRA do que é devido pelos

condôminos aos advogados Edgar Wilson Mondadori, Carlos Alberto Mondadori, Cyro de Carvalho Santos, Edilberto Degrazia e Ricardo Talaia O'Donell.' (grifei)

Tenho, por inequívoco, o reconhecimento da dívida dos consulentes, referente a seus honorários, pelos herdeiros; e, assim, servindo de causa interruptiva da prescrição, na data de sua lavratura, tal como o requer o citado inciso V do art. 172, do C. Civ., antes transcrito.

Trata-se de instrumento pelo qual os condôminos da estância “Duas Marias”, ainda então indivisa, se propunham arrendá-la. Por isso, comprometiam-se, como o denominaram na CARTA, a repartir as rendas que adviriam, as quais caberiam pro rata a cada um, e, bem assim, as despesas, entre as quais precisavam os honorários em questão, tendo até o cuidado de especificar a ação da qual decorriam e da sua própria execução. Dita cláusula 2 casa-se, perfeitamente, com aquela que consta do contrato de honorários, na ordem oitava e antes também transcrita, onde se declina uma das formas do recebimento dos honorários, ou seja, com os recursos das rendas da estância em questão.

E reiteraram os herdeiros seu dito compromisso, incluindo outros além dos consulentes, mas que trabalharam nas causas; explicando-se a ressalva de duas delas por que se teriam proposto pagar a parte que julgavam devida, a qual resultou em depósito judicial, procedido em 1974.

Nem os comentadores do preceito em menção - art. 172, V, exigem atributos outros para o ato interruptivo.

A propósito, sinala CÂMARA LEAL, em sua monografia anteriormente citada, após versar o tema e a doutrina, inclusive no Direito Alemão, baseado em Plank, cuja opinião transcreve (ob. cit. p. 225), verbis:

[...]

Resumiremos, pois a interpretação do dispositivo legal, dizendo: sempre que o sujeito passivo pratique algum fato ou faça alguma declaração verbal ou escrita, que não teria praticado ou feito, se fosse sua intenção prevalecer-se da prescrição em curso, esse ato ou declaração, importando em reconhecimento direto ou indireto do direito do titular, interrompe a prescrição.'

No mesmo sentido são os ensinamentos de CLÓVIS (ob. cit. v. I, p. 444, n° 5); CARVALHO SANTOS (Cód. Civ. Bras. Interp. III, 2. ed., p. 430-1, n° 7); CAIO MÁRIO (Instituições de Dir. Civ. I, 1978, p. 606).

E esta tem sido a orientação da jurisprudência, sempre pacífica, do S.T.F.

Votando, no julgamento do RE nº 7.952, em 20-7-1944, assinalava o saudoso Min. Castro Nunes: "... o ato inequívoco pode ser indireto para o reconhecimento..." (Rev. dos Tribs., 162/363).

Na mesma linha é o que se lê no julgamento do RE nº 4.416, em 01-8-44, através da palavra de seu eminente e saudoso Min. Orosimbo Nonato. Admitiu ele que o ato interruptivo pudesse até ser virtual, não se fazendo mister fosse ele expresso. O que se faz necessário é que, inequivocamente, se relacione com a dívida reconhecida (Rev. For., 103/53-4).

Igualmente, ficou assentado no RE nº 8.558, em julgamento de 17-10-1944, quando aquele eminente Ministro, como relator, admitiu, fundado em autores estrangeiros, que o reconhecimento em observação poderia até mesmo ser verbal, o que autoriza concluir que qualquer meio, desde que inequívoco se faz válido para o fim interruptivo (Rev. For., 105/80-1).

É no sentido exposto o pensar dos doutos: Baudry-Lacantinerie, in *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil (De La Prescription)*, Librairie Du Recueil, Paris, 1899, t. XXV, p. 325, n. 529; Henri de Page, in *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge, Établissements Émile Bruylant, Bruxelles, 1943, t. 7º, v. II, pp. 1.078/1.080, n. 1.194; L. Guillouard, in. Op. cit., pp. 230/2, nºs 247/248.*

Dispensável, dessarte, a invocação de julgados ou opiniões de doutores outros para evidenciar que a CARTA DE COMPROMISSO revela, de forma inequívoca, o reconhecimento da dívida, e, conseqüentemente, por hábil, interrompeu o prazo da prescrição na data em que foi firmada.

9. Cumpre, por fim, verificar da causa final que também teria interrompido o fluxo prescricional. Refiro-me a do já citado art. 172, III, pela apresentação do título de crédito no juízo de inventário.

O inventário, no caso, diz respeito à sobrepartilha, procedida no acervo devolvido: a estância "Duas Marias" e o líquido apurado pela sua ilegal ocupação. Pois foi nesse procedimento administrativo que se verificou a apresentação do título de crédito dos consulentes. Dito título é o mesmo que embasa a presente ação: o contrato de 31-5-1952. Nem os autores dispõem de outro. Em decorrência dele é que o inventariante Lídio, em suas declarações, nos autos da referida sobrepartilha, procedeu à sua descrição, em 16-4-1975. Fê-lo em cumprimento ao disposto no art. 993, IV, f, do C.P.C.; e, mais tarde, no decurso do demorado andamento do feito, se dispôs à separação de bens para seu pagamento.

E foi, não somente diante das declarações em apreço como da apresentação, em 21-12-1976, pelos consulentes de seu título de crédito, que, frente às impugnações dos herdeiros e do legatário, Hospital São Patrício, o juiz

despachou, encaminhando a pretensão às vias ordinárias, o que ocorreu em 28-8-1980 (fl. 322), dos autos da sobrepartilha em questão.

Dessarte, além da interrupção da prescrição anteriormente verificada, com a CARTA de 15-9-1972, outra se operou, posterior, com a citada apresentação do título de crédito, pelos credores, no juízo de inventário, no caso a sobrepartilha.

10. Pouco influi o largo espaço de tempo que medeou entre a citada apresentação do título, em 21-12-1976, e o despacho do magistrado, ocorrido em 28-8-1980, de resto, inferior a cinco anos. É que, enquanto, vigilantes, aguardavam o pronunciamento dos herdeiros e demais interessados, e processava-se o feito, até que o juiz decidisse a respeito, persistia seu propósito de cobrar, obstando fluxo prescricional. Tal comportamento dos credores, posto que, em processo de inventário, equipara-se ao ajuizamento da própria ação de cobrança, como se pode extrair da conjugação do art. 1796, §§ 1º e 2º, do C. Civ., e arts. 1018 e seu parágrafo único e 1039, I, in fine, do C.P.C.

Neste sentido é a lição dos autores, dos quais invoco apenas CARPENTER (Manual Paulo Lacerda III, já cit., p. 287); ALMEIDA OLIVEIRA (A Prescrição, p. 122); OLIVEIRA CASTRO (Cód. Civ. Interp. pelo S.T.F., II, p. 77) e BRENO FISCHER (A Prescrição nos Tribunais, II, 1957, p. 288 e segs., § 253, invocando excelente julgado do Trib. de Justiça de S. Paulo, in Revista Forense, 108/316-7, da lavra do saudoso processualista Herotildes Lima, cuja expressiva ementa dispõe:

“Honorários médicos. Prescrição. Interrupção.

A apresentação do crédito de honorários no juízo do inventário produz interrupção da prescrição que só recomeça a correr depois de decidida a remessa do credor às vias ordinárias.”

11. A longa e detalhada exposição, por vezes até demasiado insistente, evidencia que, quando os autores, ora consulentes, ajuizaram sua ação de cobrança contra os herdeiros de Narciso Melo - 08-9-1981 - através do procedimento sumaríssimo, prescrito não se achava o seu direito, mesmo que se levasse em consideração a desvinculação completa entre o contrato de honorários e os herdeiros em questão, ora demandados.

E isto porque:

a) iniciado o prazo em 29-11-1969 com a propositura da primeira das ações, sofreu interrupção com o reconhecimento da dívida pela “CARTA COMPROMISSO” de 15-9-1972;

b) passando o prazo de novo a fluir da última das datas, foi, novamente interrompido em 21-12-76, com a apresentação do título de crédito no juízo do inventário (sobrepartilha);

c) e porque dita interrupção é de efeito prolongado (BRENO FISCHER, ob. e vol. cit. p. 288, primeira parte) só findou em 02-8-1980, quando, pondo termo ao pedido de pagamento, despachou o juiz, encaminhando os credores às vias ordinárias; contando-se daí, de novo, o prazo;

d) ajuizada a derradeira ação em 08-9-1981, não decorreram os cinco anos, prazo prescricional estatuído pelo art. 100 da Lei nº 4.215, de 1963, seja da última das datas mencionadas, seja da penúltima delas.”²⁵

Os seus pareceres lembram, na forma de deduzir e de concluir, o mesmo estilo dos tempos de juiz: o modo límpido e correntio que notabilizaram as suas sentenças e acórdãos.

Em expressiva homenagem que lhe foi prestada pela academia, logo após a sua aposentadoria, o saudoso Desembargador Mário Boa Nova Rosa delineou com fidelidade o perfil do jurista Carlos Thompson Flores, *verbis*:

O juiz Carlos Thompson Flores, porque juiz ele foi todo, só e sempre, teve a Justiça, com esses conceitos, como o breviário em que assentou a sua fé no primado do Direito.

Não tomou, porém, esses princípios, como armadura ou como escudo, mas brandiu-os, como lança ou como gládio, durante toda sua longa, brilhante e prestimosa vida de julgador. Mesmo afastado já da esperança sem temor, da mocidade; mas ignorando também o temor sem esperança dos que não tem mais futuro, acreditou sempre no poder da Lei e na magestade da Justiça.

Foi bem o tipo clássico do magistrado de carreira, que fez do hábito de julgar um sincero apostolado e só compreendeu o Direito como uma obrigação superior, pairando acima dos interesses e das paixões.

Nunca foi mero aplicador da lei; nem simples compulsador de ementários de jurisprudência; e, muito menos, um insensível aos dramas humanos que a realidade, surpreendentemente, suscita, alguns com aparência de insolúveis. Pelo contrário, tímbrou sua fecunda caminhada com provas incontrovertidas de penetrar no âmago da lei, subtraindo da norma sua essência de justiça, para conciliar o interesse público com as pretensões privadas das partes, não sacrificando o direito, nem sendo rigoroso ao extremo, nem tolerante em demasia; porque fez dos repositórios de julgados a bússola de suas convicções sobre o contexto social do momento, sem tornar-se subserviente com o fim escuso de aumentar a probabilidade de serem as

²⁵ Revista Forense, v. 359, p. 182/8.

sentenças mantidas, com um falso halo de prestígio, mesmo contrariando as verdadeiras idéias de seu subscritor não reveladas; sempre se despiu do aparato de autoridade intransigente que, de fato, nunca se impõe, embora possa ser temida, para revestir-se de autoridade branda, mas firme.

Proferiu decisões que ficaram assinaladas com a sua marca, pois - como refere Lourenzo Carnelli - nenhum julgador se despoja inteiramente de seus hábitos, inclinações e preferências, que gravitam em torno de suas decisões, sem que ele o queira ou saiba. Pode, se exercitar a centelha divina que Deus põe em sua mente, realizar a função criadora reclamada por Alberto V. Fernandez, advogado e professor argentino, do juiz, para quem as normas jurídicas gerais são esboços, incompletos objetos, obscuros e, às vezes, toscos, que o intérprete estuda, analisa e penetra com toda a ciência ao seu alcance.

O pragmatismo de sua longa formação de juiz pareceu, quicá, formalista ... Mas esse formalismo traduzia a pureza de seus métodos de jurista clínico, que tanto valorizava a perfeição do diagnóstico quanto enfatizava a adequação, a cada mal específico, da terapêutica própria. No mais, mesmo em questões de índole formal, foi benevolente e tolerante, trazendo aos textos rígidos e frios o abrandamento que sua inclinação temperamental impunha. Do juiz profissional, justamente envaidecido de sua carreira e da missão augusta que desveladamente cumpriu; do juiz liberal em quem a ânsia de fazer justiça às partes tornava reparador intransigente das violações à liberdade, não só dos probos e dos justos, mas de todos, sem discriminações nem fronteiras outras que as da lei; do juiz exato na transigência, generoso na severidade, humano na disciplina - de um juiz assim dotado pode se dizer que nasceu para a mais alta Corte de Justiça, indo nela encontrar a mesma atmosfera que seu modo de ser desde sempre respirara.

[...]

No grande volume que é a vida de S. Ex^a. a sua atuação como juiz ficará assinalada entre duas folhas: a longínqua e modesta pretoria de Herval do Sul e a recente e magnífica presidência da Corte Suprema; mas, ao contrário da flor esmaecida que, para lembrança de alguém, se conserva entre as páginas de um livro, seu exemplo não perderá o viço na memória de seus contemporâneos e servirá de modelo para os porvindouros.²⁶

A morte alcançou-o em 16.04.2001, aos 90 anos de idade.

Em 15.08.2001, o Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul conferiu-lhe a Comenda Honorífica “Magistrado Exemplar” *post mortem*, num público reconhecimento aos seus elevados méritos como juiz e jurista.

²⁶ Revista Estudos Jurídicos, v. XI, n° 32, p. 102/3, 1981.

No decorrer de quase meio século, repetindo Bento de Faria, o Ministro Carlos Thompson Flores distribuiu justiça sem os excessos da mediocridade exibicionista, praticou o bem sem alardes; elevou o conceito de nossa Pátria, honrou a sua toga, impôs-se ao respeito e admiração dos seus pares e jurisdicionados, avassalou os corações de quantos serviram ao seu lado e sobretudo os dos que continuarão a fruir o proveito dos seus ensinamentos.

Nos merecidos aplausos que rodeiam a longa trajetória do Ministro Carlos Thompson Flores, resplandece a qualidade mestra de todo homem marcante: a fidelidade a si mesmo, à sua vocação e aos seus ideais de justiça. Foi nesse nobre sentimento que acumulou forças para contrariar os poderosos, para amparar os fracos, para desprezar a momentânea e falsa opinião das multidões e para servir o interesse superior da Justiça.

Afirmou um magistrado francês que “c’est mal définir la grandeur du magistrat, que de ne la faire connaître que par son pouvoir. Son autorité peut commencer ce tableau, mais sa vertu seule peut l’achever. C’est elle qui nous fait voir en lui l’esprit de la loi et l’âme de la justice; ou plutôt il est, si l’on peut parler ainsi, le supplément de l’une et la perfection de l’autre. Il joint à la loi, souvent trop générale, le discernement des cas particuliers; il ajoute à la justice cette équité supérieure sans laquelle la dureté de la lettre n’a souvent qu’une rigueur qui tue, et l’excès de la justice devient quelquefois l’excès de l’iniquité”.²⁷ Nenhuma sentença literária seria mais apropriada de esclarecer a magistratura de Carlos Thompson Flores como essa de D’Aguesseau, ao revelar o segredo da projeção de sua jurisprudência que se prolongará pelo tempo afora, pois soube marcar acima dos interesses dos homens e das contingências do momento para representar o mais puro ideal da Justiça, como aquele expresso por Bossuet em presença de Luiz XIV, verbis:

‘Deve ela – a justiça - ser presa a regras. Inegável em sua conduta, conhecendo o verdadeiro e o falso nos fatos que expõe. Deve ser ainda cega em sua aplicação. Sobretudo, deve ser branda algumas vezes, dando lugar à indulgência. Finalmente, a Justiça é insuportável nos seus rigores. A constância a fortalece nas regras; a prudência a esclarece nos fatos; a bondade lhe faz compreender as misérias e as fraquezas. Assim, a primeira a sustenta; a segunda, a aplica; a terceira, a tempera. Todas as três virtudes a tornam perfeita e a completam por seu concurso.’²⁸

Virtus praestat ceteris rebus.

27 Oeuvres Choïsies Du Chancelier D’Aguesseau, Librairie de Firmin Didot Frères, Paris, p. 108, 1863.

28 Oeuvres de Bossuet, Firmin Didot Frères, Paris, t. I, p. 421, 1862.

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NOÇÕES GERAIS E QUESTÕES CONTROVERTIDAS À LUZ DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA

*DISREGARD OF LEGAL ENTITY GENERAL IDEAS AND
CONTROVERSIAL ISSUES IN THE LIGHT OF JURISTIC
THINKING AND PRECEDENTS*

Alex Perozzo Boeira

Procurador Federal

Mestrando em Direito na PUCRS

Especialista em Direito do Estado pelo UNIRITTER

SUMÁRIO: Introdução; 1 Noção e efeitos da personalização; 2 Teoria Maior e Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica; 3 Breve panorama do arcabouço normativo brasileiro atinente à desconsideração da personalidade jurídica; 4 A (des)necessidade de ação própria e o devido processo legal; 5 Responsabilidade do ex-sócio; 6 Conclusão. Referências.

RESUMO: A personalização de entes coletivos propiciou a individualização patrimonial e a afetação dos bens e direitos da pessoa jurídica às obrigações por ela assumidas. A utilização da pessoa jurídica permitiu, assim, o desenvolvimento da atividade econômica, incrementando sobremaneira a produção de bens e a circulação de riqueza. Por meio do instituto, confere-se um âmbito de proteção patrimonial significativo – ainda que não absoluto –, que encontra no acervo do ente moral a limitação das possíveis perdas decorrentes do exercício da atividade lucrativa. O aparato jurídico decorrente da personalização, todavia, não pode dar guarida a condutas marcadas por abuso de direito, fraude, confusão patrimonial – entre outras atuações ilícitas – que causem prejuízo aos interesses legítimos de credores. Nesse panorama, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica é tecida com o propósito de corrigir o uso distorcido da pessoa jurídica em desconformidade com os fins de sua criação, permitindo, então, o acesso aos bens dos sócios envolvidos na prática de atos ilegais (em sentido amplo). A matéria veio a ser contemplada no ordenamento jurídico brasileiro, de maneira inovadora, com o CDC, repetindo-se, com maiores ou menores alterações de conteúdo, em outras disposições legislativas que lhe seguiram. Independentemente das diversas questões controversas e feições doutrinárias e jurisprudenciais acerca da desconsideração da personalidade jurídica, o fato é que a superação da limitação patrimonial do ente coletivo mantém a higidez do sistema e tutela a própria razão de ser da pessoa jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Desconsideração. Personalidade. Jurídica.

ABSTRACT: The juristic personality of collective entities led to the individualization and affectation of the corporate asset to the obligations it has assumed. The use of the corporation thus enables the development of economic activity, greatly increasing the production of goods and the movement of wealth. Through the institute, a significant part of asset protection is granted – albeit not absolutely – which are the rights and properties of the moral agent, limiting potential losses arising from the exercise of gainful activity. The legal apparatus due to legal entity, however, can not give shelter to conduct marked by abuse of law, fraud, asset confusion – among other illegal actions – that would be harmful to the legitimate concerns of creditors. In this scenario, the doctrine of piercing the corporate veil is woven for the purpose of correcting the distorted use of the corporation in breach of the purposes of their creation, allowing then access to the assets of the partners involved in the practice of illegal acts (in broad sense). The matter came to be contemplated in the Brazilian legal system, in an innovative way, with the CDC, repeating, with greater or lesser content changes in other laws that followed. Regardless of the various controversial issues and features about the doctrinal and jurisprudential on the piercing the corporate veil doctrine, the fact is that overcoming

the limitation of the collective entity asset maintains the good health of the system and protects the very reason of being of the corporation.

KEYWORDS: Disregard. Personality. Legal.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho volta-se ao estudo da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, partindo-se de uma abordagem primeiramente das noções gerais de personalização e pessoa jurídica para, então, adentrar no universo da *disregard doctrine*.

Nesse desiderato, buscar-se-á desenvolver, de modo sintético, as principais teorias da desconsideração da personalidade jurídica, de forma a propiciar ao operador do Direito um panorama da *disregard doctrine* no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, além das formulações teóricas, serão objeto de breve análise as bases normativas que abarcam a teoria da desconsideração no Direito pátrio, sem olvidar dos necessários auxílios da mais abalizada doutrina.

Ao longo da exposição, algumas questões polêmicas e muitas das manifestações teóricas serão cotejadas com o entendimento jurisprudencial atualizado das Cortes brasileiras, permitindo que se transmita as nuances da teoria da desconsideração da personalidade jurídica de maneira mais contextualizada com o cenário jurídico brasileiro contemporâneo.

1 NOÇÃO E EFEITOS DA PERSONALIZAÇÃO

A ideia de sociedade personalizada surge justamente com o propósito de titularizar (a pessoa coletiva) seus próprios direitos e obrigações. Pretendia-se com o ente criado a construção normativa de uma pessoa distinta da do sócio criador, com o intuito de estimular o desenvolvimento econômico, a circulação de riqueza e a segurança para o investidor.

Em que pese o embate entre as Teorias Pré-Normativistas e as Normativistas,¹ é fato que hoje a pessoa jurídica não pode ser concebida apenas como realidade preexistente; o arcabouço normativo regulatório da constituição e funcionamento cada vez mais aproxima o ente moral do Direito que o criou.²

1 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 6. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 8.

2 Nesse sentido, preciso o ensinamento do eminente Professor Fábio Ulhoa Coelho – *Manual de Direito Comercial*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.112 –, ao enunciar que “pessoa jurídica é um expediente do direito destinado a simplificar a disciplina de determinadas relações entre os homens. Ela não tem existência fora do direito, ou seja, fora dos conceitos tecnológicos partilhados pelos integrantes da comunidade jurídica.”

Nesse contexto, a pessoa jurídica qualifica-se como um “ente incorpóreo que, como as pessoas físicas, pode ser sujeito de direitos”,³ ou também como um “sujeito de direito inanimado personalizado”,⁴ distinguindo-se, assim, dos seres humanos.

Veja-se que a personalização, como criação do Direito (na concepção Normativista), apresenta alguns efeitos⁵ necessários. Com a constituição da pessoa jurídica, a titularidade das relações negociais passa a ser própria, estabelecendo-se os mais diversos vínculos jurídicos em nome do próprio ente moral. Também no plano processual se percebe o reflexo da personalização, já que a titularidade processual passa a ser da pessoa constituída e não dos sócios constituidores.

Talvez, porém, a consequência mais significativa seja aquela afeta à responsabilidade patrimonial. De fato, ao enlaçar obrigações no desempenho do objeto social, a pessoa jurídica passa a responder, de per si e com seu próprio patrimônio, pelos resultados obtidos no desempenho da atividade (notadamente atividade econômica, de produção e circulação de bens e de prestação de serviços).

Como bem ensina o ilustre Professor Fran Martins,⁶ “constituída a pessoa jurídica, passa ela a ter patrimônio próprio. [...] Esse patrimônio pertence à sociedade e não aos sócios; é justamente a totalidade do patrimônio que vai responder, perante terceiros, pelas obrigações assumidas pela sociedade”.

Em suma, é o patrimônio do sujeito passivo da relação obrigacional que responde pela dívida. E daí advém a tão propagada autonomia patrimonial entre os bens e direitos dos sócios e os bens e direitos da pessoa jurídica. Portanto, há, de regra, a separação entre o acervo patrimonial do ente criado e do criador, respondendo apenas os bens da entidade coletiva pelas obrigações sociais.

2 TEORIA MAIOR E TEORIA MENOR DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Mesmo constituído para a persecução de fins lícitos, o ente coletivo pode, por vezes, desviar-se de seus propósitos e direcionar sua atuação para a prática de condutas viciadas, abusivas ou fraudulentas.

3 MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 184.

4 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, p. 11.

5 Acerca dos efeitos ou consequências da personalização e algumas de suas variações doutrinárias, vide Ricardo Negrão - *Manual de direito comercial e de empresa. Teoria Geral da Empresa e Direito Societário*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1, p. 264-265 -, Fran Martins - *Curso de Direito Comercial*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 192-194 - e Sérgio Campinho - *O direito de empresa à luz do novo Código Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 63-65;

6 *Curso de Direito Comercial*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 193.

Tal desvirtuamento ocorre justamente por constituir a pessoa jurídica um “ser” legal distinto dos seus sócios, dispondo de personalidade e patrimônio próprios. Nesse sentido, releva mencionar o didático ensinamento de Sérgio Campinho:⁷

Em função da autonomia de patrimônio verificável a partir da personificação da sociedade que passa a ser titular de um patrimônio distinto, inconfundível com o patrimônio particular de cada sócio que a compõe, passou a pessoa jurídica da sociedade, em certas circunstâncias, a ser instrumento para a perpetração de fraude contra os credores. Torna-se a pessoa jurídica manipulável por sócios ou administradores inescrupulosos, com vistas à consumação de fraudes ou abusos de direito, cometidos por meio da personalidade jurídica da sociedade que lhes serve de anteparo.

A personalização, todavia, não pode ser levada a ponto extremo de servir como instrumento à prática de atos fraudulentos ou abusivos e, ainda assim, constituir obstáculo à satisfação dos créditos do credor lesado. O ente moral criado não pode ser empecilho absoluto no atendimento dos também justos interesses da parte adversa.⁸

Essa má utilização do instituto da personalidade jurídica – cometimento de ilegalidades *lato sensu* por meio do ente moral – estimulou o desenvolvimento de teorias que viabilizassem a cobertura dos prejuízos gerados. Para tanto, a doutrina construiu a *disregard doctrine* ou *disregard of legal entity*, também conhecida como Teoria do Superamento ou Teoria da Penetração.⁹ Realmente, a personalização e a conseqüente autonomia patrimonial não devem corresponder,

7 O direito de empresa à luz do novo Código Civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 65.

8 Verificando-se o conflito entre princípios (ou direitos neles traduzidos) que expressam interesses ou valores legítimos (como os direitos à satisfação do crédito e à efetividade da tutela executiva, ambos contrapostos à autonomia patrimonial), mister referir a lição do Professor Humberto Ávila – *Teoria dos Princípios*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. pp. 87-8, 102 e 112-3 – acerca do princípio da proporcionalidade: “A partir de agora não será mais examinado o dever de promover a realização de um estado de coisas, mas o modo como esse dever deve ser aplicado. Superou-se o âmbito das normas para adentrar o terreno nas metanormas. Esses deveres situam-se num segundo grau e estabelecem a estrutura de aplicação de outras normas, princípios e regras. [...] Só elipticamente é que se pode afirmar que são violados os postulados da razoabilidade, da proporcionalidade ou da eficiência, por exemplo. A rigor, violadas são as normas – princípios e regras – que deixaram de ser devidamente aplicadas. [...] Essas considerações levam ao entendimento de que os postulados normativos situam-se num plano distinto daquele das normas cuja aplicação estruturam. [...] A razoabilidade estrutura a aplicação de outras normas, princípios e regras, notadamente das regras. [...] O postulado da proporcionalidade não se confunde com a idéia de proporção em suas mais variadas manifestações. Ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?). Nesse sentido, a proporcionalidade, como postulado estruturador da aplicação de princípios que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim, não possui aplicabilidade irrestrita.”

9 NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa. Teoria Geral da Empresa e Direito Societário*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. p. 267.

necessariamente, à limitação da responsabilidade dos integrantes. É, pois, a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica que autoriza o afastamento da autonomia patrimonial.

Atenta à escoreita emolduração da *disregard doctrine*, a doutrina pátria desenvolveu a Teoria Maior¹⁰ da desconsideração da personalidade jurídica, que ingressa no cenário nacional pelas mãos do Professor Rubens Requião,¹¹ já na década de 60.

Por essa teoria, a superação da personalidade jurídica está vinculada à fraude ou abuso,¹² evidenciando o desvio no uso da personalidade jurídica do ente constituído.

É de suma importância frisar, entretanto, que, por essa linha teórica, a desconsideração é excepcional, não se justificando apenas por insatisfação do crédito.¹³ Ou seja, a mera impuntualidade do devedor (pessoa jurídica) não é suficiente para propiciar a desconsideração da personalidade e da autonomia patrimonial. Com efeito, a intempestividade no adimplemento das obrigações pode dar ensejo a outros consectários (cláusula penal, multa, juros moratórios, correção monetária, sistema de proteção de crédito – CADIN, SPC, SERASA), mas não a utilização da *disregard doctrine*.

Nesse sentido, é o entendimento da amplamente majoritária e atual jurisprudência do STJ:

FALÊNCIA. ARRECAÇÃO DE BENS PARTICULARES DE SÓCIOS-DIRETORES DE EMPRESA CONTROLADA PELA FALIDA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA (DISREGARD DOCTRINE). TEORIA MAIOR. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO ANCORADA EM FRAUDE, ABUSO DE DIREITO OU CÔNFUSÃO PATRIMONIAL. RECURSO PROVIDO.

1. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica - *disregard doctrine* -, conquanto encontre amparo no direito positivo brasileiro (art. 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas, art. 28 do Código de Defesa

10 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2. p. 35-37.

11 Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. RT 410, p. 12-24, dez/69.

12 Como bem ensina Antonio do Rego Monteiro Rocha - *Código de Defesa do Consumidor: Desconsideração da Personalidade Jurídica*. Curitiba: Juruá, 2000. p. 53 -, "o aspecto subjetivo introduzido por Serick na desconsideração da personalidade jurídica, parte de um ângulo em que o agente pratica ilícito sob a modalidade de abuso de direito". No mesmo sentido, vide GUASPARI, Mariângela de Oliveira. *Desconsideração da personalidade jurídica no atual ordenamento jurídico brasileiro*. 2002. 142f. Mestrado (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002. p. 56.

13 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2. p. 39.

do Consumidor, art. 4º da Lei n. 9.605/98, art. 50 do CC/02, dentre outros), deve ser aplicada com cautela, diante da previsão de autonomia e existência de patrimônios distintos entre as pessoas físicas e jurídicas.

2. A jurisprudência da Corte, em regra, dispensa ação autônoma para se levantar o véu da pessoa jurídica, mas somente em casos de abuso de direito - cujo delineamento conceitual encontra-se no art. 187 do CC/02 -, desvio de finalidade ou confusão patrimonial, é que se permite tal providência. Adota-se, assim, a “teoria maior” acerca da desconsideração da personalidade jurídica, a qual exige a configuração objetiva de tais requisitos para sua configuração.

3. No caso dos autos, houve a arrecadação de bens dos diretores de sociedade que sequer é a falida, mas apenas empresa controlada por esta, quando não se cogitava de sócios solidários, e mantida a arrecadação pelo Tribunal a quo por “possibilidade de ocorrência de desvirtuamento da empresa controlada”, o que, à toda evidência, não é suficiente para a superação da personalidade jurídica. Não há notícia de qualquer indício de fraude, abuso de direito ou confusão patrimonial, circunstância que afasta a possibilidade de superação da pessoa jurídica para atingir os bens particulares dos sócios.

4. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 693.235/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/11/2009, DJe 30/11/2009)

Processual civil e civil. Recurso especial. Ação de execução de título judicial. Inexistência de bens de propriedade da empresa executada. Desconsideração da personalidade jurídica. Inviabilidade. Incidência do art. 50 do CC/02. Aplicação da Teoria Maior da Desconsideração da Personalidade Jurídica.

- A mudança de endereço da empresa executada associada à inexistência de bens capazes de satisfazer o crédito pleiteado pelo exequente não constituem motivos suficientes para a desconsideração da sua personalidade jurídica.

- A regra geral adotada no ordenamento jurídico brasileiro é aquela prevista no art. 50 do CC/02, que consagra a Teoria Maior da Desconsideração, tanto na sua vertente subjetiva quanto na objetiva.

- Salvo em situações excepcionais previstas em leis especiais, somente é possível a desconsideração da personalidade jurídica quando verificado o desvio de finalidade (Teoria Maior Subjetiva da Desconsideração), caracterizado pelo ato intencional dos sócios

de fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica, ou quando evidenciada a confusão patrimonial (Teoria Maior Objetiva da Desconsideração), demonstrada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e os de seus sócios.

Recurso especial provido para afastar a desconsideração da personalidade jurídica da recorrente.

(REsp 970.635/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/11/2009, DJe 01/12/2009)

[...] - A excepcional penetração no âmago da pessoa jurídica, com o levantamento do manto que protege essa independência patrimonial, exige a presença do pressuposto específico do abuso da personalidade jurídica, com a finalidade de lesão a direito de terceiro, infração da lei ou descumprimento de contrato.

- O simples fato da recorrida ter encerrado suas atividades operacionais e ainda estar inscrita na Junta Comercial não é, por si só, indicativo de que tenha havido fraude ou má-fé na condução dos seus negócios.

- Os arts. 592, II e 596 do CPC, esta Turma já decidiu que tais dispositivos contêm norma em branco, vinculada a outro texto legal, de maneira que não podem - e não devem - ser aplicados de forma solitária. Por isso é que em ambos existe a expressão “nos termos da lei”.

- Os sócios de empresa constituída sob a forma de sociedade por quotas de responsabilidade limitada não respondem pelos prejuízos sociais, desde que não tenha havido administração irregular e haja integralização do capital social.

Recurso especial não conhecido.

(REsp 876.974/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/08/2007, DJ 27/08/2007 p. 236)

Justamente pela viabilidade de controle do excesso, a Teoria Maior oferece (maior) segurança ao sistema, permitindo a regular utilização da pessoa jurídica e, simultaneamente, meios coercitivos de prospeção sobre o acervo patrimonial dos sócios do ente moral.

Em que pese a diminuta – mas não menos relevante – aplicação no Direito brasileiro, mister referir também a construção da Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica, cuja incidência, por mais restritiva que seja, pode ser observada em situações de conflito

em que os bens jurídicos envolvidos representam interesses porventura incomensuráveis (matéria ambiental, exemplificativamente).

Para a Teoria Menor, a execução do patrimônio do sócio por obrigação social está vinculada à impontualidade ou insatisfação do crédito. A conformação do instituto, como bem ensina o eminente mestre Fábio Ulhoa Coelho,¹⁴ compreende a demonstração da ausência de bens sociais (insolvabilidade ou falência) e a solvência dos sócios, atribuindo-se a esses a obrigação da pessoa jurídica, sem perquirir acerca da utilização fraudulenta/regular ou do abuso.

Em caso paradigmático na jurisprudência nacional, o STJ perfilhou a Teoria Menor no sinistro da explosão do *shopping center* de Osasco/SP, ocasião em que diversos consumidores foram lesados, havendo dificuldades no ressarcimento dos danos produzidos:

Responsabilidade civil e Direito do consumidor. Recurso especial. Shopping Center de Osasco-SP. Explosão. Consumidores. Danos materiais e morais. Ministério Público. Legitimidade ativa. Pessoa jurídica. Desconsideração. Teoria maior e teoria menor. Limite de responsabilização dos sócios. Código de Defesa do Consumidor. Requisitos. Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Art. 28, § 5º.

- Considerada a proteção do consumidor um dos pilares da ordem econômica, e incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui o Órgão Ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum.

- A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações.

Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração).

- A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.

14 *Curso de Direito Comercial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, p. 46.

- Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica.

- A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

- Recursos especiais não conhecidos.

(REsp 279273/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2003, DJ 29/03/2004 p. 230)

3 BREVE PANORAMA DO ARCABOUÇO NORMATIVO BRASILEIRO ATINENTE À DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

No Brasil, a inovação na ordem jurídica acerca da temática adveio com o art. 28¹⁵ do CDC, cujos fundamentos legais para a desconsideração da personalidade jurídica compreendem: o abuso de direito,¹⁶ o excesso de poder, a infração da Lei, o fato/ato ilícito, a violação do Estatuto ou Contrato Social; e a falência, o estado de insolvência e o encerramento ou inatividade por má administração.¹⁷

15 Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

16 Parte-se do pressuposto de que não há direito absoluto, mas sim limites para o exercício (regular) de direitos legítimos, sempre tendo como vértice os fins sociais e econômicos, a boa-fé e os bons costumes, tal como enuncia o art. 187 do Código Civil: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

17 Em percuente observação, Fábio Ulhoa Coelho – *Curso de Direito Comercial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2. p. 50-51 – leciona que, à exceção do abuso de direito, as demais previsões legais dispostas no caput do art. 28 do CDC, em verdade, dizem respeito a tema societário diverso. Segundo o douto jurista, a Teoria da Desconsideração só teria pertinência quando a responsabilidade não pudesse ser, em princípio, diretamente imputada ao sócio; se a imputação for direta, não haveria sentido na desconsideração da personalidade jurídica. A esse respeito, confira-se o recente precedente do STJ: DIREITO PROCESSUAL CIVIL E COMERCIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA SUJEITA À LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL NOS AUTOS DE SUA FALÊNCIA. POSSIBILIDADE. A CONSTRICÇÃO DOS BENS DO ADMINISTRADOR É POSSÍVEL QUANDO ESTE SE BENEFICIA DO ABUSO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. - A desconsideração não é regra de responsabilidade civil, não depende de prova da culpa, deve ser reconhecida

O CDC ainda contempla o disposto no § 5^o¹⁸ do art. 28, permissivo que reduz sensivelmente o âmbito de proteção da pessoa jurídica – e de sua autonomia patrimonial – e viabiliza ao consumidor o socorro à Teoria em todos os casos em que a personalidade do ente moral constituir barreira à reparação dos danos sofridos. Ao propagar o amplo alcance de proteção propiciado pelo art. 28 do CDC, Antonio do Rego Monteiro Rocha¹⁹ anota que “as hipóteses legais inseridas no art. 28 do Estatuto Consumerista são meramente exemplificativas e [...] o estatuto protetivo do consumidor só pode ser interpretado em benefício do consumidor sem caráter restritivo”.

Em 1994, a Lei 8.884/94, regulando a livre concorrência no Brasil, trouxe no seu art. 18²⁰ disposição normativa semelhante à do CDC (art. 28, *caput*), sem, contudo, repetir o enunciado análogo ao contido no § 5^o do art. 28 do Diploma Consumerista.

Já em 1998, a Lei de Crimes Ambientais (Lei n^o 9.605/98), no seu art. 4^o,²¹ visando a conferir maior âmbito de proteção aos bens jurídicos tutelados, reproduziu, *grosso modo*, o § 5^o do art. 28 do CDC, permitindo, então, a desconsideração da personalidade jurídica sempre que, de qualquer modo, for empecilho ao ressarcimento dos danos causados ao meio ambiente.

Por fim, o Código Civil de 2002, no seu art. 50,²² passou a regular a matéria na órbita das relações privadas de natureza civil.

nos autos da execução, individual ou coletiva, e, por fim, atinge aqueles indivíduos que foram efetivamente beneficiados com o abuso da personalidade jurídica, sejam eles sócios ou meramente administradores. - O administrador, mesmo não sendo sócio da instituição financeira liquidada e falida, responde pelos eventos que tiver praticado ou omissões em que houver incorrido, nos termos do art. 39, Lei 6.024/74, e, solidariamente, pelas obrigações assumidas pela instituição financeira durante sua gestão até que estas se cumpram, conforme o art. 40, Lei 6.024/74. A responsabilidade dos administradores, nestas hipóteses, é subjetiva, com base em culpa ou culpa presumida, conforme os precedentes desta Corte, dependendo de ação própria para ser apurada. - A responsabilidade do administrador sob a Lei 6.024/74 não se confunde a desconsideração da personalidade jurídica. A desconsideração exige benefício daquele que será chamado a responder. A responsabilidade, ao contrário, não exige este benefício, mas culpa. Desta forma, o administrador que tenha contribuído culposamente, de forma ilícita, para lesar a coletividade de credores de uma instituição financeira, sem auferir benefício pessoal, sujeita-se à ação do art. 46, Lei 6.024/74, mas não pode ser atingido propriamente pela desconsideração da personalidade jurídica. Recurso Especial provido. (REsp 1036398/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/12/2008, DJe 03/02/2009).

- 18 *Código de Defesa do Consumidor: Desconsideração da Personalidade Jurídica*. Curitiba: Juruá, 2000. p. 138.
- 19 Art. 18. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.
- 20 Art. 4^o Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.
- 21 Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.
- 22 *Código Civil comentado e legislação extravagante*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 195-196.

Tem por pressuposto o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial, permitindo que os bens dos sócios/administradores sejam afetados por determinadas relações obrigacionais da pessoa jurídica.

Traçando os contornos da caracterização do desvio de finalidade, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery²³ lecionam:

A identificação do desvio [...] deve partir da constatação da efetiva desenvoltura com que a pessoa jurídica produz a circulação de serviços ou de mercadorias por atividade lícita, cumprindo ou não o seu papel social [...]. Se a pessoa jurídica se põe a praticar atos ilícitos ou incompatíveis com sua atividade autorizada, bem como se com sua atividade favorece o enriquecimento de seus sócios e sua derrocada administrativa e econômica, dá-se ocasião de o sistema de direito desconsiderar sua personalidade [...].

A seu turno, a confusão patrimonial verifica-se, em essência, quando não se identifica a separação entre o patrimônio do sócio e o da empresa.

4 A (DES)NECESSIDADE DE AÇÃO PRÓPRIA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Questão que tem atraído a atenção da doutrina – e ainda mais da jurisprudência – é a atinente à necessidade ou dispensabilidade de ação própria para a desconsideração da personalidade jurídica e atingimento dos bens dos sócios. Pois bem, parte da doutrina²⁴ entende que a desconsideração exige ação própria de conhecimento, não admitindo a Teoria Maior a desconsideração por despacho judicial em execução de sentença. Se o título é apenas em desfavor da pessoa jurídica, haveria a necessidade de manejar ação própria contra os sócios/administradores para demonstrar a fraude/abuso da personalidade jurídica.

Mesmo endossando a necessidade de citação do sócio já na fase de conhecimento, Fredie Didier Jr.²⁵ também admite, em posição ligeiramente mais flexível, que o sócio possa ser citado no processo de execução, de forma a promover-se a desconsideração.

No entanto, o pequeno dissenso acadêmico perde espaço diante do entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça, que permite a desconsideração da personalidade jurídica por simples decisão judicial na execução ou na falência:

²³ *Código Civil comentado e legislação extravagante*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 195-196.

²⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2. p. 55-56.

²⁵ *Regras processuais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 6-8.

[...] 6. Por outro lado, esta Corte também sedimentou entendimento no sentido de ser possível a desconstituição da personalidade jurídica no bojo do processo de execução ou falimentar, independentemente de ação própria, o que afasta a alegação de que o recorrente é terceiro e não pode ser atingido pela execução, inexistindo vulneração ao art. 472, do CPC.

(REsp 1071643/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/04/2009, DJe 13/04/2009)

[...] 5. No âmbito civil, cabe ao magistrado, a teor de diretriz jurisprudencial desta Corte, desconsiderar a personalidade jurídica da empresa por simples decisão interlocutória nos próprios autos da falência, sendo, pois, desnecessário o ajuizamento de ação autônoma para esse fim.

6. Decretada a desconsideração da personalidade jurídica da falida, com a conseqüente propagação dos seus efeitos aos bens patrimoniais dos sócios, não ocorre desrespeito aos postulados do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, nem maltrato a direito líquido e certo de terceiros prejudicados, quando patente sua legitimidade para defesa dos seus direitos, mediante a interposição perante o juízo falimentar dos recursos cabíveis. Precedentes: REsp n. 228.357-SP, Terceira Turma, relator Ministro Castro Filho, DJ de 2.2.2004; REsp n. 418.385-SP, Quarta Turma, relator Ministro Aldir Passarinho Júnior, DJ de 3.9.2007. [...]

(REsp 881.330/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 19/08/2008, DJe 10/11/2008)

[...] 4 - Esta Corte Superior tem decidido pela possibilidade da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica nos próprios autos da ação de execução, sendo desnecessária a propositura de ação autônoma (RMS nº 16.274/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, DJ de 2.8.2004; AgRg no REsp nº 798.095/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJ de 1.8.2006; REsp nº 767.021/RJ, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, DJ de 12.9.2005).

5 - Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido para determinar a análise do pedido de desconsideração da personalidade jurídica da empresa-executada no curso do processo executivo.

(REsp 331478/RJ, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 24/10/2006, DJ 20/11/2006 p. 310)

5 RESPONSABILIDADE DO EX-SÓCIO

Temática também inquietante e que tem gerado controvérsia é a atinente à responsabilidade do ex-sócio, que deixou de integrar os quadros sociais. Neste particular, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul não adota linha pretoriana uníssona, permitindo a ramificação dos posicionamentos em pelo menos três diferentes séries decisórias.

O primeiro dos entendimentos guarda relação com a época da constituição do título executivo/dívida: se houve a constituição do título após a retirada regular da sociedade, não se autoriza a desconsideração. Nessa acepção:

EMENTA: DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. DETERMINAÇÃO DE CITAÇÃO E DE PENHORA DE BENS DO EX-SÓCIO QUE REGULARMENTE RETIROU-SE DA SOCIEDADE. *CONSTITUIÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO VÁRIOS ANOS APÓS A RETIRADA REGULAR DO SÓCIO*. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA PRÁTICA DE FRAUDE PELO SÓCIO QUE SE RETIRA DA SOCIEDADE. INEXISTÊNCIA DE PROVA DE ABUSO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, POR DESVIO DE FINALIDADE OU CONFUSÃO PATRIMONIAL, ELEMENTO NECESSÁRIO AO ESTENDER OS EFEITOS DAS OBRIGAÇÕES AOS BENS PARTICULARES DOS SÓCIOS OU ADMINISTRADORES DA PESSOA JURÍDICA. ARTIGO 50 DO CÓDIGO CIVIL 2003. PESSOA JURÍDICA QUE CONTINUOU NO EXERCÍCIO DE SUAS ATIVIDADES VÁRIOS ANOS APÓS A RETIRADA DOS SÓCIOS. FUNDAMENTOS DA DECISÃO PROFERIDA NOS AUTOS DO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70019912542, QUE VÃO ADOTADAS COMO RAZÕES DE DECIDIR. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO DE PLANO. (Agravo de Instrumento Nº 70027571447, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Antônio Kretzmann, Julgado em 21/11/2008)

EMENTA: EMBARGOS À EXECUÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. EXECUÇÃO REDIRECIONADA CONTRA O EX-SÓCIO DA EMPRESA EXECUTADA. Restando comprovado que *na época da constituição da dívida que originou as duplicadas levadas à execução, o embargante já não era mais sócio da empresa executada*, não exercendo qualquer poder de gerência sobre a mesma, a ação executiva não pode ser redirecionada contra ele. RECURSO IMPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70012605697, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 14/09/2005)

Já a utilização de outro critério decisório remete à época de ajuizamento da ação ordinária: se ajuizada quando o interessado ainda era sócio da empresa, deve responder pelo título executivo e pela execução posteriormente promovida, com base na desconsideração reconhecida. Em suma, nessa situação, responde o ex-sócio pelas dívidas contraídas pela sociedade quando ainda a integrava:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA DECRETADA. RESPONSABILIDADE DO EX-SÓCIO PELAS DÍVIDAS CONTRAÍDAS QUANDO DE SUA GESTÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA MANTIDA. Agravo de instrumento desprovido. (Agravo de Instrumento Nº 70022237507, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, Julgado em 28/02/2008)

VOTO:

Com efeito, extrai-se dos autos que *quando do ajuizamento da ação ordinária que deu origem ao título executivo judicial ora objeto de execução, o agravante era sócio da empresa executada.*

Posteriormente houve a alteração contratual com a exclusão do agravante e entrada de novos sócios.

Todavia, tal fato não afasta a sua responsabilidade pelas dívidas contraídas pela sociedade quando ainda fazia parte do quadro societário, principalmente considerando-se o fato de que foi desconstituída a personalidade jurídica a empresa.

Cabe destacar que a cláusula 6 constante no instrumento de alteração contratual de fls. 28-32, na qual os novos sócios assumem todos os direitos e responsabilidade dos sócios retirantes, ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente, não tem o alcance pretendido pelo agravante. Pois, do contrário, tornaria inócuo o instituto da desconsideração da personalidade jurídica da empresa, já reconhecido no caso concreto. Dessa forma, o desprovimento do recurso é medida que se impõe.

EMENTA: PROCESSO DE EXECUÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. EX-SÓCIO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS. IMPOSSIBILIDADE. 1. Afastamento da preliminar de não-conhecimento do recurso. 2. Somente pode ser admitida a superação da personalidade jurídica quando presentes os requisitos previstos pelo art. 50 do Có-

digo Civil, que pressupõe a ocorrência de desvio de finalidade ou confusão patrimonial, visando a coibir abuso por parte dos sócios e administradores da sociedade empresarial, o que não se caracteriza simplesmente com a tramitação do processo executivo durante período considerável de tempo, sem a satisfação do crédito. Agravo de instrumento conhecido e provido. (Agravo de Instrumento Nº 70014954119, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Voltaire de Lima Moraes, Julgado em 14/06/2006)

VOTO:

[...] E isso porque, conforme se verifica pelo documento de fls. 99/116 destes autos, *a exclusão do recorrente, em relação à empresa-executada, ocorreu em data anterior à propositura da ação de conhecimento condenatória, que deu origem à dívida.*

Ao final, importa mencionar entendimento jurisprudencial que, pressupondo decisão anterior de desconsideração da personalidade jurídica, afasta a inclusão automática do ex-sócio em execução, uma vez não demonstrada a prática de abuso ou fraude. Eis o precedente da Corte gaúcha:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ACIDENTE DO TRABALHO. PROCESSO CIVEL. ILEGITIMIDADE PASSIVA. EX-SÓCIO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. A desconsideração da pessoa jurídica *não implica a inclusão automática do ex-sócio no pólo passivo da demanda, pois o efeito da medida excepcional atinge tão-somente os bens do patrimônio particular daqueles sócios que praticaram atos de forma abusiva ou fraudulenta.* In casu, inexistem provas de que a cessão de quotas societárias teria sido pactuada para que os antigos sócios se esquivassem de eventual execução. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70023725823, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 10/09/2008)

6 CONCLUSÃO

A constituição da pessoa jurídica e a autonomização do seu patrimônio contribuiu sobremaneira para o desenvolvimento da atividade econômica, alavancando os investimentos e gerando (relativa) segurança para os integrantes dos quadros sociais. Vale dizer, por meio do ente coletivo personalizado, permitiu-se a limitação dos prejuízos, preservando-se o patrimônio pessoal dos sócios/investidores, ao menos em linha de princípio, do eventual insucesso nas atividades produtivas.

A limitação, entretanto, não poderia servir ao locupletamento injusto dos sócios, em detrimento de credores com interesses legítimos. O Direito não tutela o ilícito; apenas o tipifica e o qualifica, tornando possível a correção do vício ou do desvio. Desse modo, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, com suas diversas facetas e distinções doutrinárias, propicia, em verdade, a afirmação do instituto da pessoa jurídica, já que apenas tolhe a atuação desvirtuada, permitindo a higidez do sistema e a proteção da confiança nas relações privadas.

Ao rejeitar a autonomia patrimonial, repelir o exercício da atividade societária por vias ilícitas (ilícito aqui empregado em sentido lato) e permitir o acesso aos bens dos sócios, a *disregard doctrine* confere coesão ao sistema e garante a utilização da pessoa jurídica para os objetivos reais de sua constituição.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo Código Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

_____. *Manual de Direito Comercial*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DIDIER JR., Fredie. *Regras processuais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GUASPARI, Mariângela de Oliveira (desconsideração da personalidade jurídica no atual ordenamento jurídico brasileiro, Porto Alegre, PUCRS, 2002. 142f. p.56.)

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa. Teoria Geral da Empresa e Direito Societário*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado e legislação extravagante*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. *RT* 410, p. 12-24, dez/69.

ROCHA, Antonio do Rego Monteiro. *Código de Defesa do Consumidor: Desconsideração da Personalidade Jurídica*. Curitiba: Juruá, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

A IMPORTÂNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS ECONÔMICAS PROGRAMÁTICAS

*THE IMPORTANCE OF CONSTITUTIONAL ECONOMIC
PROGRAM STANDARDS*

*Américo Luís Martins da Silva, Procurador Federal
Especialista em Direito Empresarial - CEUB*

*Pós-graduado em Direito Civil - Escola Superior da Magistratura do Distrito Federal
Mestre em Direito Empresarial, pela Universidade Gama Filho - UGF/RJ
Professor de Direito Econômico, de Direito Empresarial, Direito Imobiliário,
Direito Civil e Planejamento Tributário da Escola de Pós-Graduação em Economia
- EPGE da Fundação Getúlio Vargas - FGV*

SUMÁRIO: Introdução; 1 As normas constitucionais programáticas; 2 A justiça social; 3 A busca do pleno emprego; 4 A busca da redução das desigualdades sociais; 5 Conclusão; 6 Referências.

RESUMO: As normas constitucionais programáticas não podem ser consideradas inúteis se, na maior parte das vezes, não conseguem se firmarem como normas plenamente eficazes, muito menos como verdadeiras diretrizes que efetivamente serão seguidas pelos legisladores. Todavia, a utilidade das normas constitucionais econômicas programáticas, em espécie, está diretamente ligada à dificuldade de se adotar medidas concretas envolvendo diretamente o fenômeno econômico, pois não é possível se admitir irrestritamente o princípio da generalidade da lei em face à sua constante evolução e contínua mobilidade. De maneira que as normas constitucionais econômicas programáticas não podem ser consideradas mais que um compromisso, a nível constitucional, do qual germinam princípios a serem cumpridos não apenas na elaboração da legislação econômica, mas também na elaboração das normas não governamentais, visando à realização dos fins sociais do Estado. Essa falta de eficácia imediata não torna tal espécie de norma uma inutilidade ou utopia. O princípio básico que a norteia consubstancia na consagração da máxima no sentido de que, mesmo se tendo que manipular a utopia, é melhor e mais seguro se ter pelo menos uma mera orientação constitucional moralmente válida do que não ter orientação alguma e deixar livre o legislador ordinário, provisório ou complementar para escolher a forma de fazer justiça que bem entender.

ABSTRACT: The constitutional program can not be considered futile if, in most cases fail to establish themselves as fully effective standards, much less as true guidelines that will be followed by the legislators effectively. However, the usefulness of the constitutional economic program, in kind, is directly linked to the difficulty of taking concrete steps directly involving the economic phenomenon, since it is impossible to accept unreservedly the principle of generality of law in the face of its constant evolution and continuous mobility. So that the constitutional economic program can not be considered more than a compromise, the constitutional level, which germinate principles to be followed not only in the preparation of economic legislation, but also in the preparation of non-governmental standards, aiming to achieve the purposes social state. This lack of immediate effectiveness does not make such a useless sort of standard or utopia. The basic principle that guides embodied in the consecration of the highest in the sense that, even if having to manipulate the utopia is better and safer to have at least one constitutional guidance only morally valid than not having any guidance and leave the legislature free regular, temporary or supplementary to choose how to do it justice as it pleases.

PALAVRAS-CHAVE: Normas constitucionais programáticas. Normas Constitucionais Econômicas. Justiça Social. Pleno Emprego. Redução das Desigualdades Sociais.

KEYWORDS: Programmatic Constitutional Standards. Constitutional Economic Standards. Social Justice. Full Employment. Reduction of Social Inequalities.

INTRODUÇÃO

As constituições modernas apresentam em seu texto um grande número de normas programáticas, ou seja, simples programas a serem desenvolvidos posteriormente, através das atividades dos legisladores provisórios, ordinários e complementares. Sobre as normas programáticas pesa a realidade de não conseguirem se firmar como normas plenamente eficazes, muito menos como verdadeiras diretrizes que efetivamente serão seguidas pelos legisladores. Daí, a argumentação no sentido de que as normas programáticas são verdadeiros enunciados inúteis, inseridos no texto constitucional. Todavia, como bem sustenta Rui Barbosa, “não há, numa Constituição, cláusulas, a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos”.¹

Acatando a lição de Rui Barbosa, podemos dizer que todas as normas constitucionais devem possuir alguma eficácia, já que sempre irradiam algum efeito jurídico, por menor que seja. Lembrem, pois, Octávio Bueno Magano e Estevão Mallet que a distinção entre uma modalidade de norma constitucional e outra (normas auto-executáveis, normas mandatárias, normas programáticas, normas diretivas, etc.) reside apenas e justamente na *variável intensidade desses efeitos*. Portanto, existe um mínimo de eficácia presente em todas as normas constitucionais, especialmente nas programáticas.²

Questiona-se frequentemente sobre a utilidade de normas programáticas de um modo geral, mas se questiona muito mais quando no centro da discussão estão as normas constitucionais econômicas programáticas. Isto ocorre porque, a partir do momento que o legislador pretende adotar medidas concretas envolvendo diretamente o fenômeno econômico, não é possível se admitir irrestritamente o *princípio da generalidade da lei*.³

Ressalta João Bosco Leopoldino da Fonseca que, no contexto de um liberalismo econômico puro, poder-se-ia falar da generalidade da lei, porque assumia uma figura abstrata da garantia das liberdades do indivíduo, ficando a este o encargo concreto de dirigir o fenômeno econômico através de um instrumental adequado para tratar com o caso

1 Cf. *Parer, Ação Cível Ordinária nº 766*. In: *Obras Completas*. Rio de Janeiro: MEC, 1964, v. XLII, tomo I, p. 170.

2 Cf. *O Direito do Trabalho na Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 31.

3 SILVA, Américo Luis Martins da. *A Ordem Constitucional Econômica*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 53.

particular. Se o fenômeno jurídico está direcionado para a ordem, para a consecução de um equilíbrio na convivência humana e, por isso, voltado para a unidade abstrata e geral, o fenômeno econômico se comporta como uma força centrífuga e desagregadora, provocadora de choques, de dissociação e de desequilíbrio na sociedade e, por isso, voltada para a diversidade concreta e indivisível. Assim, pois, segundo João Bosco Leopoldino da Fonseca, aquele instrumental que era utilizado pelos indivíduos para conduzir o fenômeno econômico passou a ser adotado pelo Estado para o mesmo fim. As normas jurídicas assim adotadas fogem ao parâmetro de generalidade e de abstração seguido pelo liberalismo político e econômico para assumir características de concretidade e de individualidade.⁴

Tanto é verdade que, para atender e direcionar o fenômeno econômico vale-se o Estado de uma legislação econômica consistente em portarias, circulares, resoluções, etc. Como exemplo, destaca-se o fato de o legislador, ao elaborar a Lei nº 4.595, de 31.12.1964, ter conferido ao Banco Central do Brasil o poder de valer-se de portarias e de circulares, instrumentos mais apropriados na realização de seus objetivos, para acompanhar a volubilidade do fenômeno econômico. Além disso, a direção do fenômeno econômico funda-se, também e principalmente, nas normas não governamentais, originadas de contratos entre empresas, das convenções coletivas, dos contratos-tipo e das condições gerais dos contratos de fornecimento, dos contratos trilaterais (governo, empresas e sindicatos), para condução da política econômica, inclusive aquela elaborada com o intuito de difundir o esforço de estabilização.⁵

O ceticismo quanto às normas constitucionais econômicas programáticas se deve, provavelmente, ao fato de o fenômeno econômico se caracterizar pela sua constante evolução, pela sua contínua mobilidade. Os fenômenos econômicos e sociais têm apurado e acelerado assustadoramente os acontecimentos políticos dos países e dos povos. Certamente, com isto, o fenômeno econômico gera e provoca, dentro da convivência social, fatores de choque, de dissociação, que o jurídico trata de canalizar, de ordenar, com o objetivo fundamental de buscar o equilíbrio dessa convivência conturbada pelo fenômeno econômico.⁶ Mas se o Direito não pode subtrair-se diante de tão grave problemática, como fazer para adequar o instrumental jurídico à realidade a ser ordenada e generalizar o equilíbrio pretendido. A esse respeito, João Bosco Leopoldino da Fonseca destaca que uma medida de política econômica, por se endereçar a fatos concretos e, por isso mesmo, isolados, não consegue nunca gerar uma situação de satisfação

4 Cf. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 24.

5 Cf. João Bosco Leopoldino da Fonseca, *op. cit.*, p. 24-25.

6 TRÓCOLI, Antônio. Influência de la Economía en el Derecho. In: *Derecho Privado Económico*. La Plata: Platense, 1970. p. 5.

generalizada. Os setores que, alcançados por aquela medida, se sentirem prejudicados, lançarão seus “brados” provocadores de mudança. E o Estado deverá certamente procurar adotar novas medidas no intuito de alcançar o equilíbrio.⁷ Tudo isto gera, certamente, crise de imperatividade, dificuldade de se implantar os parâmetros comuns de coercibilidade e, por conseqüência, atender as diretrizes constitucionais instituídas através de normas programáticas.

Como dito, as normas constitucionais econômicas programáticas não criam, desde logo, direitos subjetivos, muito pelo contrário, essa modalidade de norma tem como particularidade a eficácia reduzida, dependendo a efetivação de seu conteúdo da concretização jurídico-política, ou seja, a eficácia plena do seu enunciado depende de prévia construção de estruturas de sustentação, de circunstâncias políticas favoráveis e, até mesmo, da existência de recursos governamentais e privados disponíveis. Por esta razão, sustenta-se que as normas constitucionais econômicas programáticas caracterizam-se sempre pela inaptidão de criar direitos subjetivos imediatos.

Todavia, o fato de não gerarem direitos subjetivos imediatos e de enfrentarem muitas dificuldades, as vezes impossibilidade, para firmarem-se como normas plenamente eficazes, não quer dizer que as normas constitucionais econômicas programáticas estão condenadas a inutilidade. Assim, esta pequena monografia tem por finalidade defender a importância da existência desta modalidade de norma no texto constitucional.⁸

1 AS NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS

Como reclama o próprio JOSÉ AFONSO DA SILVA, a realidade das reivindicações sociais é que elas mal conseguem introduzir-se nas cartas constitucionais e, das que lá conseguiram se alojar, poucas têm alcançado o sucesso de se firmar como normas plenamente eficazes. Muitas são incluídas nos textos constitucionais apenas como esquemas genéricos, simples programas a serem desenvolvidos posteriormente pela atividade dos legisladores provisórios, ordinários e complementares. Inclusive, são estas que constituem as *normas constitucionais de princípio programático*.⁹ Elas, na realidade, vieram traduzir, na moldura jurídico-política do Ocidente, um “compromisso” entre as tendências que se chocam nos grupos sociais: as *progressistas* e as *conservadoras*. Como bem opina João Bosco Leopoldino da Fonseca, esse tipo de norma entrou para o corpo constitucional como uma forma de *pacto* ou de *compromisso* entre as forças liberais e as imposições e reivindicações de origem social.¹⁰

7 Cf. op., cit. p. 25.

8 Cf. Américo Luis Martins da Silva, op., cit. p. 53.

9 Cf. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 128.

10 Cf. op., cit. p. 54.

Em virtude disso, José Afonso da Silva define normas programáticas como *aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.*¹¹

A respeito, menciona João Bosco Leopoldino Da Fonseca que o direcionamento de mudança de rumos entre o liberalismo e o socialismo vem passando por diversas etapas intermediárias, em que se acentua a profunda transformação do Direito e dos papéis ou funções a serem desempenhados pelo Estado. Ao lado das *normas de organização ou estruturais*, e que se caracterizam por serem predominantemente de fixação de direitos, surgem as normas que têm acentuado caráter dinâmico: as *normas programáticas*. Pode-se dizer que as normas de organização ou estruturais são a cristalização do direito aperfeiçoado até aquele momento, são a consumação de um movimento de aquisição e fixação de um estatuto jurídico, e por isso mesmo salienta-se nelas o caráter estático de um conjunto normativo que confere ao Estado a sua estrutura definitiva e ao cidadão o ponto de apoio para defesa de seus direitos. Já as normas programáticas, segundo ele, estão direcionadas para o futuro. Elas são normas que pretendem criar um novo quadro jurídico para o cidadão, que já não é mais um simples *civis*, mas sim, sobretudo, um *civis-laborator*.¹²

Em defesa das normas programáticas, o professor de teoria política, filosofia do direito e de história do pensamento político nas Universidades de Siena, de Pádua e de Turim, NORBERTO BOBBIO, sustenta que, nas constituições liberais clássicas a função principal do Estado parece ser aquela de *tutelar* (ou garantir); nas constituições pós-liberais, ao lado da função da tutela ou da garantia, surge sempre mais freqüentemente a de *promover*.¹³ Acrescenta ele que *a função de um ordenamento jurídico não é só a de controlar os comportamentos dos indivíduos, o que pode ser conseguido através da técnica das sanções negativas, mas também a de dirigir os comportamentos para certos objetivos preestabelecidos*. O que pode ser alcançado preferivelmente através da técnica das sanções positivas e dos incentivos. Para ele a concepção tradicional do Direito como ordenamento coativo diz-se fundada no pressuposto do homem mau, cujas tendências anti-sociais devem justamente ser controladas. Pode-se dizer que a consideração do Direito como ordenamento diretivo parte do pressuposto do homem inerte, passivo, indiferente, que deve ser estimulado, provocado, solicitado. Por isso, Norberto Bobbio conclui

11 Cf. op., cit. p. 132.

12 Cf. op., cit. p. 53.

13 Cf. *La Funzione Promozionale del Diritto*. In: *Dalla Struttura alla Funzione*. 1977, p. 25, *apud* João Bosco Leopoldino da Fonseca, op., cit. p. 53.

que seja mais *correto definir o Direito, do ponto de vista funcional, como forma de controle e de direção social*.¹⁴

Por sinal, lembramos que as *normas constitucionais programáticas* têm como objetivo dizer “para onde” e “como” se vai, buscando atribuir “fins” ao Estado, que, segundo Pontes de Miranda, foi esvaziado pelo liberalismo econômico.¹⁵ Estas normas, portanto, declaram princípios programáticos, ou seja, aqueles que devem ser seguidos pelos órgãos estatais, moderando-lhes a atividade, no sentido de que busquem atingir os fins sociais do moderno Estado de Direito.

As *normas constitucionais econômicas programáticas*, segundo Ugo Natoli, têm função de princípios gerais da ordem jurídica tendente a instaurar um regime de democracia substancial, ao determinarem a realização de fins sociais, através da atuação de *programas* de intervenção na ordem econômica, com vistas à realização da justiça social. Essas normas revelam um compromisso apenas entre as forças políticas liberais e tradicionais e as reivindicações populares de *justiça social*. Consubstanciam os direitos econômicos e sociais, embora *nem sempre com eficácia* capaz de atender ditas reivindicações de maneira satisfatória.¹⁶

Ainda sobre as *normas programáticas*, Rosah Russomano opina que o legislador não é obrigado a seguir a via nela indicada, exarando preceito normativo que lhe imprima plenitude de eficácia. No entanto, se legislar a respeito, não o poderá fazer indo contra ao que nela se contém. O princípio, o esquema, o programa, que a determinação encerra, devem ser acatados. Se atuar-se ao contrário, atuar-se-á inconstitucionalmente. Apesar disso, é certo que, *para que obtenha eficácia plena, a norma programática necessita de lei integrativa ulterior, através da qual terá executoriedade e propiciará, àqueles a quem interessa, pretensão e ação*. Ou, ainda, independentemente de lei ulterior, mediante pressuposta atuação do Poder Público neste ou naquele setor, o preceito programático se dinamizará e obterá total concretitude.¹⁷

Todavia, João Bosco Leopoldino da Fonseca entende de maneira diferente. Diz ele que as *normas programáticas* não se reduzem a traçar um programa de ação, mas têm força jurídica vinculante imediata. Não podem servir de desculpa para o administrador ou para o juiz deixar de cumprir as imposições contidas na Constituição. Além disso, opina que, se o caráter programático da norma, para sua eficácia, importa

14 Cf. *Verso una Teoria Funzionalistica del Diritto*. In: *Dalla Struttura alla Funzione*. 1977, p. 87-88, apud João Bosco Leopoldino da Fonseca, op., cit. p. 54.

15 Cf. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, de 1969*. T. I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 127.

16 Cf. *Limiti Costituzionali dell'Autonomia Privada nel Rapporto di Lavoro*. Milano, Giuffrè, 1952, p. 29.

17 Cf. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro, Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1978, p. 230.

na exigência inarredável da lei concretizadora, deixa-se nas mãos do Congresso o poder de revogar, por omissão, a Constituição.¹⁸

Por sinal, Celso Antônio Bandeira de Mello também defende a eficácia imediata de todas as normas constitucionais, incluídas as programáticas. Esclarece ele que todas as normas constitucionais concernentes à justiça social, inclusive as programáticas, geram imediatamente direitos para os cidadãos, inobstante tenham teores eficaciais distintos. Tais direitos são verdadeiros “direitos subjetivos”, na acepção mais comum da palavra.¹⁹ Da mesma forma, José Joaquim Gomes Canotilho assegura que, além de constituírem princípios e regras definidoras de diretrizes para o legislador e a administração, as normas programáticas vinculam também os tribunais, pois os juízes “têm acesso à Constituição”, com o conseqüente dever de aplicar as normas em referência (por mais geral e indeterminado que seja o seu conteúdo) e de suscitar o incidente de inconstitucionalidade, nos feitos submetidos a julgamento dos atos normativos contrários às mesmas normas.²⁰

A nosso ver, as normas constitucionais programáticas são aquelas discriminadas no Título II da Constituição Federal de 1988, que trata dos direitos e garantias fundamentais, bem como outras decorrentes do regime e dos princípios adotados pela própria Constituição. Dentre tais normas de conteúdo programático, as de natureza econômica que mais se destacam são: *a*) a garantia do direito de propriedade; *b*) a obrigação de a propriedade cumprir a sua função social; *c*) a busca do pleno emprego; *d*) a garantia de liberdade de iniciativa privada; *e*) a garantia de liberdade de concorrência; *f*) a busca da redução das desigualdades regionais; *g*) a busca da redução das desigualdades sociais; *h*) harmonia da liberdade de iniciativa e de concorrência com os direitos assegurados ao consumidor e com a preservação do meio ambiente; *i*) garantia da existência digna conforme os ditames da justiça social; etc.

É evidente que algumas normas programáticas tangenciam mais o campo da utopia do que outras normas desta modalidade. Daí, o ceticismo na sua concretização. As normas constitucionais econômicas programáticas tendem, a nosso ver, mais para utopia do que normas constitucionais programáticas de outra natureza. Para ilustrar esta afirmação, citamos o problema na aplicação das normas constitucionais econômicas programáticas relativas à justiça social, à busca do pleno emprego e à redução das desigualdades sociais, as quais são sempre muito questionadas, não só por juristas mas também por profissionais de outras áreas (sociologia,

18 Cf. op., cit. p. 54-55.

19 Cf. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, 57/58, ano XIV, p. 255. jan. - jun., 1981.

20 Cf. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra, Livraria Almedina, 1991, p. 193, e *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra, Coimbra 1983, p. 277-315.

antropologia, economia, etc.). Assim, dando prosseguimento ao esforço, nesta monografia, dirigido ao objetivo de sustentar a importância da existência das normas econômicas programáticas no texto constitucional, procederemos uma pequena abordagem a respeito desses três temas.

2 A JUSTIÇA SOCIAL

Declara a Constituição Federal de 1988, em seu art. 170, que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, *tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social*”.

Isto quer dizer que a Constituição consagra precisamente uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a “iniciativa privada” é um princípio básico do sistema capitalista. Por outro lado, a Constituição declara que, embora adote o sistema capitalista, a ordem econômica deve dar prioridade aos *valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado*. Portanto, a liberdade econômica não é absoluta. Ela só é garantida até onde a valorização do trabalho humano não exija que seja restringida.

Apesar de ser uma declaração de princípio, essa prioridade tem o sentido de orientar a intervenção do Estado na economia, a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, é o fundamento da ordem econômica. Trata-se, pois, a nosso ver, de norma constitucional econômica programática ou de orientação.

Vale lembrar que os *Estados sócio-liberais*, como o nosso, conquanto reconheçam e assegurem a propriedade privada e a livre empresa, condicionam o uso dessa mesma propriedade e o exercício das atividades econômicas ao *bem-estar social*. Portanto, há limites para o uso e gozo dos bens e riquezas particulares e, quando o interesse público o exige, intervém na propriedade privada e na ordem econômica, através de atos de império tendentes a satisfazer as exigências coletivas e a reprimir a conduta anti-social da iniciativa particular.

Modernamente, o “Estado de Direito” aprimorou-se no “Estado de bem-estar”, em busca de melhoria das condições sociais da comunidade. Não é o “Estado Liberal”, que se omite ante a conduta individual, nem o “Estado Socialista”, que suprime a iniciativa particular. É o Estado orientador e planejador da conduta individual no sentido do bem-estar social. Para atingir esse objetivo, o “Estado de bem-estar” intervém na propriedade e no domínio econômico, quando utilizados contra o bem comum da coletividade.²¹

21 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 544.

Na opinião de Miguel Reale, à luz do que as suas disposições enunciam, a Carta Magna, ora em vigor, optou por uma posição intermediária entre o liberalismo oitocentista, infenso a toda e qualquer intervenção do Estado, e o dirigismo estatal. Dir-se-ia que sua posição corresponde à do neoliberalismo ou social-liberalismo, o único, a seu ver, compatível com os problemas existentes em nosso tempo.²² Nesse sentido, como menciona José Antonio de Almeida, é inegável que o texto constitucional adota, como substrato ideológico, o capitalismo, e consagra, inclusive dentre os fundamentos do Estado Democrático de Direito, o princípio da livre iniciativa, com seus consectários, o princípio da livre concorrência, e a participação apenas supletiva ou suplementar do Estado na iniciativa econômica. Entretanto, de outra parte, nele contém exceções postas à iniciativa privada, resultantes de regras inseridas já em Constituições outras, ou que restaram tradicionais no nosso direito infraconstitucional.²³

Como vimos, o art. 170 da Constituição Federal declara que *a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social*. Existência digna implica que os direitos do homem à sua subsistência passam à frente dos seus direitos à propriedade. Diz-se *direito de subsistência* em substituição a melhor distribuição dos bens da vida, uma vez que, no sistema capitalista, dificilmente se conseguirá isto. E por direito de subsistência deve-se entender o *padrão de vida essencial ou o mínimo para subsistir*, que compreende alimento, habitação, vestuário, educação, saúde e lazer para si próprio e para sua família.

Quanto à *justiça social*, devemos lembrar que o sentimento do justo e do injusto é um elemento permanente da natureza humana. Como diz Léon Duguit, este sentimento se encontra em todas as épocas e em todos os graus da civilização, na alma de todos os homens, entre os mais sábios como entre os mais ignorantes.²⁴ A *justiça*, em sua essência, para São Tomás De Aquino, consiste em dar a outrem o que lhe é devido, segundo uma igualdade. A verdadeira igualdade, por sua vez, é, segundo Aristóteles, aquela que pratica a igualdade entre os iguais e a desigualdade entre os desiguais. A justiça, portanto, em última análise, tanto pode ser simples quanto proporcional.²⁵ Assim, a justiça pode ser *comutativa, distributiva* ou *social*.

Esclarece Arthur Machado Paupério que a *justiça comutativa*, sendo bilateral e sinalagmática, diz respeito às permutas ou trocas e seu fim é estabelecer a igualdade das relações entre os particulares, de modo a adequar-se coisa a coisa, para a realização de uma verdadeira igualdade

22 Cf. *Aplicações da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 132.

23 Cf. Reforma constitucional: ordem econômica deve ser mantida. *Jornal do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil*, nº 42, 1995. p. 17.

24 Cf. *Traité de Droit Constitutionnel*. v. 2. 3. ed. Paris, Ancienne Librairie Fontemoing, 1930, p. 93.

25 *Apud* Arthur Machado Paupério. *Introdução à ciência do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972. p. 52.

aritmética. Já a *justiça distributiva* implica distinguir entre os particulares o que é comum. Enquanto na *justiça comutativa* o bem é devido a alguém porque lhe é próprio, na *justiça distributiva*, o bem é devido porque é comum. A *justiça distributiva* cabe repartir os bens e os encargos sociais.²⁶ Por sua vez, os encargos, segundo Giuseppe Toniolo, devem ser distribuídos proporcionalmente à capacidade e os bens proporcionalmente à necessidade de cada um: *mais deve quem mais pode, mais recebe quem menos pode.*²⁷ Outrossim, vale destacar que a *justiça distributiva* apresenta o Estado como agente, a quem compete a repartição dos bens e dos encargos aos membros da sociedade. Paulo Nader menciona que, ao ministrar ensino gratuito, prestar assistência médico-hospitalar, efetuar doação à entidade cultural ou beneficente, o Estado desenvolve a *justiça distributiva*. Orienta-se de acordo com a igualdade proporcional, aplicada aos diferentes graus de necessidade. Já a *justiça comutativa* é a forma de justiça que preside às relações de troca entre os particulares. Segundo Paulo Nader, o critério que adota é o da igualdade quantitativa, para que haja correspondência entre o quinhão que uma parte dá e o que recebe. Abrange as relações de coordenação e o seu âmbito é o do Direito Privado. Manifesta-se principalmente nos contratos de compra e venda, em que o comprador paga o preço equivalente ao objeto recebido. É comum dizer que a *justiça comutativa* consiste em uma proporção aritmética, pela qual se exige igualdade de valor das coisas que são objetos de contrato, enquanto que a justiça distributiva consiste em uma proporção geométrica que reparte benefícios iguais a pessoas de mérito igual. A *justiça geral* é a forma que consiste na contribuição dos membros da comunidade para o bem comum. Para Paulo Nader, os indivíduos colaboram na medida de suas possibilidades, pagando impostos, prestando o serviço militar, etc.²⁸ É chamada *justiça legal* por alguns, pois geralmente vem expressa em lei. Por fim, a *justiça social* tem como finalidade a proteção aos mais pobres e aos desamparados, mediante a adoção de critérios que favoreçam uma repartição mais equilibrada das riquezas. Pela *justiça social* ressalta a necessidade de, com medidas prontas e eficazes, vir em auxílio dos homens das classes inferiores, atendendo a que eles estão, na maior parte, numa situação de infortúnio e de miséria imerecida.²⁹ Como disse João Paulo II, é estrito dever de justiça e verdade impedir que as necessidades humanas fundamentais permaneçam insatisfeitas e que pereçam os homens por elas oprimidos. Além disso, é necessário que esses homens carentes sejam ajudados a adquirir conhecimentos, a entrar no círculo de relações, a desenvolver as suas aptidões, para melhor valorizar as suas capacidades e recursos.³⁰ A *justiça social* implica a contribuição de cada um para a realização do *bem comum*. Menciona ainda Arthur Machado Paupério que

26 Cf. op., cit. p. 52-53.

27 Cf. *Scritti Scelti*. Milano: Vita e Pensiero, 1921, p. 81.

28 Cf. *Introdução ao estudo do Direito*: De acordo com a Constituição de 1988. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 131-132.

29 Leão XIII. *Encíclica Rerum Novarum*, 1891. In: *Encíclicas e documentos sociais*. São Paulo: LTr, 1972. p. 14.

30 Cf. *Carta Encíclica Centesimus Annus*, São Paulo: Paulinas, 1991. p. 65.

corresponde à chamada *justiça geral* ou *legal* da nomenclatura aristotélica-tomista. Como sujeitos dela, encontramos, de um lado, os particulares ou membros da comunidade social (na qualidade de devedores) e, de outro, a própria comunidade (na qualidade de credora). O bem comum, no fundo, consiste na vida humanamente digna da população. Instrumento desse bem comum são os bens materiais a isso indispensáveis e a condição do mesmo é a paz ou o mínimo de segurança sem o qual não há falar-se na própria existência da sociedade.³¹ Mas não há bem comum sem comunicação do mesmo aos membros da comunidade, ou seja, sem redistribuição, como nos adverte Jacques Maritain. O bem comum não existe sem que se concretize o bem da comunidade e da pessoa humana. Dentro de uma filosofia humanista, o bem comum há de ser comunitário e personalista.³²

Todavia, anota Arthur Machado Paupério que, por sua natureza, há exigências da justiça que são ao mesmo tempo de um e de outro tipo. Exemplo disso, na atualidade, é a fixação de preços justos no comércio internacional. De um lado, tal fixação é exigência da *justiça comutativa*, que *manda sempre que uma parte dê à outra o que lhe é devido, dentro do princípio da igualdade*. De outro lado, porém, é exigência igualmente da *justiça social* ou do bem comum internacional, que manda que todos os países dêem à comunidade das nações a cooperação de que são capazes para o bem-estar geral. A liberdade das transações, tanto no plano interno quanto no plano internacional, só é justa quando subordinada às exigências da *justiça social*. Por isso, como assinalam as últimas encíclicas pontifícias, as exigências da *justiça comutativa*, quando interessam ao bem comum, são igualmente exigências da *justiça social*. A injustiça tanto se pode exercer contra os critérios pessoais quanto sobre os interesses comuns. Por isso, geralmente, pode assumir não só a forma típica de procedimento ilícito como de lei injusta.³³

Também Paulo Nader utiliza o plano internacional para ilustrar a aplicação da *justiça social*. Lembra ele, da mesma forma que Arthur Machado Paupério, que a *justiça social* observa os princípios da igualdade proporcional e considera a necessidade de uns e a capacidade de contribuição de outros. No plano internacional é defendida atualmente com o objetivo de que as nações mais ricas e poderosas favoreçam às que se acham em fase de desenvolvimento.³⁴ Inclusive, a esse respeito, é importante destacar, no momento, que na 2.229ª Reunião do Plenário das Nações Unidas, realizada em 1º de maio de 1974, a Comunidade Internacional expediu documento, através do qual declarou “A Nova Ordem Econômica Internacional”, com o objetivo de estabelecer uma nova ordem econômica internacional baseada na equidade, na soberania,

31 Cf. op., cit. p. 53.

32 Cf. *Trois Réformateurs*. Paris: Plon, 1925. p. 123.

33 Cf. op., cit. p. 53-54.

34 Cf. op., cit. p. 132.

na igualdade, na independência, no prevailecimento do interesse comum e na cooperação entre todos os Estados, independentemente de seus sistemas econômicos ou sociais, no sentido de reparar desigualdades e injustiças, eliminar a lacuna existente entre os países desenvolvidos e os em desenvolvimento social, baseada ainda na paz e na justiça para as presentes e futuras gerações. Nesse documento ficou evidenciado claramente, entre outros, os seguintes princípios:

- a) a ampla cooperação por parte de todos os Estados-membros da Comunidade Internacional, baseada na equidade, pela qual as disparidades predominantes no mundo possam ser banidas e a prosperidade assegurada a todos (alínea *b*, do item 4);
- b) um justo e equitativo relacionamento entre os preços das matérias-primas, artigos principais, manufaturados e semimanufaturados exportados pelos países em desenvolvimento, e os preços dos mesmos quando importados, com o intuito de incrementar o seu desenvolvimento (nos seus insatisfatórios termos de comércio) e a expansão da economia mundial (alínea *j*, do item 4);
- c) extensão da assistência ativa aos países em desenvolvimento por parte de toda a Comunidade Internacional, independente de qualquer condição política ou militar (alínea *k*, do item 4);
- d) garantia de que um dos principais objetivos do Sistema Monetário Internacional reformado será a promoção do desenvolvimento dos países subdesenvolvidos e o adequado fluxo de recursos aos mesmos (alínea *l*, do item 4);
- e) um tratamento preferencial e não recíproco para com os países em desenvolvimento, quando e onde quer que seja praticável, em todos os campos da cooperação econômica internacional (alínea *n*, do item 4);
- f) garantia de condições favoráveis à transferência de recursos financeiros aos países em desenvolvimento (alínea *o*, do item 4);
- g) oferecimento aos países em desenvolvimento de acesso às realizações da ciência moderna e da tecnologia e a promoção da transferência de tecnologia indígena para o benefício desses países, de forma compatível com os procedimentos tomados em suas próprias economias (alínea *p*, do item 4); e
- h) encaminhamento da ação de Associados produtores dentro da estrutura da cooperação internacional e, de acordo com

seus objetivos, estímulo ao crescimento da economia mundial e à aceleração do progresso dos países em desenvolvimento (alínea *t*, do item 4).

A *justiça social*, não há como negar, *está baseada, principalmente, nos princípios de justiça distributiva*. LEÃO XIII, em 1892, não poupava críticas no sentido de que, entre os graves e numerosos deveres dos governos que querem prover como convém ao bem público, o que domina todos os outros, consiste em cuidar igualmente de todas as classes de cidadãos, observando rigorosamente as leis da justiça dita distributiva ou equitativa, melhor dizendo, aquela que, considerando as diferentes posições em que se encontram as pessoas, dá tratamentos diversos, e não comutativamente, isto é, com a idéia de equivalência entre iguais.

Deve-se também ter em mente que nem sempre a justiça atende a todos os imperativos humanos. Muitas vezes, as circunstâncias particulares exigem um complemento aos princípios de justiça ou de direito aplicáveis à espécie. Tal complemento é a *equidade*. *Equidade* corresponde a moderação, correção, benignidade, piedade. Como disse Aristóteles ao esclarecer sobre a idéia de *epikeia*, ela é o conveniente ou o que se ajusta, isto é, norma que se adapta a uma determinada relação por corresponder à natureza essencial desta. *A equidade complementa a justiça, corrigindo a lei pelas características concretas e muitas vezes imprevisíveis que as realidades sociais apresentam e que não são passíveis de enquadramento nos ditames da justiça geral*. A *equidade* é, assim, a justiça em termos concretos, a justiça do caso particular, levadas em conta as peculiaridades que possa apresentar; é, portanto, justiça individualizada, com caráter predominante de benignidade, que os princípios gerais, quer de justiça, quer de direito não conhecem.³⁵

A bem da verdade, em alguns casos concretos, o cumprimento estrito da lei acarreta a negação da própria justiça e do próprio bem comum, de que a lei é salvaguarda. Pela equidade, amacia-se, assim, a aspereza da lei. Como dizia São Tomás de Aquino, suponhamos que num burgo medieval determinasse uma lei que as portas do mesmo se mantivessem cerradas, durante toda a noite, e fosse passível de prisão todo e qualquer indivíduo que a desrespeitasse. Suponhamos também que, certa noite, parte da população dali, acossada por inimigos, tentasse ganhar os portões do povoado. É de perguntar-se: estariam os guardas sujeitos a punição, se desrespeitassem a regra absoluta? Está claro que não. E ao juiz caberia, em tais circunstâncias, reconhecer, por equidade, a exceção à norma legal, já que, se tivesse sido dado ao legislador prever a hipótese, ele mesmo teria admitido que, em tais condições, devessem ser abertos os portões.³⁶ Entretanto, havendo direito estrito (excepcional),

35 *Apud* Arthur Machado Paupério, op., cit. p. 55.

36 *Apud* Arthur Machado Paupério, op., cit. p. 56.

difícilmente poderá ter lugar a equidade, bem como, por amor à equidade, não se pode chegar ao ponto de descumprir acintosamente a lei. Como alerta W. BLACKSTONE, direito sem equidade, embora duro e desagradável, é preferível, para o bem público, à equidade sem lei. Com esta, cada juiz seria um legislador e estaria implantada a suma confusão.³⁷

Apesar do belíssimo enunciado contido no mencionado art. 170 da Constituição, devemos *ressaltar que a retórica constitucional é enganosa*, uma vez que a declaração de que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, só por si, não tem significado substancial, já que a análise dos princípios que informam essa ordem não garante a efetividade daquele fim.³⁸ Aliás, tratando-se tal enunciado de mera norma programática é evidente que ele encontra-se num plano muito distante da realidade vigente. Ele esta mais perto de ser uma pretensão, um “sonho” que pode ou não se realizar no futuro. Como as grandes realizações e as profundas modificações quase sempre germinaram de um desejo ou de um “sonho” no passado, podemos dizer que as normas programáticas podem ter conteúdo utópico (impossível de ser concretizado), portanto enganosos, ou podem ter conteúdo possível, neste caso, diríamos que trata-se de uma *norma sob reserva do possível*, ou seja, norma cuja efetivação depende de concretização jurídico-política, representada pela existência de recursos disponíveis, prévia construção de estruturas de sustentação e, ainda, circunstâncias políticas favoráveis.³⁹

Como bem observa Josaphat Marinho, a ordem econômica, configurada na Constituição, prevê *apenas* algumas medidas e princípios que poderão sistematizar o campo das atividades criadoras e lucrativas e reduzir desigualdades e anomalias diversas, na proporção em que as leis se converterem em instrumentos reais de correção das contradições de interesses privados. Mas, desses princípios e medidas advêm soluções de transição, apenas moderadoras dos excessos do capitalismo. São fórmulas tecnocráticas e neocapitalistas, que não suprimem as bases da ordem econômica individualista, fundada no poder privado de domínio dos meios de produção e dos lucros respectivos.⁴⁰

A esse respeito, José Afonso da Silva nos chama a atenção para o fato de que assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da “justiça social”, não será tarefa fácil num sistema de base capitalista e, pois, essencialmente individualista. É que a justiça social só se realiza

37 Cf. *Commentaire sur les Lois anglaises*. Trad. par Compré, Paris: 1822, *apud* Arthur Machado Paupério, op., cit. p. 58.

38 Cf. José Afonso da Silva, op., cit. p. 658.

39 CAUPERS, João. *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*. Coimbra: Almedina, 1985. p. 48.

40 Cf. *A ordem econômica nas Constituições brasileiras*. In: *Revista de Direito Público*, v. 19. jan.-mar., 1972, p. 59.

mediante *eqüitativa distribuição da riqueza*. Um regime de acumulação ou de concentração do capital⁴¹ e da renda nacional, que resulta da apropriação privada dos meios de produção, não propicia efetiva justiça social, porque nele sempre se manifesta grande diversidade de classe social, com amplas camadas de população carente ao lado de minoria afortunada.⁴²

Na opinião de Pierre Duclos, um regime de *justiça social* será aquele em que cada um deve poder dispor dos meios materiais, de viver confortavelmente segundo as exigências de sua natureza física, espiritual e política. Não aceita as profundas desigualdades, a pobreza absoluta e a miséria.⁴³

No sistema anterior, a promessa constitucional de realização da justiça social não se efetivara na prática. A Constituição de 1988 é ainda mais incisiva no conceber a ordem econômica sujeita aos ditames da justiça social um conteúdo preciso. Preordena alguns princípios da ordem econômica (a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e pessoais e a busca do pleno emprego) que possibilitam a compreensão de que o capitalismo concebido há de humanizar-se (se é que isso seja possível).⁴⁴

Na realidade, hoje, a transformação do Estado é exigida sobretudo pelo gigantesco fenômeno econômico da *justiça social*, que aqui procuramos ilustrar. Mas, como diz Orio Giacchi, não se trata de um simples fenômeno econômico por assim dizer *natural*, em grande parte ele se deve também a razões extra-econômicas e sobretudo a razões de *moral social*. O Estado se sente responsável pelo fato de que liberdade e igualdade dos indivíduos e das comunidades compreendidas na sociedade por ele organizada sejam *uma real e substancial liberdade e uma verdadeira igualdade, através da eliminação da miséria, da ignorância, da excessiva desigualdade entre indivíduos, classes e regiões*.⁴⁵

Apesar de, por vezes, se encontrarem, não devemos confundir *justiça social* com *sociedade justa*. A *justiça social* é expressão originariamente criada pelos economistas, que une a moral à distribuição das riquezas, em conseqüência do que resulta ser a miséria imoral. A *sociedade justa* repousa sobre pressupostos jurídicos, alicerçados no

41 A *concentração do capital* é o processo pelo qual capitalistas individualmente acumulam, de forma a aumentar, a quantidade de capital controlada por cada um isoladamente, isso possibilita uma escala de produção maior. A *centralização do capital* é o processo que implica a reunião de capitais já existentes; esse processo difere do primeiro pelo fato de pressupor apenas uma modificação na distribuição do capital já existente e em atividade.

42 Cf. op., cit. p. 658-659.

43 Cf. *L'Evolution des Rapports Politiques depuis 1750*. Paris: P.U.F., 1950, p. 149.

44 Cf. José Afonso da Silva, op., cit. p. 659.

45 Cf. *L'Intervento dello Stato nell'Attività Economica*. In: *Il Diritto dell'Economia*. v. 13. nº 4, Milano, 1967. p. 397-421, apud João Bosco Leopoldino da Fonseca, op., cit. p. 83-rodapé.

Direito Natural, que consideram o homem como o centro de seu estudo e desenvolvimento, nele reconhecendo os direitos milenares de que é repositório, a dignidade a que faz jus e o respeito que deve merecer. Por sinal, devemos lembrar que os pressupostos naturais da *sociedade justa* são direito à vida, direito à liberdade, direito à alimentação, direito à habitação, direito à educação, direito ao trabalho e lazer, direito à eleição e direito à segurança. A preservação do meio ambiente é indispensável à sobrevivência do homem, razão pela qual se inclui também entre os pressupostos de uma *sociedade justa*.⁴⁶

Lembra Paul Hugon que o sentimento do justo e depois a noção do justo transcendem o campo jurídico, sobretudo no século XIX, quando do surto da industrialização, para impregnar o espírito dos economistas durante o século passado. E é assim que nasceu a expressão “justiça social”, adotada pelos economistas, que consideram a ciência econômica como tendo por objetivo descrever os fenômenos referentes à distribuição das riquezas de acordo com critérios morais. O relacionamento riqueza-moral torna-se muitíssimo importante e serve para caracterizar a miséria como imoral.⁴⁷ O termo “justiça social” foi, aos poucos, conquistando aceitação universal e, já em 28.6.1919, lia-se no Preâmbulo do Tratado de Versalhes, na sua Parte XIII, o seguinte: “...considerando que a Sociedade das Nações tem por fim estabelecer a paz universal, e que a paz não pode ser fundada senão na base da justiça social; considerando que existem condições de trabalho que implicam, para um grande número de pessoas, a injustiça, a miséria e as privações, provocando tal descontentamento, que a paz e a harmonia universais são postas em perigo...”⁴⁸ Por outro lado, coube ao Cardeal Mercier introduzir a expressão “justiça social” no vocabulário canônico, assim a ela se referindo especificamente: “Ao lado da justiça comutativa que regula os contratos, da justiça distributiva que regula os encargos e as vantagens sociais, importa dar o seu lugar à justiça social ou legal que vela pelo bem comum e da qual a autoridade é gerente e a que todo indivíduo membro do corpo social é obrigado a servir e corroborar”.⁴⁹ Por sinal, a encíclica *Quadragesimo Anno*,⁵⁰ de Pio XI, sofreu grande influência do pensamento do Cardeal Mercier, uma vez que desenvolveu, de forma mais explícita, o tema

46 MARINHO, Inezil Penna. *Justiça Social e Sociedade Justa*. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Distrito Federal*, nº 11, p. 192-199, 1984.

47 Cf. *História das doutrinas econômicas*. 13. ed. São Paulo, Atlas, 1973, p. 156.

48 Cf. G. Scelle, *L'Organisation Internationale du Travail et le B.I.T.*. Paris: 1930. p. 32 e 310, *apud* Inezil Penna Marinho, op., cit. p. 195.

49 MORAES FILHO, Evaristo de. *Justiça social e Direito do Trabalho*. Florianópolis, Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Santa Catarina, 1982, p. 16-17.

50 A Encíclica *Rerum Novarum*, de Leão XIII, foi anterior a Encíclica *Quadragesimo Anno*, de Pio XI. As Encíclicas posteriores, até o advento do Papa João Paulo II, foram: *Divini Redemptoris*, de Pio XI; *Mater et Magistra*, de João XXIII; *Populorum Progressio*, de Paulo VI, acrescentando-se-lhe a *Octogesima Adveniens*, Carta Apostólica também de Paulo VI.

“justiça social”, que acabou incorporando-se à doutrina social da Igreja Católica, como o demonstraram as encíclicas subseqüentes.⁵¹

Uma vez incorporada a expressão à doutrina social da Igreja e conceituados os seus princípios e fundamentos, são estes incluídos na Constituição brasileira de 1934, cujo art. 151 admitia uma ordem econômica a par da ordem jurídica. Segundo aquela Carta, a ordem econômica deveria ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilitasse a todos existência digna. Dentro desses limites era garantida a liberdade econômica. Coube, no entanto, à Constituição brasileira de 1946 utilizar, pela primeira vez, em texto constitucional, a expressão “justiça social”. Dizia o seu art. 145 que “a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano”. Já a Constituição brasileira de 1967 desenvolveu a idéia de justiça social no seu art. 157. Inclusive, vale lembrar que, em 30.1.1964, Haroldo Valadão apresentou ao Ministério da Justiça o seu “Anteprojeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas”, para substituir a “Lei de Introdução ao Código Civil” (Decreto-Lei nº 4.657, de 4.9.1942), cujo art. 9º dizia que “a aplicação das normas jurídicas se fará sob a inspiração do bem comum, da justiça social e da equidade”. Por esse dispositivo, a justiça social passaria a integrar a ordem jurídica.⁵²

Destaca Leo Huberman que a *justiça social* pretende corrigir as grandes distorções ocorridas numa sociedade, diminuindo as distâncias e diferenças entre as diversas classes, que a constituem, favorecendo os mais humildes. Evitar que os ricos se tornem cada vez mais ricos e os pobres cada vez mais pobres; oferecer idênticas oportunidades a todos; perseguir a igualdade de direitos entre os cidadãos; abolir os privilégios de alguns; pregar a fraternidade e a solidariedade humanas; assegurar remuneração condigna ao trabalho, evitando a sua espoliação pelo capital; distribuir equitativa e proporcionalmente os favores e riquezas do Estado, esses são alguns dos objetivos colimados pela *justiça social*.⁵³

Como lembra Inezil Penna Marinho, devemos considerar ainda que a expressão “justiça social” ficou impregnada de sabor político, quando ditadores (Vargas, no Brasil, e Perón, na Argentina) dela fizeram o seu instrumento, para, demagogicamente, inebriar o povo com promessas nas quais se alçavam como o seu supremo e único distribuidor. Em resumo, a *justiça social* encontra as suas origens e fundamentos nas

51 Cf. Inezil Penna Marinho, op., cit. p. 196.

52 VALADÃO, Haroldo. *Justiça social e interpretação*. Florianópolis, Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Santa Catarina, 1982. p. 11.

53 Cf. *História da riqueza do Homem*. 17. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1981, p. 54.

doutrinas econômicas, enquanto a *sociedade justa* repousa seus alicerces na Teoria do Direito Justo, eminentemente jurídica.⁵⁴

Por outro lado, não se deve perder de vista que a liberdade de iniciativa e a valorização do trabalho humano são pólos opostos de uma tensão social. Eduardo Espínola nos chama a atenção para o fato de que a grande e secular oposição, a luta incessante entre o capital e o trabalho, esses dois fatores da produção econômica, que deveriam estar sempre unidos, numa combinação harmônica para o próprio interesse dos capitalistas e dos operários, têm sido a causa das maiores perturbações sociais, separando os dois aliados naturais em campos inimigos, numa hostilidade que nunca existiria se o egoísmo individual não fosse tão pronunciado na atividade humana. Sentiu-se desde logo a necessidade de intervir o Estado para amparar a parte mais fraca que, embora muito mais numerosa, se via submetida, pelas contingências da vida, ao domínio imperativo dos capitais.⁵⁵

Nesse terreno a progressão é contínua: a denominada legislação social se estende todos os dias; mas uma organização eficiente, capaz de atender às exigências de uma sã economia só se obterá, quando se coloquem lado a lado os dois fatores, num entendimento de cooperação sincera, com interesses homogêneos, embora oriundos de atividades heterogêneas. Assim, o princípio da justiça social vem justamente conciliar esses dois opostos, isto é, a justiça social culmina na conciliação da liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano. A ordem econômica deve, pois, ser organizada conforme o princípio da justiça social. Todavia pondera Eduardo Espínola que *a dificuldade está em conseguir a lei ordinária essa organização justa da qual resulta uma produção obtida pela ação harmônica de seus fatores e uma distribuição eqüitativa*.⁵⁶

Sobre a dificuldade de se conseguir uma organização justa, apontada por Eduardo Espínola, não podemos deixar de lado as ponderações de Roberto Campos, quando teceu comentários a respeito da justiça social. Menciona ele que se encontra perplexo ante o terrível encantamento da expressão *justiça social*, hoje obrigatória em nosso discurso político. Usam-na, entre outros, o político, o sociólogo, o antropólogo e o cardeal, com tal ar de superioridade moral, que Roberto Campos se acha o último dos miseráveis em não enxergar o significado dessa expressão. Esclarece ele que o princípio basilar do liberalismo (e também do capitalismo) é que a primeira propriedade do homem é o seu corpo, com as suas faculdades. E seu primeiro direito, o exercício dessas faculdades, até o ponto em que não prejudique o

54 Cf. op., cit. p. 197.

55 Cf. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (18 de setembro de 1946)*. V. 2. Rio de Janeiro/São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1952. p. 579-580.

56 Cf. op., cit. v. 2. p. 580-581.

direito de terceiros. Na opinião de Roberto Campos, a expressão *justiça social* não faz sentido, porque não existe um *justiciador*, nem critérios objetivos de justa distribuição. *Numa sociedade de homens livres, muitos terão mais do que os outros pensam que eles merecem, e ninguém pensa que tem tudo o que merece.* A utopia da justiça distributiva só pode ser imposta autoritariamente, de modo a privar alguns do fruto de suas faculdades, para dar a outros. Dois problemas surgem: destrói-se a liberdade e diminui-se a eficiência global, pois esta vem precisamente do esforço de cada um de desenvolver ao máximo suas faculdades. Isso parece óbvio, mas o socialismo real levou 70 anos e matou 50 milhões de pessoas para perceber tal obviedade!⁵⁷

Já dizia Friedrich A. Hayek que “os indivíduos devem comportar-se da forma mais justa possível, mas os resultados para os indivíduos separados não serão nem os pretendidos nem os previstos por outros, de forma que as situações resultantes não podem ser chamadas nem justas nem injustas”. Daí conclui Hayek que a noção de *justiça social* deve ser substituída pelo conceito de normas justas de conduta. As regras do jogo é que devem ser justas; o resultado será sempre diferente, dependendo das faculdades e do esforço de cada um. Se *justiça social* significa igualizar os resultados, é uma mágica incoerente, um simples atavismo do discurso político, como dizia Hayek.⁵⁸ Se o significado é também frustrante, porque as famílias são diferentes, e a não ser que se queira destruir a organização familiar (como tentaram fazer stalinistas e maóistas na fase paranóica de suas revoluções), os indivíduos crescerão em condições desiguais. A única tarefa realista para os governos é procurar melhorar as oportunidades, ou antes, remover obstáculos para que os indivíduos exerçam ao máximo as faculdades que Deus lhes deu. Três tarefas parecem essenciais. A primeira é controlar a inflação, já que ela é um imposto antidemocrático (porque não votado) e especialmente cruel para os pobres. A segunda é remover obstáculos ao pleno uso das faculdades do cidadão. Isso exige a universalização da educação básica, saúde, justiça e segurança. Mesmo removidos esses dois obstáculos ao exercício das faculdades individuais, restarão desvalidos ou desequipados para o mercado de trabalho. Cabe, pois, ao Governo, no interesse de preservar a coesão social, garantir-lhes um mínimo vital. Isso deve ser feito, segundo Roberto Campos, por meios tão desburocratizados quanto possível, deixando-se aos indivíduos a responsabilidade de usá-lo para sua subsistência. Hayek fala na *rede de segurança* para os pobres e Milton Friedman no conceito de renda mínima ou imposto de renda negativo. Ambos advertem contra os perigos da complexa

57 Cf. A geléia filantrópica. *Revista Conjuntura Social*. Vol. 6, nº 5, maio 1995, Brasília: Ministério da Previdência e Assistência Social, p. 13.

58 Cf. *New studies in philosophy, politics, economics and the history of ideas*. Cap. 5, 1978, *apud* Roberto Campos, op., cit. p. 13.

burocracia assistencialista dos Estados modernos, que acabam dando aos assistentes boa parcela dos recursos destinados aos assistidos.⁵⁹

Concordamos que a *justiça social* é bastante utópica, já que é impossível a sua realização integral. Todavia, a nosso ver, ela é válida como norma constitucional econômica programática, como rumo a ser seguido dentro do possível e da realidade emergente. Não queremos dizer com isto que a justiça social será implantada integral e definitivamente por força do ordenamento jurídico. Sua utilidade é afastar o quanto possível as camadas menos beneficiadas da população do estado de miserabilidade, não condizente com a dignidade humana. Para que isso seja efetivado certamente haverá que se adotar mecanismos afeitos à justiça distributiva. Dentro deste enfoque, não há como ofuscar a importância da existência de tais normas no texto constitucional. É melhor e mais seguro se ter pelo menos uma mera orientação constitucional moralmente válida do que não ter orientação nenhuma e deixar livre o legislador ordinário para escolher a forma de fazer justiça que bem entender.

3 A BUSCA DO PLENO EMPREGO

Numa economia de mercado, a população economicamente ativa compõe-se de três categorias: empregadores, empregados e trabalhadores autônomos. Para que uma pessoa possa ser considerada como integrada na *população economicamente ativa*, terá necessariamente de se enquadrar numa dessas três categorias. Os empregadores são aqueles que possuem recursos próprios ou emprestados (capital), que lhes permitem empregar outras pessoas. Os trabalhadores autônomos, às vezes, também possuem recursos, mas certa proporção deles oferece seus serviços sem dispor de mais que sua capacidade física e mental de prestá-los. Finalmente, os empregados não necessitam de recursos ou capital, mas apenas que algum empregador queira contratá-los. Tanto os trabalhadores autônomos como os empregados vendem seus serviços. Os primeiros, no entanto, vendem esses serviços diretamente aos usuários, ao passo que os empregados os vendem para seus patrões. Devemos ressaltar que, como a propriedade do capital está restrita em geral a reduzida parcela da sociedade, a grande maioria das pessoas aptas a trabalhar se enquadra na *divisão do trabalho* como empregados ou trabalhadores autônomos. Já o nível de emprego consiste na proporção entre aqueles que podem e desejam trabalhar e os que efetivamente o conseguem, seja como empregador, empregado ou trabalhador autônomo.⁶⁰ Os que não o conseguem são *desempregados*. Assim, a nosso ver, *emprego pleno* é, nada mais nada menos que a inexistência de desempregados. Portanto, *emprego pleno é uma situação*

59 Cf. op., cit. p. 14.

60 Cf. Enciclopédia Abril. v. 4. São Paulo: Abril Cultural e Industrial, 1971, verbete *Emprego*, p. 219-220.

fictícia, uma vez que, por mais próspera que seja, uma sociedade sempre terá algum desemprego, por menor que seja. Inclusive, a esse respeito devemos acrescentar que, além de sempre existir, pelo menos algum desemprego, ainda ocorre a situação no sentido de que nem sempre a pessoa consegue aproveitar todo seu tempo disponível produtivamente. Por exemplo, na agricultura, a “estação morta” entre o fim da colheita e o início do preparo da terra constitui um período em que grande parte da força de trabalho permanece ociosa. As pessoas que, desta maneira, só conseguem trabalhar durante uma parte de seu tempo disponível são *subempregados*. Outra forma de desperdício da força de trabalho consiste no emprego de um número de pessoas maior que o realmente necessário para realizar determinada tarefa. Isso pode acontecer, por exemplo, em pequenas propriedades agrícolas, cuja extensão não permite ocupar todos os membros aptos das famílias proprietárias que, no entanto, dividem entre si o pouco trabalho disponível. Outro exemplo é a multiplicação da economia informal (pequenos estabelecimentos varejistas ou de vendedores ambulantes), que disputam uma freguesia que poderia ser perfeitamente atendida por um número menor de pessoas. Trabalhadores excedentes, cuja atividade é dispensável, são chamados de *desempregados disfarçados*. Assim, pois, o *emprego pleno só deve ser entendido como um ideal*, que na realidade é inatingível. Se o emprego pleno só pode ser entendido como ideal, a sua presença no texto constitucional adota a modalidade de norma econômica de conteúdo programático, cuja plena eficácia é uma verdadeira utopia. A sua existência é válida como uma orientação no sentido de o legislador ordinário procurar oferecer, através dos mecanismos legais, o maior número possível de vagas nas indústrias, no comércio, na agricultura, etc. para a população ativa.

As pessoas que têm condições físicas e mentais, bem como vontade de se enquadrar na divisão do trabalho constituem a *oferta de força de trabalho*. Na medida em que se dá o desenvolvimento, observa-se uma diminuição da parte da população que constitui a força de trabalho. Isto se deve à entrada mais tardia na força de trabalho, devido ao crescente número de jovens que estudam e que permanecem por períodos cada vez mais longos no sistema escolar. Por outro lado, a saída da força de trabalho tende a se dar cada vez mais cedo, na medida em que a possibilidade de se aposentar se apresenta a uma proporção cada vez maior de trabalhadores. Há também a tendência de se reduzir a idade da aposentadoria, a qual é reforçada pela resistência das empresas a empregar pessoas idosas. Outra questão que vem influenciando na força de trabalho diz respeito a mudanças culturais profundas, que não mais restringem a mulher aos tradicionais papéis femininos de esposa e mãe e têm por consequência abrir novos campos de atividade ao trabalho feminino.⁶¹

61 Cf. Enciclopédia Abril. v. 4. São Paulo: Abril Cultural e Industrial, 1971, verbete *Emprego*, p. 220.

A *procura de força de trabalho* resulta da demanda por bens e serviços e do volume de mão-de-obra necessário para produzi-los. Em curto prazo, dada a capacidade de produção instalada nas fábricas, fazendas, linhas de transporte, casas de comércio, etc., o volume de emprego é uma função do grau em que esta capacidade é utilizada, o que depende, por sua vez, da existência de uma procura capacitada a pagar e disposta a comprar mercadorias assim produzidas. Se esta procura for relativamente pequena, uma parte da capacidade instalada ficará ociosa e uma parte da força de trabalho permanecerá desempregada.⁶² Para evitar que isso aconteça, o poder público geralmente adota determinadas medidas para elevar a procura de mercadorias, de modo a conduzir a economia a uma situação próxima à ideal de *emprego pleno*, na qual todos os que têm aptidão e desejo de trabalhar efetivamente possam fazê-lo.

A *modernização tecnológica e das novas técnicas de gerência* também são fatores que produzem desemprego, independente do aumento ou da diminuição da produção. O Brasil, por sinal, na atualidade, passa por essa situação, ou seja, está sendo afetado pelo problema estrutural do corte de postos de trabalho nas empresas privadas. Assegura a economista Maria Cecília Prates, da Fundação Getúlio Vargas, que este processo, decorrente da modernização tecnológica e das novas técnicas de gerência, fez com que a ocupação de mão-de-obra na indústria, em 1994, fosse 26% inferior à de 1989. Entretanto, o Produto Interno Bruto – PIB industrial do país nesses dois anos foi praticamente o mesmo. A perda do mercado de trabalho, nesse caso, não pode ser creditada a problemas conjunturais: esses postos foram definitivamente eliminados pelas novas técnicas de gestão. No caso, *o desemprego é maior para os trabalhadores não qualificados*. Explica Maria Cecília Prates que, para esses trabalhadores, a opção tem sido migrar da indústria, onde há mais cortes, para os setores de serviços e comércio. São, na maior parte das vezes, empregos de pior qualidade, uma vez que se revestem de informalidade.⁶³

Merece ainda comentários o fato de que, quando se tenta recensear os desempregados, a tendência é interpretar a busca de trabalho como a única prova aceitável de que a pessoa deseja trabalhar. Mas este procedimento leva a subestimar o verdadeiro número de desempregados, pois muitos desistem de procurar trabalho após tentar infrutiferamente por algum tempo e são eliminados, pelas estatísticas, da força de trabalho. Eles constituem, assim, o *desempregado oculto*.⁶⁴ Por outro lado, devemos lembrar o assustador aumento da economia informal, ou seja, multiplicação de pequenos estabelecimentos varejistas ou de vendedores ambulantes (aí incluído o camelô). De forma que, numa economia de mercado, o volume de emprego não

62 *Id. loc. cit.*

63 Cf. *Modernização prevê corte de empregos*, jornal *O Globo*, 8 out. 1995, *Caderno Economia*, p. 61.

64 *Ibid.* p. 221.

precisa corresponder à oferta de força de trabalho. Como dissemos, é normal que certa proporção desta permaneça desempregada. O ônus econômico e social representado pelo aproveitamento inadequado dos recursos humanos tem levado muitos países a adotar medidas de planejamento com o objetivo de reduzi-lo. *Nos países em desenvolvimento, o súbito deslocamento de grandes massas humanas das zonas rurais para as cidades tem agravado o problema do desemprego urbano, que, na maior parte das vezes, assume a forma de economia informal.* É um problema enfrentado pelos planejadores, para o qual, como é sabido, ainda não há soluções seguras.⁶⁵ O Brasil é um país em desenvolvimento e sofre com o problema crônico do desemprego nos centros urbanos. E isto ocorre a tal ponto, que o legislador constituinte resolveu inserir a busca do pleno emprego entre os princípios da ordem econômica.

Por falar em economia informal, há que se destacar o fato de o índice de pessoas trabalhando na completa informalidade, sem carteira assinada ou qualquer outro vínculo legal, chegava a 48% dos empregos em serviços e comércio, em 1994. Na indústria, o índice é de 20%. O tamanho do problema varia de cidade para cidade. Nas grandes regiões metropolitanas do Nordeste, como Salvador e Recife, mais da metade dos empregos são informais. Em São Paulo, onde está o menor índice de informalidade (40,8%), o padrão salarial é o mais alto do país. Um operário paulista com segundo grau completo ganha, em média, salário 64,02% maior que o mesmo operário ganharia no Rio de Janeiro.⁶⁶

Devemos ressaltar ainda que se o desemprego é um problema social sério, o pleno emprego, por sua vez, também não deixa de causar problemas. Além do déficit orçamentário, o pleno emprego parece ser uma das causas dos movimentos inflacionários, assim entenderam os construtores da *teoria do emprego pleno*. Por exemplo, em dada comunidade econômica, todos os operários estão contratados. Se alguém planeja abrir mais uma fábrica, terá que buscar assalariados recrutando-os das atividades existentes, acenando-lhes com ofertas mais vantajosas. Começa a competição pela mão-de-obra, que determinará a alta de salários. As fábricas já organizadas terão de restringir sua mão-de-obra, passando a pagar mais altas remunerações pela força do trabalho. No total, a força de trabalho aplicada nas diversas atividades continua sendo a mesma; e, admitindo-se que todos os demais fatores continuem como até então, o nível geral da produção, com preços de custo mais altos, permanece praticamente o mesmo. Se aplicarmos o raciocínio aos demais fatores produtivos, que admitimos plenamente ocupados, qualquer tentativa para criar

65 Id, loc. cit.

66 PRATES, Maria Cecília. Modernização prevê corte de empregos, jornal *O Globo*, 8 out. 1995. *Caderno Economia*, p. 61.

novos centros produtivos implicaria o mesmo resultado: a subida de preços dos fatores comparados sem que a produção, observada na sua totalidade, tivesse logrado qualquer aumento. Assim, pois, verifica-se que, quando a conjuntura econômica se encaminha no sentido da prosperidade, a ocupação dos fatores produtivos cresce, inclusive o nível de emprego, todavia o perigo daquela situação se esboça. Deve-se, porém, levar em consideração a complementaridade dos fatores. Os recursos que não se encontram aplicados são de várias ordens. Às vezes, um fator de produção exige, ao ser aplicado, a conjugação com outro, que lhe é complementar, tecnicamente, para a produção que se tem em vista. Se não são complementares, poderá ficar disponível, enquanto se atinge a situação de emprego pleno. Falou-se então em *pontos de estrangulamento* na economia (*bottle necks*). Não se trata de reservas, mas de desajustamentos do sistema, que permite fatores ociosos. No avançar para o auge, no ciclo da prosperidade, é que se torna mais possível deflagarem as tendências inflacionistas.⁶⁷

A *busca do pleno emprego* é, como se afigura, um princípio diretivo da economia. Ele se opõe evidentemente às políticas recessivas, uma vez que elas trazem o desemprego. Como princípio constitucional, a busca do pleno emprego já encontrava-se inserida entre os princípios fixados pelo art. 160 da Constituição de 1969, como *expansão das oportunidades de emprego produtivo*.

Para José Afonso da Silva, *pleno emprego é expressão abrangente da utilização ao máximo grau de todos os recursos produtivos*. Mas aparece, no art. 170, inciso VIII, da Constituição de 1988, especialmente no sentido de propiciar trabalho a todos quantos estejam em condições de exercer uma atividade produtiva. Trata-se do *pleno emprego da força de trabalho capaz*. Ele se harmoniza, assim, com a regra de que a ordem econômica se funda na valorização do trabalho humano. Isso impede que o princípio seja considerado apenas como mera busca quantitativa em que a economia absorva a força de trabalho disponível como o consumo absorve mercadorias. Deseja-se que o trabalho seja a base do sistema econômico, receba o tratamento de *principal fator de produção* e participe do produto da riqueza e da renda em *proporção* de sua posição na ordem econômica.⁶⁸ Da mesma forma, na opinião de João Bosco Leopoldino da Fonseca, a bem da verdade, a preocupação do legislador constituinte se centra na ênfase do desenvolvimento, bem como na garantia de aproveitamento adequado de todas as potencialidades do país dentro do princípio da eficiência.⁶⁹

67 Cf. Enciclopédia Delta Larousse. v. 5 título *Economia política*, verbete *Interpretações modernas*, 2. ed. tradução da Encyclopédie Larousse Méthodique, organizada por Paul Augé, Rio de Janeiro: Delta, 1967, p. 2.290.

68 Cf. op., cit. p. 665-666.

69 Cf. op. cit. p. 86-87.

4 A BUSCA DA REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS

Quanto à *redução das desigualdades sociais*, devemos destacar que uma *sociedade justa* caracteriza-se por estar estruturada para assegurar a cada membro o mínimo de que ele carece, individual e socialmente, não apenas para sobreviver, mas para viver condignamente. Como citamos antes, Inezil Penna Marinho esclarece que os pressupostos de uma sociedade justa resumem-se no direito à vida, no direito à liberdade, no direito à alimentação, no direito à habitação, no direito à educação, no direito ao trabalho e ao lazer, no direito à eleição e no direito à segurança. Além desses pressupostos, a preservação do meio ambiente é indispensável à sobrevivência do homem, razão pela qual também se inclui entre os pressupostos de uma sociedade justa.⁷⁰ Assim, a nosso ver, *não há sociedade justa quando entre os seus objetivos não estão os esforços para reduzir as desigualdades sociais*.

O fenômeno da formação, no interior de uma sociedade, de estratificações, parece ser um fenômeno inerente a todas as sociedades humanas. Parece mesmo ser uma de suas características essenciais, como expressão, numa escala social, de uma exigência profunda da personalidade individual. É sabido que a sociedade, no mundo greco-romano, se estratificou em camadas que correspondem melhor ao que chamamos hoje castas do que ao que chamamos classes. As castas, com efeito, são camadas superpostas, praticamente impermeáveis, de tal maneira que quem nasce plebeu não pode aspirar a vir a ser nobre. As desigualdades sociais em tal estrutura dificilmente podem ser reduzidas. Tal era de fato a situação na Grécia e em Roma, salvo no declínio do Império Romano, quando profundas modificações históricas desarticularam a rigidez das estruturas sociais e permitiram um rápido processo de metabolismo social, do que se aproveitaram aventureiros de todo o mundo para ascender inclusive no trono imperial.⁷¹

Para a maioria dos marxistas ortodoxos, o que define a classe social não é o nível de riqueza ou de renda, mas a identidade de função desempenhada no processo econômico. Diversos indivíduos pertencem a diversas classes, conforme as diversas funções que desempenham no processo produtivo, por outras palavras, conforme o trabalho que executam. Segundo eles, é o tipo de trabalho ou de relações que o homem mantém com a natureza, que determina seu nível de vida, sua consciência, ideologia, cultura e atitude política.⁷²

Modernamente, as classes sociais são grupos particulares, de fato, e à distância (o contato dos membros não é o que constitui as

70 Cf. op., cit. pp. 198-199.

71 ÁVILA, Fernando Bastos de. *Introdução à sociologia*. 5. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1973, p. 281-282.

72 Cf. Fernando Bastos de Ávila, op., cit. p. 284.

classes), caracterizados por sua suprafuncionalidade (implicam o seu dinamismo próprio uma constante aspiração ao poder absoluto), sua tendência a uma estruturação extrema, sua resistência à penetração pela sociedade global e sua incompatibilidade radical com as outras classes.⁷³ Toda sociedade revela um grande número de estratificação ou classes. Todavia é clássico agrupar estas inúmeras estratificações em três grandes níveis distintos: *classe alta*, *classe média* e *classe inferior*.⁷⁴

A *classe alta* é constituída em geral de proprietários ou de pessoas cuja principal fonte de renda é a remuneração do próprio capital. Não vive na dependência imediata da remuneração de seu trabalho. Revela um orgulho de classes. É constituída, em geral, de pessoas mais reacionárias, isto é, avessas a inovações, principalmente violentas mesmo se para evitá-las for preciso aceitar concessões menos decorosas. Defende a permanência do *status quo*, da situação atual, porque é nela que se radicam todos os seus interesses. Devido a todas as suas características, é uma classe mais fechada, menos permeável. Guarda preconceitos mais fortes contra os elementos de classes inferiores.⁷⁵

A *classe média*, que corresponde melhor ao conceito de burguesia, é constituída por pessoas cuja principal fonte de renda é o próprio trabalho ou profissão, mas que dispõe também de reservas, depósitos bancários, títulos ou ações, para enfrentar os imprevistos. Não se ocupa de trabalho manual ou braçal, mas geralmente em profissões liberais, ensino, funcionalismo, comércio, etc. É a classe conservadora que aborrece também as transformações e revoluções. Exerce uma função estabilizadora na sociedade, principalmente porque, pelas suas camadas superiores, tem compromissos com a classe alta, e, pelas suas camadas mais baixas, tem compromissos com a classe inferior. É a grande criadora, conservadora e transmissora do patrimônio cultural de um povo, porque a classe inferior, absorvida pelas tarefas imediatas da mera subsistência, apenas emerge para os valores culturais e a classe alta, por seu lado, é mais universalista e cosmopolita em sua cultura e menos ligada as tradições nacionais. É uma classe inorganizada, devido à grande divergência de interesses dos grupos que a compõem. Enquanto as classes inferior e superior são solidamente coesas em ordem, corporações ou sindicatos, para defesa de seus interesses, a classe média, em geral, não se organiza, é mais individualista. A classe média é a grande financiadora de um sadio desenvolvimento econômico, à base da poupança particular. O desenvolvimento só pode ser garantido de modo estável, ou pelo aumento da produtividade, ou pela retração do consumo, como fator de acumulação de capital. Em vista disso, a classe

73 GURVITCH, G. *La Vocation actuelle et la Sociologie*. Paris: P. U. F., 1950, p. 338 e segs.

74 GURVITCH, G. *Groupements particuliers et classes sociales*. In: *Traité de Sociologie*. Paris: P. U. F., 1958, p. 202.

75 Cf. Fernando Bastos de Ávila, op., cit. p. 298.

média, com modesto poder aquisitivo, desejosa sempre de melhores dias para sua posteridade, sem pretensões suntuárias, é a única realmente capaz desta retração do consumo, dotada de hábitos de poupança, ao menos numa economia não corroída pela inflação crônica.⁷⁶

A *classe inferior* é constituída por aqueles que não dispõem de outras rendas, além da remuneração do seu trabalho. Vivem do trabalho de suas mãos, do esforço de seus braços. Não dispõem de economias, afóra a poupança compulsória, coletiva e de aplicação limitada, dos organismos de previdência e seguridade social, onde existem. É a classe proletária, assim chamada, no Direito romano, para indicar aqueles cuja única riqueza a declarar no censo era a prole. Possui também uma religiosidade sem estrutura racional. Caracteriza-se, enfim, por uma correção um tanto fatalista da vida e de uma aceitação passiva de sua condição. Esta, porém, pode transfigurar-se num verdadeiro titanismo revolucionário, a partir do momento em que a classe intui coletivamente sua força, suas aspirações comuns e os contrastes sociais.⁷⁷

Visto isso, podemos afirmar que entre essas estratificações de uma sociedade existem visíveis desigualdades, que, por vezes, são extremamente profundas, ao ponto de à classe inferior ser relegada apenas a mera sobrevivência. Assim, entendemos por “*reduzir desigualdades sociais*” como *diminuir a diferença entre o padrão de vida de uma classe e o padrão de vida de outra classe*. Isto pode ser tentado por um caminho ascendente ou por um caminho descendente. Através do caminho ascendente procura-se elevar o padrão de vida das classes mais inferiores, aproximando-as das classes mais superiores (nivelamento superior). Pelo caminho descendente as desigualdades são reduzidas, geralmente pela imposição da diminuição do padrão de vida das classes mais superiores, aproximando-as das classes mais inferiores (nivelamento inferior). Um bom exemplo do primeiro caso é a melhor distribuição de renda para a população e o enriquecimento de uma nação. Os países comunistas servem como boa ilustração para o segundo caso.

Tratando-se de um sistema capitalista, parece-nos que a intenção do legislador constituinte brasileiro, ao elevar a redução das desigualdades sociais a princípio da ordem econômica, *é de orientar a intervenção do Estado na economia no sentido de melhor distribuir a riqueza ou renda nacional, para se proporcionar um aumento no nível de vida, de consciência, de educação e de cultura das camadas inferiores da população, assegurando a cada membro o mínimo de que ele carece, individual e socialmente, para viver condignamente*. Tanto é que, conforme observa João Bosco Leopoldino da Fonseca, também este princípio da ordem econômica e financeira está em sintonia com os objetivos estabelecidos no art. 3º da Constituição de 1988, que

76 Cf. Fernando Bastos de Ávila, op., cit. p. 299-300.

77 Cf. Fernando Bastos de Ávila, op., cit. p. 300-301.

preconiza a erradicação da pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais, bem como ainda a promoção do bem de todos, dentro de um quadro de garantia do desenvolvimento de âmbito nacional.⁷⁸ Todavia, a redução das desigualdades sociais constitui típica norma econômica programática, inclusive de difícil efetivação, porém válida como orientação para o legislador ordinário sempre buscar diminuir as profundas diferenças de padrão de vida em que estão mergulhadas as diversas classes sociais.

5 CONCLUSÃO

Vimos que, não raras vezes, se prega a inutilidade das normas constitucionais programáticas, uma vez que, na realidade, na maior parte das vezes, não conseguimos se firmarem como normas plenamente eficazes, muito menos como verdadeiras diretrizes que efetivamente serão seguidas pelos legisladores. Quando o centro da discussão compreende as *normas constitucionais econômicas programáticas*, o questionamento da sua utilidade é muito maior, principalmente porque, ao se adotar medidas concretas envolvendo diretamente o fenômeno econômico, não é possível se admitir irrestritamente o *princípio da generalidade da lei*. Em outras palavras, se é difícil aplicar integralmente as orientações traçadas pelas normas programáticas de um modo geral, esta dificuldade aumenta muito quando estas normas incidirem sobre o fenômeno econômico, que se caracteriza pela sua constante evolução e pela contínua mobilidade.

Todavia, apesar de as normas constitucionais econômicas programáticas não criarem, desde logo, *direitos subjetivos* e terem *eficácia reduzida*, já que sua efetivação depende de prévia construção de estruturas de sustentação, de circunstâncias políticas favoráveis e, até mesmo, da existência de recursos governamentais e privados disponíveis, defendemos a sua existência no texto constitucional, em virtude de sua utilidade como orientação para a elaboração da legislação econômica (abrangendo, além das leis, decretos e medidas provisórias, também as portarias, circulares e outros instrumentos normativos) e das normas não governamentais, originadas de contratos entre empresas, das convenções coletivas, dos contratos tipo e das condições gerais dos contratos de fornecimento, dos contratos trilaterais (governo, empresas e sindicatos), para condução da política econômica, ser notória e sua intervenção no processo de normatização ser fundamental.

Assim, pois, podemos dizer que *as normas constitucionais econômicas programáticas constituem um compromisso, a nível constitucional, do qual germinam princípios a serem cumpridos não apenas na elaboração da legislação econômica mas também na elaboração das normas não governamentais, visando à realização dos fins sociais do Estado.*

78 Cf. op., cit. p. 86.

Ainda quanto à utilidade prática das normas constitucionais econômicas programáticas, somos forçados a concordar que algumas dessas normas, mais que outras, caem inapelavelmente no campo da utopia. Daí, inclusive, o ceticismo na sua concretização. Todavia, como dito, a nossa opinião é no sentido de que, mesmo se tendo que, em consequência, manipular a utopia, *é melhor e mais seguro se ter pelo menos uma mera orientação constitucional moralmente válida do que não ter orientação alguma e deixar livre o legislador ordinário, provisório ou complementar para escolher a forma de fazer justiça que bem entender*. Ao longo deste trabalho, citamos o caso das normas constitucionais econômicas programáticas relativas à justiça social, à busca do pleno emprego e à redução das desigualdades sociais para bem ilustrar esta afirmação.

No caso da *justiça social*, entendemos que ela é bastante utópica. Mas, mesmo assim, é válida como norma programática, como rumo a ser seguido dentro do possível e da realidade emergente. O *pleno emprego*, da mesma forma, só deve ser entendido como um ideal, já que é, a bem da verdade, inatingível. Mas, também neste caso, a sua existência no texto constitucional é válida como uma orientação no sentido de o legislador ordinário, provisório ou complementar procurar oferecer, através dos mecanismos ao seu dispor, o maior número possível de vagas nas indústrias, no comércio, na agricultura, etc., para a população ativa. Por fim, a *busca da redução das desigualdades sociais* também carrega em si a qualificação de utópica, já que a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a diminuição entre o padrão de vida de uma classe e o padrão de vida de outra classe são objetivos de difícil ou, até mesmo, impossível efetivação. Mas também aqui a sua existência no texto constitucional é válida para orientar a intervenção do Estado na economia no sentido de melhor distribuir a riqueza ou renda nacional, para se proporcionar um aumento no nível de vida, de consciência, de educação e de cultura das camadas inferiores da população, assegurando a cada membro o mínimo do que ele carece, individual e socialmente, para viver condignamente.

Aliás, ousamos a ir mais longe ainda. Além de serem fundamental no processo de elaboração da legislação econômica e das normas não governamentais, as normas constitucionais econômicas programáticas, em seu conjunto, a nosso ver, constituem um reflexo da vocação histórica de uma nação; é justamente através delas que uma nação cumprirá o seu próprio destino. Elas orientam e moldam a situação econômica coletiva da vida humana, por isso mesmo constituem umas das principais linhas da face de um povo. Na atual fase da história do mundo, tão diferenciada entre as nações desenvolvidas e as nações subdesenvolvidas, a intervenção do Estado na economia, ora intensa e ora mínima, é um fenômeno típico. Cumpre-lhe, pois, principalmente através das normas constitucionais econômicas programáticas orientar as condições e elementos contratuais, a disposição dos bens, das limitações individuais, etc., bem como intervir

na economia em nome da função social da propriedade, da justiça social, do pleno emprego, da redução das desigualdades sociais e outros compromissos firmados pelos constituintes. Dentro deste enfoque, não há como não se destacar a importância das normas programáticas no contexto legislativo de um país.

Para uma leitura complementar das questões aqui tratadas, recomendamos nossa obra *A Ordem Constitucional Econômica*, publicada em 1996.

6 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, José Antonio de. Reforma constitucional: ordem econômica deve ser mantida. *Jornal do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil*, nº 42, 1995.

ÁVILA, Fernando Bastos de. *Introdução à sociologia*. 5. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1973.

BARBOSA, Rui. Parecer, Ação Cível Ordinária nº 766. In: *Obras Completas*. Rio de Janeiro: MEC, 1964, v. XLII, tomo I.

CAMPOS, Roberto. A geléia filantrópica. *Revista Conjuntura Social*. v. 6, nº 5, maio 1995, Brasília: Ministério da Previdência e Assistência Social, p. 13.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 1983.

CAUPERS, João. *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*. Coimbra: Almedina, 1985.

DUCLOS, Pierre. *L'évolution des Rapports Politiques depuis 1750*. Paris: P.U.F., 1950.

DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. v. 2. 3. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontémoing, 1930.

ENCICLOPÉDIA ABRIL. v. 4. São Paulo: Abril Cultural e Industrial, 1971, verbete *Emprego*.

ENCICLOPÉDIA DELTA LAROUSSE. v. 5. título *Economia política*, verbete *Interpretações modernas*, 2. ed. tradução da Encyclopédie Larousse Méthodique, organizada por Paul Augé, Rio de Janeiro: Delta, 1967.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (18 de setembro de 1946)*. v. 2. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1952.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GURVITCH, G. *La Vocation actuelle et la Sociologie*. Paris: P. U. F., 1950.

_____. Groupements particuliers et classes sociales. In: *Traité de Sociologie*. Paris: P. U. F., 1958.

HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do Homem*. 17. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

HUGON, Paul. *História das doutrinas econômicas*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 1973.

LEÃO XIII. *Encíclica Rer um Novarum*. 1891. In: *Encíclicas e documentos sociais*. São Paulo: LTr, 1972.

MARINHO, Inezil Penna. Justiça Social e Sociedade Justa. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Distrito Federal*, nº 11, 1984, p. 192-199.

MARINHO, Josaphat. A ordem econômica nas Constituições brasileiras. *Revista de Direito Público*, v. 19. jan.-mar., 1972.

MARITAIN, Jacques. *Trois Réformateurs*. Paris: Plon, 1925.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, 57/58, ano XIV, jan. - jun., 1981.

MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, de 1969*. T. I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

MOGANO, Octávio Bueno; MALLETT, Estevão. *O Direito do Trabalho na Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

MORAES FILHO, Evaristo de. *Justiça social e Direito do Trabalho*. Florianópolis: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Santa Catarina, 1982.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do Direito*: de acordo com a constituição de 1988. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

NATOLI, Ugo. *Limiti Costituzionali dell'Autonomia Privada nel Rapporto di Lavoro*. Milano: Giuffrè, 1952.

- PAULO II, João. *Carta Encíclica Centesimus Annus*. São Paulo: Edições Paulinas, 1991.
- PAUPÉRIO, Arthur Machado. *Introdução à ciência do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.
- PRATES, Maria Cecília. Modernização prevê corte de empregos. *Jornal O Globo*, Caderno Economia, p. 61, 8 out. 1995.
- REALE, Miguel. *Aplicações da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- RUSSOMANO, Rosah. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1978.
- SILVA, Américo Luis Martins da. *A Ordem Constitucional Econômica*, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- TONIOLO, Giuseppe. *Scritti Scelti*. Milano: Vita e Pensiero, 1921.
- TRÓCOLI, Antônio. Influência de la Economía en el Derecho. In: *Derecho Privado Económico*. La Plata: Platense, 1970, p. 5.
- VALADÃO, Haroldo. *Justiça social e interpretação*. Florianópolis: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Santa Catarina, 1982.

PANORAMA SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS E ATOS NORMATIVOS NO BRASIL

*OVERVIEW ON CONTROL OF CONSTITUTIONAL LAW AND
REGULATORY ACTIONS IN BRAZIL*

*Daniel Guarnetti dos Santos
Procurador Federal*

*Chefe do Escritório de Representação em Bauru/SP da Procuradoria Regional
Federal da 3ª Região (Procuradoria-Geral Federal/AGU)
com pós graduação lato sensu em Direito Previdenciário pela FAAT-Londrina
pós graduação lato sensu em Direito e Processo do Trabalho pela UNIDERP
pós graduação lato sensu em Direito Processual pela UNISUL
pós graduação lato sensu em Direito Público pela Universidade Anhanguera*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Evolução histórica do controle de constitucionalidade no Brasil; 2.1 Constituição de 1824; 2.2 Constituição de 1891; 2.3 Constituição de 1934; 2.4 Constituição de 1937; 2.5 Constituição de 1946; 2.6 Emenda Constitucional nº 16 de 1965; 2.7 Constituição de 1967; 2.8 Emenda Constitucional nº 1 de 1969; 2.9 Emenda Constitucional nº 7 de 1977; 2.10 Constituição de 1988; 2.11 Emenda Constitucional nº 3 de 1993; 2.12 Lei nº 9.868 de 1999; 2.13 Lei nº 9.882 de 1999; 2.14 Emenda Constitucional nº 45 de 2004; 3 Análise comparada do controle de constitucionalidade; 3.1 Modelo de controle norte-americano; 3.2 Modelo de controle austríaco; 3.3 Modelo de controle francês; 3.4 Modelo de controle inglês; 4 Requisitos de constitucionalidade das espécies normativas; 4.1 Requisitos formais; 4.1.1 subjetivos; 4.1.2 objetivos; 4.2 requisitos materiais (ou substanciais); 5 Supremacia constitucional; 5.1 Importância do controle de constitucionalidade; 5.2 Rigidez e forma escrita da Constituição; 5.3 Possibilidade do controle sobre emendas constitucionais; 6 Espécies de controle de constitucionalidade; 6.1 Quanto ao momento; 6.1.1 Preventivo; 6.1.2 Repressivo; 6.2 Quanto ao órgão que exerce o controle de constitucionalidade; 6.2.1 Político; 6.2.2 Jurisdicional; 6.2.3 Misto; 6.3 Quanto a forma; 6.3.1 Abstrato; 6.3.2 Concreto; 6.3.2.1 Tendência de abstrativização do controle concreto; 6.4 Quanto a competência; 6.4.1 Controle difuso (ou por via de exceção); 6.4.1.1 Cláusula de reserva de Plenário; 6.4.1.2 Controle difuso e Senado Federal (art. 52, X, CF); 6.4.2 Sistema concentrado (abstrato); 6.4.2.1 Ação direta de inconstitucionalidade; 6.4.2.1.1 Genérica; 6.4.2.1.2 Por omissão; 6.4.2.1.3 Interventiva; 6.4.2.2 Ação declaratória de constitucionalidade; 6.4.2.3 Arguição de descumprimento de preceito fundamental; 7 Conclusão; 8 Referências.

RESUMO: O objeto do presente estudo é propiciar uma visão sobre o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos no Brasil para proteção da norma fundamental, desde a primeira Constituição “Imperial” de 1824 até a atual de 1988, com a análise das emendas constitucionais e legislação correlata. Para tanto, cotejou-se o controle brasileiro com o direito comparado dos principais modelos mundiais existentes, em especial o norte-americano, o austríaco e o francês, apontando-se a influência desses modelos sobre o nosso sistema de controle de constitucionalidade que assimilou aspectos de ordenamentos jurídicos distintos para a construção de uma estrutura própria de controle, um sistema híbrido. Também buscou-se a análise

dos requisitos de constitucionalidade das espécies normativas, dando-se ênfase à importância e necessidade do controle de constitucionalidade em razão da supremacia constitucional, abarcando-se também as espécies de controle com suas peculiares características.

PALAVRAS-CHAVES: controle de constitucionalidade no Brasil; sistemas de controle; requisitos; supremacia constitucional.

ABSTRACT: The object of this study is to provide an insight into the control of constitutionality of laws and normative acts in Brazil to protect the fundamental norm since the first Constitution “Imperial” from 1824 until the present 1988, with the analysis of constitutional amendments and legislations related. For this, collated to the Brazilian control compared with the right of the main existing global models, especially the American, Austrian and French, pointing to the influence of these models on our system of constitutional control which assimilated aspects of different jurisdictions to build a structure of control, a hybrid system. Also sought to analyze the requirements of constitutionality of normative species, giving emphasis to the importance and necessity of judicial review on grounds of constitutional supremacy, covering also the kinds of control with their peculiar characteristics.

KEYWORDS: control of constitutionality in Brazil; control systems; requirements; constitutional supremacy.

1 INTRODUÇÃO

O Direito, em uma perspectiva positivista, pode ser definido como um sistema de normas jurídicas, hierarquicamente escalonadas, e conforme Kelsen¹, “uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figuramente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior”, o que vale dizer que validade de uma norma encontra-se em outra, superior, e assim sucessivamente até uma norma fundamental que dê validade ao sistema.

E essa norma fundamental é a Constituição que encontra-se no topo da pirâmide normativa, com a qual todas as normas jurídicas devem estar em harmonia para serem válidas.

Ao indagar-se pelo fundamento de validade de uma norma pertencente a determinada ordem jurídica, a resposta apenas pode consistir na recondução à norma fundamental dessa ordem jurídica, ou

¹ KELSEN, Hans (trad. João Baptista Machado). *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. (3ª tiragem). São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 135.

seja, “na afirmação de que esta norma foi produzida de acordo com a norma fundamental”, como também asseverado por Kelsen².

E em razão da sua supremacia, todas as demais normas devem compatibilizar-se com a Constituição, o que depende de um efetivo controle de constitucionalidade da legislação infraconstitucional, pois de nada adiantaria a existência de uma lei superior sem um eficiente sistema de defesa para que ela sempre prevalecesse.

Em havendo uma norma em contradição com o texto constitucional, por ação ou omissão, de forma repressiva ou, em certos âmbitos, preventiva, deverá essa norma ser objeto de controle a fim de ser declarada sua inconstitucionalidade.

E para defesa da supremacia do texto constitucional, surgiu o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, através de sucessivas evoluções teóricas, conforme as circunstâncias da época, adaptado a própria realidade do momento histórico.

Assim surgiram basicamente três modelos de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos: (i) o norte-americano, que privilegia a supremacia do Poder Judiciário, responsável final pelo controle da constitucionalidade das leis; (ii) o controle austríaco, no qual o poder de controlar a constitucionalidade está nas mãos de Cortes especiais; e (iii) o francês, caracterizado basicamente por ser um controle prévio ao ato legal e não posterior, com o Brasil optando pelo sistema norte-americano a partir da sua primeira Constituição republicana em 1891, por influência do jurista Rui Barbosa, muito embora com a evolução do direito constitucional, criou um sistema híbrido próprio, atualmente vigente.

Todavia, para todos os modelos devem ser fixados dois pressupostos essenciais para a existência do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, quais sejam, um órgão específico com atribuição precípua de exercer o controle; e uma Constituição com supremacia normativa, localizada no ápice do sistema de normas, a norma fundamental.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

O controle de constitucionalidade das leis e atos normativos tem se revelado, segundo Ives Gandra Martins e Gilmar Mendes³, uma das mais eminentes criações do direito constitucional e da ciência política do mundo moderno, considerando, ainda, que a adoção de formas variadas

² KELSEN, op. cit., p. 139.

³ MARTINS, Ives Gandra da Silva. MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: Comentários à Lei 9.868, de 10/11/1999*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 18-19.

nos diversos sistemas constitucionais mostra a flexibilidade e a capacidade de adaptação desse instituto aos mais diversos sistemas políticos.

E no Brasil não foi diferente, pois desde a nossa primeira Constituição em 1824 até a atual, encontramos alguma forma de controle de constitucionalidade.

2.1 CONSTITUIÇÃO DE 1824

Segundo Oswaldo Palu⁴, a nossa primeira Carta, a Imperial de 1824, também chamada “Constituição Política do Império do Brasil”, promulgada, na verdade, oferecida e jurada por Sua Majestade o Imperador em 25/03/1824, não foi contemplada com o controle judicial de constitucionalidade de leis ou atos normativos, sendo que o único controle de constitucionalidade inserido na Constituição imperial era político, atribuído formalmente ao Poder Legislativo, o qual, além de interpretar e revogar as leis, devia, conforme previsão do seu artigo 15, inciso IX, “*velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral da Nação*”.

Assevera o mesmo autor⁵, em prosseguimento, que ainda havia na Constituição de 1824 o “Poder Moderador”, delegado privativamente ao Imperador como Chefe Supremo da Nação, a quem competia o zelo pela independência, equilíbrio e harmonia dos outros três poderes que não poderiam interferir entre si, mas que encontravam-se sob o manto do Poder Moderador que poderia intervir nos mesmos, com muito mais intensidade no Poder Legislativo, conforme a dicção do artigo 101 dessa Constituição, avocando para si, por conseguinte, a competência para controlar a constitucionalidade das leis, traduzindo-se em quimera, portanto, qualquer possibilidade de atribuir-se a órgão ou outro Poder a competência para controlar a constitucionalidade das leis.

2.2 CONSTITUIÇÃO DE 1891

Para Ives Gandra Martins⁶, o regime republicano inaugurou uma nova concepção sob a influência do direito norte-americano com a promulgação em 24/02/1891 da primeira Constituição da era republicana, inserindo em seu texto o controle judicial da constitucionalidade das leis, anteriormente consagrado na chamada Constituição Provisória de 1890 (Decreto nº 510, de 22/06/1890).

E foi o jurista Rui Barbosa o responsável por esse novo *status*, tomando como modelo a Constituição norte-americana, com a preconização

4 PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade: Conceitos, Sistemas e Efeitos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 120.

5 *Ibidem*, p.120-121.

6 MARTINS, op. cit., p. 21.

da tripartição de poderes e sem a existência do Poder Moderador da Carta anterior, admitindo-se a interferência de um poder em outro, sem a exclusividade da guarda da Constituição e das leis pelo Poder Legislativo.

Nessa Constituição foi conferido ao Supremo Tribunal Federal (art. 59, § 1º), dentre outras, a competência para julgar recursos em que era contestada a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados-membros em face da Constituição ou das leis federais, desde que a decisão do tribunal do Estado considerasse válidas as leis ou os atos impugnados. Nesse sentido, a Lei nº 221, de 20/11/1894, ao tratar da organização da Justiça Federal, preconizou expressamente em seu art. 13, § 10, a possibilidade dos juízes e tribunais afastarem leis e decretos incompatíveis com a Constituição.

2.3 CONSTITUIÇÃO DE 1934

Esta Constituição inovou na questão do controle de constitucionalidade ao estabelecer em seu art. 179 que somente por maioria absoluta dos membros do tribunal poderia ser declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público, quorum esse até então inexistente na Constituição de 1891 e na Reforma de 1926, que segundo Ives Gandra Martins e Gilmar Mendes⁷, tinha a finalidade de evitar a insegurança jurídica decorrente das contínuas flutuações de entendimento nos tribunais, com a manutenção da “reserva de Plenário” nas Constituições que a sucederam, atualmente prevista no art. 97 do Texto Fundamental..

O constituinte de 1934 preocupou-se também em proporcionar meios de suspender a execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Poder Judiciário, a fim de que esta decisão produzisse efeitos *erga omnes*, atribuindo-se tal competência ao Senado Federal (art. 91, IV), também repetida nas constituições seguintes — exceto na de 1937, como lembrado por Osvaldo Palu⁸ —, inclusive na na atual Constituição (art. 52, X).

Ainda com relação ao controle de constitucionalidade, a Carta de 1934 instituiu a representação interventiva, autorizando o Procurador-Geral da República a ajuizá-la diretamente no STF quando os Estados-membros inobservassem princípios de cumprimento obrigatório, “sensíveis”, conforme denominação doutrinária.

2.4 CONSTITUIÇÃO DE 1937

Na busca da legitimação de um Estado totalitário — o “Estado Novo” da ditadura de Getúlio Vargas —, foi outorgada a Constituição

7 MARTINS; op. cit., p. 23.

8 MARTINS; MENDES, op. cit., p. 124.

de 1937 concentrando competências no Poder Executivo, retornando o controle de constitucionalidade basicamente aos moldes estabelecidos pela Lei Maior de 1891, mantendo-se apenas, da Carta de 1934, a exigência de maioria absoluta pelos Tribunais para fins de declaração de inconstitucionalidade, não cuidando, entretanto, da suspensão do ato normativo declarado inconstitucional e tampouco da representação interventiva de inconstitucionalidade.

Através da Constituição de 1937 pretendeu-se atenuar o papel do Supremo Tribunal Federal no controle da constitucionalidade, permitindo-se ao Presidente da República, por motivos políticos, se entendesse que a lei impugnada “fosse necessária ao bem-estar do Povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta” como registra Oswaldo Palu⁹, sujeitar as declarações da Corte Suprema reconhecedoras de inconstitucionalidade ao crivo do Parlamento, numa clara intervenção desses dois poderes no Judiciário.

2.5 CONSTITUIÇÃO DE 1946

Reencontrando-se o País com a democracia com o fim do Estado Novo em 1945, a Constituição de 1946 devolveu ao Poder Judiciário a função de dar a derradeira palavra nas questões de natureza constitucional, mantido o modelo instaurado com a Constituição de 1934, permitindo ao Senado suspender os efeitos de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pela Suprema Corte, com o Senado voltando a ser, nas palavras de Oswaldo Palu¹⁰, “um órgão do Poder Legislativo, despido da característica de proceder a “coordenação dos poderes” e ser quase um quarto poder, status que lhe tinha atribuído o Constituinte de 1934.”

A Carta de 1946 contemplou ainda a legitimidade do Procurador-Geral da República para o ajuizamento da representação e a competência do Supremo Tribunal Federal para seu exame.

2.6 EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 16 DE 1965

De acordo com o esposado por Ives Gandra Martins e Gilmar Mendes¹¹, a Emenda nº 16/65 “instituiu, ao lado da representação interventiva, e nos mesmos moldes, o controle abstrato de normas estaduais e federais”, possibilitando assim a análise de lei ou ato normativo em face da Constituição independentemente de um caso concreto *sub examem*.

Essa Emenda permitiu que os Tribunais de Justiça, quando da análise dos preceitos das constituições estaduais respectivas, também

9 MARTINS; MENDES, op. cit., p.128/129.

10 MARTINS; MENDES, op. cit., p.129-130.

11 MARTINS; MENDES, op. cit, p. 40.

pudessem declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos municipais em conflitos com as Constituições Estaduais.

2.7 CONSTITUIÇÃO DE 1967

Mantendo o sistema então vigente, a Constituição de 1967, elaborada pelo Congresso Nacional que não dispunha de mandado popular para tal mister, “não incorporou a disposição da Emenda nº 16, que permitia a criação do processo de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados, para declaração de lei ou atos do município que contrariassem as Constituições dos Estados”, conforme assinalado por Ives Gandra Martins e Gilmar Mendes¹².

Essa Constituição durou apenas dois anos, tendo em vista a outorga de emenda constitucional em 1969 pelos Ministros da Marinha de Guerra, Exército e Aeronáutica que exerciam a atividade da Presidência da República em razão do Ato Institucional nº 12, de 1º de setembro de 1969.

2.8 EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 1 DE 1969

Quanto as inovações dessa Carta no tocante ao controle de constitucionalidade, Ives Gandra Martins e Gilmar Mendes¹³ relatam que “a Emenda nº 1, de 1969, previu, expressamente, o controle de constitucionalidade de lei municipal, em face da Constituição estadual, para fins de intervenção no município (art. 15, § 3º, d)”.

2.9 EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 7 DE 1977

Essa emenda instituiu a competência do Supremo Tribunal Federal para a interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, com efeito vinculante, posteriormente abolido pela Constituição de 1988.

Ainda, na seara do controle de constitucionalidade, a Emenda Constitucional nº 7/77 consagrou o cabimento de medida cautelar nas representações de inconstitucionalidade solicitadas pelo Procurador-Geral da República.

2.10 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A atual Constituição manteve o sistema inaugurado com a Carta de 1891 com as inovações advindas com a Lei Suprema de 1934, e nesse contexto qualquer juiz ou tribunal, no exame de um caso concreto

12 MARTINS; MENDES, op. cit., p.44.

13 Ibidem, p. 44.

envolvendo interesses subjetivos em conflito, pode proferir *decisum* resolvendo uma questão constitucional que valerá apenas para os litigantes (*intra partes*), salvo se após a decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal o Senado, através de resolução, suspender o ato normativo considerado inconstitucional, quando a partir de então passará a produzir efeito *erga omnes*.

Manteve a Carta de 1988 a inovação trazida pela Emenda nº 16/65, com a ação direta de inconstitucionalidade (ADI ou ADIN) substituindo a antiga representação de inconstitucionalidade, ampliando ainda a legitimação ativa para a propositura da ADI genérica, antes permitida apenas ao Procurador-Geral da República, preconizando também a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção para suprir omissão inconstitucional. Todavia, com relação à Emenda nº 7/77, a atual Constituição não manteve a interpretação vinculante, mas continuou a aceitar o ingresso de medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade.

Ainda, de forma salutar, a Constituição de 1988 revigorou o controle de constitucionalidade a ser exercido no âmbito estadual pelos Tribunais de Justiça mediante provocação dos órgãos enumerados nas Constituições estaduais, mantendo a representação interventiva que passou a ser denominada “ação direta de inconstitucionalidade interventiva” visando a solução de conflitos entre Estados, Distrito Federal e União, e também de Municípios que violarem os princípios enumerados na Constituição do respectivo Estado-membro, contemplando a criação da ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), que “graças à latitude que lhe emprestou o STF, veio a completar o sistema de controle de perfil relativamente concentrado construído por essa corte”, consoante Gilmar Mendes¹⁴.

2.11 EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 3 DE 1993

Como assinala Pedro Lenza¹⁵, a Emenda Constitucional nº 3/93 estabeleceu a ação declaratória de constitucionalidade e reenumerou o parágrafo único do art. 102 da CF/88, transformando-o em § 1º, mantendo a redação original da previsão da ADPF, visando assim afastar o estado de incerteza decorrente de manifestações judiciais conflitantes sobre a validade de lei ou ato normativo federal.

A ação declaratória de constitucionalidade é processada e julgada perante o Supremo Tribunal Federal, com rol exíguo de legitimados ativos,

¹⁴ MARTINS; MENDES, op. cit., p. 208.

¹⁵ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 127.

com eficácia contra todos e dotada de efeito vinculante em seu julgamento final relativamente aos demais órgãos dos Poderes Judiciário e Executivo.

2.12 LEI Nº 9.868 DE 1999

Em razão da inexistência sistematizada em um texto único de regulamentação da ação direta de inconstitucionalidade (ADI), bem como a necessidade de legislação própria para regulamentar a ação declaratória de constitucionalidade (ADC ou ADECON), foi editada a Lei 9.868 de 10 de novembro de 1999 regulamentando de forma clara ambas as ações.

A Lei 9.868/99 relacionou em seu art. 2º os legitimados para a propositura da ADI genérica, e por omissão e ADC no art. 12-A; possibilitando a concessão de medida cautelar (art. 10 e 12-F); com eficácia contra todos, e efeito *ex tunc* salvo expressa manifestação em contrário (art. 11, § 2º); não sujeita a ação rescisória (art. 26).

Registre-se, ainda, que a Lei 9.868/99 prevê em seu art. 27 a possibilidade do Supremo Tribunal Federal, por maioria de 2/3 de seus membros, atendendo razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restringir os efeitos da decisão da ação direta de inconstitucionalidade ou fixar a sua eficácia a partir do seu trânsito em julgado ou de outro momento.

2.13 LEI Nº 9.882 DE 1999

A Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, regulamentou o § 1º do art. 102 da Constituição referente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, que tem por objeto qualquer ato do poder público, normativo ou não, federal, estadual ou municipal, inclusive anteriores à própria Constituição, proposta perante o Supremo Tribunal Federal.

Ressalte-se que a Lei 9.882/99 confere legitimidade ativa para propor a ação de descumprimento de preceito fundamental os mesmos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade genérica (art. 2º, I); com possibilidade de concessão de liminar (art. 5º) e efeito vinculante à decisão proferida para Excelsa Corte (art. 10, § 3º); decisão essa irrecurável e não sujeita à ação rescisória (art. 12); conferindo também à ADPF a modulação dos efeitos de sua decisão (art. 11).

2.14 EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004

A Emenda Constitucional nº 45/2004 ampliou a legitimação ativa para o ajuizamento da ADC (ação declaratória de constitucionalidade), igualando os legitimados da ADI (ação direta de inconstitucionalidade)

alinhados no art. 103 da Constituição, e com relação ao efeito vinculante, que até então “que era previsto de maneira expressa somente para a ADC, agora, também (apesar do que já dizia o art. 28, parágrafo único, da Lei n. 9.868/99 e da jurisprudência do STF), para a ADI”, como lembrado por Pedro Lenza¹⁶.

3 ANÁLISE COMPARADA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Analisando os modelos de controle de constitucionalidade, Alexandre de Moraes¹⁷ ressalta que:

Apesar da diversidade de modelos, historicamente é possível identificar três grandes modelos de justiça constitucional, com base nos sistemas jurídicos adotados pelos diversos ordenamentos para garantia da supremacia da Constituição: modelo norte-americano, modelo austríaco e modelo francês.

Também de todo peculiar o sistema inglês, no qual não há uma constituição dogmática mas sim calcada em costumes e documentos históricos, observando-se que, dentre todos, o sistema brasileiro foi especialmente influenciado pelo sistema norte-americano, adotado a partir da Constituição Republicana de 1891.

3.1 MODELO DE CONTROLE NORTE-AMERICANO

Nos Estados Unidos o Poder Judiciário possui competência para declarar nulos os atos normativos contrários à Constituição, com o controle de constitucionalidade podendo ser praticado por qualquer juiz ou tribunal.

Esclarece Paulo Bonavides¹⁸ que a base desse controle tem o seu princípio na decisão no caso *Marbury versus Madison*, com o célebre raciocínio do Juiz Marshall sobre a natureza das Constituições escritas, que sustentava a “irrefutável tese da supremacia da lei constitucional sobre a lei ordinária, ao declarar, na espécie julgada, que todo ato do Congresso contrário à Constituição Federal deveria ser tido por nulo, inválido e ineficaz (“null and void and of no effect”).

Conforme esposado por Oswaldo Palu¹⁹, o sistema norte-americano é difuso pois todos os juízes e tribunais podem apreciar a constitucionalidade das leis a pedido das partes litigantes ou *ex officio*, poder esse inerente a todos os magistrados, e a lei não é anulada, mas sim considerada nula, sem qualquer manifestação do Congresso

16 LENZA, op. cit., p. 127.

17 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 704.

18 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 281.

19 PALU, op. cit., p. 119.

norte-americano no tocante, entendendo-se que a lei nunca foi votada, especialmente em virtude do *stare decisis*, ou seja, a eficácia vinculante de suas decisões, conferindo assim funcionalidade ao sistema.

3.2 MODELO DE CONTROLE AUSTRIACO

Até 1920 o parlamento austríaco possuía relativa supremacia, sem a possibilidade de questionamento de seus atos pelos órgãos estatais, nem mesmo pelo Poder Judiciário.

Posteriormente, a Constituição de 1920 criou um tribunal exclusivo para o controle judicial de constitucionalidade das leis e atos normativos, “em oposição ao sistema adotado pelos Estados Unidos, pois não se pretendia a resolução dos casos concretos, mas a anulação genérica da lei ou ato normativo incompatível com as normas constitucionas”, como assevera Alexandre de Moraes²⁰.

3.3 MODELO DE CONTROLE FRANCÊS

Quanto ao controle francês, Oswaldo Palu²¹ ressalta que “a Constituição de 1958 rompeu com o dogma da soberania da lei (que seria incompatível com o controle da constitucionalidade)”, sendo que “o controle, quase sempre preventivo, é feito por um Conselho Constitucional”, e até então a soberania do parlamento era incontestável, confirmando a ideia de Jean-Jacques Rousseau no sentido de que a lei constitui expressão da vontade geral.

Destarte, verifica-se que na França o controle de constitucionalidade não é exercido por um órgão ordinário do Poder Judiciário, mas apenas por um órgão marcadamente político.

3.4 MODELO DE CONTROLE INGLÊS

Na Inglaterra a Constituição é assentada em costumes e documentos históricos que, por conseguinte, ensejaram uma Constituição histórica, e por essa razão o Estado de direito inglês possui um direito alicerçado em bases costumeiras (direito consuetudinário – *common law*), não havendo distinção entre leis constitucionais e leis ordinárias.

Assinala Oswaldo Palu²² que na teoria corrente do direito constitucional “o Parlamento é quem exercita o poder supremo e, por conseguinte, se também os seus atos vão de encontro à Constituição continuam válidos e valem como modificações ou emendas a ela.” Todavia,

²⁰ Op. cit., p. 704.

²¹ Op. cit., p. 109.

²² PALU, op. cit., p. 107.

a soberania do parlamento não lhe permite cometer abusos, sendo a *common law*, os documentos históricos e o direito natural seus limites.

4 REQUISITOS DE CONSTITUCIONALIDADE DAS ESPÉCIES NORMATIVAS

Para Alexandre de Moraes²³, “controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou um ato normativo com a Constituição, verificando seus requisitos formais e materiais”.

4.1 REQUISITOS FORMAIS

Traduzem-se os requisitos formais em regras do processo legislativo constitucional que devem ser obrigatoriamente atendidas, pois “a inobservância das normas constitucionais de processo legislativo tem como consequência a inconstitucionalidade formal da lei ou ato normativo produzido”, de acordo com Alexandre de Moraes²⁴.

Esses requisitos dividem-se em subjetivos e objetivos.

4.1.1 SUBJETIVOS

Quanto aos requisitos formais subjetivos, estes devem estar presentes desde a fase introdutória do processo legislativo, ou seja, quando o projeto de lei é encaminhado ao Congresso Nacional para análise quando poderá ser identificado algum tipo de inobservância à Constituição, que em ocorrendo, representará vício de inconstitucionalidade.

4.1.2 OBJETIVOS

Por sua vez, os requisitos formais objetivos referem-se as outras duas fases do processo legislativo, a constitutiva e a complementar, e dessa forma, assim como na fase introdutória, nestas também poderá ser verificado a incompatibilidade do projeto de lei com a Constituição.

4.2 REQUISITOS MATERIAIS (OU SUBSTANCIAIS)

Conforme Alexandre de Moraes²⁵, tratam-se esses requisitos “da verificação material da compatibilidade do objeto da lei ou do ato normativo com a Constituição Federal”, ou seja, se há desconformidade

²³ PALU; op. cit., p. 701.

²⁴ Ibidem

²⁵ MORAES, op.cit., p. 702.

de normas inferiores com a norma superior gerando uma contrariedade vertical, pois de acordo com a supremacia constitucional, todas as normas inferiores têm de estar em plena conformidade com os vetores da Constituição, que está situada no ápice da imaginária pirâmide hierárquica do ordenamento jurídico.

5 SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

Esclarece Walter Ceneviva²⁶ que o conjunto normativo da Constituição consubstancia-se em regras ou princípios que objetivam a organização do Estado e define as competências dos órgãos supremos que o compõem, e sob tal significado, Constituição corresponde a um complexo de normas jurídicas fundamentais.

E como não poderia deixar de ser, esse conjunto de normas fundamentais tem um valor normativo hierárquico superior a quaisquer outras normas. Nesse sentido, J.J. Canotilho²⁷:

Ao falar-se do valor normativo da constituição aludiu-se à constituição como *lex superior*, quer porque ela é fonte da produção normativa (*norma normarum*) quer porque lhe é reconhecido um valor normativo hierarquicamente superior (*superlegalidade material*).

Salutar ainda trazer à baila, sobre o assunto, o magistério e José Afonso da Silva²⁸:

Para defender a supremacia constitucional contra as inconstitucionalidades, a própria Constituição estabelece técnica especial, que a teoria do Direito Constitucional denomina *controle de constitucionalidade das leis*, que, na verdade, hoje, é apenas um aspecto relevante da *Jurisdição Constitucional*.

5.1 IMPORTÂNCIA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A compreensão da Constituição como lei fundamental implica no reconhecimento de sua supremacia na ordem jurídica, oportunizando mecanismos suficientes e eficientes para protegê-la contra quaisquer agressões. Portanto, para assegurar essa supremacia faz-se necessário o devido controle sobre a leis e atos normativos, o chamado controle de constitucionalidade.

26 CENEVIVA, Walter. *Direito Constitucional Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 14.

27 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 884.

28 SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2009. p. 49.

Entende Alexandre de Moraes²⁹ que “controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais”.

A verificação de compatibilidade das normas de um determinado ordenamento jurídico com os comandos do parâmetro constitucional em vigor, formal e materialmente (forma, procedimento e conteúdo), visa, portanto, retirar do sistema jurídico (nulificando ou anulando) aquelas que forem incompatíveis com a Constituição.

5.2 RIGIDEZ E FORMA ESCRITA DA CONSTITUIÇÃO

A supremacia da Constituição é garantida pela sua rigidez e forma escrita, lembrando Gilmar Mendes³⁰ que “as Constituições escritas são apanágio do Estado Moderno”.

José Afonso da Silva³¹ assevera que “a rigidez e, portanto, a supremacia da constituição repousam na técnica de sua reforma (ou emenda), que importa em estruturar um procedimento mais dificultoso, para modificá-la”.

Quanto às constituições rígidas, Paulo Bonavides³² entende que:

As constituições rígidas, sendo Constituições em sentido formal, demandam um processo especial de revisão. Esse processo lhes confere estabilidade ou rigidez bem superior àquelas que as leis ordinárias desfrutam. Daqui procede pois a supremacia incontrastável da lei constitucional sobre as demais regras de direito vigente num determinado ordenamento.

David Araujo³³ assinala que considera-se rígida:

A Constituição que exige para sua alteração, qualquer processo mais solene, tendo em vista o critério da lei ordinária. Exemplo de Constituição rígida é a brasileira. Essa rigidez pode ser verificada pelo contraste entre o processo legislativo da lei ordinária e o da emenda constitucional. Enquanto aquela se submete às regras da iniciativa geral (art. 61 da CF) e à aprovação por maioria simples, a outra reclama iniciativa restrita (art. 60 da CF) e aprovação por maioria qualificada de três quintos.

²⁹ Op. cit., p. 701.

³⁰ Idem, p. 1049.

³¹ Op. cit., p. 63.

³² Op.cit., p. 267.

³³ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 4.

Verifica-se, portanto, que nossa *Lex Magna*, além de formalmente escrita, é rígida, gozando de supremacia perante todo o ordenamento jurídico.

5.3. POSSIBILIDADE DO CONTROLE SOBRE EMENDAS CONSTITUCIONAIS

Conforme entendimento manifestado por Gilmar Mendes³⁴, o STF “não admite a existência de hierarquia entre normas constitucionais originárias e, conseqüentemente, a declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras”, o que não contradiz a assertiva de que “o controle de constitucionalidade contempla o próprio direito de revisão reconhecido ao poder constituinte derivado³⁵.”

Deveras, pois há limitação imposta pela própria Constituição ao Poder Reformador, conforme previsto no § 4º do art. 60 do Texto Fundamental:

§ 4º - 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.

Nesse sentido, afirma Alexandre de Moraes³⁶ que nada obsta o controle de constitucionalidade sobre emendas constitucionais “a fim de verificar sua constitucionalidade ou não, com base na análise do respeito aos parâmetros fixados no art. 60 da Constituição Federal para alteação constitucional”.

Esse também é o entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal, ou seja, de que é juridicamente possível o controle abstrato de constitucionalidade que tenha objeto emenda à Constituição Federal quando se alega a violação das cláusulas pétreas inscritas no art. 60, § 4º, da CF, conforme ADIN nº 1.946-5/DF.

6 ESPÉCIES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Considerando que as leis e atos normativos devem harmonizar-se com a Constituição, torna-se imperioso o controle de constitucionalidade

34 Op.cit., p. 128.

35 Ibidem, p. 1078.

36 op. cit., p. 1108.

da legislação infraconstitucional cotejando-a com a Lei Maior, que pode e deve ocorrer de diversas formas e oportunidades.

6.1 QUANTO AO MOMENTO

O controle de constitucionalidade, quanto ao seu momento, divide-se em preventivo e repressivo.

6.1.1 PREVENTIVO

É aquele tomado antes da entrada em vigor da norma, ainda na fase de formação do ato legal, do estudo e discussão do projeto de lei, sendo exercido no Brasil tanto pelo Parlamento através de suas Comissões Permanentes (art. 58 da Constituição Federal), quanto pelo Poder Executivo, através do poder de veto do Presidente da República, *ex vi* do § 1º do art. 66 do Excelso Diploma.

6.1.2 REPRESSIVO

Ocorre após a conclusão do ato, da publicação da lei, com o fito de retirar do ordenamento jurídico a norma dita inconstitucional.

No Brasil, é exercido principalmente pelo Poder Judiciário na função jurisdicional, e pelo Poder Legislativo, como p.e., quando da rejeição de medidas provisórias em face da inconstitucionalidade das mesmas.

6.2 QUANTO AO ÓRGÃO QUE EXERCE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Essa forma de controle de inconstitucionalidade divide-se em três vertentes: político, jurisdicional e misto.

6.2.1 POLÍTICO

O controle político de constitucionalidade “ocorre em Estados onde o órgão que garante a supremacia da constituição sobre o ordenamento jurídico é distinto dos demais Poderes do Estado”, como assinala Alexandre de Moraes³⁷.

6.2.2 JURISDICIONAL

O controle jurisdicional (ou judicial review) é exercido pelos órgãos do Poder Judiciário, no Brasil legitimados pela própria Constituição,

37 op. cit., p. 703.

podendo somente o Juiz ou o Tribunal apreciar a constitucionalidade da lei sob o aspecto jurisdicional, sendo a regra no Brasil.

6.2.3 MISTO

É uma junção dos controles político e judiciário, ocorrendo quando o ordenamento jurídico atribui competência para a realização do controle tanto pelos órgãos políticos quanto judiciais.

6.3 QUANTO A FORMA

Segundo a forma de controle, Daniel Sarmento³⁸ destaca que “o controle por via incidental, ou *incidenter tantum*, ou por via de exceção, ou ainda por via de defesa, é aquele exercido na apreciação de casos concretos, enquanto o controle por via principal ou por ação direta é o controle exercido em tese”.

Assim, com relação à forma, o controle de constitucionalidade divide-se em concreto e abstrato.

6.3.1 ABSTRATO

Com relação ao controle abstrato, o constitucionalista português J. J. Canotilho³⁹ pontifica que:

O controlo abstracto significa que a impugnação da constitucionalidade de uma norma é feita independentemente de qualquer litígio concreto. O controlo abstracto de normas não é um processo contraditório das partes: é, sim, um processo que visa sobretudo a “defesa da constituição” e do princípio da constitucionalidade através da eliminação de actos normativos contrários à constituição.

Ao comentar o controle abstrato ou por via de ação, Paulo Bonavides⁴⁰ ensina que:

O sistema de controle por via de ação permite o controle da norma *in abstracto* por meio de uma ação de inconstitucionalidade prevista formalmente no texto constitucional. Trata-se, como se vê, ao contrário da via de exceção, de um controle direto. Nesse caso, impugna-se perante determinado tribunal uma lei, que poderá

38 SARMENTO, Daniel (org). CÂMARA, Alexandre Freitas. (et. al.). *Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen, 2002. p. 244.

39 op. cit., p. 894.

40 op. cit., p. 277.

perder sua validade constitucional e conseqüentemente ser anulada *erga omnes* (com relação a todos).

6.3.2 CONCRETO

E quanto ao controle concreto, leciona Paulo Bonavides⁴¹ que:

O controle por via de exceção, aplicado às inconstitucionalidades legislativas, ocorre unicamente dentro das seguintes circunstâncias: quando, no curso de um pleito judiciário, uma das partes levanta, em defesa de sua causa, a objeção de inconstitucionalidade da lei que se lhe quer aplicar.

Prossegue ainda o autor⁴² afirmando que “sem o caso concreto (a lide) e sem a provocação de uma das partes, não haverá intervenção judicial, cujo julgamento só se estende às partes em Juízo”.

Esse controle de constitucionalidade é feito de forma incidental, e na síntese de Marcelo Novelino⁴³ “a decisão judicial sobre a (im) procedência do pedido (consequente) irá depender do juízo formulado acerca da constitucionalidade discutida incidentalmente (antecedente)”.

6.3.2.1 TENDÊNCIA DE ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE CONCRETO

Salienta Marcelo Novelino⁴⁴ que a tendência da abstrativização consiste na interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concreto de constitucionalidade, atribuindo a essa decisão efeito *erga omnes*, típico do controle abstrato.

Com efeito, a interpretação constitucional dada pelo Supremo Tribunal Federal em seus julgados possui especial relevância face sua função de “guardião da Constituição” (art. 102, *caput*, CF), e dessa forma a decisão da Suprema Corte, em especial acerca da fixação do alcance das normas constitucionais, evita que interpretações divergentes acabem por enfraquecer a força normativa da Constituição.

A título exemplificativo, pode-se citar o julgamento pelo STF do *Habeas Corpus* nº 82.959/SP, no qual, embora tratando-se de um controle concreto, a Corte Suprema houve por bem conferir-lhe aparentemente efeito *erga omnes*, característica do controle abstrato, com a observação do Ministro Nelson Jobim advertindo que o Tribunal não estava

41 BONAVIDES, op. cit., p. 272.

42 Ibidem, p. 272

43 NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 109.

44 Ibidem, p. 110.

apenas decidindo aquele caso, mas a constitucionalidade da vedação da progressão do regime a condenados pela prática de crimes hediondos.

6.4 QUANTO A COMPETÊNCIA

Quanto a competência para o controle judicial, esclarece Alexandre de Moraes⁴⁵ que “no Brasil, o controle de constitucionalidade repressivo judiciário é misto, ou seja, é exercido tanto da forma concentrada, quanto da forma difusa.”

José Afonso da Silva⁴⁶, ao comentar os controles difuso e concentrado, assevera que “verifica-se o primeiro quando se reconhece o seu exercício a todos os componentes do Poder Judiciário, e o segundo, se só for deferido ao tribunal de cúpula do Poder Judiciário ou a uma corte especial”.

6.4.1 CONTROLE DIFUSO (OU POR VIA DE EXCEÇÃO)

Conforme assinala José Afonso da Silva⁴⁷, no Brasil o atual sistema de controle “é o jurisdicional instituído com a Constituição de 1891 que, sob a influência do constitucionalismo norte-americano, acolheu o critério de controle difuso por via de exceção, que perdurou nas constituições sucessivas até a vigente”.

Sobre o sistema difuso ou por via de exceção, J.J. Canotilho⁴⁸ afirma que “a competência para fiscalizar a constitucionalidade das leis é reconhecida a qualquer juiz chamado a fazer a aplicação de uma determinada lei a um caso concreto submetido a apreciação judicial.”

E ainda, sistema difuso “é aquele em que o poder de controle pertence a todos os órgãos judiciários de um dado ordenamento jurídico, que o exercitam incidentalmente, na ocasião da decisão das causas de sua competência”, segundo afirmado por Mauro Cappelletti⁴⁹.

Para a existência do controle difuso ou incidental, inicialmente pressupõe-se a existência de um caso concreto, de uma ação judicial para ser exercido, pois o mesmo é realizado durante o exercício normal da jurisdição do juiz ou do tribunal, que poderá deixar de aplicar uma lei a um caso concreto se considerá-la inconstitucional.

45 Op. cit., p. 708.

46 Op. cit., p. 50.

47 Ibidem, p. 50/51.

48 Op. cit., p. 891.

49 CAPPELLETTI, Mauro (trad. Aroldo Plínio Gonçalves). *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2. ed. (reimpressão). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 67.

Ademais, “a pronúncia do Judiciário, sobre a inconstitucionalidade, não é feita enquanto manifestação sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento da lide”, como lembra Alexandre de Moraes⁵⁰.

Essa decisão produz efeito apenas entre os litigantes (*intra partes*), pois em princípio o processo vincula somente as partes envolvidas.

Para Daniel Sarmento⁵¹ a decisão judicial que reconhece a inconstitucionalidade de uma lei no caso concreto não faz coisa julgada, apenas vincula o objeto do pedido, sendo a constitucionalidade uma questão prejudicial, e que essa manifestação, constitucionalidade ou não da lei, é o fundamento da decisão, a motivação, e conforme o art. 469, I, do Código de Processo Civil, “não fazem coisa julgada os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance a parte dispositiva da sentença”, bem como que a regra estatuída no art. 469 do mesmo diploma legal de que “a apreciação da questão prejudicial decidida incidentalmente no processo” não faz coisa julgada.

6.4.1.1 CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO

O artigo 97 da Constituição consagra a cláusula de reserva de plenário que trata da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo por tribunal, a qual deve ser feita através da maioria absoluta da totalidade dos seus membros, sob pena de nulidade da decisão. Nesse aspecto, Alexandre de Moraes⁵² pontifica que:

A inconstitucionalidade de qualquer ato normativo estatal só pode ser declarada pelo voto da maioria absoluta da totalidade dos membros do tribunal ou, onde houver, dos integrantes do respectivo órgão especial, sob pena de absoluta nulidade da decisão emanada do órgão fracionário (turma, câmara ou seção), em respeito à previsão do art.97 da Constituição Federal.

O entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que, caso não seja respeitada a cláusula de reserva de Plenário, a decisão colegiada proferida pelo tribunal é absolutamente nula. Porém, a 1ª Turma do Excelso Pretório entende que não haverá nulidade desde que já exista anterior pronunciamento da inconstitucionalidade da lei ou ato pelo Plenário do STF, e ainda, a existência no tribunal *a quo* de decisão plenária que já apreciou a controvérsia constitucional, mesmo que sem o formal reconhecimento

⁵⁰ op. cit., p. 709.

⁵¹ op. cit., p. 248.

⁵² op. cit., p. 712.

da inconstitucionalidade questionada. Nesse sentido, o Recurso Extraordinário nº 190.725/PR.

6.4.1.2 CONTROLE DIFUSO E SENADO FEDERAL (ART. 52, X, CF)

Há previsão constitucional de que a decisão proferida em um caso concreto tenha a sua abrangência ampliada, passando a ser oponente contra todos (eficácia *erga omnes*).

Conforme disposto no art. 52, X, da *Lex Major*, o Senado Federal pode suspender a execução de lei (municipal, estadual ou federal), declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Tal atribuição permite, a ampliação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade originária de casos concretos (via difusa).

A suspensão da execução será procedida por meio de resolução do Senado Federal, que é provocado pelo STF, cujos efeitos vincularão a todos apenas após a publicação da resolução. Nesses casos o efeito é irretroativo, pois é para terceiros, ou seja, possui efeitos *ex nunc*.

Todavia, como bem esclarecido por Alexandre de Moraes⁵³, tanto o STF quanto o Senado Federal entendem que não há obrigatoriedade da Casa Legislativa a proceder a edição da resolução suspensiva do ato estatal cuja inconstitucionalidade foi declarada *in concreto* pela Suprema Corte em caráter irrecorrível, sendo pois ato discricionário do Senado Federal, classificado como deliberação essencialmente política.

6.4.2 SISTEMA CONCENTRADO (ABSTRATO)

Esclarece Paulo Bonavides⁵⁴ que “o sistema de controle por via de ação permite o controle da norma *in abstracto* por meio de uma ação de inconstitucionalidade formalmente prevista no texto constitucional”, contrariamente à via de exceção, de controle direto, que em sendo declarada inconstitucional, é removida da ordem jurídica com a qual se apresenta incompatível.

No caso, as ações diretas no sistema concentrado tem por mérito a questão da inconstitucionalidade das leis ou atos normativos federais e estaduais.

Pontifica J. J. Canotilho⁵⁵ que “chama-se sistema concentrado porque a competência para julgar definitivamente acerca da

53 MORAES, op. cit., p. 714.

54 op. cit., p. 277.

55 op. cit., p. 892.

constitucionalidade das leis é reservada a um único órgão, com, exclusão de quaisquer outros”.

E ainda quanto a esse sistema, Alexandre de Moraes⁵⁶ frisa que através do mesmo “procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto, visando a invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas”.

Não se discute no controle concentrado interesse subjetivo por não haver partes litigantes envolvidas no processo. Assim, ao contrário do sistema difuso, o sistema concentrado possui natureza objetiva, visando discutir a constitucionalidade da lei e a manutenção da supremacia constitucional.

Somente podem propor a inconstitucionalidade quem detém legitimidade para tanto, conforme rol previsto no art. 103 da Constituição Federal, ou seja, o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Todavia, não há previsão para o controle de constitucionalidade por via ação quando tratar-se de leis anteriores a atual Constituição, propondo-se apenas em casos de leis contemporâneas à atual Constituição. Contudo, é permitida a análise em cada caso concreto da compatibilidade ou não da norma editada antes da atual Constituição com seu texto face o fenômeno da recepção que dá nova roupagem formal a lei até então existente que está sendo absorvida pela nova ordem constitucional. Também não há autorização constitucional para o controle concentrado contra atos administrativos ou materiais, bem como contra leis municipais.

Ressalta Alexandre de Moraes⁵⁷ que o STF não admite ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo já revogado ou cuja eficácia já tenha exaurido-se, como, p.e., medida provisória não convertida em lei, por perda do objeto, bem como de lei ou ato normativo impugnados mas que venham a ser revogados antes do julgamento final da ADI.

Insta observar que a Constituição Federal contempla as seguintes espécies de controle concentrado: ação direta de inconstitucionalidade

⁵⁶ op. cit., p. 730.

⁵⁷ MORAES, op. cit., p. 731.

(genérica: art. 102, I, *a*; interventiva: art. 35, III; por omissão: art. 103, §§ 2º); ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, *a*, *in fine*; EC nº 03/93); e argüição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º).

6.4.2.1 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Como visto alhures, a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) divide-se em genérica, por omissão e interventiva.

6.4.2.1.1 GENÉRICA

Assevera Pedro Lenza⁵⁸ que a ADI genérica busca “o controle de constitucionalidade de ato normativo em tese, abstrato, marcado pela generalidade, impessoalidade e abstração”.

Visa, portanto, a retirada do ordenamento jurídico de lei contemporânea estadual ou federal incompatível com a Constituição, invalidando-a, ficando a cargo do STF processar e julgar originariamente a ADI de lei ou ato normativo federal ou estadual.

Para alguns legitimados do art. 103 da Constituição, o STF exige a presença da chamada “pertinência temática”, que nada mais é do que a demonstração da utilidade na propositura daquela ação, interesse, utilidade e legitimidade para propô-la, necessária nos casos em que os legitimados não são universais, que estão elencados no artigo 103, incisos IV, V e IX da Lei Maior.

A propositura de uma ação desse tipo não está sujeita a nenhum prazo de natureza prescricional ou de caráter decadencial, pois sendo o vício imprescritível, os atos constitucionais não se invalidam com o passar do tempo, devendo seguir o rito prescrito na Lei nº 9.868/99.

Com a declaração da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo pela ADI, a decisão (i) terá efeitos *ex tunc*, retroativo como consequência do dogma da nulidade, que por ser inconstitucional, torna-se nula, por isso perde seus efeitos jurídicos; (ii) *erga omnes*, sendo assim oponível contra todos; (iii) vinculante, para os órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Federal, Estadual e Municipal, e também para o legislador que não mais poderá editar nova norma com preceito igual ao declarado inconstitucional; e (iv) repressinatório, pois em princípio irá restaurar a lei revogada pela norma declarada inconstitucional.

58 op. cit., p. 158.

6.4.2.1.2 POR OMISSÃO

Para Alexandre de Moraes⁵⁹, pretendeu o constituinte de 1988, com a previsão da ADI por omissão, “conceder plena eficácia às normas constitucionais, que dependessem de complementação infraconstitucional”, e assim sendo, a essa ação tem cabimento quando o poder público se abstém de um dever que a Constituição lhe atribuiu.

Assim, se o Poder Público deixar de regulamentar ou criar uma nova lei ou ato normativo, estará ocorrendo uma inconstitucionalidade por omissão, e essa conduta é tida como negativa, e essa incompatibilidade (conduta positiva exigida pela Constituição e a conduta negativa do Poder público omissa) resulta na chamada inconstitucionalidade por omissão.

Ressalte-se que o mandado de injunção deve ser usado na via difusa para evitar a inércia do Poder Público, cabendo na via concentrada a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Os legitimados para a ADI por omissão são os mesmos da genérica, devendo ser seguido o mesmo procedimento, e caso declarada a ADI por omissão, o STF dará ciência ao Poder ou órgão competente para, se for um órgão administrativo, adotar as providências necessárias em 30 dias, e caso seja o Poder Legislativo, também lhe dará ciência dessa decisão, mas sem estabelecer prazo preestabelecido.

Ainda, registre-se que a ADI por omissão possui efeitos retroativos (*ex tunc*) e *erga omnes*, não sendo cabível a concessão de liminar.

6.4.2.1.3 INTERVENTIVA

Já a ADI interventiva é uma medida excepcionalíssima, e encontra-se prevista no art. 34, VII da Constituição Federal.

No caso, em havendo violação pelo Poder Público no exercício de suas funções de um dos princípios do inciso VII do art. 34 da Constituição Federal, os denominados princípios sensíveis, “a requisição exsurgirá de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República”, como esclarece David Araujo⁶⁰, que limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade.

Nessa espécie de ADIN descabe a possibilidade de controle político, pois a Constituição Federal exclui a necessidade de apreciação

⁵⁹ op. cit., p. 767.

⁶⁰ op. cit., p. 51.

pelo Congresso Nacional, e sua duração, bem como os limites, serão fixados no Decreto Presidencial até que ocorra o retorno da normalidade do pacto federativo.

6.4.2.2 AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

Salienta David Araujo⁶¹ que a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), incorporada à Constituição pela Emenda nº 3/93, posteriormente alterada pela Emenda nº 45/03, “não obstante possua regime jurídico similar ao da ação direta de inconstitucionalidade e tenha sido tratada também pela Lei nº 9.868/99, apresenta algumas diferenças fundamentais a ela”.

A ação declaratória de constitucionalidade é uma modalidade de controle por via principal, concentrado e abstrato, e tem por objetivo, conforme asseverado por Alexandre de Moraes⁶², “afastar a insegurança jurídica ou o estado de incerteza sobre a validade de lei ou ato normativo federal”, buscando assim preservar a ordem jurídica constitucional, cabendo ao STF, nos termos do art. 102 da Constituição Federal, processá-la e julgá-la.

Para a propositura dessa ação (ADC), os legitimados são os mesmos que podem propor ação declaratória de inconstitucionalidade (ADI), conforme “caput” do art. 103 da Magna Carta, com a nova redação dada pela EC nº 45/2004.

Para a propositura da ação declaratória de constitucionalidade torna-se necessário a demonstração de controvérsia jurisprudencial a ensejar o pleito perante o STF, e “quando julgado definitivamente o mérito (o que se entende que pela procedência ou improcedência), a decisão tem efeito *erga omnes* e vinculante para os Poderes Judiciário e Executivo”, como assinalado por David Araujo⁶³.

Também uma vez proposta a ação declaratória, não caberá mais desistência e nem intervenção de terceiros. A decisão será irrecorrível em todos os casos, admitindo-se apenas interposição de embargos declaratórios.

6.4.2.3 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

A arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal, foi regulamentada

61 op. cit. p. 52.

62 op. cit., p. 770.

63 op. cit., p. 53.

pela Lei nº 9.882/99, que legitimou para sua propositura aos mesmos autores da ação direta de inconstitucionalidade previstos no artigo 103 do Excelso Diploma, com as observações sobre a pertinência temática da ADI genérica, sendo competente para o seu julgamento o Supremo Tribunal Federal.

Pedro Lenza⁶⁴, citando o Professor Cássio Juvenal Faria, conceitua preceitos fundamentais como sendo aquelas normas qualificadoras, que veiculam princípios e servem de vetores para a interpretação das demais normas constitucionais, por exemplo, os princípios fundamentais do Título I (arts. 1º ao 4º); os integrantes da clausula pétrea (art. 60, § 4º); os chamados princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VIII); os que integram a enunciação dos direitos e garantias fundamentais (Título II); os princípios gerais da atividade econômica (art. 170); etc.

No entender de Alexandre de Moraes⁶⁵, a lei possibilita a arguição de descumprimento de preceito fundamental em três hipóteses: (i) para evitar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público; (ii) para reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público e (iii) quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre a lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição, como prescrito no artigo 1º e parágrafo único da Lei nº 9.882/99.

Ressalte-se que a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) possui caráter autônomo no caso do artigo 1º da Lei nº 9.882/99 por ter como objetivo prevenir ou reprimir lesão a algum preceito fundamental, resultante de ato do poder público, tendo como pressuposto a inexistência de qualquer outro tipo de meio eficaz que possa evitar a lesividade; ou incidental se na forma prevista no inciso I do artigo em comento, essa mais restrita e exigente.

O teor do princípio da subsidiariedade, visto por muitos como uma regra, está inserido no § 1º do art. 4º da Lei 9.882/99, e desse dispositivo legal depreende-se que há requisitos os quais, se ausentes, inviabilizam a propositura da ADPF.

Com isso, a subsidiariedade desse princípio deve ser invocada para casos estritamente objetivos, onde a realização jurisdicional possa ser um instrumento disponível capaz de sanar, de maneira eficaz, a lesão causada a direitos básicos, de valores essenciais e preceitos fundamentais contemplados no texto constitucional.

64 op. cit., p. 212.

65 op. cit., p. 779.

7 CONCLUSÃO

Para a manutenção da supremacia da norma fundamental, a Constituição, torna-se necessário um controle de constitucionalidade sobre as leis e atos normativos infraconstitucionais, iniciado nos Estados Unidos no julgamento do caso *Marbury versus Madison* pelo Juiz Marshall, que ao adotar a tese da supremacia da Constituição sobre a legislação infraconstitucional, considerou nulo, inválido e eficaz os atos contrários à Lei Suprema.

Surgiram também outros tipos de controle de constitucionalidade na Europa, com destaque na Áustria onde o controle é realizado por Cortes Especiais, e na França, que tem como fundamento o controle preventivo através de um Conselho Constitucional.

A atual Constituição Federal manteve o sistema híbrido de controle de constitucionalidade iniciado com a EC nº 16/65, combinando elementos desses modelos, pois embora historicamente o primeiro parâmetro de controle adotado no Brasil tenha sido o norte-americano, o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro na fase atual também alberga formas concentradas e abstratas de controle, possibilitando ainda um controle prévio realizado no curso do processo legislativo, característica do sistema francês.

E na esteira do sistema norte-americano, o sistema brasileiro evoluiu para um sistema misto e peculiar, combinando o critério difuso por via de defesa com o critério concentrado por via de ação direta de inconstitucionalidade, criando inovações com o objetivo de dar maior defesa ao texto constitucional, como p.e., procedimentos de controle contra as omissões normativas inconstitucionais, tanto em sede concreta, como o mandado de injunção, art. 5º, LXXI, CF, quanto em sede abstrata, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, art. 103, §2º, CF, prevendo, ainda, a arguição de descumprimento de preceito fundamental no art. 102, §1º, CF.

Ainda, a Constituição de 1988 ampliou o rol de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, facultando aos Estados-membros a instituição de ação direta para a declaração de inconstitucionalidade de ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição Estadual, como previsto no art. 125, §2º, CF.

Criou-se também através da EC nº 3/93 a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, possibilitando ao STF, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo federal, passando a ADC a ter os mesmos legitimados da ação direta com a EC nº 45/2004.

Verifica-se, portanto, que o heterogêneo controle brasileiro de constitucionalidade está em sintonia com a evolução dos sistemas constitucionais, regida e acentuada a uma sintonia e influência recíproca entre os diferentes paradigmas de controle, aproximando os modelos políticos e jurisdicionais e, do mesmo modo, as formas difusas e concentradas de fiscalização de constitucionalidade.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. Constituição Federal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, 5 out. 1988.

BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

BRASIL. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal.

BRASIL. Lei nº 12.063, de 27 de outubro de 2009. Acrescenta à Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro (trad. Aroldo Plínio Gonçalves). *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2. ed. (reimpressão). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

CENEVIVA, Walter. *Direito Constitucional Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

KELSEN, Hans (trad. João Baptista Machado). *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. (3ª tiragem). São Paulo: Martins Fontes, 1999.

- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: Comentários à Lei 9.868, de 10/11/1999*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MENDES, Gilmar Ferreira (coord.). *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. *Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos, 2000.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- _____. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.
- PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.
- SARMENTO, Daniel (org). CÂMARA, Alexandre Freitas. (et. al.). *Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

A PRESUNÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA EM FAVOR DE CÔNJUGES E COMPANHEIROS DE SEGURADOS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL: ASPECTOS DE UMA INCONSISTÊNCIA NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO¹

***THE ECONOMIC RELIANCE PRESUMPTION ON BEHALF OF
INSURED'S MATES ON THE GENERAL SOCIAL SECURITY
REGIME: ASPECTS OF A INCONSISTENCY IN THE BRAZILIAN
SOCIAL SECURITY LAW***

Igor Ajouz

Procurador Federal

Pós-graduado em Direito Público pela Universidade de Brasília - UnB.

Mestrando em Direito pela Universidade de Estácio de S.á

SUMÁRIO: Introdução; 1 As Evidências e suas Repercussões no Direito: como infuem na administração do tempo, das expectativas e das provas no universo jurídico; 2 Em Torno da Presunção de Dependência Econômica Estampada no Art. 16, § 4º, da Lei 8213/91; 3 Conclusão; Referências.

¹ Esse texto materializa reflexões desencadeadas pelas lições ministradas em sala de aula pelo eminente professor Rui Cunha Martins, no primeiro semestre do ano de 2010, relacionadas à disciplina Sociologia Jurídica, que compõe a grade de formação básica do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de S.á

RESUMO: A partir das reflexões teóricas propostas por Rui Cunha Martins em torno das evidências e das presunções, quanto ao déficit democrático e as violações constitucionais que as restrições probatórias potencialmente provocam, enfrenta-se o problema, detectado no ordenamento jurídico-previdenciário brasileiro, da presunção de dependência econômica em favor de cônjuges, companheiros de segurados do Regime Geral de Previdência Social - RGPS.

Busca-se expor, com recurso à análise das relações familiares segundo a sociologia, as razões pelas quais se pode sustentar que a presunção de dependência econômica, erigida pelo legislador brasileiro em favor do mencionado segmento de dependentes previdenciários revela-se anacrônica e repleta de incongruências jurídicas e sociológicas, que a deslegitimam, em face das características do sistema previdenciário e da dinâmica econômica familiar contemporânea.

PALAVRAS-CHAVE: Presunção. Prova. Dependência Econômica. Economia Familiar.

ABSTRACT: Starting from reflections made by Rui Cunha Martins about evidences and presumptions, and all the democratic deficit and constitutional violations they potentially arouse, this paper faces up to the problem, detected in the Brazilian social security law, of the economic reliance presumption on behalf of insured's mates.

This text, making use of many anthropological and sociological subsidies, shows many reasons why the economic reliance presumption, raised on behalf of insured's mates, must be considered anachronic and full of juridical and sociological incongruousness, and, so, unlawful, considering the social security features and the present familiar economic dynamics.

KEYWORDS: Presumption. Proof. Economic Reliance. Familiar Economy.

INTRODUÇÃO

O escopo que anima o presente estudo diz com a possibilidade de se estabelecer conexão entre as reflexões teóricas propostas em torno da prova, das evidências e das presunções tal como propostas por Rui Cunha Martins,² aglutinadas na obra *O Ponto Cego do Direito – The Brazilian Lessons*³ e o problema, detectado no ordenamento jurídico-previdenciário brasileiro, da presunção de dependência econômica em favor de cônjuges, companheiros de segurados do Regime Geral de Previdência Social - RGPS.

Busca-se expor, com base nos fundamentos dogmáticos colhidos do pensamento do catedrático coimbrese, as razões pelas quais se pode sustentar que a presunção de dependência econômica, erigida pelo legislador brasileiro em favor do mencionado segmento de dependentes previdenciários – interessando, para os limites do presente ensaio, apenas o tratamento conferido ao cônjuge e ao companheiro de segurado do Regime Geral de Previdência Social – que se revela prenhe de incongruências jurídicas e sociológicas.

Tendo em vista este propósito, organiza-se didaticamente o estudo.

De partida, explora-se, com o confessado e deliberado apoio na orientação doutrinária ditada por Rui Cunha Martins, como o Direito lida com os relevantíssimos fatores do tempo, da prova, da verdade e das expectativas, para a construção das presunções.⁴ Estabelecidas tais premissas teórico-fundacionais, parte-se para examinar como, no direito previdenciário brasileiro, se operou a positivação da presunção de dependência econômica estatuída no art. 16, § 4º, da Lei 8213/91, a militar em favor de cônjuge e companheiro de segurado do Regime Geral de Previdência Social, expondo à análise crítica a incoerência sistêmica da norma jurídica apontada – já que a presunção nela veiculada, além de distanciada do *standard* familiar brasileiro contemporâneo, não se coaduna com uma série de princípios norteadores do Direito Previdenciário, que serão oportunamente abordados.

A intenção do estudo não é direcionada ao esvaziamento ou à frustração do direito ao gozo de pensão por morte pelo cônjuge ou companheiro supérstite; muito ao contrário, a aspiração idealizada é a de

2 Doutor em História das Idéias pela Universidade de Coimbra e pós-doutor pela Université de Picardie-Amiens. Professor da Universidade de Coimbra e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá.

3 MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do Direito: the brazilian lessons*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

4 Com o reconhecimento de que não seria viável nem oportuno um exaustivo aprofundamento no tema, rico em componentes filosóficos e desdobramentos em torno de um conceito de verdade, dadas a sua complexidade e a estreiteza dos objetivos ora perseguidos, cuidar-se-a da exposição dos conceitos e observações teóricas mínimas ao desenvolvimento da conjectura assumida no presente texto.

que o referido benefício previdenciário cumpra sua verdadeira vocação, relacionada à proteção dos familiares que, em função do óbito de segurado do RGPS, restem efetivamente expostos à situação de risco social.

Reconhece-se, de outra banda, que, em boa medida, este e outros desajustes jurídicos no direito previdenciário brasileiro, têm origem em elementos culturais, educacionais e históricos: a disseminada expectativa de busca de sustento estatal primário, especialmente nas camadas sociais menos abastadas;⁵ a ausência de consciência política acerca do caráter supletivo do suporte previdenciário estatal;⁶ o insistente descompasso entre a produção legislativa previdenciária e a realidade histórico-social; a inconveniente perpetuação de controvérsias jurídicas em matéria previdenciária, solucionadas, na esfera judicial, sob indisfarçável inspiração assistencialista em favor do segurado/dependente postulante.⁷

1 AS EVIDÊNCIAS E SUAS REPERCUSSÕES NO DIREITO: COMO INFUEM NA ADMINISTRAÇÃO DO TEMPO, DAS EXPECTATIVAS E DAS PROVAS NO UNIVERSO JURÍDICO

O saber evidente, segundo a conceituação técnica convencional, é o domínio de conhecimento que se supõe suficiente a ponto de desprezar o aporte de provas ou justificações exteriores. A evidência é reputada segura em si própria e, portanto, autoreferenciada – uma espécie de “curtocircuito, em que a representação ganha o lugar e a densidade do real”.⁸

Fernando Gil⁹ sustenta que a evidência – em geral e, designadamente, a filosófica – consiste em uma alucinação, por provocar natural indução ao exagero e ao excesso: confiante na evidência, o agente assume postura de segurança exacerbada, a dispensar o aprofundamento do exame dos fatos ou dos fundamentos técnico-científicos que giram em torno da evidência de que se está diante, transformando pensamento em objeto incontestável.

A evidência pode conduzir à satisfação demasiadamente breve de convicções ou interesses, o que, na esfera do Direito, pode provocar

5 Problema enfrentado, sob o prisma macroeconômico-atuarial, por Fabio Giambiagi (GIAMBIAGI, Fabio. *Reforma da Previdência: o encontro marcado*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007).

6 Problema que tangencia a questão da subsidiariedade do Estado enquanto provedor, tal como examinada por Sílvia Faber Torres (TORRES, Sílvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001).

7 Tais preocupações têm estreita relação com a questão atinente ao equilíbrio atuarial do sistema previdenciário, que depende, no dizer de Fábio Zambitte Ibrahim, de “um delicado balanceamento de longo prazo entre o financiamento dimensionado inicialmente e as prestações a serem concedidas, com base na sinistralidade esperada” (IBRAHIM, Fábio Zambitte. A previdência social como direito fundamental. In NETO, Claudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (coord.), *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 1070).

8 GIL, Fernando. *Tratado da Evidência*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1996. p. 117.

9 REIS, José. Sobre o Tratado da Evidência de Fernando Gil. *Revista Filosófica de Coimbra*, n. 10, 1996. p. 415.

efeitos trágicos, sobretudo na seara processual penal: a evidência induz ao desapareço pela carga axiológica de garantias processuais como a do contraditório e da ampla defesa,¹⁰ fomentando a acolhida de meros indicadores de plausibilidade, como se, em verdade, consistissem.¹¹ A redução de complexidade¹² gerada pela evidência provoca a sedutora vantagem da facilitação e aceleração da apreciação de fatos, eximindo o destinatário da abertura ao debate probatório.¹³

Ao intérprete e ao operador do Direito cabe observar, todavia, que a produção e a apreciação da prova, no cenário do Estado Democrático de Direito, somente serão legítimas quando respeitada a possibilidade bilateral de manejar e contrastar tantas provas quantas bastem à efetiva proteção dos interesses jurídicos em contenda. O contraditório substancia o instrumento adequado à correção da vertigem causada pela evidência, possibilitando o confronto probatório de versões e o aprofundamento do exame das questões sob litígio.

Conquanto amadurecidas as formulações teóricas em derredor do garantismo,¹⁴ na esfera penal, percebe-se grande dificuldade de imposição de obstáculos à primazia da evidência nas relações processuais, plenas de institutos e ritos porosos e permeáveis à sua adoção como vetor de formação de convicção e fundamentação da decisão judicial.

Percebe-se, a esta altura, que evidência e prova são fatores em cotejo nos processos de formação de convencimento. Se “provar é convencer”, segundo lição comezinha,¹⁵ crer em evidência resulta no descarte de provas. Toda prova ostenta motivação teleológica, inclinada ao convencimento de seu destinatário, que, por seu turno, deve estar aberto à reflexão e deliberar racionalmente pelo assentimento.

10 Asseguradas, na ordem constitucional brasileira, na norma estampada no art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988.

11 É possível estabelecer um liame entre a tendência de resignação com as evidências e as construções teórico-penais relacionadas à *Escola do Direito Penal do Inimigo*, corporificadas em propostas de autores como Jesus-Maria Silva Sanchez e Gunther Jakobs: o enfrentamento da criminalidade pós-moderna autorizaria a imposição de sanção privativa de liberdade em um ambiente processual desformalizado e desprendido de excessivas garantias ao delinqüente. Sobre o tema, confira-se JESUS, Damásio E. de. Direito penal do inimigo. Breves considerações. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1653, jan. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10836>>. Acesso em: 04 jun. 2010.

12 Sobre a desconstrução da complexidade nas relações sociais, a partir da compreensão de Niklas Luhmann: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; NEVES, Fabrício Monteiro. O que há de complexo no mundo complexo? Niklas Luhmann e a teoria dos sistemas sociais. *Sociologias*, Porto Alegre, n. 15, jun. 2006. p. 182-207.

13 Interessante abordagem sobre a interface filosófica entre tempo e direito pode ser consultada em ROCHA, Leonel Severo. Efetividade, tempo social e Direito. *Revista Juris Poiesis*, ano 10, n. 10, 2007. p. 179-193.

14 Expressão usualmente adotada para designar o funcionamento do conjunto de mecanismos destinados à proteção das garantias que favorecem o sujeito passivo da relação jurídico-penal, em corrente doutrinária capitaneada por Luigi Ferrajoli, autor de *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. 3.ed. São Paulo: RT, 2010.

15 SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, v. II, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 327.

A adesão à evidência é influenciada por diversos fatores, entre os quais pode-se destacar a confiança, a identidade e a estabilidade das relações com que se identifica. Tais elementos tolmem a oscilação dos sentidos, infundindo segurança à compreensão adotada pelo agente. Quanto mais a evidência se aproxima de sua percepção de normalidade, mais intensa será a crença (adesão à validade da evidência). Por tais razões é que Rui Cunha Martins¹⁶ rotula a normalidade, sentimento que deflui das referências de identidade e estabilidade, como “base epistêmica da presunção”.

A formulação de uma presunção, na arena jurídica, pode ser reputada como consequência desse processo compreensivo estável gerado pela adesão a determinada evidência: a presunção se presta a, mesmo na ausência de provas concretas, facilitar e acelerar a construção de convicção ou solução jurídica, a partir da revelação de uma premissa e da confiança em um prognóstico. São a reiteração estatística e a sensação de normalidade, como já dito, os fatores que legitimam o soerguimento de uma presunção no ordenamento jurídico.

Embora sofisticada pelo labor de Rui Cunha Martins, a noção de presunção usualmente encontrada na literatura jurídica já sinalizava conexão com um processo lógico-cognitivo, que permite a aceleração de uma dedução e de seus resultados jurídicos. Confira-se, para exemplificar, o conceito atribuído à presunção por Caio Mario da Silva Pereira,¹⁷ explicitado nos seguintes termos:

Presunção é a ilação que se tira de um fato certo, para prova de um fato desconhecido. Não é, propriamente, uma prova, porém um processo lógico, por via do qual a mente atinge a uma *verdade legal*. A lei, afirmando a legitimidade dos filhos concebidos na constância do casamento, parte de um fato certo (concepção coincidente com o estado de casado) para atingir a afirmativa da legitimidade, de que é a *presunção*.

O conceito de presunção, convencionalmente adotado na doutrina brasileira, espelhado na emblemática lição acima transcrita, afigura-se deveras próximo ao incorporado ao texto do art. 349º do Código Civil Português, nos seguintes termos: “presunções são as ilações que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido”.

A confirmar que a instalação da presunção embarga a atividade probatória – sobretudo quando concebida em caráter absoluto (*iuris et de iure*), veja-se o preceito contido no art. 350º do Código Civil Português, formulado como segue:

16 MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do Direito: the brazilian lessons*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 10.

17 PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. I, 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 390.

1. Quem tem a seu favor a presunção legal escusa de provar o facto a que ela conduz.
2. As presunções legais podem, todavia, ser ilididas mediante prova em contrário, excepto nos casos em que a lei o proibir.

Pode-se encontrar na ordem jurídica brasileira uma série de exemplos de positivações de presunções: alguns podem ser rapidamente mencionados, tais como:

- a) a presunção de que a conjunção carnal com a mulher que tenha idade inferior a quatorze anos é perpetrada com violência ou grave ameaça,¹⁸ com a correspondente repercussão penal, revela a absorção da evidência de que, em tenra idade, a mulher não pode validamente consentir à prática do ato sexual;¹⁹
- b) a presunção de ocorrência futura de fato gerador, na hipótese de responsabilização tributária por substituição – tal como previsto no art. 150, § 7º, da Constituição Federal de 1988 – exprime a admissão da evidência de que, em determinados segmentos empresariais, a ocorrência de operações mercantis futuras corresponde a uma tendência normal, natural, autorizando, por razões de segurança fiscal, a antecipação da imposição tributária;²⁰
- c) a presunção de veracidade dos vínculos empregatícios anotados em Carteira de Trabalho e Previdência Social, extraída do art. 40 da CLT, corresponde à expectativa de que, ordinariamente, seus registros enunciem relações de emprego verdadeiras e regulares, assentadas em documento de identificação oficial do trabalhador;²¹

Por transitar em via cognitiva anticrítica e, portanto, antidemocrática – porque limitadas as possibilidades de investigação probatória que as possam ratificar ou vergastar – o emprego jurídico das presunções, sempre inebriadas por evidências, reclama atenciosa cautela.

18 Tal presunção vinha expressa no art. 224 do Código Penal. Embora revogado o dispositivo mencionado pela Lei 12015/2009, a presunção segue a existir no sistema penal, com repercussão ainda mais grave, já que a pena abstratamente cominada ao novo tipo penal contido no art. 217-A, do Código Penal, é mais severa do que a referente ao tipo penal de estupro.

19 O entendimento predominante no Superior Tribunal de Justiça confere à presunção sob exame caráter absoluto, como se verifica no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 666474/MG.

20 O Supremo Tribunal Federal vem firmando, reiteradamente, jurisprudência a admitir a compatibilidade constitucional de 006Eormas jurídicas estaduais que versam sobre a substituição tributária progressiva, como se pode inferir da decisão proferida no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1851-4/AL.

21 Consta no enunciado n. 12 da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho a inteligência de que a referida presunção ostenta caráter relativo, e não absoluto.

A gênese da presunção, enquanto fruto de iniciativa legislativa, guarda pertinência e justificação com a proteção de expectativas observadas nas relações sociais, confiando-se na regularidade e na imobilidade da projeção intuitiva dos acontecimentos vindouros, acomodando-se, pela edição de uma norma jurídica prescritiva, no presente e para o futuro, os interesses e fatores técnicos em jogo.

Este foi, ao nosso sentir, o quadro verificado especificamente quanto à presunção legal de dependência econômica dos cônjuges e companheiros de segurados do RGPS: presente na legislação previdenciária brasileira desde a edição da Lei 3807/60 (LOPS), foi escorada na idealização de estabilidade de um modelo de relações familiares, que, no entanto, não mais subsiste; restando, outrossim, desajustada aos sistemas previdenciário e processual vigentes.

Caminha-se, doravante, para a apresentação dos pontos de fratura que justificarão o posicionamento adotado no presente trabalho.

2 EM TORNO DA PRESUNÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA ESTAMPADA NO ART. 16, § 4º, DA LEI 8213/91

O dinamismo das relações sociais, seara em que a Previdência Social cumpre sua missão de garantia digna de subsistência aos segurados e seus dependentes, objetaria, por si mesmo, um modelo estático de aferição de dependência econômica.

Este molímen das conexões e ligações na vida laboral e familiar do público-alvo da Previdência Social tem tornado o direito previdenciário brasileiro um segmento jurídico repleto de pontos de descompasso entre o material normativo-positivo e a realidade histórico-social verificada no âmbito de sua aplicação. Percebe-se, em diversos focos, o engessamento e a lentidão no processo de reformas da legislação diante da cadeia evolutiva das relações sociais.

Exemplificando a asserção ora redigida, cumpre recordar que, durante décadas, o sistema previdenciário brasileiro permaneceu preso ao paradigma da primazia protetiva ao segurado envolvido em relação trabalhista de emprego formal:²² as realidades sociais da iniciativa autônoma e da informalidade situavam-se em uma esfera previdenciária menos alentada. Somente com a edição da Lei 10666/2003 – que estendeu ao contribuinte individual que preste serviço a empresa ou cooperativa o tratamento privilegiado antes conferido ao empregado²³

22 A constatação tem suporte nos argumentos e números apresentados por Sonia Maria Fleury Teixeira no artigo *Assistência na Previdência Social: uma Política Marginal*. In: SPOSATI, Adailza *et alii*. *Os direitos (dos desassistidos) sociais* 6. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

23 Art. 4º Fica a empresa obrigada a arrecadar a contribuição do segurado contribuinte individual a seu serviço, descontando-a da respectiva remuneração, e a recolher o valor arrecadado juntamente

- e com o advento da Lei Complementar 123/2006 – cujo escopo é o fomento da inclusão previdenciária de indivíduos economicamente ativos marginalizados pela informalidade²⁴ – a legislação previdenciária deu sinais de reformulação destinada ao alinhamento às características contemporâneas das relações de trabalho no Brasil.

Ainda existem, segundo percepção recorrente dos estudiosos,²⁵ uma série de tópicos na legislação previdenciária a reclamar reformas que os ajustem ao empirismo das relações sociais – designadamente as de trabalho e família – e às exigências de seletividade e higidez econômica-atuarial do sistema previdenciário. Um deles é o alvo do presente estudo, como já dito: a presunção de dependência econômica que favorece os cônjuges e companheiros de segurado do RGPS.²⁶

Rechaça-se, desde logo, qualquer conjectura de que se possa cogitar no sentido de que as reformas previdenciárias paramétricas²⁷ não estariam ao alcance do poder constituinte reformador (art. 60, § 4o, da Constituição Federal de 1988) e, com maior razão, ao legislador ordinário. Anui-se, aqui, sem reservas, à orientação doutrinária ditada por Daniel Machado da Rocha,²⁸ no sentido da viabilidade das reformas, desde que não atinjam ou esvaziem a proteção previdenciária como vetor de concretização do princípio da dignidade:

Evidentemente, o fato de integrar o elenco das “cláusulas pétreas” não tem o condão de obstaculizar qualquer adaptação que seja necessária ao aperfeiçoamento da cobertura previdenciária ou a sua adequação aos contornos evolucionantes de nossa realidade social, ainda que o efeito seja uma indesejada redução de sua amplitude. [...] somente a alteração agressora do núcleo fundamental da proteção previdenciária – instituída pelo legislador constituinte, diagnosticada

com a contribuição a seu cargo até o dia 20 (vinte) do mês seguinte ao da competência, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia” (redação dada pela Lei 11933/2009).

- 24 A Lei Complementar 123/2006 conferiu ao § 2º da Lei 8212/91 a seguinte redação: “§ 2º É de 11% (onze por cento) sobre o valor correspondente ao limite mínimo mensal do salário-de-contribuição a alíquota de contribuição do segurado contribuinte individual que trabalhe por conta própria, sem relação de trabalho com empresa ou equiparado, e do segurado facultativo que optarem pela exclusão do direito ao benefício de aposentadoria por tempo de contribuição”.
- 25 Por todos, STEPHANES, Reinhold. *Reforma da previdência sem segredos*. Rio de Janeiro: Record, 1998.
- 26 Outros tantos tópicos envolvendo a urgência de reformas no sistema previdenciário brasileiro são coerentemente abordados por Fábio Giambiagi, em *Reforma da previdência – o encontro marcado*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.
- 27 O exame das distinções entre as reformas previdenciárias estruturais e paramétricas pode ser consultado em Tárzis Nametala Sarlo Jorge, *Teoria Geral do Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- 28 ROCHA, Daniel Machado da, O direito fundamental à previdência social na perspectiva dos princípios constitucionais diretos do sistema previdenciário brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. No mesmo sentido é a manifestação doutrinária de Fábio Zambitte Ibrahim: A Previdência Social como Direito Fundamental. NETO, Claudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (coord.), *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 1062.

no caso concreto pela insuportável afetação à dignidade da pessoa humana – não poderá ser admitida em qualquer circunstância.

Enfrentada a sua viabilidade, sob o ponto de vista da compatibilidade constitucional, cabe, portanto, concentrar atenções especificamente sobre a reforma que se reputa impreterível para o aperfeiçoamento do tratamento jurídico da questão da dependência econômica para fins previdenciários.

O ponto de partida adotado será a recorrente definição doutrinária de dependência econômica previdenciária, retratada na feliz síntese de Feijó Coimbra:²⁹

Dependência econômica, para a lei previdenciária, consiste na situação em que certa pessoa vive, relativamente a um segurado, por ele sendo, no todo ou em parte, efetivamente ou presumidamente, mantida e sustentada. Corresponde, assim, a um estado de fato, não a uma decorrência puramente jurídica das relações entre parentes.

A oferta de proteção aos dependentes do segurado filiado ao RGPS é uma das vocações essenciais do sistema previdenciário,³⁰ concretizável, segundo o catálogo de benefícios disponíveis, nas hipóteses de prisão ou morte do instituidor.³¹

A dependência econômica, nesta linha, consiste em requisito indispensável à intervenção protetiva previdenciária do Estado, como se pode inferir da regra contida no art. 1º da Lei 8.213/91:

A Previdência Social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e *prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente*.

Ao legislador ordinário cumpria – para o atendimento da norma constitucional contida no art. 194, P. Único, III, da Carta de 1988 – eleger os riscos sociais dignos de proteção previdenciária, em sintonia com a capacidade econômica, as projeções atuariais e a detecção das

29 COIMBRA, José dos Reis Feijó. *Direito Previdenciário Brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1994. p. 108.

30 Sobre a extensão individual e familiar da proteção previdenciária, desde a concepção beveridgeana de seguridade social, consulte-se BELTRÃO, Pedro Calderán. *Família e Política Social*. Tradução de J. Lamartine Corrêa de Oliveira. Rio de Janeiro: Agir, 1962.

31 Referimo-nos, obviamente, aos benefícios previdenciários de auxílio-reclusão e de pensão por morte, previstos no art. 18, II, da Lei 8213/91.

contingências que exponham os beneficiários a mais grave risco.³² Esta é a lógica que rege o princípio previdenciário da seletividade, explicitado nas respeitáveis palavras de Wladimir Novaes Martinez:

Por seleção de prestações se entende a escolha, por parte do legislador, de um plano de benefícios compatível com a força econômico-financeira do sistema nos limites das necessidades do indivíduo. Obviamente, elegendo-se a distinção entre riscos programáveis e não programáveis, privilegiando as incapacidades em comparação a outras contingências protegíveis. [...] A seleção não significa apenas a escolha das prestações, mas também as condições de concessão e a clientela protegida.³³

Resta inequívoco, pois, que o risco social eleito pelo legislador – no âmbito da proteção aos familiares do segurado – diz respeito ao risco a que se expõe a subsistência dos supérstites, quando ocorrida a prisão ou morte ou do segurado-instituidor, de quem efetivamente dependiam economicamente. Realçando a existência dependência econômica para que se defina a incidência da proteção previdenciária, o ordenamento jurídico pátrio eleva a necessidade ao plano de requisito indispensável ao gozo dos benefícios de auxílio-reclusão e pensão por morte.³⁴ Irreprochável, pois, a síntese de Társis Nametala Sarlo Jorge,³⁵ para quem o risco social protegido envolve a “perda da fonte de renda da família”.

Avança-se, nestas sendas, ao exame do regime de verificação da dependência econômica, para fins previdenciários, analisando as regras articuladas no art. 16 da Lei 8213/91 e dirigindo, afinal, nossas atenções à presunção de dependência econômica estabelecida no § 4º:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;

II - os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;

32 Também aqui o legislador deve realizar as “escolhas trágicas” a que Gustavo Amaral alude na obra *Direito, Escassez e Escolha*, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

33 MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2001. p. 176.

34 LEITÃO, José Studart. *Aposentadoria Especial*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 32.

35 JORGE, Társis Nametala Sarlo. *Manual dos Benefícios Previdenciários*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 251.

§ 1º A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes.

§ 2º .O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento.

§ 3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

§ 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.

Predomina, no campo doutrinário, o entendimento de que a presunção ora abordada possui caráter absoluto (*iure et de jure*), não se expondo à produção de provas em sentido contrário.³⁶ Citamos, por todas, a posição assumida por Wladimir Novaes Martinez:³⁷ Trata-se de presunção absoluta; não há necessidade de demonstrar dependência econômica e mesmo em sua ausência a pensão por morte é concedida”.

Cumpre mencionar, entretanto, a existência de seção doutrinária que advoga a tese de que a presunção fixada no §4º, do art. 16, da Lei n. 8.213/91 seria relativa (presunção *iuris tantum*), aberta, pois, ao ataque por prova em contrário. Integram essa corrente autores como Hermes Arrais Alencar,³⁸ Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior.³⁹⁻⁴⁰

Para além do debate em torno do alcance da presunção – se seria absoluta ou relativa – urge questionar se a própria existência se justifica e se coaduna com (i) as contemporâneas relações sociais no trabalho e na família, (ii) os princípios previdenciários da seletividade e do equilíbrio

36 Também na jurisprudência esta tem sido a inteligência reinante. *Exempli gratia*, veja-se precedente do E. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, assim ementado: “CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. PRESUNÇÃO ABSOLUTA. HONORÁRIOS. 1. O benefício da pensão por morte rege-se pela lei vigente na época do óbito. 2. A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, o cônjuge ou companheiro de segurada da Previdência Social falecida tem direito ao benefício de pensão, independentemente da comprovação de dependência econômica, que, no caso, goza de presunção absoluta (CF/88 art. 201, V; Lei 8.213/91, art. 16, § 4º). 3. Os honorários advocatícios devem incidir apenas sobre as parcelas vencidas até a prolação da sentença. 4. Apelação a que se nega provimento e remessa oficial, tida por interposta, a que se dá parcial provimento” (Apelação Cível n. 31195/BA).

37 MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário*. 4. ed. São Paulo: LTR, 2001. p. 348.

38 ALENCAR, Hermes Arrais. *Benefícios Previdenciários*. São Paulo: LEUD, 2006. p. 151.

39 ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*, 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 92.

40 Ilustrando o acolhimento desta posição, minoritária, transcrevemos parte de ementa de acórdão proferido pelo E. Tribunal Regional Federal da 2ª Região: “É relativa a presunção legal do art. 16, inc. I, da Lei nº 8.213/91 de que a cônjuge é dependente do segurado, podendo ser elidida por prova em contrário” (Apelação Cível n. 282858/RJ).

econômico-atuarial e (iii) a garantia constitucional do contraditório e o regime processual do livre convencimento motivado.

A instituição da presunção de dependência econômica em favor do cônjuge e companheiro decorreu de evidência capturada a partir de análise histórico-retrospectiva das relações familiares.

Desde a edição da Lei 3807/60,⁴¹ que inaugurou a fase de tratamento sistêmico integrado da previdência social em solo nacional, passando pelo Decreto 83080/79⁴² e pela CLPS de 1984 (Decreto 89312/84),⁴³ até a Lei 8213/91, a legislação previdenciária brasileira contempla a impressão evidenciada⁴⁴ de que, em cada associação conjugal, haveria um componente arrimo-de-família e outro dedicado às tarefas do lar e aos cuidados com a prole – herança ideológica erigida a partir do século XVIII, momento histórico em que “o sexo biológico torna-se demarcador das distinções de gênero”, determinando a distinção de papéis sociais e econômicos masculinos e femininos.⁴⁵

A partir da década de 1960, entretanto, observa-se, nos países de cultura ocidental, o amadurecimento de ideologia igualitária – fomentada, em boa medida, pelo sucesso do movimento feminista, implicando a reordenação e pulverização das funções sociais, familiares e econômicas admitidas e abertas a homens e mulheres.⁴⁶

O percurso do último quartel do século XX, rumo à conquista da igualdade dos gêneros, impeliu as mulheres ao cumprimento cumulativo de obrigações e responsabilidades domésticas e profissionais.⁴⁷ Se, de um lado, o esforço vem sendo apontado como causa de deterioração

41 Art 11. Consideram-se dependentes do segurado, para os efeitos desta lei:

I - a esposa, o marido inválido, os filhos de qualquer condição, quando inválidos ou menores de 18 (dezoito) anos, as filhas solteiras de qualquer condição, quando inválidas ou menores de 21 (vinte e um anos);

[...]

Art 13. A dependência econômica das pessoas indicadas no item I do art. 11 é presumida e a das demais deve ser comprovada.

42 Art. 15. A dependência econômica da esposa ou marido inválido, dos filhos e dos equiparados a eles na forma do parágrafo único do artigo 12 é presumida e dos demais dependentes deve ser comprovada.

43 Art. 12. A dependência econômica das pessoas indicadas no item I do artigo 10 é presumida e a das demais deve ser provada.

44 Deixemos claro que, aqui, estamos a falar de evidência na pura acepção extraída das obras de Fernando Gil e Rui Cunha Martins.

45 RINALDI, Alessandra de Andrade. Sexo, Gênero, Sexualidade, Saúde e Doença: um Diálogo Possível entre a Antropologia e o Direito. *Direito Público & Evolução Social*, 2ª série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 3.

46 Sobre “a entrada e o desempenho das mulheres (especialmente das mulheres casadas) no mercado de trabalho, nas universidades e nos mais diversos segmentos sociais” e a relevância do movimento feminista para a inserção das mulheres nestes espaços públicos antes reservados ao domínio masculino, cumpre mencionar o trabalho de GUEIROS, Dalva Azevedo. Família e proteção social: questões atuais e limites da solidariedade familiar. *Revista Serviço Social e Sociedade*, São Paulo, n. 71, 2002. p. 108-109.

47 AZEVEDO, Ana Maria de Andrade. Uma nova família? In: PELUSO, Antonio Cezar; NAZARETH, Eliana Riberti. *Psicanálise, direito, sociedade – encontros possíveis*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 85.

da saúde de sua saúde,⁴⁸ é inquestionável o incremento da participação financeira ativa das mulheres no custeio da subsistência familiar.

O levantamento estatístico da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, divulgada pelo IBGE em 2008 (PNAD-2008)⁴⁹ certifica tal metamorfose familiar brasileira, revelando que:

- i) o percentual de homens e mulheres com ocupação permanente segue uma tendência de equilíbrio: 68,6% dos homens e 47,2% das mulheres;
- ii) o rendimento médio real dos trabalhos das mulheres corresponde a 71,6% da remuneração média dos homens – seguindo-se uma trajetória de aproximação salarial;
- iii) 33% dos lares brasileiros têm na força laboral da mulher a fonte econômica de subsistência preponderante.

A emancipação econômica da mulher, sua integração ao mercado de trabalho e a ruptura da relação de subordinação moral e econômica em relação ao cônjuge refletem os movimentos sociais mais importantes que circundam as relações familiares na sociedade brasileira contemporânea.⁵⁰

É praticamente consensual, na literatura especializada, a idéia de que o esquema tradicional de família, na qual os papéis de pai-provedor, mãe-dona-de-casa e filhos obedecem a uma ordem simbólica estática, não mais corresponde ao modelo predominante em grande parte do mundo industrializado.⁵¹ Ao contrário, o desenho familiar em que os dois conviventes, formalmente casados ou não, exercem atividade remunerada tornou-se o mais repetido.⁵²

Os aportes teórico-científicos da Antropologia e do Serviço Social, no campo de estudo das relações familiares, propiciam seguras referências para que, sob a abordagem jurídica, possa ser superada uma visão hirta e rãncida das relações econômicas travadas nas unidades familiares, materializada, na esfera previdenciária, pela presunção vergastada no presente estudo.⁵³

48 BRITO, Jussara Cruz de. Enfoque de gênero e relação saúde/trabalho no contexto de reestruturação produtiva e precarização do trabalho. *Caderno Saúde Pública*, Rio de Janeiro, n. 16, 2000, p. 201-202.

49 Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/>>. Acesso em: 05/06/2010.

50 Consulte-se, na literatura especializada, CARNEIRO, Terezinha Féres (coord.). *Família e casal: arranjos e demandas contemporâneas*. Rio de Janeiro: Ed. PUC- Rio; São Paulo: Ed. Loyola, 2003.

51 SINGLY, François de. *Sociologia da família contemporânea*. Tradução de Clarice Ehlers Peixoto. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. p. 11.

52 COOPER, Cary L.; LEWIS, Suzan. *E Agora, Trabalho ou Família?* São Paulo: Tâmis, 2000.

53 Seguimos, em boa medida, a proposta dogmática de Alessandra de Andrade Rinaldi, para quem a abertura do Direito à interdisciplinaridade pode contribuir para o rompimento de tabus e estereótipos relacionados

Mesmo nos estritos limites do domínio cognitivo do Direito, percebe-se que a regulação jurídica das relações de família tem conferido especial enfoque à sua proteção como unidades vocacionadas à convivência harmônica e ao livre desenvolvimento das potencialidades pessoais de seus componentes. Não se admite – segundo o que se extrai do art. 226, § 5º, da Constituição da República de 1988 – a predominância da vontade de um dos cônjuges sobre o outro: todos encontram no Direito a garantia do lícito desempenho das atividades sociais e econômicas que desejem exercer, sem sujeição ao alvedrio de seu consorte.

Não se diga, ademais, que da regra contida no art. 1566, III, do Código Civil, que impõe o dever de mútua assistência aos cônjuges, se poderia encontrar escaza jurídica à presunção de dependência econômica para fins previdenciários. Importa, aqui, buscar algum cuidado terminológico: a regra legal mencionada aponta somente para a existência de um dever de cooperação recíproca, em todos os segmentos da convivência matrimonial: no compartilhamento de bens materiais, na execução de afazeres domésticos, na dedicação de cuidados recíprocos, etc. Não se pode inferir da norma em questão, com um mínimo de coerência, que exista uma relação de dependência econômica recíproca entre os cônjuges, preordenada, estática e perene.

Se a função a que se prestam as presunções, aplicadas no Direito, atende a um juízo de conveniência relativo à aceleração e a padronização da análise jurídica de determinada *fattispecie*, quando exista consenso político a respeito de sua confluência à “ordem natural das coisas”, tem-se que – diante das contemporâneas características da família brasileira – não subsiste a expectativa de que, nos enlaces matrimoniais e nas relações de união estável, se possa supor que o cônjuge ou companheiro supérstite dependia economicamente do segurado com o qual mantido o liame familiar.

Defende-se, sem reboço, que, se à época de promulgação da Lei 8213/91 o arranjo ordinário da estrutura econômica da família brasileira não convinha ao engenho presuntivo alocado no art. 16, § 4º, passados, agora, cerca de vinte anos desde o início de sua vigência, a obsolescência da norma em comento parece indisfarçável, tornando a presunção incoerente e, por conseguinte, ilegítima.

Vislumbra-se, ainda, que a presunção que se encontra no alvo de nossos olhares não apresenta compatibilidade vertical com os princípios constitucionais da seletividade⁵⁴ e do equilíbrio financeiro-atuarial.⁵⁵

a sexualidade, gênero, saúde e doença. RINALDI, Alessandra de Andrade. Sexo, Gênero, Sexualidade, Saúde e Doença: um Diálogo Possível entre a Antropologia e o Direito. *Direito Público & Evolução Social*, 2ª série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

54 Art. 194, III, da Constituição da República de 1988.

55 Art. 201, *caput*, da Constituição da República de 1988.

Como registrado, o risco social selecionado pelo legislador – no âmbito da proteção aos familiares do segurado – diz respeito ao risco de indigência desses, nas hipóteses de prisão ou óbito ou do segurado-arrimo, de quem efetivamente dependiam economicamente. É a “reclusão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente”, nos exatos termos do art. 3º da Lei 8213/91, a contingência social determinante da investida protetiva previdenciária, a cargo do Estado.

O plano de benefícios do RGPS, destarte, alça a necessidade ao plano de requisito indispensável ao gozo dos benefícios de auxílio-reclusão e pensão por morte, diante da quebra súbita e irreversível dos rendimentos do trabalho que serviam de base de apoio econômico aos familiares dependentes do segurado.⁵⁶

O estabelecimento da presunção, pelas razões expostas, transita na contramão do processo técnico-cognitivo-racional que deve orientar a concessão dos benefícios previdenciários de auxílio-reclusão e pensão por morte: o fiel cumprimento do princípio da seletividade impõe um ilimitado exame probatório casuístico, para perfeita análise subsuntiva de determinada relação econômica familiar ao tipo previdenciário.

Impende reconhecer que tal proposta teórica provocaria a necessidade de sofisticação – acompanhada, decerto, pelo desgaste dos postulantes – da atividade administrativa analítica, seguidamente criticada pela escassez de pessoal e treinamento adequado. De outro lado, porém, o problema poderia ser amenizado pela simplificação do leque probatório disponível aos dependentes aspirantes aos benefícios de auxílio-reclusão e pensão por morte, medida que mitigaria a burocratização procedimental e asseguraria o acesso aos benefícios às camadas sociais de baixa renda – nem sempre municiadas com farto material probatório. Ao fim e ao cabo, ainda parece melhor pecar pelo zelo⁵⁷ do que oferecer ensanchas à utilização dos benefícios previdenciários citados como instrumentos de majoração real da renda familiar dos supérestes

Impõe-se, seguindo essa lógica, a abertura do regime probatório previdenciário à investigação da real existência de dependência econômica. Protege-se assim, o princípio da seletividade, assegurando-se proteção social, quando efetivamente revelada a necessidade que inspira a intervenção previdenciária, preservando-se, por via oblíqua, o equilíbrio financeiro-atuarial de todo o sistema, que fica a salvo do desfalque patrimonial oriundo de despesas relativas à manutenção de benefícios ilegítimamente concedidos.

56 NEVES, Ilídio das. *Direito da segurança social: princípios fundamentais numa análise prospectiva*. Coimbra: Coimbra, 1996. p. 469.

57 Nas sábias palavras do filósofo André Comte-Sponville sobre a virtude da prudência, “é necessário querer não apenas o bom fim, mas os bons meios que conduzem a ele” (*Pequeno tratado das grandes virtudes*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 39).

Caminhando para o encerramento do estudo, cabe pontuar a incongruência da presunção de que se cuida na seara do regime processual civil do livre convencimento motivado (também chamado de persuasão racional), consagrado no art. 131 do Código de Processo Civil.

Sob enfoque processual, segundo a prestigiada definição de Cândido Rangel Dinamarco⁵⁸ a “presunção é um processo racional do intelecto, pelo qual do conhecimento de um fato infere-se *com razoável probabilidade* a existência de outro ou o estado de uma pessoa ou coisa”.

Uma primeira observação pode ser lançada, com inevitável remessa a tudo quanto já exposto na presente reflexão: não se vislumbra, à luz das hodiernas características dos agrupamentos familiares, a “razoável probabilidade” de existência de dependência econômica de que trata o art. 16, § 4º, da Lei 8213/91.

Especificamente no campo processual, a existência da presunção implica situação de *paralisia probatória*, agravada pela adoção do entendimento de que se trata de presunção absoluta, restando inibidas as possibilidades dialéticas probatórias, tendo em vista a regra veiculada no art. 334, IV, do Código de Processo Civil.⁵⁹ Conforme o ensinamento de Marinoni e Arenhart, “a avaliação fática, nesse caso, não importa para o juiz, pois as conclusões hipotéticas lançadas na lei o vinculam”.⁶⁰

Se, de um lado, a presunção livra o demandante do ônus de provar a dependência econômica, de outro, desfalca substancialmente o material probatório com base em que o magistrado deve formar seu convencimento.

Como a dependência econômica é de ser reputada imprescindível e, no sistema de valoração de provas do livre convencimento motivado, o juiz pode formar sua convicção livremente, a partir da conexão racional das provas aos fatos a que se referem, seria conveniente, ao menos para o atingimento da verdade processual, a viabilidade da oferta de provas, em variedade e profundidade seguras para a formação de um juízo de convencimento.

A verdade – se é que existe e pode ser alcançada – não passa de posição construída no âmbito processual, razão pela qual sua

58 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. III. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 113.

59 Art. 334. Não dependem de prova os fatos: [...] IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade”.

60 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 291.

legitimidade perpassa a interação dos participantes interessados, que, munidos pela garantia do contraditório, devem ter oportunidade para influenciar o destinatário das provas: o magistrado.⁶¹

3 CONCLUSÃO

A conclusão do estudo cativa a expectativa de que tenham sido articulados fundamentos teóricos – extraídos do Direito e de outros campos científicos que propiciam a compreensão dos fenômenos detectados nas relações familiares – suficientes ao embasamento da tese, aqui sustentada, de que a presunção de dependência econômica erigida no preceito insculpido no art. 16, § 4º, da Lei 8213/91, em favor de cônjuges e companheiros, é absolutamente anacrônica e padece de uma série de vícios e incongruências sistêmicas que recomendam, em derradeira análise, sua eliminação do ordenamento jurídico. A evidência que a sustentava não passa de uma obsoleta e insubsistente imagem familiar.

Nosso posicionamento não é direcionado ao esvaziamento ou à frustração do direito ao gozo de pensão por morte pelo cônjuge ou companheiro supérstite ou do direito ao gozo de auxílio-reclusão, quando se estiver diante da privação da liberdade do segurado. Ao revés, deseja-se que os referidos benefícios previdenciários cumpram sua verdadeira vocação, direcionada à proteção dos familiares que, em função do óbito de segurado do RGPS ou de seu aprisionamento, restem efetivamente expostos a situação de risco social, expandindo-se, porém, sem limites, as possibilidades de investigação probatória em cada situação concreta

A aceleração da obtenção do resultado jurídico-previdenciário, gerada pela presunção de dependência econômica, perdeu sua legitimidade no tempo social contemporâneo. Está distante da dinâmica das relações familiares e revela perigosa incongruência com os pilares estruturais da seguridade social, proporcionando injusta vantagem econômica a quem dela se aproveita abusivamente e grave desfalque financeiro a um regime previdenciário que deve primar pelo equilíbrio orçamentário-atuarial.

Descerrada a conceptibilidade da avaliação probatória da necessidade e da dependência econômica, minimizam-se os abusos e excessos ocasionados pela malfadada presunção, protegendo-se a higidez do sistema previdenciário, já que a vulnerabilidade dos dependentes habilitados há de ser aferida em um procedimento em contraditório que permita a contribuição dos interessados para a exposição da verdade.

61 Aderimos, na íntegra, à proposição teórica do professor Rui Cunha Martins quanto à *verdade-afimidade*: a verdade é um dos elementos interativos integrantes do complexo dispositivo processual, produzida a partir de uma apuração que não se pretende pura, mas em um contexto de interexpressividade – sob influência dos debates entre pontos-de-vista que se complementam.

REFERÊNCIAS

- ALENCAR, Hermes Arrais. *Benefícios Previdenciários*. São Paulo: LEUD, 2006.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha*, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- AZEVEDO, Ana Maria de Andrade. Uma nova família? PELUSO, Antonio Cezar; NAZARETH, Eliana Riberti. *Psicanálise, direito, sociedade – encontros possíveis*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- BELTRÃO, Pedro Calderán. *Família e Política Social*. Tradução de J. Lamartine Corrêa de Oliveira. Rio de Janeiro: Agir, 1962.
- BRITO, Jussara Cruz de. Enfoque de gênero e relação saúde/trabalho no contexto de reestruturação produtiva e precarização do trabalho. *Caderno Saúde Pública*, Rio de Janeiro, n. 16. 2000.
- CARNEIRO, Terezinha Féres (coord.) *Família e casal: arranjos e demandas contemporâneas*. Rio de Janeiro: PUC- Rio; São Paulo: Loyola, 2003.
- COIMBRA, José dos Reis Feijó. *Direito Previdenciário Brasileiro*. 5.ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1994.
- COMTE-SPONVILLE, André. *Pequeno tratado das grandes virtudes*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- COOPER, Cary L. LEWIS, Suzan. *E agora, trabalho ou família?* São Paulo: Tâmba, 2000.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. V. III. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do garantismo penal*. 3.ed. São Paulo: RT, 2010.
- GIAMBIAGI, Fabio. *Reforma da previdência: o encontro marcado*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.
- GIL, Fernando. *Tratado da evidência*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1996
- GUEIROS, Dalva Azevedo. Família e proteção social: questões atuais e limites da solidariedade familiar. *Revista Serviço Social e Sociedade*, n. 71, 2002.

- IBRAHIM, Fábio Zambitte. A previdência social como direito fundamental. In NETO, Claudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (coord.), *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- JESUS, Damásio E. de. Direito penal do inimigo. Breves considerações. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1653, jan. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10836>>. Acesso em: 04 jun. 2010.
- JORGE, Társis Nametala Sarlo. *Teoria Geral do Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- _____. *Manual dos Benefícios Previdenciários*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- LEITÃO, José Studart. *Aposentadoria Especial*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2001.
- MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do Direito: the brazilian lessons*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- NEVES, Clarissa Eckert Baeta; NEVES, Fabrício Monteiro. O que há de complexo no mundo complexo? Niklas Luhmann e a teoria dos sistemas sociais. *Sociologias*, Porto Alegre, n. 15, jun. 2006.
- NEVES, Ilídio das. *Direito da segurança social: princípios fundamentais numa análise prospectiva*. Coimbra: Coimbra, 1996.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. I, 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- REIS, José. Sobre o Tratado da Evidência de Fernando Gil. *Revista Filosófica de Coimbra*, n. 10, 1996, p. 415-438. Disponível em : <http://www.uc.pt/fluc/dfci/publicacoes/sobre_o_tratado_da_evidencia>. Acesso em: 23 set. 2010.
- RINALDI, Alessandra de Andrade. Sexo, Gênero, Sexualidade, Saúde e Doença: um Diálogo Possível entre a Antropologia e o Direito. *Direito Público e Evolução Social*, 2ª série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ROCHA, Daniel Machado da. *O direito fundamental à previdência social na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*, 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ROCHA, Leonel Severo. Efetividade, tempo social e Direito. *Revista Juris Poiesis*, ano 10, n. 10, 2007.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. II, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

SINGLY, François de. *Sociologia da família contemporânea*. Tradução de Clarice Ehlers Peixoto. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

STEPHANES, Reinhold. *Reforma da previdência sem segredos*. Rio de Janeiro: Record, 1998.

TEIXEIRA, Sonia Maria Fleury. Assistência na Previdência Social: uma Política Marginal In: SPOSATI, Adailza *et alii*. *Os direitos (dos desassistidos) sociais*, 6. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PATRIMÔNIO CULTURAL ARQUEOLÓGICO E MUSEUS

CULTURAL AND ARCHAEOLOGICAL HERITAGE AND MUSEUMS

Jamerson Vieira

*Procurador-Chefe da Procuradoria Federal junto ao
Instituto Brasileiro de Museus – PF/IBRAM*

*Especialista em Direito do Estado, pelo Instituto de Educação Continuada – IEC/
PUCMinas Mestrando em Direito Público na Pontifícia Universidade Católica de*

Minas Gerais – PUCMinas.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Arqueologia – ciência ou técnica?; 2 Sítios arqueológicos e bens culturais; 3 Referências normativas acerca da arqueologia brasileira; 4 Licenciamento ambiental e EIA/RIMA; 5 Obras/atividades potencialmente causadoras de impacto ambiental e medidas compensatórias; 6 O Tribunal de Contas da União – TCU e a gestão dos sítios arqueológicos pelo IPHAN; 7 Os museus e a exposição dos acervos arqueológicos; 8 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo identificar a titularidade do direito de propriedade dos sítios e artefatos arqueológicos, situando-os no universo de bens que compõem o patrimônio cultural brasileiro. Uma das finalidades deste estudo consiste na análise sintética do regime jurídico a que estão vinculados e os efeitos dele decorrentes, apontando-se quais as referências normativas constantes do ordenamento jurídico pátrio a respeito da matéria, as principais etapas administrativas a serem atendidas para obtenção de um licenciamento ambiental para obras e empreendimentos potencialmente causadores de impacto ao meio ambiente, correlacionando-as com as obrigações e compromissos a serem adotados pelo empreendedor no tocante à prevenção e à diminuição dos danos arqueológicos, bem assim com a função social a ser cumprida pelos museus naquele contexto e dentro do panorama público-institucional contemporâneo.

PALAVRAS-CHAVES: Arqueologia. Patrimônio Cultural. Museus.

ABSTRACT: This article aims to identify the ownership of property and sites of archaeological artifacts, placing them in the universe of assets that comprise the Brazilian cultural heritage. One purpose of this study is the synthetic analysis of the legal, binding and effects arising from it, pointing out the references listed in the normative legal mother about the matter, the main administrative steps that must be met to obtain a environmental permits for construction projects and potential impact to the environment, correlating them with the obligations and commitments to be adopted by the entrepreneur in the prevention and reduction of damage archaeological, as well as social function to be fulfilled by the museums that context and within the view of contemporary public-institutional.

KEYWORDS: Archaeology. Cultural Heritage. Museums.

INTRODUÇÃO

O Brasil vivencia momento de enormes desafios no atual estágio de desenvolvimento econômico e social, dentre os quais a compatibilização do crescimento com a sustentabilidade ambiental, contexto onde se situa e deve ser inserida a temática relativa à preservação do patrimônio cultural.

Crescem os investimentos no país em todos os setores, especialmente no âmbito da exploração dos recursos e reservas minerais, atividade que necessariamente exige o licenciamento ambiental, tendo como uma de suas etapas a realização de estudos dos impactos potencialmente causadores de danos ao meio ambiente, onde se incluem os sítios arqueológicos.

Também se discute em âmbito nacional a edição de novo marco regulatório para o setor minerário. O momento é extremamente oportuno para inclusão em pauta da questão dos instrumentos e mecanismos de proteção do patrimônio cultural arqueológico brasileiro.

Portanto, verificar a função e o objeto de estudo da arqueologia, analisar em que consiste a natureza e o regime jurídico dos sítios e artefatos arqueológicos mostra-se de fundamental importância para as entidades públicas e privadas envolvidas na matéria.

1 ARQUEOLOGIA – CIÊNCIA OU TÉCNICA?

A arqueologia é o ramo do conhecimento que coleta, investiga e estuda os objetos, artefatos e vestígios materiais humanos do passado. De acordo com o Dicionário Houaiss da língua portuguesa o vocábulo possui os seguintes sentidos:

Arqueologia - s.f. (1836 cf. SC) ciência que, utilizando processos como coleta e escavação, estuda os costumes e culturas dos povos antigos através do material (fósseis, artefatos, monumentos etc.) que restou da vida desses povos

± a. industrial (d1951) estudo dos prédios, máquinas e equipamentos da revolução industrial e sua descendência tecnológica imediata

— a. verbal LEX neste dicionário, palavra ou acepção (que não se encontra viva na língua e da qual não há registro de uso em épocas anteriores) que é resgatada dos vocabulários de línguas antigas (esp. latim e grego), adaptando-se sua fonética e grafia aos modelos atuais [Usam-se, p.ex., na descrição de cenas ambientadas num passado distante, textos de história e literatura sobre povos e civilizações antigas etc.]

□ ETIM arqueo- + -logia, do gr. *arkhaiología* ‘estudo das coisas antigas, da origem e história antigas’; ver *arqu(e/i)-*; f.hist. 1836 *archeologia* □ PAR *arqueologia*(s.f.)

A arqueologia estuda as sociedades passadas em seus diversos aspectos, com base nos elementos materiais por elas deixados. Assim, tem como principal objeto ou centro das suas ocupações e pesquisas a análise, descrição e reconstrução dos modos de vida do homem em períodos históricos pretéritos, a partir dos remanescentes obtidos por meio da cultura material resgatada.

Como destaca Rosana Najjar¹ a arqueologia não é um ramo auxiliar da história nem uma técnica: é eminentemente uma ciência e, como tal, dispõe de procedimentos teóricos e metodológicos próprios. Portanto, na qualidade de disciplina científica a arqueologia compreende uma série de etapas de pesquisa que devem ser rigorosamente cumpridas, como condição precípua para a validade dos conhecimentos obtidos, podendo ser destacadas: formulação de problemas (hipóteses, levantamentos e estudos de viabilidade); implementação (licenças, logística); obtenção de dados (levantamentos, escavações); processamento dos dados (limpeza, conservação, catalogação, classificações); análise dos dados (questões temporais e espaciais); interpretação (aplicação da opção teórica); publicação e, nos casos indicados, restauração.

Às etapas anteriormente descritas deve ainda ser acrescida a fase de *exposição* dos artefatos arqueológicos coletados, com vistas não apenas à sua divulgação para o público em geral, mas também para a finalidade de formação, conhecimento e educação da sociedade, situação que se opera justamente a partir da história deixada pelos antepassados, cujas experiências e vivências podem ser narradas ou descritas a partir daqueles objetos.

Por lidar com bens que integram um patrimônio cultural que muitas vezes extrapolam os interesses sociais, políticos e científicos do próprio Estado de origem ou do lugar onde se encontram localizados, um dos maiores desafios postos para o desenvolvimento dos trabalhos arqueológicos reside justamente na atividade de preservação, a qual compreende várias tarefas e processos que passam pela identificação, documentação, conservação e promoção dos sítios e artefatos.

A arqueologia compreende vários ramos ou subdivisões didáticas, classificáveis de acordo com os critérios que melhor atendam a metodologia de trabalho a ser desenvolvida para o estudo e a pesquisa de campo ou segundo o período de datação ou abrangência dos sítios e dos artefatos, dentre outras opções fundamentais para determinação

1 NAJJAR, Rosana. *Arqueologia histórica*: manual. Brasília: IPHAN, 2005. p. 13.

da lógica interna dos seus postulados e verdades científicas, podendo-se falar assim em arqueologia pré-histórica/histórica, arqueologia urbana/rural, arqueologia pública/privada, arqueologia de restauração, *etc.*

2 SÍTIOS ARQUEOLÓGICOS E BENS CULTURAIS

De acordo com o art. 1º da “Carta de Lausanne”,² o patrimônio arqueológico compreende

A porção do patrimônio material para a qual os métodos da arqueologia fornecem os conhecimentos primários. Engloba todos os vestígios da existência humana e interessa todos os lugares onde há indícios de atividades humanas não importando quais sejam elas, estruturais e vestígios abandonados de todo o tipo, na superfície, no subsolo ou sob as águas, assim como o material a eles associado.

As cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos são bens da União (CF, art. 20, X). E, por constituírem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico (CF, art. 216, *caput* e inciso V), devem os respectivos objetos que compõem tal acervo receber especial vigilância, conservação e proteção por parte dos órgãos e entidades do Poder Público.

O § 1º do art. 1.228 do Código Civil estabelece que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.³

No Brasil existem documentados aproximadamente 18.000 (dezoito mil) sítios arqueológicos, de acordo com os dados constantes

2 Este documento internacional foi redigido em 1990 pelo ICAHM (Comitê Internacional para Gestão do Patrimônio Arqueológico) e adotado pela Assembléia Geral do ICOMOS (órgão não governamental associado à UNESCO).

3 O Código Civil Brasileiro prescreve ainda que:

Art. 1.229. A propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, em altura e profundidade úteis ao seu exercício, não podendo o proprietário opor-se a atividades que sejam realizadas, por terceiros, a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las.

Art. 1.230. A propriedade do solo não abrange as jazidas, minas e demais recursos minerais, os potenciais de energia hidráulica, os monumentos arqueológicos e outros bens referidos por leis especiais.

Parágrafo único. O proprietário do solo tem o direito de explorar os recursos minerais de emprego imediato na construção civil, desde que não submetidos a transformação industrial, obedecido o disposto em lei especial.

do Cadastro Nacional de Sítios Arqueológicos – CNSA mantido pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, autarquia federal legalmente responsável pela gestão destes sítios.⁴

Por se tratar de bens públicos de propriedade da União os problemas que gravitam em torno do exercício das atividades de identificação, vigilância, fiscalização e até mesmo aqueles oriundos da gestão administrativa desses sítios são diversos e dos mais graves, envolvendo desde a extração irregular de materiais, passando pela depredação, a exploração ilícita para fins econômicos, turismo sem controle, atos de vandalismo e até mesmo o envio de bens culturais para o exterior sem a devida e prévia comunicação ou autorização pelo Poder Público competente.

Os sítios e artefatos arqueológicos são bens culturais de propriedade pública, os quais se acham afetados pelo interesse coletivo da sua preservação. Portanto, estão sujeitos a especial regime jurídico protetivo, sendo todos os membros da sociedade titulares do direito difuso à sua conservação, acesso e promoção, tarefa a ser realizada pelo Poder Público, em todas as órbitas federativas por se tratar de competência material *comum*, com a colaboração da comunidade, nos termos do que estabelece o art. 23, inciso III, c/c o art. 216, § 1º, da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal - STF já decidiu pela impossibilidade de renúncia da competência comum atribuída a todos os entes federativos (União, Estados-membros, Municípios e Distrito Federal) para a preservação do patrimônio cultural arqueológico, afirmando a inconstitucionalidade das leis dispendo da matéria nesse sentido, como se constata dos seguintes precedentes:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Art. 251 da Constituição do Estado de Mato Grosso e Lei Estadual 7.782/2002, 'que declara integrantes do patrimônio científico-cultural do Estado os sítios paleontológicos e arqueológicos localizados em Municípios do Estado de Mato Grosso'. Violação aos arts. 23, III e 216, V, da Constituição. Precedente: *ADI 2.544*, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Ação julgada procedente. (*ADI 3.525*, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 30-8-2007, Plenário, DJ de 26-10-2007.)

Federação: competência comum: proteção do patrimônio comum, incluído o dos sítios de valor arqueológico (CF, arts. 23, III, e 216, V): encargo que não comporta demissão unilateral. Lei estadual 11.380, de 1999, do Estado do Rio Grande do Sul, confere aos municípios em que se localizam a proteção, a guarda

4 Disponível em: <<http://sistemas.iphan.gov.br/sgpa/?consulta=cnsa>>. Acesso em: 15 de out. 2010.

e a responsabilidade pelos sítios arqueológicos e seus acervos, no Estado, o que vale por excluir, a propósito de tais bens do patrimônio cultural brasileiro (CF, art. 216, V), o dever de proteção e guarda e a consequente responsabilidade não apenas do Estado, mas também da própria União, incluídas na competência comum dos entes da Federação, que substantiva incumbência de natureza qualificadamente irrenunciável. A inclusão de determinada função administrativa no âmbito da competência comum não impõe que cada tarefa compreendida no seu domínio, por menos expressiva que seja, haja de ser objeto de ações simultâneas das três entidades federativas: donde, a previsão, no parágrafo único do art. 23, CF, de lei complementar que fixe normas de cooperação (v. sobre monumentos arqueológicos e pré-históricos, a Lei 3.924/1961), cuja edição, porém, é da competência da União e, de qualquer modo, não abrange o poder de demitirem-se a União ou os Estados dos encargos constitucionais de proteção dos bens de valor arqueológico para descarregá-los ilimitadamente sobre os Municípios. (*ADI 2.544, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 28-6-2006, Plenário, DJ de 17-11-2006.*)

Inês Virgínia Soares⁵ assinala sobre o tema que duas vertentes protetivas podem ser extraídas do texto constitucional em relação ao patrimônio arqueológico, a saber:

- a) tutela do bem arqueológico como bem ambiental cultural, pela sua identificação em contexto ambiental (base material) ou pela sua importância para o equilíbrio do suporte físico do meio ambiente como macrobem; e
- b) a tutela do bem arqueológico como bem cultural instrumental, pelo valor *per se* dos bens arqueológicos, essencial para efetividade do direito fundamental ao patrimônio cultural e dos demais direitos culturais (materiais ou imateriais) fundamentais.

Os bens arqueológicos possuem valor cultural e científico inestimável para a humanidade, tendo em vista a importância documental única em são investidos, com potencial para revelar fatos históricos do passado, cujos registros muitas vezes não constam de nenhuma outra fonte ou origem, situação que exige tutela especial visando a preservação dos sítios e artefatos.

3 REFERÊNCIAS NORMATIVAS ACERCA DA ARQUEOLOGIA BRASILEIRA

Além dos dispositivos constitucionais mencionados, o marco legal a propósito do tema consiste, basicamente, nos seguintes diplomas:

5 SOARES, Inês Virgínia Prado. Direito ao (do) Patrimônio Cultural Brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

- a) Lei nº 3.924, de 26 de julho de 1961, que dispõe sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos; e ainda
- b) Lei nº 7.542, de 26 de setembro de 1986, que dispõe sobre a pesquisa, exploração, remoção e demolição de coisas ou bens afundados, submersos, encalhados e perdidos em águas sob jurisdição nacional, em terreno de marinha e seus acrescidos e em terrenos marginais, em decorrência de sinistro, alijamento ou fortuna do mar, e dá outras providências.

O art. 2º, da Lei nº 3.924, de 26 de julho de 1961, preceitua que:

Art. 2º Consideram-se monumentos arqueológicos ou pré-históricos:

- a) as jazidas de qualquer natureza, origem ou finalidade, que representem testemunhos de cultura dos paleoameríndios do Brasil, tais como sambaquis, montes artificiais ou tesos, poços sepulcrais, jazigos, aterrados, estearias e quaisquer outras não especificadas aqui, mas de significado idêntico a juízo da autoridade competente.
- b) os sítios nos quais se encontram vestígios positivos de ocupação pelos paleoameríndios tais como grutas, lapas e abrigos sob rocha;
- c) os sítios identificados como cemitérios, sepulturas ou locais de pouso prolongado ou de aldeamento, “estações” e “cerâmios”, nos quais se encontram vestígios humanos de interesse arqueológico ou paleoetnográfico;
- d) as inscrições rupestres ou locais como sulcos de polimentos de utensílios e outros vestígios de atividade de paleoameríndios.

Tal norma possui caráter meramente exemplificativo, ou seja, não exaure de forma fechada todos os bens arqueológicos que integram tal categoria do patrimônio cultural. Ademais, por ser ainda da década de 1960, apesar de recepcionada, a referida norma deve ser interpretada de modo compatível com as regras constitucionais em vigor, particularmente sob a ultrapassada ótica do requisito da “monumentalidade” para identificação dos bens culturais.

Como é cediço, para a preservação dos sítios e artefatos arqueológicos dentro de um conceito atual de patrimônio cultural cumpre abandonar a exigência da “monumentalidade” como requisito prévio para a adoção ou o estabelecimento de medidas acautelatórias

e de caráter protetivo, exceto obviamente para algum caso especial de tombamento, situação que mostra possível e viável em determinadas hipóteses excepcionais. Portanto, a não ser em caráter excepcional e extraordinário, a idéia de “monumento” não mais se mostra condizente com a amplitude das exigências de preservação dos bens que integram o patrimônio cultural brasileiro.

Um importante dado acerca dos bens arqueológicos diz respeito justamente à desnecessidade da utilização de um instrumento jurídico específico de tutela como, *exempli gratia*, o tombamento, o inventário, a desapropriação *etc.*, para que fiquem investidos no regime jurídico especial de proteção, haja vista a determinação constitucional de constituírem aqueles “bens públicos” por natureza, estando assim, desde a sua origem, afetados pelo interesse público da preservação cultural e científica, sendo, portanto, gravados dos atributos de: inalienabilidade, indisponibilidade, impenhorabilidade e não-onerosidade, próprios deste específico regime jurídico (Código Civil, art. 100).

Discorrendo acerca da impropriedade do instituto do tombamento para a adequada proteção do patrimônio cultural arqueológico e citando uma interessante passagem de André Proust que reforça aquele entendimento, o jurista Marcos Paulo de Souza Miranda⁶ atesta com inteira pertinência que “[...] *em muitos casos a pesquisa científica necessária para o estudo dos sítios acaba por desmontá-los integralmente, o que a rigor contraria a norma de proteção integral inserta no art. 17, da Lei de Tombamento.*”

Em artigo específico intitulado: “*Arqueologia e antropofagia: a musealização de sítios arqueológicos*”, Cristina Oliveira Bruno⁷ também pontua indistintamente da posição assumida pelos demais autores anteriormente citados que “[...] *a arqueologia é uma das poucas áreas de conhecimento que constrói suas análises a partir da destruição de suas fontes primordiais, os sítios arqueológicos, confrontando diretamente as noções de preservação patrimonial.*”

No tocante à regulamentação da Lei nº 3.924, de 1961, versando sobre a proteção do patrimônio arqueológico, Regina Coeli Pinheiro da Silva⁸ lembra que apesar de, ainda nos idos de 1961, ter sido formada uma Comissão Interministerial tendo por objetivo formular proposta naquele sentido, composta pelo Diretor do IPHAN/MEC,

6 MIRANDA, Marcos Paulo de Souza Miranda. *Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro*: doutrina, jurisprudência, legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 74.

7 BRUNO, Cristina Oliveira. Arqueologia e Antropofagia: a musealização de sítios arqueológicos. *Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*. Museus: antropofagia da memória e do patrimônio. Brasília: IPHAN, p. 242, v. 31, 2005.

8 SILVA, Regina Coeli Pinheiro da. *Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*. Patrimônio Arqueológico: o desafio da preservação. Brasília: IPHAN, p. 59-73, v. 33, 2007.

representantes do Ministério de Minas e Energia, do Instituto de Pré-história da USP, da Universidade Federal do Paraná, da Universidade de Brasília, do Museu Nacional/UFRJ, do Conselho das Expedições Artísticas e Científicas e do Diretor do Serviço de Proteção aos Índios, o documento final elaborado jamais foi editado na forma de decreto.

De toda sorte, essa lacuna veio a ser suplementada pela equivocada, insuficiente e juridicamente inadequada expedição, porém, extremamente necessária, de “portarias administrativas” pelo IPHAN, a primeira delas datando somente de 1988.

Note-se que esta situação cria absurdas brechas para questionamentos das mais variadas ordens e matizes, justamente porque esta espécie de ato administrativo não se compatibiliza com o sistema jurídico pátrio para tal finalidade, não configurando instrumento hábil para regulamentação de leis, particularmente com vistas à produção de efeitos externos, de modo a atingir ou afetar o público em geral. É pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial quanto aos limites desta espécie de ato administrativo, no sentido de não poder inovar o ordenamento jurídico, lhe sendo vedado criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações para os administrados.

Destarte, em nível administrativo as importantes referências normativas que devem ser mencionadas são:

- a) Portaria SPHAN nº 07, de 01 de Dezembro de 1988, estabelecendo quais os procedimentos necessários à comunicação prévia, às permissões e às autorizações para pesquisas e escavações em sítios arqueológicos;
- b) Portaria IPHAN nº 230, de 17 de dezembro de 2002, versando acerca dos procedimentos para obtenção das licenças ambientais, em urgência ou não, referentes à apreciação e acompanhamento das pesquisas arqueológicas no país; e
- c) Portaria IPHAN nº 28, de 31 de janeiro de 2003, que trata dos procedimentos para a renovação da licença ambiental de operação dos projetos de levantamento, prospecção, resgate e salvamento arqueológico da faixa de depleção dos empreendimentos relativos às usinas hidrelétricas.

Também guardam pertinência e aplicabilidade quanto à matéria:

- a) Resolução CONAMA nº 001, de 23 de janeiro de 1986, prescrevendo as definições, as responsabilidades, os critérios básicos e as diretrizes gerais para uso e implementação da avaliação de impacto ambiental; bem assim

- b) Resolução CONAMA nº 237, de 19 de dezembro de 1997, que trata dos procedimentos e critérios utilizados nos estudos, relatórios e licenciamento ambiental, conforme poderá ser verificado em seguida.

4 LICENCIAMENTO AMBIENTA E EIA/RIMA

A Constituição Federal determina no art. 225, § 1º, inciso IV, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente a exigência, na forma da lei, da realização de estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade, o qual necessariamente deve compreender os aspectos que afetam e estejam relacionados com os bens que integram o patrimônio cultural.

O licenciamento ambiental não se confunde com os demais atos administrativos ordinários de concessão de “licença”, uma vez que possui requisitos próprios, com peculiaridades que o distinguem desta última espécie de ato administrativo (licença). Fiorillo⁹ enfatiza que o licenciamento ambiental não é ato administrativo simples, mas sim um encadeamento de atos administrativos, o que lhe atribui a condição de *procedimento administrativo*, distinguindo-se das demais licenças administrativas por constituir-se, em regra, como um ato de natureza *vinculada* e não discricionária.

Assim, o procedimento administrativo de licenciamento ambiental é integrado pelas seguintes fases, em conformidade com o que prevê a Resolução CONAMA nº 237, de 1997:

- a) *licença prévia*, concedida preliminarmente quando do planejamento da atividade ou empreendimento, aprovando a sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos a serem atendidos nas próximas fases de implementação (art. 8º, I);
- b) *licença de instalação*, a qual autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante (art. 8º, II); e
- c) *licença de funcionamento* ou *operação*, que autoriza a consecução da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores,

9 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 66.

com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados (art. 8º, III).

Como se verifica, o estudo prévio de impacto ambiental constitui apenas uma das etapas do procedimento administrativo de licenciamento ambiental, cujo fundamento esteia-se nos princípios da *precaução*, da *prevenção* e da *reparação* do dano ambiental.

Tais princípios dizem respeito justamente à existência do *risco* ou da *probabilidade de dano* trazidos pela obra, atividade ou empreendimento ao ser humano e à natureza, enfim, ao meio ambiente natural e cultural como um todo, cuja previsão pode ser encontrada não apenas na Constituição e na legislação ordinária, mas também em acordos, convenções, tratados e outros documentos internacionais.

Podem ser mencionados, a título meramente exemplificativo, os princípios expressos nos itens 1, 2, 3, 4, 15, 16 e 17 da Declaração do Rio de Janeiro,¹⁰ documento elaborado quando da realização da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento e Meio Ambiente em 1992, onde foi bastante debatido o conceito de *sustentabilidade* ambiental, com o consenso de que a exploração dos recursos naturais no presente não pode comprometer as condições de vida das gerações futuras.

Consta expressamente afirmado no Princípio 15 da indigitada Declaração do Rio que o *princípio da precaução* deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com as suas capacidades e, quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

Nesse sentido é que a Resolução CONAMA nº 001/1986 estabelece, em cumprimento ao que prescreve o art. 8º, inciso I, da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências, *verbis*:

Artigo 6º - O estudo de impacto ambiental desenvolverá, no mínimo, as seguintes atividades técnicas:

I - Diagnóstico ambiental da área de influência do projeto completa descrição e análise dos recursos ambientais e suas interações, tal como existem, de modo a caracterizar a situação ambiental da área, antes da implantação do projeto, considerando:

10 Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v6n15/v6n15a13.pdf>>. Acesso em: 16 de out. 2010.

a) o meio físico - o subsolo, as águas, o ar e o clima, destacando os recursos minerais, a topografia, os tipos e aptidões do solo, os corpos d'água, o regime hidrológico, as correntes marinhas, as correntes atmosféricas;

b) o meio biológico e os ecossistemas naturais - a fauna e a flora, destacando as espécies indicadoras da qualidade ambiental, de valor científico e econômico, raras e ameaçadas de extinção e as áreas de preservação permanente;

c) o meio sócio-econômico - o uso e ocupação do solo, os usos da água e a sócio-economia, destacando os sítios e monumentos arqueológicos, históricos e culturais da comunidade, as relações de dependência entre a sociedade local, os recursos ambientais e a potencial utilização futura desses recursos.

II - Análise dos impactos ambientais do projeto e de suas alternativas, através de identificação, previsão da magnitude e interpretação da importância dos prováveis impactos relevantes, discriminando: os impactos positivos e negativos (benéficos e adversos), diretos e indiretos, imediatos e a médio e longo prazos, temporários e permanentes; seu grau de reversibilidade; suas propriedades cumulativas e sinérgicas; a distribuição dos ônus e benefícios sociais.

III - Definição das medidas mitigadoras dos impactos negativos, entre elas os equipamentos de controle e sistemas de tratamento de despejos, avaliando a eficiência de cada uma delas.

IV - Elaboração do programa de acompanhamento e monitoramento (os impactos positivos e negativos, indicando os fatores e parâmetros a serem considerados).

Parágrafo Único - Ao determinar a execução do estudo de impacto Ambiental o órgão estadual competente; ou o IBAMA ou quando couber, o Município fornecerá as instruções adicionais que se fizerem necessárias, pelas peculiaridades do projeto e características ambientais da área.

Deste modo o estudo prévio de impacto ambiental para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente deve necessariamente prever e contemplar os efeitos a serem produzidos sobre os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico, definindo o projeto da obra ou empreendimento as medidas preventivas e reparatórias dos impactos negativos ao meio ambiente, inclusive a compensação por danos gerados de forma potencial ou inevitáveis.

Ressalta-se que a responsabilidade civil por danos provocados ao meio ambiente é objetiva, isto é, exige a comprovação apenas do nexo entre a conduta e o resultado, independentemente da existência de dolo ou culpa, em quaisquer das suas modalidades (negligência, imprudência ou imperícia), a teor do que prescreve o art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938, de 1981.¹¹

A Portaria IPHAN nº 230, de 2002, aponta quais etapas devem ser observadas pelo empreendedor visando os levantamentos, prospeção, proteção e salvaguarda do patrimônio arqueológico, as quais guardam estrita correspondência com cada uma das mencionadas fases do licenciamento ambiental previstas na Resolução CONAMA nº 237, de 1997, cuja observância e cumprimento deve guardar sintonia para a devida aprovação pela autoridade competente.

A Portaria IPHAN nº 230, de 2002, exige no § 8º do art. 6º que, por ocasião da obtenção da licença de operação, a execução do Programa de Resgate Arqueológico proposto no EIA/RIMA, no caso da destinação da guarda do material arqueológico retirado nas áreas, regiões ou municípios onde foram realizadas pesquisas arqueológicas, a guarda destes vestígios arqueológicos deverá ser garantida pelo empreendedor, seja na modernização, na ampliação, no fortalecimento de unidades existentes, ou mesmo na construção de unidades museológicas específicas para o caso.

Como se verifica, a Portaria IPHAN nº 230, de 2002, previu adequadamente que a guarda do material arqueológico coletado dos sítios deve ser operada por unidades museológicas, por se apresentarem estes como os entes melhor aparelhados para realização do tratamento, estudo, pesquisa e exposição dos acervos, conforme será demonstrado mais adiante.

5 OBRAS/ATIVIDADES POTENCIALMENTE CAUSADORAS DE IMPACTO AMBIENTAL E COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Sob os aspectos mencionados, sempre que constatada alguma ameaça de dano, deterioração ou degradação em algum daqueles bens integrantes do patrimônio cultural deve o empreendedor apresentar, juntamente com o respectivo projeto, proposta de mitigação, compensação

11 Com relação à responsabilidade por dano ambiental colhe-se do Superior Tribunal de Justiça – STJ trecho de acórdão em que assim remanesceu assentada a síntese do entendimento daquele órgão julgador sobre a matéria, in verbis: “A responsabilidade pelo dano ambiental é objetiva, ante a ratio essendi da Lei 6.938/81, que em seu art. 14, § 1º, determina que o poluidor seja obrigado a indenizar ou reparar os danos ao meio-ambiente e, quanto ao terceiro, preceitua que a obrigação persiste, mesmo sem culpa. Precedentes do STJ:RESP 826976/PR, Relator Ministro Castro Meira, DJ de 01.09.2006; AgRg no REsp 504626/PR, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ de 17.05.2004; RESP 263383/PR, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ de 22.08.2005 e EDcl no AgRg no RESP 255170/SP, desta relatoria, DJ de 22.04.2003.” (REsp 1090968/SP, Relator(a): Ministro Luiz Fux, Órgão Julgador: 1ª Turma, Data do Julgamento: 15/06/2010, Data da Publicação/Fonte: DJe 03/08/2010).

ou descritivo das medidas preventivas e acautelatórias visando evitar, reparar ou atenuar tais ocorrências.

Na correspondente etapa do licenciamento ambiental entra um relevante aspecto a ser observado no projeto quanto aos possíveis bens arqueológicos descobertos, coletados ou eventualmente removidos dos sítios onde estiverem localizados, consistente na sua destinação para estudo, pesquisa e exposição, cuja obrigação e compromisso também podem (e devem) ser previamente obtidos por intermédio de ajuste próprio.

A Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências, prevê no § 6º do art. 5º, que os órgãos públicos legitimados à sua propositura poderão tomar dos interessados *compromisso de ajustamento de sua conduta* às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

O compromisso de ajustamento de conduta constitui importante instrumento de tutela jurídica para o estabelecimento de medida acautelatória e de prevenção de danos ao patrimônio cultural, possibilitando a adoção de ajuste direto entre os interessados. Detém ampliado espectro para a instituição de encargos para o empreendedor, obviamente que mediante conduta compatível com as exigências legais, tendo por objeto a estipulação de direitos e obrigações visando à preservação dos bens ambientais a serem afetados pela iniciativa ou projeto.

Como todo negócio jurídico, o compromisso de ajustamento de conduta exige a observância de determinados pressupostos para existência, validade e eficácia,¹² competindo apontar os requisitos de caráter:

- a) *subjetivo*, relativamente às pessoas legitimadas à celebração e que dele participam;
- b) *objetivo*, ligado ao seu conteúdo propriamente dito, qual seja, a licitude do objeto, consistente em obrigações de fazer, não fazer e de dar ou prestar alguma coisa;
- c) *formal*, revestindo necessariamente a forma escrita, por instrumento público ou particular; e, finalmente,

¹² O Superior Tribunal de Justiça – STJ já proclamou que: “O Termo de Ajustamento, por força de lei, encerra transação para cuja validade é imprescindível a presença dos elementos mínimos de existência, validade e eficácia à caracterização deste negócio jurídico” (REsp 802060/RS, Relator(a): Ministro Luiz Fux, Órgão Julgador: 1ª Turma, Data do Julgamento: 17/12/2009, Data da Publicação/Fonte: DJE 22/02/2010).

- d) *temporal*, o qual exige imprescindivelmente a fixação de prazo determinado para o cumprimento dos direitos e obrigações estipulados entre as partes.

Apesar da *indisponibilidade* que marca os direitos e interesses afetos aos bens ambientais, a “transação” se apresenta como um caminho factível e viável para solucionar controvérsias envolvendo a matéria, em que pese o art. 841, do Código Civil, prescrever taxativamente que somente quanto a *direitos patrimoniais de caráter privado* aquela é permitida.

Não obstante algumas resistências iniciais, a doutrina jurídica corrente indica na atualidade a plausibilidade da transação sobre direitos e interesses difusos ligados ao meio ambiente. Dentro desta linha de entendimento, Édis Milaré¹³ ressalta que

Diante, porém, de situações concretas de dano iminente ou consumado, em que o responsável acede em adequar-se à lei ou em reparar a lesão, seria fechar os olhos à realidade e às exigências da vida recusar pura e simplesmente tal procedimento, numa incompreensível reverência aos conceitos.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ vêm acolhendo o instituto da transação quando o seu objeto envolver direito indisponível relacionado ao meio ambiente, conforme se infere da ementa do acórdão em seguida transcrito:

PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR DANO AMBIENTAL – AJUSTAMENTO DE CONDUTA – TRANSAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – POSSIBILIDADE.

1. A regra geral é de não serem passíveis de transação os direitos difusos. 2. Quando se tratar de direitos difusos que importem obrigação de fazer ou não fazer deve-se dar tratamento distinto, possibilitando dar à controvérsia a melhor solução na composição do dano, quando impossível o retorno ao status quo ante. 3. A admissibilidade de transação de direitos difusos é exceção à regra. 4. Recurso especial improvido. (REsp 299400/RJ, Relator(a): Ministro Francisco Peçanha Martins, Relator(a) p/ Acórdão: Ministra Eliana Calmon, Órgão Julgador: 2ª Turma, Data do Julgamento: 01/06/2006, Data da Publicação/Fonte: DJ 02/08/2006, p. 229).

Na hipótese de instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, com reflexos diretos ou indiretos sobre o patrimônio cultural arqueológico, o compromisso de ajustamento de conduta previsto no § 6º do art. 5º da

¹³ MILARÉ, op. cit., p. 976.

Lei nº 7.347, de 1985, se apresenta como um instrumento de grande utilidade para estipulação de direitos e obrigações do empreendedor, podendo ser plenamente utilizado pelas entidades legitimadas para o exercício das atribuições de zelar pela preservação do patrimônio cultural brasileiro.

6 O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU) E A GESTÃO DOS SÍTIOS ARQUEOLÓGICOS PELO IPHAN

O Tribunal de Contas da União (TCU), em trabalho de auditoria realizada no Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), com vistas a verificar a conformidade e a efetividade dos processos de identificação, tombamento, fiscalização, proteção, preservação e revitalização dos sítios arqueológicos, constatou a existência de uma série de falhas na atuação administrativa na área, segundo aquele órgão consistentes: na ausência de trabalhos de conscientização da população sobre a importância da preservação dos sítios arqueológicos, ausência de meios para recebimento e tratamento de informações e denúncias, insuficiência das medidas mitigadoras aplicadas nos Termos de Ajuste de Conduta para compensar os danos ocorridos nos sítios arqueológicos, falta de sistemática para fiscalização e tombamento de sítios arqueológicos, insuficiência das medidas previstas na Portaria IPHAN 230/2002 para compatibilizar a necessidade de assegurar a preservação dos sítios arqueológicos com os estágios de concessão de licenças ambientais, falta de servidores para atuar na área, incompletude da implementação do sistema de gerenciamento do patrimônio arqueológico, falta de parceria com outras entidades que atuam na área e ausência de critérios econômicos para mensurar o esforço despendido pela entidade na análise de EIA/RIMA.¹⁴

Assim, os Ministros do Tribunal de Contas da União – TCU, reunidos em sessão do Plenário, de 17/10/2007, por unanimidade, determinaram ao IPHAN a adoção das seguintes providências:

- a) desenvolver estudo com vistas à implementação de ações que efetivamente venham a conscientizar a população em relação à existência e à importância dos sítios arqueológicos, tal qual se verifica com a publicidade que é promovida em relação a edifícios e cidades históricas;
- b) estudar a possibilidade de promoção de parcerias junto a instituições afins, com a finalidade de desenvolver trabalhos

14 Ata nº 43/2007, Plenário, Data da Sessão: 17/10/2007 – Ordinária, Auditor Augusto Sherman Cavalcanti, Relações nºs 18 e 19/2007, Acórdão nº 2.164/2007, TCU/Plenário, Processo TC 022.813/2006-8, Decisão publicada no DOU nº 202, de 19.10.2007. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portalexternal/MostraDocumento?qn=3&doc=1&dpp=20&p=0>. Acesso em 20 de outubro de 2010.

de divulgação sobre a importância da preservação dos sítios arqueológicos junto à população local;

- c) estabelecer critérios que permitam a visitação turística dos sítios arqueológicos, com a possível cobrança de valores, salientando que o objetivo final desse processo não é a geração de receitas, mas sim o caráter educativo com a devida promoção e divulgação desse patrimônio para a sociedade;
- d) estudar, desenvolver e implantar sistema de ouvidoria, ou mecanismo afim, de maneira a possibilitar o tratamento eficaz e tempestivo das informações e denúncias relacionadas aos sítios arqueológicos;
- e) encaminhar os bens recebidos como resultado da execução de medidas mitigadoras, conforme estabelecido nos Termos de Ajuste de Conduta (TACs), às áreas cuja atribuição seja diretamente ligada à prevenção dos danos motivadores dos respectivos TACs, de forma a diminuir, no médio e longo prazo, tais danos;
- f) alocar profissional da área arqueológica nos trabalhos relativos ao firmamento do Termos de Ajuste de Conduta, com vistas à melhor avaliação dos danos ocorridos nos sítios porventura impactados e à obtenção de melhores propostas nos TACs;
- g) quando do firmamento do Termos de Ajuste de Conduta (TACs), estudar e avaliar de maneira aprofundada os danos infligidos ao patrimônio arqueológico, de forma a estipular valores ou ações que possuam o caráter preventivo que a situação requer e a focar os benefícios ao patrimônio arqueológico atingido, abstendo-se de aceitar TACs cujas medidas mitigadoras sejam simbólicas frente aos danos ocorridos;
- h) formular e normatizar uma sistemática de fiscalização anual dos sítios arqueológicos, inclusive com previsão da possibilidade de estabelecimento de parcerias com Estados, Municípios, IBAMA, universidades, instituições privadas e outras entidades, com vistas ao resguardo desse patrimônio contra atos de vandalismo, bem como adotar as providências necessárias para pôr em execução tal sistemática;
- i) formular e normatizar uma sistemática para análise do tombamento de sítios arqueológicos, que contemple critérios objetivos, bem como adote as providências necessárias para implementar tal sistemática;

- j) estudar a possibilidade de rever a Portaria 230/2002 para alterá-la dispondo que o salvamento arqueológico seja realizado logo após a obtenção da Licença de Instalação, concomitantemente ao início das obras de engenharia, a fim de assegurar que esse tipo de bem seja resgatado com segurança;
- k) elaborar e por em execução um cronograma que contemple as etapas de implementação do Sistema de Gerenciamento de Patrimônio Arqueológico (SGPA), com as respectivas datas de conclusão para cada fase até a total implementação do sistema;
- l) reforçar o número de técnicos em arqueologia e de servidores lotados na Gerência de Arqueologia, bem como estude a possibilidade de criação de um Departamento de Arqueologia, no mesmo patamar do atual Departamento do Patrimônio Imaterial, tendo em vista a importância do tema no escopo das atribuições do Instituto;
- m) estudar a possibilidade de buscar novas parcerias com Estados, Municípios, entidades privadas, universidades e, principalmente, com o IBAMA para que, por meio de concentração de esforços e objetivos em comum, busquem a devida proteção dos sítios arqueológicos nacionais;
- n) estudar a possibilidade de concretizar parceria com a Polícia Federal, com o objetivo de coibir o tráfico de peças arqueológicas;
- o) remeter à Polícia Federal cópia dos anúncios recentemente expostos na *internet*, que denotam a possibilidade de tráfico de peças arqueológicas, para averiguação dos casos;
- p) buscar estabelecer, junto ao CONAMA, critérios mínimos básicos que garantam a real análise da questão dos sítios arqueológicos quando da elaboração do EIA/RIMA, e fazer com que tais critérios sejam inseridos em todos os Termos de Referência atinentes a empreendimentos potencialmente capazes de afetar o patrimônio arqueológico;
- q) estabelecer, em conjunto com o IBAMA, critérios que possibilitem mensurar o percentual da arrecadação de recursos resultantes das análises de EIA/RIMA a ser repassado ao IPHAN, tendo em vista o fato de que essa entidade também arca com despesas administrativas por ocasião das referidas análises;

- r) buscar, em conjunto com o IBAMA e com a STN, em complemento às providências referidas no item anterior, a criação de uma rubrica extra que possibilite a divisão entre o IBAMA e o IPHAN do montante arrecadado por ocasião das análises de EIA/RIMA;
- s) informar nas contas referentes aos exercícios de 2007 e 2008 sobre as providências tomadas pelo Instituto para implementar as determinações e recomendações contidas nos dois itens anteriores.

Na oportunidade do julgamento do relatório da mencionada auditoria, o Tribunal de Contas da União (TCU) também determinou ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, na condição de entidade executora do SISNAMA, comunicar aos órgãos ambientais estaduais e municipais acerca da necessidade de submeter os EIA/RIMA à análise do IPHAN, quando da descoberta da existência de sítios arqueológicos na região afetada pelo empreendimento examinado, com base nos artigos 4º, 5º e 6º da Resolução CONAMA 237/97, sob pena de o IBAMA ter de realizar o licenciamento ambiental, em caráter supletivo, de acordo com o artigo 10 da Lei nº 6.938/81.

7 OS MUSEUS E A EXPOSIÇÃO DOS ACERVOS ARQUEOLÓGICOS

Com efeito, dentro do estágio de exposição dos bens culturais obtidos com os trabalhos arqueológicos os museus, centros culturais e de visitação se apresentam como as entidades privilegiadas para a destinação e o recebimento dos acervos, porquanto guardam estreita e direta correlação com função social primordial em que se acham investidos, consistente no desenvolvimento de estudos, pesquisas e promoção do patrimônio cultural.

Portanto, como unidades técnicas especialmente vocacionadas para a realização de tais fins e atividades, caracterizam-se os museus como centros de excelência para o exercício da incumbência relativa ao recebimento do acervo de bens culturais arqueológicos, efetivando de maneira apropriada a intermediação e o repasse adequado dos conhecimentos científicos obtidos por meio da pesquisa arqueológica para a sociedade.

Como assinala Reixach¹⁵ quanto às principais finalidades técnicas, científicas, recreativas, turísticas, sociais e econômicas a serem desempenhadas por tais entes culturais: “*Los museos son instituciones que*

¹⁵ REIXACH, Lluís Peñuelas I. (editor). *Administración y dirección de los museos: aspectos jurídicos*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Fundació Gala-Salvador Dalí, 2008. p. 552.

adquirem, conservan, documentan, investigan, difunden y exponen al público bienes culturales con fines de estudio, educación e recreo.”

No mesmo sentido, porém, dentro duma perspectiva poética quanto às variadas funções que exerce, afirma Mário de Souza Chagas¹⁶ que os museus

[...] constituem um campo privilegiado tanto para o exercício de uma imaginação criadora que leva em conta o poder das imagens, quanto para a dramaturgia do passado artístico, filosófico, religioso, científico – em uma palavra: cultural. É na moldura da modernidade que o museu se enquadra como palco, tecnologia e nave do tempo e da memória. Como palco, ele é espaço de teatralização e narração de dramas, romances, comédias e tragédias coletivas e individuais; como tecnologia, ele constitui dispositivo e ferramenta de intervenção social; como nave, ele promove deslocamentos imaginários e memoráveis no rio da memória e do tempo. Tudo isso implica a produção de novos sentidos e conhecimentos, a partir dos sentidos, sentimentos e conhecimentos anteriores.

Em nosso ordenamento jurídico a Lei nº 11.904, de 14 de janeiro de 2009, que institui o Estatuto dos Museus, estabelece a seguinte definição para identificação de uma determinada entidade com museu:

Art. 1º Consideram-se museus, para os efeitos desta Lei, as instituições sem fins lucrativos que conservam, investigam, comunicam, interpretam e expõem, para fins de preservação, estudo, pesquisa, educação, contemplação e turismo, conjuntos e coleções de valor histórico, artístico, científico, técnico ou de qualquer outra natureza cultural, abertas ao público, a serviço da sociedade e de seu desenvolvimento.

Assim, independentemente da nomenclatura que ostentar ou lhe for atribuída, qualifica-se uma entidade como sendo de natureza eminentemente “museológica” quando apresentar os elementos configuradores presentes na preconizada definição legal, lhe sendo inteiramente aplicável, em consequência, as respectivas normas decorrentes do aludido regime jurídico de interesse público consubstanciado no aludido “Estatuto dos Museus”.

Dentre os preceitos normativos do preconizado diploma legal de maior relevo para a devida observância pelas entidades museológicas cumpre destacar os princípios consistentes: na valorização da dignidade humana, a promoção da cidadania; o cumprimento da função social; a

16 Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Museus: antropofagia da memória e do patrimônio. Brasília: IPHAN, p. 18, v. 31, 2005.

valorização e preservação do patrimônio cultural e ambiental; a universalidade do acesso, o respeito e a valorização à diversidade cultural; o intercâmbio institucional (Lei nº 11.904, de 2009, art. 2º).¹⁷

Seqüencialmente à promulgação do Estatuto dos Museus procedeu-se à criação pela Lei nº 11.906, de 20 de janeiro de 2009, do Instituto Brasileiro de Museus (IBRAM), autarquia federal vinculada ao Ministério da Cultura, tendo por finalidades e o propósito específico, de acordo com o que estabelece o art. 3º, incisos I, IV, V, VI, VIII e IX, do mencionado Diploma legal:

- a) promover e assegurar a implementação de políticas públicas para o setor museológico, com vistas em contribuir para a organização, gestão e desenvolvimento de instituições museológicas e seus acervos;
- b) estimular e apoiar a criação e o fortalecimento de instituições museológicas;
- c) promover o estudo, a preservação, a valorização e a divulgação do patrimônio cultural sob a guarda das instituições museológicas, como fundamento de memória e identidade social, fonte de investigação científica e de fruição estética e simbólica;
- c) contribuir para a divulgação e difusão, em âmbito nacional e internacional, dos acervos museológicos brasileiros;
- d) desenvolver processos de comunicação, educação e ação cultural, relativos ao patrimônio cultural sob a guarda das instituições museológicas para o reconhecimento dos diferentes processos identitários, sejam eles de caráter nacional, regional ou local, e o respeito à diferença e à diversidade cultural do povo brasileiro;
- e) garantir os direitos das comunidades organizadas de opinar sobre os processos de identificação e definição do patrimônio a ser musealizado.

Também compete ao IBRAM, nos termos do que prescreve a Lei nº 11.906, art. 4º, incisos I a VI, VIII e X a XIII, dentre outras atribuições:

17 Reza ainda o parágrafo único do art. 2º da Lei nº 11.906, de 2009, que a sua aplicação está vinculada aos princípios basilares do Plano Nacional de Cultura e do regime de proteção e valorização do patrimônio cultural.

- a) propor e implementar projetos, programas e ações para o setor museológico, bem como coordenar, acompanhar e avaliar as atividades deles decorrentes;
- b) estabelecer e divulgar normas, padrões e procedimentos, com vistas em aperfeiçoar o desempenho das instituições museológicas no País e promover seu desenvolvimento;
- c) fiscalizar e gerir técnica e normativamente os bens culturais musealizados ou em processo de musealização;
- d) promover o fortalecimento das instituições museológicas como espaços de produção e disseminação de conhecimento e de comunicação;
- e) desenvolver e apoiar programas de financiamento para o setor museológico;
- f) estimular, subsidiar e acompanhar o desenvolvimento de programas e projetos relativos a atividades museológicas que respeitem e valorizem o patrimônio cultural de comunidades populares e tradicionais de acordo com suas especificidades;
- g) promover o inventário sistemático dos bens culturais musealizados, visando a sua difusão, proteção e preservação, por meio de mecanismos de cooperação com entidades públicas e privadas;
- h) promover e apoiar atividades e projetos de pesquisa sobre o patrimônio cultural musealizado, em articulação com universidades e centros de investigação científica, com vistas na sua preservação e difusão;
- i) propor medidas de segurança e proteção de acervos, instalações e edificações das instituições museológicas, visando manter a integridade dos bens culturais musealizados;
- j) propor medidas que visem a impedir a evasão e a dispersão de bens culturais musealizados, bem como se pronunciar acerca de requerimentos ou solicitações de sua movimentação no Brasil ou no exterior;
- k) desenvolver e estimular ações de circulação, intercâmbio e gestão de acervos e coleções.

Como se constata, até o advento da Lei nº 11.904, de 2009, que instituiu o “Estatuto dos Museus”, e da Lei nº 11.906, de 2009, que determinou a criação do Instituto Brasileiro de Museus (IBRAM), o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) exercia a primazia e exclusividade na gestão do patrimônio cultural arqueológico brasileiro, situação que sofreu radical modificação com a promulgação daqueles diplomas legais.

Desse modo a situação atual está a exigir das instituições incumbidas em nível federal da preservação do patrimônio cultural brasileiro uma maior aproximação e diálogo para discutir a elaboração de novos marcos regulatórios para o setor, com vistas à compatibilização das atribuições e competências administrativas, bem assim para reunirem esforços políticos objetivando buscar conjuntamente a edição de legislação atualizada e decreto regulamentar para a matéria, de maneira a atender as necessidades empresariais e expectativas da sociedade dentro dos reclamos da atualidade, com celeridade, eficiência e legalidade, na importante tarefa de preservação dos sítios e acervos arqueológicos.

8 CONCLUSÃO

A arqueologia é uma ciência que tem como objeto de trabalho o estudo das sociedades passadas, em seus diversos aspectos e manifestações culturais, tendo por base os vestígios e elementos materiais deixados por nossos antepassados.

As atividades arqueológicas são de fundamental importância para o conhecimento das origens e do desenvolvimento das sociedades humanas, suas raízes sociais, políticas, econômicas, históricas, enfim, culturais, cuja importância para a humanidade extrapola o interesse localizado no território de um único país ou meramente nacional.

Os sítios e artefatos arqueológicos são bens culturais insubstituíveis, possuindo valor documental único para o estudo do modo de vida dos povos que nos antecederam, independentemente do Estado onde estejam localizados, o que os tornam de interesse universal para toda a humanidade.

Os sítios e artefatos arqueológicos constituem patrimônio cultural brasileiro, com previsão normativa de proteção determinada diretamente no texto da Constituição Federal (arts. 23, III, 24, VII e 216, IV), independentemente da utilização de instrumento jurídico específico para o cumprimento de tal finalidade, tal como o tombamento, inventário, declaração de interesse público, desapropriação *etc.*

Os bens culturais arqueológicos são de propriedade pública e se vinculam, portanto, a regime jurídico especial, do qual decorrem

atributos específicos que assim os qualificam, como a imprescritibilidade, inalienabilidade e não-onerosidade, sendo também irrenunciáveis as atribuições e competências comuns de todos os entes federativos (União, Estados-membros, Municípios e Distrito Federal) para o exercício das atividades visando a sua preservação.

As atividades de proteção do patrimônio cultural arqueológico envolvem vários processos, sendo que os desafios envolvendo o levantamento dos sítios, cadastro, estudos, vigilância, gestão, licenciamento ambiental, educação, pesquisa, fiscalização da saída de bens para o exterior e da comercialização ilícita, bem assim a destinação de artefatos e acervos que compõem o referido patrimônio cultural, exigem debate ampliado, com a participação de especialistas e dos diversos segmentos da comunidade, bem assim a mútua cooperação de todas as instituições públicas e privadas envolvidas com a matéria, como condição precípua para a sua preservação.

A preservação do patrimônio cultural é dever do Estado, a ser exercido em colaboração com a sociedade, conforme determinação constitucional. A legislação brasileira de proteção do patrimônio arqueológico encontra-se defasada, estando a exigir urgente atualização. A sua regulamentação é insuficiente e limitada, devido principalmente à forma jurídica de sua veiculação, por meio de portarias administrativas.

A promulgação da Lei nº 11.904, de 2009, denominada “Estatuto dos Museus”, com a concomitante criação do Instituto Brasileiro de Museus (IBRAM), autarquia federal vinculada ao Ministério da Cultura, situou o Brasil em posição de destaque e vanguarda internacional na área museológica.

Os museus se apresentam como entes especialmente vocacionados para o recebimento e a preservação dos acervos arqueológicos, devido à aptidão que possuem para a realização de pesquisas, estudos, exposição e promoção deste patrimônio cultural.

A revisão das normas que tratam da matéria exigem a colaboração e o diálogo de todas as instituições envolvidas, fazendo-se necessária a participação das comunidades diretamente interessadas para a legitimidade e democratização dos procedimentos.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Rossano Lopes e Adriana Teixeira. *Normas e Gerenciamento do Patrimônio Arqueológico*. São Paulo: IPHAN, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública: comentários por artigo (Lei nº 7.347, de 24/7/85)*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- JORGE, Marcos, André Prous e Loredana Ribeiro. *Brasil rupestre: arte pré-histórica brasileira*. Curitiba: Zencrane Livros, 2007.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MIRANDA, Marcos Paulo de Souza Miranda. *Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro: doutrina, jurisprudência, legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- MORI, Victor Hugo, Marise Campos de Souza, Rossano Lopes Bastos e Haroldo Gallo (Organizadores). *Patrimônio: atualizando o debate*. São Paulo: IPHAN, 2006.
- NAJJAR, Rosana. *Arqueologia histórica: manual*. Brasília: IPHAN, 2005.
- PROUS, André. *Arqueologia Brasileira*. Brasília: Universidade de Brasília, 1992.
- REIXACH, Lluís Peñuelas I. (editor). *Administración y dirección de los museos: aspectos jurídicos*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Fundació Gala-Salvador Dalí, 2008.
- Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. *Museus: antropofagia da memória e do patrimônio*. Brasília: IPHAN, 2005, v. 31.
- Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. *Patrimônio Arqueológico: o desafio da preservação*. Brasília: IPHAN, 2007, v. 33.
- SOARES, Inês Virgínia Prado. *Direito ao (do) Patrimônio Cultural Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

**A DESCONSIDERAÇÃO DA
PERSONALIDADE JURÍDICA EM FACE
DE IMPEDIMENTOS PARA PARTICIPAR
DE LICITAÇÕES E CONTRATAR COM A
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: LIMITES
JURISPRUDENCIAIS**

***THE SEGREGATION OF LEGAL ENTITY STATUS
DUE TO STATE IMPOSED EMBARGOES ON PARTICIPATING IN
BIDDING PROCESSES AND ESTABLISHING GOVERNMENTAL
CONTRACTS: CASE LAW'S PREMISES***

Jessé Torres Pereira Junior
Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Marinês Restelatto Dotti
Advogada da União

SUMÁRIO: Introdução; 1 Hipóteses de impedimentos de participar de licitações e de contratar com o estado; 1.1 Impedimento decorrente de conflito de interesses; 1.1.1 Parente de servidor ou dirigente do órgão ou entidade contratante ou do responsável pela licitação; 1.1.2 Enteado de dirigente competente para a autorização e homologação da licitação; 1.2 Impedimento por efeito de sanção administrativa. 1.3 Cadastro único de fornecedores proibidos de participar de licitações e de celebrar contratos administrativos; 2 A descon sideração da personalidade jurídica (*Disregard Doctrine*); 2.1 Origem; 2.2 Aplicabilidade; 2.3 Positivação no ordenamento jurídico; 2.3.1 Desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do Código Tributário Nacional; 2.3.2 Desconsideração da personalidade jurídica no âmbito da Consolidação das Leis Trabalhistas; 2.4 Desconsideração da personalidade jurídica em julgados do Supremo Tribunal Federal; 2.5 Desconsideração da personalidade jurídica em julgados do Tribunal de Contas da União; 2.6 Requisitos que autorizam a descon sideração da personalidade jurídica; 3 Desconsideração da personalidade jurídica no âmbito das licitações e contratações administrativas; 3.1 Extensão, por ato administrativo, do impedimento de participar de licitação e de contratar com o poder público à sociedade constituída com o propósito de fraudá-lo; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Seria possível à Administração Pública descon siderar a personalidade jurídica de sociedade empresarial, para o efeito de estender-lhe a penalidade aplicada a outra, tendo sido aquela constituída ulteriormente a esta, pelos mesmos sócios e com o mesmo objeto social, no evidente propósito de ladear o impedimento decorrente da sanção e viabilizar a participação da nova sociedade em licitações e contratações com o estado?

Este estudo almeja demonstrar que a descon sideração da personalidade jurídica da sociedade constituída em fraude à lei e com abuso de forma é possível pela Administração Pública, mesmo diante do fato de inexistir previsão legal específica, para o que há expressivo apoio doutrinário e se contam inúmeros precedentes na jurisprudência recente dos tribunais judiciais e de contas, desde que preenchidos certos requisitos, que os gestores devem conhecer e respeitar, sob pena de, visando coibir a fraude, darem ensejo a excessos também prejudiciais ao interesse público.

PALAVRAS-CHAVE: Licitações. Contratos Administrativos. Penalidade. Impedimento. Fraude. Descon sideração da Personalidade Jurídica. Efeitos

ABSTRACT: would it be possible that the state administration uses the disregard doctrine in order to inflict punishment on the company B, whose partners and commercial purposes are the same of those of the company a, previously punished by violation of agreement?

This paper aims to demonstrate that such extended punishment is possible whenever the further company had been organized by fraud and abuse against the law, even if there is no specific rule authorizing such a procedure.

The right to punish, by applying the disregard doctrine, finds substantial support in recent courts decisions, observing conditions that the public agents must know to prevent and coerce frauds, besides being aware to avoid excess also harmful to the public interest.

KEYWORDS: Bidding. Administrative Agreement. Penalty. Impeachment. Fraud. Disregard Doctrine. Effects.

INTRODUÇÃO

A experiência da gestão pública conhece o expediente de constituir-se uma sociedade empresarial nova, com o propósito de contornar a incidência de normas definidoras de hipóteses que proíbem a participação de pessoas físicas ou jurídicas em licitações e contratações com a Administração Pública, seja em razão de vínculos indutores de impedimentos legais ou por efeito de penalidades aplicadas a sociedades anteriores.

A só previsão legal do impedimento ou do efeito da penalidade não tem bastado para dissuadir os impedidos ou os punidos de, mediante tal expediente da constituição de sociedade diversa, intentar, não raro logrando êxito, participar de licitações ou de contratar obras, serviços ou compras com a Administração Pública. Ao contrário, a existência do impedimento ou da penalidade parece estimular a fraude.

Decerto que à base desse expediente – ora tosco, ora refinado, em seus métodos de execução – está o princípio geral de direito segundo o qual a capacidade jurídica que se reconhece às sociedades empresárias regularmente constituídas, para assumir direitos e obrigações, decorre de personalidade própria, que não se confunde com a da pessoa física de seus sócios, seguindo-se que o patrimônio daquelas não responde por obrigações destes e vice-versa. Resulta que o impedimento ou o efeito da penalidade não alcançaria o impedido ou o punido se este passasse a participar de licitações ou contratações por meio de sociedade diversa daquela sujeita ao impedimento ou ao efeito da penalidade.

No direito privado, o abuso, perpetrado pela pessoa física dos sócios, consistente em empunhar como escudo a personalidade jurídica da sociedade, com o fim de livrarem-se de obrigações, gerou a chamada teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que, a princípio em sede doutrinária e jurisprudencial, depois incorporada ao direito legislado, admite que o patrimônio de todos responda pelos encargos descumpridos. Assim é no direito brasileiro desde a década de 1970, quando foram dados os primeiros passos para a sua aplicação em casos concretos, sobretudo em relações de índole comercial. Daí a cogitação de importar-se para as relações de direito público a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

A passagem da tese à prática encontrou inúmeros obstáculos, na evolução quase cinquentenária da aplicação da teoria no direito privado. A mesma tendência se observa na importação desta para a seara do direito público, que se vem intensificando nos últimos dez anos. Por isto que os tribunais, judiciais e de contas, vêm construindo, em suas decisões, as regras e condições sob as quais cabe desconsiderar a personalidade jurídica de sociedades empresárias que, nada obstante impedidas, participam de licitações e contratam com a Administração, dando azo a situações que, se não claramente ilegais, contravêm aos princípios da isonomia, da moralidade e da impessoalidade, que tutelam a administração direta e indireta de todos os poderes de qualquer das esferas da federação, a teor do disposto no art. 37, *caput*, da Constituição da República.

O presente estudo almeja descortinar esse processo evolutivo da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica nas licitações e contratações da Administração Pública, destacando os limites com que a jurisprudência dos tribunais judiciais e de contas a vem balizando. Em seu atual estágio, admite-se a desconsideração, desde que preenchidos certos requisitos, que os gestores devem conhecer e respeitar, sob pena de, visando coibir a fraude, darem ensejo a excessos também prejudiciais ao interesse público.

1 HIPÓTESES DE IMPEDIMENTOS DE PARTICIPAR DE LICITAÇÕES E DE CONTRATAR COM O ESTADO

A Lei nº 8.666, de 21 de julho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Republicana de 1988, e institui normas gerais sobre licitações e contratos no âmbito dos órgãos da Administração direta, fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, estabelece proibições a que pessoas físicas ou jurídicas participem de licitações ou contratem com o estado.

Considerando-se que todo certame seletivo público traduz opção (política pública traçada pela CR/88, art. 37, incisos II e XXI) que democratiza o acesso aos cargos e empregos públicos (concurso) ou aos contratos administrativos (licitação), na medida em que todos os candidatos ou concorrentes são admitidos à disputa, vencendo-a aqueles que, à vista de exigências editalícias isonômicas, comprovarem maior aptidão ou melhor proposta, todas as proibições à participação constituem exceções que hão de ser implementadas na conformidade dos princípios e normas que as definam.

Mas a antiga tese de que ditas exceções não comportam interpretações analógicas ou extensivas, como próprio de todo impedimento ou suspeição que incompatibiliza o agente público com o exercício de função exigente de isenção ou imparcialidade (cf. Humberto Theodoro Junior, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 202. Ed. Forense, 12^a edição, 1993), vem cedendo à compreensão de que, além das normas positivadas, também os princípios ministram os parâmetros necessários à configuração de hipóteses de impedimento. Ou seja, este permanece sendo, ontologicamente, exceção à regra geral da ampla participação em competições seletivas públicas (concursos e licitações) e na celebração de contratos administrativos, porém a configuração do impedimento à participação e à contratação pode emergir tanto da incidência de norma vedativa específica quanto de princípios reitores da função administrativa estatal, flexibilizando-se, destarte e em termos, o recurso hermenêutico à analogia e à extensão.

É que o instituto jurídico do impedimento tem por núcleo conceitual a isenção ou imparcialidade do sujeito, seja este agente público ou pessoa física ou jurídica que pretenda servir à administração pública mediante vínculo contratual. Se o sujeito tem comprometida a sua imparcialidade para bem desempenhar a função, deve ser impedido de fazê-lo. E o conceito de imparcialidade vem sendo depurado, em busca de maior sintonia com os princípios da isonomia, da moralidade e da impessoalidade, notas dominantes do estado democrático de direito.

No campo do direito processual, em que se consolidaram vetustas hipóteses legais de impedimento ou suspeição do juiz e de outros auxiliares da prestação jurisdicional (Código de Processo Civil, artigos 134-138), já se verifica a evolução do conceito de imparcialidade, como faz ver Alexandre Freitas Câmara, *verbis*: “A imparcialidade que se espera do juiz é a que resulta da ausência de qualquer interesse pessoal do juiz na solução da demanda a ele apresentada. Não se pode admitir que um processo seja submetido a um juiz ligado a alguma das partes por laços de parentesco ou amizade (ou mesmo de inimizade), ou que tenha interesse, econômico, jurídico ou de outra

ordem, na vitória de qualquer das partes. O juiz deve ser alguém estranho às partes, sob pena de se desobedecer ao princípio do juiz natural, que exige não só um órgão com competência constitucional preestabelecida, mas também um juiz imparcial, sob pena de se violar a garantia do processo justo” (*Lições de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 49. Ed. Lumen Juris, 20ª edição, 2010).

Basta, no texto supra transcrito, que se leia “agente público” onde se lê “juiz” para que se alcance o teor de imparcialidade que deve nortear a condução dos procedimentos licitatórios e contratuais da Administração Pública, bem como as decisões que serão tomadas no curso de seus respectivos processos. De certo modo, as autoridades que presidem esses processos são os “juízes” administrativos - mais uma decorrência do princípio do “*juízo* objetivo”, regente de todos os certames seletivos públicos (Lei nº 8.666/93, artigos 3º, *caput*, 40, VII, e 45) - da aplicação de recursos públicos e da consecução dos interesses públicos que deve deles resultar, daí não se admitir que tenham qualquer interesse que não seja o público, a exigir-lhes isenção e imparcialidade em relação aos participantes, que, por evidente, são titulares de interesses privados. _

Para os fins deste estudo, importa conhecer-se, previamente, o casuísimo legal na definição das hipóteses que, ao se materializarem em situação concreta, produzem o efeito jurídico legítimo de impedir pessoa física ou jurídica de participar de licitação ou de contratar com a Administração Pública.

Importa porque, como se verá, a possibilidade de desconsiderar-se a personalidade jurídica pressupõe, sempre, o seu uso abusivo, que se consumará, ou não, conforme se comprove que o sujeito sabia encontrar-se em situação de impedimento e ainda assim a desafiou, por meio do escuso expediente de manipular a personalidade de pessoa jurídica diversa, ou tergiversando sobre o sentido da norma ou dos princípios que o censuram.

1.1 IMPEDIMENTO DECORRENTE DE CONFLITO DE INTERESSES

A primeira categoria de hipóteses de impedimento de participar de licitações e de contratar com o estado tem sede no art. 9º da Lei nº 8.666/93, *verbis*:

Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;

II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado.

III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

§ 1º É permitida a participação do autor do projeto ou da empresa a que se refere o inciso II deste artigo, na licitação de obra ou serviço, ou na execução, como consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da Administração interessada.

§ 2º O disposto neste artigo não impede a licitação ou contratação de obra ou serviço que inclua a elaboração de projeto executivo como encargo do contratado ou pelo preço previamente fixado pela Administração.

§ 3º Considera-se participação indireta, para fins do disposto neste artigo, a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários.

§ 4º O disposto no parágrafo anterior aplica-se aos membros da comissão de licitação.

Em tese, poder-se-ia anuir em que o autor do projeto guardaria isenção em sua elaboração, de modo a não lograr qualquer vantagem caso viesse a participar do procedimento licitatório a seguir instaurado para contratar a execução do projeto elaborado. Também o servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação, que detivesse informações privilegiadas sobre o seu regulamento, poderia resistir a fazer uso dessas informações com o fim de beneficiar-se. No entanto, é tão indissociável da natureza humana prevalecer-se dessa situação que a Lei nº 8.666/93 houve por bem de evitar a mera possibilidade de que isso ocorresse. O conflito de interesses é evidente: o da Administração está em manter sob reserva aquelas informações, rente ao disposto no art. 3º, § 3º, da Lei nº 8.666/93 (A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, *salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura*” – o grifo não consta do original); o do autor do projeto ou o do servidor ciente do regulamento antes

de sua publicidade oficial estaria em tirar o maior proveito pessoal de seu conhecimento. É a possibilidade do conflito entre o público e o privado que alicerça o impedimento.

1.1.1 PARENTE DE SERVIDOR OU DIRIGENTE DO ÓRGÃO OU ENTIDADE CONTRATANTE OU DO RESPONSÁVEL PELA LICITAÇÃO

O art. 9º da Lei nº 8.666/93 não estendeu a proibição a parente do servidor ou dirigente do órgão ou entidade pública ou do responsável pela licitação. Parente também pode ser tecnicamente habilitado ao desempenho, a contento, da função pública ou da execução do objeto contratual. Todavia, a contratação de parente confronta com os princípios constitucionais da impessoalidade e da isonomia, contendo elevada probabilidade de resultar em privilégios e favorecimentos, o que justifica vedá-la. Se permitida, importaria em ato sobre o qual penderia sempre a suspeita de motivação espúria, independentemente da aptidão e idoneidade do parente. Por isto que a contratação de parente do servidor ou dirigente do órgão ou entidade pública que promove a licitação ou efetiva a contratação direta, ou de parente do responsável por esses dois procedimentos, viola os princípios da isonomia e da impessoalidade.

Assim decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 579.951-4, rel. Min. Ayres Brito. A Corte Constitucional vedou a prática do chamado nepotismo nos três Poderes da República, expressando que não era necessária a edição de lei formal para coibir a prática do nepotismo, já que tal medida ampara-se diretamente nos princípios inscritos no art. 37 da Constituição Republicana de 1988.

Colhe-se do respectivo aresto:

De fato, embora existam diversos atos normativos no plano federal que vedam o nepotismo, inclusive no âmbito desta Corte, tal não significa que apenas leis em sentido formal ou outros diplomas regulamentares sejam aptos a coibir a nefasta e anti-republicana prática do nepotismo. É que os princípios constitucionais, longe de configurarem meras recomendações de caráter moral ou ético, consubstanciam regras jurídicas de caráter prescritivo, hierarquicamente superiores às demais e 'positivamente vinculantes', como ensina Gomes Canotilho.

A sua inobservância, ao contrário do que muitos pregavam até recentemente, atribuindo-lhes uma natureza apenas programática, deflagra sempre uma consequência jurídica, de maneira compatível com a carga de normatividade que encerram. Independentemente da preeminência que ostentam no âmbito do sistema ou da abrangência

de seu impacto sobre a ordem legal, os princípios constitucionais, como se reconhece atualmente, são sempre dotados de eficácia, cuja materialização pode ser cobrada judicialmente se necessário.

Por oportuna, relembro aqui a conhecida e sempre atual lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo a qual [...] violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É ainda a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda estrutura nelas esforçada.

Ora, tendo em conta a expressiva densidade axiológica e a elevada carga normativa que encerram os princípios abrigados no *caput* do art. 37 da Constituição, não há como deixar de concluir que a proibição do nepotismo independe de norma secundária que obste formalmente essa reprovável conduta. Para o expurgo de tal prática, que lamentavelmente resiste incólume em alguns ‘bolsões’ de atraso institucional que ainda existem no País, basta contrastar as circunstâncias de cada caso concreto com o que se contém no referido dispositivo constitucional.

1.1.2 ENTEADO DE DIRIGENTE COMPETENTE PARA A AUTORIZAÇÃO E HOMOLOGAÇÃO DA LICITAÇÃO

No julgamento de representação contra possíveis irregularidades em licitação conduzida por órgão da Administração Pública federal, o Plenário do Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão nº 2.105/2008, assinou prazo ao órgão para anular o certame, e, em consequência, o contrato dele decorrente, bem como realizar a audiência do ex-dirigente, em razão de “participar indiretamente da licitação referente ao edital da Concorrência nº 350/2006, por meio de seu enteado, [...] sócio da sociedade empresária [...], integrante do consórcio vencedor da licitação, em descumprimento ao disposto no art. 9º, inciso III, § 3º, da Lei nº 8.666/1993 [...]”;

A linha de defesa do responsável objetou: (a) “*não se aplicam as hipóteses exaustivas de proibição de celebração de contratos administrativos, previstas no art. 9º da Lei nº 8.666/1993, à contratação de parente de servidor de entidade contratante*”; (b) “*não há lacuna no rol de proibições do art. 9º, inciso III, da Lei nº 8.666/1993 e do art. 18, inciso II, da Lei nº 9.784/1999, que possa ser preenchida pela aplicação dos princípios gerais do direito e da analogia, conforme Lei de Introdução ao Código Civil, sob pena de usurpar a vontade do legislador ordinário*”.

O voto do relator redarguiu que a interpretação sistemática e analógica do art. 9º, III, §§ 3º e 4º, da Lei nº 8.666/93 legitima elastecer-se a hipótese de vedação da participação indireta de servidor ou dirigente de órgão e entidade com o prestador dos serviços, sem que tal exegese desvirtue a finalidade da norma legal, qual seja a da preservação dos princípios da moralidade administrativa, da impessoalidade e da isonomia.

Para o relator, o fato de a lei considerar participação indireta a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos de obras e bens, incluindo-se, nessa proibição, os membros da comissão de licitação - e do pregoeiro, na modalidade licitatória do pregão, por evidente simetria -, *“não exclui a possibilidade de referida vedação ser estendida, por aplicação analógica, ao dirigente que autoriza e homologa o certame licitatório”*. De acordo com o relator, *“não é lícito ao juiz deixar de aplicar o direito sob o argumento do non liquet – inexistência de norma legal expressa e específica”*, isso porque a própria Lei de Introdução ao Código Civil o autoriza a integrar a norma legal, de maneira a dar-lhe completude e solucionar a lide.

Ainda conforme o relator, a desobediência às vedações albergadas no art. 9º da Lei nº 8.666/93 *“tem natureza eminentemente de ilícito formal, vale dizer, independe da concretização de dano de direcionamento ou de favorecimento indevido à contratada, ao contrário do que pretende fazer crer o então dirigente do [...]”*.

Entendeu a Corte de Contas da União que a autoridade responsável pela autorização e homologação da licitação, no caso concreto, tinha o poder de influir em questões técnicas que pudessem favorecer o consórcio do qual participava a empresa do seu enteado, e também de interferir na condução e fiscalização do contrato resultante da licitação, vale dizer, faltava-lhe a indispensável isenção, *“o que já seria suficiente para caracterizar seu impedimento”*. O Plenário, nos termos do voto do relator, decidiu rejeitar as razões de justificativa da referida autoridade, para ao final aplicar-lhe multa (Acórdão nº 1893/2010, Plenário, Processo nº 020.787/2007-5, Relator Min. Walton Alencar Rodrigues).

1.2 IMPEDIMENTO POR EFEITO DE SANÇÃO ADMINISTRATIVA

O impedimento¹ de participar de licitação e contratar com o estado, por efeito de sanção aplicada, encontra previsão na legislação que

1 Projeto de lei (PLS 80/09) almeja incluir na Lei nº 8.666/93 norma proibitiva à participação em licitação e contratação com o Poder Público, de entidades empresariais condenadas judicialmente por assédio moral contra empregados. De acordo com o projeto de lei, para participar de licitações e contratar com o Poder Público, a entidade empresarial deve comprovar que não foi condenada por prática de coação moral contra seus empregados nos últimos cinco anos. O autor da proposta também sugere a criação do Cadastro

se arrola a seguir. Tratando-se de efeito de penalidade administrativa - somente imponível ao cabo de processo regular, vale dizer, com as garantias da ampla defesa e do contraditório -, o impedimento, aqui considerado, é que dá efetividade à sanção. Sem o efeito do impedimento, a só imposição da penalidade constituiria censura moral, sem repercussão material relevante. De efeito, de nada valeria declarar-se alguém inidôneo sem o conseqüente impedimento de, por isto mesmo, continuar a participar de licitações e de contratar com a Administração.

O impedimento por efeito de penalidade administrativa conta com expressa previsão em nada menos do que sete leis específicas.

Na Lei nº 8.666/93, que institui normas gerais sobre licitações e contratos administrativos:

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

[...]

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade² para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:

I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

Nacional de Proteção contra a Coação Moral no Emprego, a ser gerido por órgão do Poder Executivo. O cadastro seria referência para os gestores públicos que buscam informações qualificadas sobre a atuação dos licitantes no cumprimento de obrigações.

2 O art. 97 da Lei nº 8.666/93 tipifica como crime a admissão à licitação ou a celebração de contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo, cominando a pena de detenção de seis meses a dois anos e multa para o agente público que assim proceder, incidindo na mesma pena aquele que, declarado inidôneo, venha a licitar ou a contratar com a Administração.

II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

Na Lei nº 10.520/02, que instituiu, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a modalidade licitatória do pregão, para aquisição de bens e serviços comuns:

Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no SICAF, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

Na Lei nº 8.443/92 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União):³

Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.

3 Visite-se excerto do Acórdão nº 428/2010 Plenário, que trata da aplicação de penalidade de declaração de inidoneidade para contratar com a Administração Pública Federal: "9.1.1. a oitiva das empresas [...], para que, na pessoa dos seus representantes, apresentem defesa acerca dos fatos relatados nestes autos, que indicam participação de forma fraudulenta no âmbito de licitações realizadas pelo [...], alertando-as de que a rejeição das defesas apresentadas poderá ensejar a declaração de sua inidoneidade para contratar com a Administração Pública Federal, nos termos previstos no art. 46, da Lei nº 8.443, de 1992;"

Compulse-se, também, a Pet 3606/DF (STF), que decidiu conflito de atribuições entre órgão da Administração Pública federal e o TCU, no que tange à declaração de inidoneidade por fraude à licitação: "Conflito de atribuição inexistente: Ministro de Estado dos Transportes e Tribunal de Contas da União: áreas de atuação diversas e inconfundíveis. 1. A atuação do Tribunal de Contas da União no exercício da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das entidades administrativas não se confunde com aquela atividade fiscalizatória realizada pelo próprio órgão administrativo, uma vez que esta atribuição decorre da de controle interno insito a cada Poder e aquela, do controle externo a cargo do Congresso Nacional (CF, art. 70). 2. O poder outorgado pelo legislador ao TCU, de declarar, verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal (art. 46 da L. 8.443/92), não se confunde com o dispositivo da Lei das Licitações (art. 87), que – dirigido apenas aos altos cargos do Poder Executivo dos entes federativos (§ 3º) – é restrito ao controle interno da Administração Pública e de aplicação mais abrangente. 3. Não se exime, sob essa perspectiva, a autoridade administrativa sujeita ao controle externo de cumprir as determinações do Tribunal de Contas, sob pena de submeter-se às sanções cabíveis. 4. Indiferente para a solução do caso a discussão sobre a possibilidade de aplicação de sanção – genericamente considerada – pelo Tribunal de Contas, no exercício do seu poder de fiscalização, é passível de questionamento por outros meios processuais."

Na Lei nº 8.884/94, que transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia:

Art. 24. Sem prejuízo das penas cominadas no artigo anterior, quando assim o exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente: [...]

II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, junto à Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, bem como entidades da administração indireta, por prazo não inferior a cinco anos.

Na Lei nº 10.683/03, que define a competência da Controladoria-Geral da União:

Art. 18. [...] § 1º À Controladoria-Geral da União, por seu titular, sempre que constatar omissão da autoridade competente, cumpre requisitar a instauração de sindicância, procedimentos e processos administrativos outros, e avocar aqueles já em curso em órgão ou entidade da Administração Pública Federal, para corrigir-lhes o andamento, inclusive promovendo a aplicação da penalidade administrativa cabível.

Na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa):

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e 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 dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas

vezes o valor do dano e 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 cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e 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 três anos.

Na Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas sobre eleições:

Art. 81. As doações e contribuições de pessoas jurídicas para campanhas eleitorais poderão ser feitas a partir do registro dos comitês financeiros dos partidos ou coligações.

§ 1º As doações e contribuições de que trata este artigo ficam limitadas a dois por cento do faturamento bruto do ano anterior à eleição.

§ 2º A doação de quantia acima do limite fixado neste artigo sujeita a pessoa jurídica ao pagamento de multa no valor de cinco a dez vezes a quantia em excesso.

§ 3º Sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior, a pessoa jurídica que ultrapassar o limite fixado no § 1º estará sujeita à proibição de participar de licitações públicas e de celebrar contratos com o Poder Público pelo período de cinco anos, por determinação da Justiça Eleitoral, em processo no qual seja assegurada ampla defesa.

Na Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente:

Art. 72. As infrações administrativas são punidas com as seguintes sanções, observado o disposto no art. 6º: [...]

XI - restritiva de direitos. [...]

§ 8º As sanções restritivas de direito são: [...]

V - proibição de contratar com a Administração Pública, pelo período de até três anos.

1.3 CADASTRO ÚNICO DE FORNECEDORES PROIBIDOS DE PARTICIPAR DE LICITAÇÃO E DE CELEBRAR CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A implantação de um cadastro único de fornecedores proibidos de licitar e contratar com o estado é importante ferramenta a ser posta à disposição do gestor público, com o fim de viabilizar o intercâmbio de informações entre os distintos cadastros existentes no âmbito dos diversos órgãos e entidades da Administração Pública.

O Tribunal de Contas da União realizou auditoria na Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI), do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, com o objetivo de conhecer o conjunto de sistemas informatizados que compõem ou subsidiam o portal www.comprasnet.gov.br, no qual são realizados os pregões eletrônicos dos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais (SIGG). Um dos seus módulos é o Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF. Ao apreciar o relatório produzido pela equipe de auditoria, o voto do Relator destacou que o SICAF “*não contempla o registro de ocorrências, a exemplo das impeditivas de contratar, de órgãos ou entidades não integrantes do Sigg e que optaram por ter cadastro próprio, nos termos da Lei nº 8.666/93, art. 34, § 2º. O fato possibilita a contratação de pessoa impedida de licitar e contratar com a Administração Pública, a exemplo das sanções previstas no art. 7º da Lei nº 10.520/2002 e no inciso IV do art. 87 da Lei nº 8.666/93*”. Em razão disso, o relator propôs e o Plenário determinou à Secretaria auditada que:

9.2.9. de forma a possibilitar o intercâmbio de informações de ocorrências de licitantes entre os distintos cadastros de fornecedores, notadamente as impeditivas de licitar e contratar, implemente procedimentos de envio remoto, por exemplo, utilizando *web services*;

9.3. recomendar à Casa Civil da Presidência da República que promova ações com vistas a propor projeto legislativo com o objetivo de tornar efetivas as sanções suspensivas e de declaração de inidoneidade a fornecedores previstas na legislação, tendo em vista a falta de obrigatoriedade de alimentação de um cadastro único de sancionados pelos diversos órgãos e entidades das esferas administrativas;

9.4. comunicar à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional que as sanções a fornecedores definidas na Lei nº 8.666/93, art. 84, inciso IV, e na Lei nº 10.520/2002, art. 7º, podem não ser efetivas, devido à ausência da obrigatoriedade de alimentação de cadastro único de ocorrências de fornecedores pelos diversos órgãos e entidades das esferas administrativas; - Acórdão nº 1647/2010, Plenário, Processo TC-012.538/2009-1, rel. Min. Benjamin Zymler.

Fácil perceber a utilidade que teria tal cadastro único de fornecedores penalizados e, por conseguinte, impedidos de participar de licitações e de contratar com a Administração. Não apenas para garantir a efetividade da medida, como, também, para subsidiar o exame da pertinência da desconsideração da personalidade jurídica em casos concretos, como a seguir se verá.

Também daria passo inicial para distinguir, por contraste indiciário, os quadros societários em que estariam os mesmos sócios de pessoas jurídicas anteriormente impedidas de licitar e de contratar com a Administração Pública, daqueles em que figurariam terceiros, a encobrir os antigos sócios impedidos, ou seja, o que o jargão popular batizou de “laranjas” (pessoas que aparecem como sócias de direito, sem o serem de fato, nem terem ciência dessa situação, muito menos formação e meios para assumirem os respectivos encargos).

2. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA (DISREGARD DOCTRINE)

2.1 ORIGEM

Suzy Elizabeth Cavalcante Koury⁴ leciona sobre a origem da *Disregard Doctrine*.

A partir do século XX foi-se tornando cada vez maior a preocupação da doutrina e da jurisprudência com a utilização da pessoa jurídica para fins diversos daqueles tipicamente considerados pelos legisladores, razão pela qual passaram a buscar meios idôneos para reprimi-la.

Dentre esses meios, VERRUCOLI recorda a chamada teoria da soberania, elaborada pelo alemão HAUSMANN e desenvolvida na Itália por MOSSA, que, segundo ele, constitui um precedente da *Disregard Doctrine*.

De fato, a teoria da soberania, da mesma forma que a *Disregard*, não se baseava em nenhuma norma expressa nos ordenamentos em que foi criada e desenvolvida, consistindo, na verdade, em uma afirmação de princípios considerados de maior importância histórica.

Essa teoria visava a imputar ao controlador de uma sociedade de capitais as obrigações assumidas pela sociedade controlada e por ela não satisfeitas, relevando-se, assim, a substância das relações em detrimento da sua estrutura formal. Em que pese o grande avanço por ela representado, tal teoria não alcançou grande repercussão no plano prático.

⁴ A desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*) e os grupos de empresas. 2. ed. Forense: Rio de Janeiro. 2000. p. 63-64.

Mas foi no âmbito da *common law*, principalmente a norte americana, que se desenvolveu, inicialmente na jurisprudência, a desconsideração da personalidade jurídica.

Com efeito, no ano de 1809, no caso *Bank of United States v. Deveaux*, o juiz Marshall, com a intenção de preservar a jurisdição das cortes federais sobre as *corporations*, já que a Constituição Federal americana, no seu art. 3º, seção 2ª, limita tal jurisdição às controvérsias entre cidadãos de diferentes estados, conheceu da causa.

Como bem assinala WORMSER, não cabe aqui discutir a decisão em si, a qual foi, na verdade, repudiada por toda a doutrina, e sim ressaltar o fato de que já em 1809 ‘...as cortes levantaram o véu e consideraram as características dos sócios individuais.’

Aproveitamos a referência a essa decisão, a mais antiga por nós conhecida, para desfazer duas inverdades acerca do famoso caso inglês *Salomon v. Salomon e Co.*

A primeira delas diz respeito à sua qualificação como o verdadeiro e próprio *leading case da Disregard Doctrine* por vários autores. Na realidade, o caso em questão foi julgado em 1897, portanto, oitenta e oito anos após a primeira manifestação da jurisprudência americana, só sendo possível, assim, considerá-lo como *leading case* no Direito inglês.

Além disso, apesar de o juiz de 1º grau e da Corte de Apelação terem desconsiderado a personalidade jurídica da companhia criada por Salomon, juntamente com 6 (seis) pessoas da sua família, reputando-a como uma extensão da atividade pessoal dele, uma verdadeira *agent* ou *trustee* de Salomon, que continuava sendo o verdadeiro proprietário do estabelecimento que falsamente transferira à sociedade, a decisão foi reformada pela *House of Lords*, sob a alegação de que a companhia havia sido validamente constituída e que Salomon era seu credor privilegiado por ter-lhe vendido o estabelecimento e recebido, por isso, obrigações garantidas por hipoteca.

VERRUCOLI destaca que a relevância atribuída a esse precedente teve, na verdade, uma influência bastante negativa sobre a possibilidade de desenvolvimento da *Disregard Doctrine* no Direito inglês, a ponto de o princípio da separação de subjetividades jurídicas e de responsabilidade patrimonial nele consagrado vir sendo rigorosamente aplicado desde então, salvo algumas exceções.

Portanto, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica vem-se desenvolvendo a partir do século XIX, havendo várias

obras a seu respeito, ressaltando-se as de SERICK e VERRUCOLI, aqui constantemente citadas, algumas leis que a tomam por base e inúmeras decisões judiciais que a aplicam na prática.

Essa disseminação no seu uso faz com que ela seja conhecida por diferentes expressões. Assim é que, fala-se em *piercing the corporate veil*, *lifting the corporate veil*, *cracking open the corporate shell*, nos Direitos inglês e americano; *superamento della personalità giuridica*, no Direito italiano; *Durchgriff der juristischen Person*, no Direito Alemão; *teoría de la penetración ou desestimación de la personalidad*, no Direito argentino; *miséa l'écart de la personnalité morale*, no Direito francês.

2.2 APLICABILIDADE

Tal como hoje consagrada, a desconsideração da personalidade jurídica é aplicável nos casos em que se desvia a pessoa jurídica de sua legítima finalidade, o que caracteriza abuso de direito, com o fim de lesar terceiros ou violar a lei, a configurar fraude. Abuso e fraude são, portanto, os requisitos da aplicação. À falta de qualquer deles, não se admite a desconsideração.

A legislação pátria afinal acolheu a teoria, tendo-a por acenável em hipóteses tais como as de falência, insolvência ou encerramento das atividades da sociedade empresária, se e quando de qualquer forma a personalidade jurídica desta for manejada como obstáculo ao ressarcimento de credores ou instrumento para a prática de ilicitude.

Tornou-se norma legal expressa a de que a personalidade jurídica de uma entidade empresarial, embora inconfundível com a pessoa de seus sócios, não pode ser por estes invocada com o fim de esquivarem-se de responsabilidades por ato praticado com abuso de poder, por meio de fraude ou para prejudicar terceiros em nome da sociedade.

Nos casos mais comuns, a desconsideração da personalidade jurídica é aplicada para afastar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica e envolver o patrimônio particular dos sócios, de modo a que tal patrimônio particular responda pelas obrigações da sociedade. A desconsideração torna os sócios responsáveis, de forma solidária e ilimitada, desde que hajam praticado ato ilícito (civil ou penal), em abuso e fraude contra direito de terceiros, e usando a pessoa jurídica como barreira ou imunidade.

A jurisprudência das cortes judiciais⁵ vem evoluindo no sentido de admitir, também, a chamada desconsideração inversa, que é a que imputa à sociedade responsabilidade por obrigações não cumpridas pelos sócios.

5 V. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.098.712-RS, DJ de 04/08/2010.

Seja na desconsideração propriamente dita ou na invertida, os tribunais tendem a dispensar ação autônoma para a aplicação da medida excepcional, mas assentam que somente nos casos de abuso de direito, desvio de finalidade ou confusão patrimonial, é que será ela legítima e conforme ao direito.

2.3 POSITIVAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Prescindiria de positivação (inscrição no direito legislado mediante norma escrita) a aplicação da teoria da desconsideração, uma vez que ao estado-juiz compete verificar se o direito está sendo adequadamente realizado e aplicá-lo no caso concreto – direito subjetivo individual fundamental garantido pela CR/88, art. 5º, XXXV (“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”). Nada obstante, o legislador houve por bem de albergar a teoria da desconsideração no ordenamento normativo brasileiro.

A iniciativa pioneira coube ao Código de Defesa do Consumidor, cujas regras foram copiadas e estendidas a relações outras que não as de consumo.

Eis o rol de leis cujas normas prevêm a desconsideração da personalidade jurídica, no atual direito positivo brasileiro:

Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor):

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. [...]

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Lei nº 8.884/94 (denominada Lei Anti-truste), que trata da prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica:

Art. 18 A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A

desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Lei nº 9.605/98 (dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente):

Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

Lei nº 10.406/02 (Código Civil Brasileiro):

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

2.3.1 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO ÂMBITO DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

A desconsideração da personalidade jurídica não encontra previsão expressa na Lei nº 5.172/66 (CTN). É inegável, no entanto, a simetria de efeitos produzidos pela desconsideração com a responsabilização solidária dos sócios por atos em que intervieram ou por omissões de que foram responsáveis, no caso de liquidação de sociedade de pessoas, em face da impossibilidade de exigir-se do contribuinte o cumprimento da obrigação tributária principal.

Recorde-se o teor do art. 134 do CTN: *“Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis: [...] VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.”*

A Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001, acrescentou parágrafo único ao art. 116 do CTN, ensejando que a administração fiscal exerce a chamada interpretação econômica do fato gerador, para desconsiderar a forma jurídica de atos ou negócios praticados com fraude à lei e nítido intuito de sonegação fiscal. Eis a vigente redação do art. 116, parágrafo único, do CTN: *“A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.”*

Assim, se o contribuinte simula doação para fugir à incidência de alíquota superior do imposto de renda, de competência federal, permitindo, com tal simulação, a incidência do imposto estadual sobre doações, de alíquota reduzida, poderá a Receita Federal desconsiderar o negócio simulado, passando a tributar a situação com base em sua realidade econômica. Nessa situação, a Administração desconsidera uma forma jurídica (o contrato de doação) e passa a tributar o negócio jurídico simulado com base na realidade econômica subjacente (aquisição de renda), garantindo-se, por esse meio, a preservação do interesse público a que corresponde a correta incidência da exação tributária.

À administração fazendária sempre foi facultada, antes mesmo da vigência do parágrafo único do art. 116 do CTN, a possibilidade de desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados pelo contribuinte ou responsável tributário com o intuito de dissimular a ocorrência do fato gerador. O estado sempre dispôs de mecanismo eficaz de combate à evasão fiscal, na medida em que ao fisco, assegurado ao contribuinte ou responsável o exercício do contraditório e da ampla defesa em processo administrativo, se reconhecia o poder-dever de desconsiderar a forma jurídica de ato ou negócio praticado sob disfarce, na busca de sua realidade econômica. O art. 116, parágrafo único, do CTN veio tão só positivar antigo instrumento de administração tributária.

2.3.2 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO ÂMBITO DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS

Dispõe o artigo 2º, § 2º, da CLT:

Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de recurso especial,⁶ obtemperou que “A teoria da desconsideração da personalidade jurídica - *disregard doctrine* -, conquanto encontre amparo no direito positivo brasileiro (art. 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas, art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, art. 4º da Lei nº 9.605/98, art. 50 do CC/02, dentre outros), deve ser aplicada com cautela, diante da previsão de autonomia e existência de patrimônios distintos entre as pessoas físicas e jurídicas.”

6 Resp nº 1.098.712-RS, DJ de 04/08/2010.

O mencionado dispositivo da CLT não veicula, em verdade, hipótese de desconsideração da personalidade jurídica. Apenas excepciona a autonomia resultante da formação de grupos empresariais, determinando a solidariedade das várias empresas integrantes do grupo, sem cogitar de abuso ou fraude.

Segue-se não se cuidar, propriamente, de desconsideração da personalidade, que pressupõe abuso e fraude, mas de simples solidariedade: a uma, porque não se verifica a ocorrência de hipótese alguma que justifique sua aplicação; a duas, porque reconhece e afirma a existência de personalidades distintas; a três, porque se trata de responsabilidade civil com responsabilização solidária das sociedades pertencentes ao mesmo grupo.

Tal norma trabalhista não se ocupa do uso da pessoa jurídica, almejando, apenas, como da índole desse sistema normativo especial, proteger o empregado, impondo, como garantia de seus direitos, a responsabilidade solidária dos diversos integrantes do grupo empresarial, independentemente de fraude ou abuso. Não se suprime, sequer momentaneamente, a personalidade jurídica, sendo apenas ampliados e compartilhados os riscos da atividade econômica.

2.4 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Os julgados do STF têm reconhecido a possibilidade jurídica da intercomunicação dos patrimônios das pessoas jurídicas e das pessoas físicas de seus sócios, destacando que a responsabilidade destes (sócios) passa a ser ilimitada nas hipóteses de conduta dolosa ou culposa, da violação de lei ou do contrato social, situações que possibilitam a desconsideração da personalidade jurídica.

Trazem-se à colação excertos dos seguintes julgados:

Reputa-se lícita a sociedade entre cônjuges, máxime após o Estatuto da mulher casada. O sócio não responde, em se tratando de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, pelas obrigações fiscais da sociedade, quando não se lhe impute conduta dolosa ou culposa, com violação da lei ou do contrato. Hipótese em que não há prova reconhecida nas decisões das instancias ordinárias de a sociedade haver sido criada objetivando causar prejuízo à Fazenda, tampouco restou demonstrado que as obrigações tributárias resultaram de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou dos estatutos, por qualquer dos sócios. (RE nº 108.728/SP);

Como anotado no despacho inicial, a desconsideração da personalidade jurídica para extensão dos efeitos da falência não depende de ação autônoma e, uma vez lançada, abre a possibilidade de defesa.

No caso concreto, há elementos de convicção que apontam para a confusão patrimonial, independentemente dos diferentes objetivos sociais, como demonstrou a síndica. Ficou provado que a agravante foi constituída como sociedade anônima e dois meses depois adquiriu imóvel da empresa agora falida, por valor muito superior, nominalmente, ao de seu capital social, sem prova da origem ou da destinação. Não há dúvida de que Filtros Logan foi ‘esvaziada’ para prejudicar seus credores, passando imóveis para a Abesa e a industrialização e comércio de acessórios e serviços correlatos para a empresa PNP, todas se confundindo patrimonialmente entre si (v. fls. 107/121, 128/131, 163/167 e 169/242).

Bem ponderou, a propósito, o procurador de justiça que o objetivo social da agravante não é simplesmente civil e que se mostram presentes os requisitos da desconsideração das personalidades jurídicas e de extensão dos efeitos da falência.” (AI-AgR nº 475.564).

2.5 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM JULGADOS DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

O TCU imputou, com supedâneo na desconsideração da personalidade jurídica, responsabilidade e aplicou penalidade de multa a ex-sócios de entidade empresarial por usufruírem pessoalmente de recursos públicos ilicitamente auferidos de órgão municipal contratante (superfaturamento de preços). Veja-se excerto do Acórdão nº 189/2001, Plenário:

Dos fatos:

- a) a empresa [...], em 1994, emitiu notas fiscais relativas a um suposto fornecimento de mercadorias para merenda escolar, verificando-se, depois, que as mesmas eram do tipo ‘calçadas’ (fls. 15/18);
- b) a empresa [...] tem como único negócio o comércio de frangos, inclusive como fazem prova inventários de mercadorias de 1993 e 1994 (fls. 24/25) e os registros de entradas (fls. 33/45), portanto o que torna provável o não recebimento dos bens que constam nas notas fiscais citadas acima, fato que, nos autos, não foi abordado;
- c) como se percebe, o dinheiro do pagamento foi sacado na própria agência, em linguagem mais corriqueira ‘na boca do caixa’ (fls. 59/60), pelos favorecidos que assinam no verso [...];

d) feito um comparativo de preços (fls. 93/94), demonstrou-se que o superfaturamento chegava a 280% em cruzeiros e 193,9%, se calculados em URV, lembrando que pesa, além disso, a provável hipótese de não entrega dos bens. Estando este em indícios e aquele provado, deu-se, a partir daqui, preferência pela irregularidade do sobrepreço (fls. 85);

e) interessante notar que a reunião da Comissão de Licitação foi realizada às 10h do dia 28.02.94 (fls. 122), sagrando vencedora a empresa [...] (não se verificando nem opinando pela paridade do preço com os de mercado). No mesmo dia foi homologado o certame pelo então prefeito (fls. 123). No mesmo dia 28.02.94 foi emitido empenho (fls. 51). No mesmo dia, 28.02.94, foram emitidas as notas fiscais pela [...] (fls. 15 e 17). No mesmo dia os insumos foram recebidos (?) na municipalidade (fls. 15 e 17 - vide atestes). No mesmo dia foi feita a ordem de pagamento (fls. 50). Apenas o cheque foi sacado, mesmo assim no dia seguinte (01.03.94), fls. 59/6;

f) outro fato de nota: a grafia que data o ateste da nota fiscal (fls. 52) parece ser a mesma que data a homologação do certame (fls. 123);

g) mais um elemento digno de nota: a única concorrente na Tomada de Preços nº 01/94 foi uma empresa de frutos do mar (fls. 128);

h) através da Decisão 68/98 - Plenário (fls. 153), foi determinada a conversão do processo em TCE e a citação, solidária, de [...] (ex-prefeito) e [...] (então presidente da Comissão de Licitação);

i) o Exmo. Sr. Ministro-Relator Guilherme Palmeira, em despacho saneador (fls. 171), faz incluir no rol de solidários os demais membros da Comissão de Licitação [...] e a Firma [...], na pessoa de seu representante legal;

j) citada a empresa [...], fatos novos aparecem aos autos com sua resposta (fls. 224/236), em resumo: que os recursos oriundos do pagamento feito à empresa jamais ingressaram em sua contabilidade e, portanto, em seu patrimônio; que em 1996 entrou na sociedade [...]; em maio de 1997, o novo sócio assumiu o controle total da empresa (fls. 225); que o antigo sócio deixou dívidas, ocultas quando da transação, bancárias, fiscais etc; que a empresa [...] encontra-se em sérias dificuldades financeiras.

Do Direito:

Como se observa, os antigos proprietários da empresa [...] agiram com as mais diversas modalidades de fraude: superfaturamento,

venda de bens que nunca existiram legalmente, emissão de notas fiscais ‘calçadas’. Ademais, retiraram o dinheiro referente ao pagamento diretamente no caixa do banco, não o fazendo ingressar em proveito da empresa. Está provado, portanto, que as ações foram em benefício próprio.

Por outro lado, observa-se que a empresa [...] encontra-se em dificuldades financeiras. Sabe-se que quando se parcelam dívidas bancárias ou débitos fiscais, há que se dar como garantia bens em hipoteca ou outra forma de gravame que altere a plenitude do direito de propriedade, principalmente o da disposição. Tais dificuldades estão sendo objeto de diligências para confirmação (primeiramente junto ao cartório de imóveis para verificar hipotecas ou outros ônus reais, mais tarde, junto à Receita Federal para verificar a existência de parcelamento de débito, o que por si só demonstrará garantias necessárias).

Sabe-se que, quando da execução forçada, o credor deve pedir a intimação dos credores pignoratício, hipotecário, anticrético ou usufrutuário (art. 615 do CPC). Como ensina Greco Filho, ‘tem por finalidade cientificá-los para que exerçam os seus direitos, porque, se não se fizer a intimação, a alienação do bem onerado ou gravado será ineficaz em relação ao credor privilegiado’. Ora, penhora de bem gravado, dados os efeitos da sequela, tornarão sua alienação em hasta pública extremamente dificultosa (quem gostaria de adquirir um imóvel hipotecado a um banco?), e mais, há que se verificar a preferência dos créditos fiscais sobre os advindos das condenações do TCU, caso chamados.

Intimados na execução os credores e ante a situação econômica da empresa, é de se esperar que alguns peçam a insolvência da mesma, gerando a classificação dos créditos em ordem de preferência, não se atraindo, no entanto, as execuções fiscais em curso, por expressa disposição legal (art. 187 do CTN e Lei 6.830/80).

É notório, ainda, que a relação da qual participaram a empresa [...] e a Prefeitura de [...] (com recursos federais) é de consumo, aplicando-se, ao caso, os mandamentos do Código de Defesa do Consumidor, em especial:

‘Art. 28 O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

[...]

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores’.

Entretanto, o CDC não está sozinho nessa luta. A Lei n.º 8.884, de 11.06.94, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica (Lei Anti-truste), também trata do assunto, podendo aqui ser utilizada em combinação, através da análise sistemática do direito:

‘Art. 18 A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.’

É exatamente nesta concepção moderna do direito que queríamos chegar para defender a aplicação ao caso da teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica, visto que no caso ocorreram fraude, ilícitos diversos, superfaturamento, benefício pessoal do fruto da ilicitude, troca de proprietários na empresa, dificuldades financeiras etc.

A tese tem sido debatida doutrinariamente por sua utilidade no atendimento ao princípio da Justiça, que, no dizer de Paulo de Barros Carvalho (in Curso de Direito Tributário), ‘é uma diretriz suprema’, é um sobreprincípio, nenhum outro o sobrepuja, ‘ainda porque para ele trabalham’.

Nos Estados Unidos, a desconsideração da personalidade jurídica é aplicada nos casos em que a pessoa jurídica é mero instrumento para cometer fraude, provada através de atos e fatos incompatíveis com um propósito honrado, que sirvam, desta forma, para derrotar a conveniência pública, justificar mal ou defender crime. É a doutrina da *disregard of legal entity* (desconsideração da entidade legal).

No dizer de Rubens Requião: ‘pretende a doutrina penetrar no âmago da sociedade, superando ou desconsiderando a personalidade jurídica, para atingir e vincular a responsabilidade do sócio.’

Os Tribunais brasileiros vêm acolhendo a referida tese, senão vejamos:

ILEGITIMIDADE DE PARTE PASSIVA 'AD CAUSAM'.
SÓCIOS. TEORIA DA 'DESCONSIDERAÇÃO DA
PERSONALIDADE JURÍDICA'. DANOS MATERIAIS.
PENSIONAMENTO DECORRENTE DO FALECIMENTO DE
MENOR QUE NÃO TRABALHAVA.

2. Acolhimento da teoria da 'desconsideração da personalidade jurídica'. O Juiz pode julgar ineficaz a personificação societária, sempre que for usada com abuso de direito, para fraudar a lei ou prejudicar terceiros.

(STJ - RIP: 878.864 Decisão: 22-09-1998 - RESP N° 158.051/RJ, ANO 1998, TURMA:4)

[...]

Concluindo, não é de justiça e conforme o direito contemporâneo esquecer os fatos insertos nos autos para não aplicar ao verdadeiro culpado as penalidades cabíveis, principalmente porque, se não aplicada a regra da desconsideração da personalidade jurídica, poder-se-á estar inviabilizando a execução, não punindo o verdadeiro infrator, impossibilitando a aplicação de sanções outras que não o débito (multa, por exemplo) àqueles que praticaram os ilícitos, usufruíram pessoalmente das verbas ilicitamente auferidas (já que não contabilizaram na empresa e sacaram diretamente no banco), e que não figurarão nos autos, dificultando a apuração da responsabilidade dos mesmos e conseqüente encaminhamento dos fatos ao Ministério Público Federal para as ações de direito, enfim, uma série de conseqüências jurídicas capazes de tornar este processo inefetivo e injusto.

Assim sendo, propomos a citação pessoal de [...], para que respondam pelo superfaturamento de preços, ou recolhimento, no prazo de 15 dias, aos cofres do FNDE a importância de CR\$ 12.390.573,86, a contar de 28.02.94, com os acréscimos legais até a data do efetivo pagamento, tendo como acessórios os fatos da emissão de notas caçadas e da demonstração contábil de que os bens, supostamente fornecidos à Prefeitura Municipal de [...], jamais ingressaram ou saíram dos estoques da Empresa [...], impossibilitando, portanto, sua entrega, aliado ao fato de que os produtos comercializados jamais fizeram parte de seu objetivo social. Esclarecer, ainda, aos citados, o caráter solidário da citação, bem como informando-se da aplicação, aos mesmos, do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, fulcrado no art. 28, *caput* e § 5º, do Código de Defesa do Consumidor, c/c o art. 18 da Lei nº 8.884/94.[...]

- as citações doutrinárias e os precedentes jurisprudenciais colacionados pelos responsáveis 'não têm qualquer referência com a questão da competência para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica';

- 'a *disregard doctrine* foi acolhida pela legislação pátria de forma abrangente', sendo admitidas 'várias hipóteses para a aplicação da desconsideração: a falência, a insolvência, o encerramento de atividades, quando de qualquer forma a personalidade jurídica for obstáculo ao ressarcimento, e, de forma simples, a utilização da sociedade para a prática de atos ilícitos';

- no presente caso, além das práticas ilícitas perpetradas pelos ex-proprietários [...], a situação atual da empresa apresenta obstáculos ao ressarcimento (sua sede está hipotecada junto ao Banco do Nordeste do Brasil e há indícios da existência de débitos previdenciários – fls. 265 e 269/270). [...]

Acórdão [...]

Considerando a pertinência da medida de desconsideração da personalidade jurídica da empresa fornecedora dos produtos, haja vista os diversos ilícitos comprovadamente praticados por seus administradores à época; [...]

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea "c", 19 e 23, inciso III, da Lei nº 8.443/92, em:

a) julgar irregulares as presentes contas e condenar os [...], solidariamente, ao pagamento da quantia de CR\$ 12.370.573,86 (doze milhões, trezentos e setenta mil, quinhentos e setenta e três cruzeiros reais e oitenta e seis centavos), fixando o prazo de 15 (quinze) dias, a contar das notificações, para que os responsáveis comprovem, perante o TCU (art. 165, inciso III, alínea "a", do Regimento Interno), o recolhimento da dívida aos cofres do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, entidade sucessora da extinta FAE, corrigida monetariamente e acrescida dos encargos legais pertinentes, calculados a partir de 28/02/94 até a data do efetivo recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor;" (Processo nº 675.295/1994-7, rel. Min. Guilherme Palmeira).

Aditam-se outros julgados do TCU referentes à desconsideração da personalidade jurídica:

“6. O recorrente argumenta que a citação deveria ter sido dirigida à pessoa jurídica da [...], e não a ele, pessoa física. Indica, em reforço a sua argumentação, o Acórdão nº 322/97 TCU - 2ª Câmara.

6.1 Aduz, em seguida, não estar demonstrada a presença dos requisitos que autorizariam a desconsideração da personalidade jurídica, pois a [...] não teria sido utilizada como escudo para o cometimento de fraude, tendo havido, no máximo, descumprimento contratual justificável.

6.2 Assim, requer o recorrente o reconhecimento da nulidade da citação do Sr. [...] e de todos os atos processuais a ela posteriores, inclusive do Acórdão recorrido.

Análise

7. Para deslinde da questão é oportuno trazer à baila o percuciente parecer exarado pelo Ministério Público junto ao TCU em sede do processo nº TC 400.146/1995-9 (Acórdão nº 145/2000 - Plenário):

‘A responsabilidade do sócio-quotista, neste caso, pode ser ilimitada porque se excedeu no exercício da titularidade da empresa, praticando atos ilícitos.

Nesse sentido, o art. 10 do Decreto nº 3.708, de 1919, dispõe que ‘os sócios-gerentes ou que derem nome à firma não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiro solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei’.

Ainda o art. 16 do mesmo Decreto: ‘As deliberações dos sócios, quando infringentes do contrato social ou da lei, dão responsabilidade ilimitada àqueles que expressamente hajam ajustado tais deliberações contra os preceitos contratuais ou legais’.

Rubens Requião, com habitual proficiência, in ‘Curso de Direito Comercial’, Editora Malheiros, V. 2, 21ª ed., p. 360, asseverou: ‘[...] é necessário insistir na explicação de que a limitação da responsabilidade do sócio não equivale à declaração de sua irresponsabilidade em face dos negócios sociais e de terceiros. Deve ele ater-se, naturalmente, ao estado de direito que as normas legais traçam, na disciplina do determinado tipo de sociedade de que se trate. Ultrapassando os preceitos de legalidade, praticando atos, como sócio, contrários à lei ou ao contrato, tornam-se pessoal e ilimitadamente responsáveis pelas consequências de tais atos’.

De mesmo entendimento, Eloy Paulo Schwelm *in* 'Sociedade por Cotas de Responsabilidade Limitada', Ed. Universitária de Direito, 1ª ed., p. 9, *ex literis*: 'Salientamos que tanto as sociedades por quotas de responsabilidade limitada como as sociedades por ações, têm a característica de não confundirem o seu patrimônio com o de seus sócios, de vez que só em casos especialíssimos é que o patrimônio dos seus membros pode ser comprometido, como no caso do excesso de mandato, violação de contrato ou de qualquer texto legal.'

Enfatize-se, ainda, que a desconsideração da personalidade jurídica está prevista nos art. 134, inciso VII, do Código Tributário Nacional, no art. 28, *caput* e parágrafo 5º do Código de Defesa do Consumidor, bem como nas Leis nº 4.595/64 (Lei do Sistema Financeiro) e 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações).

A jurisprudência tem ratificado e confirmado a disposição legal e doutrinária:

'Nenhuma responsabilidade pessoal assume o diretor pelas obrigações que contrair em nome da sociedade, em virtude do ato regular da gestão, e de evidência que não pode responder com os seus bens por qualquer prejuízo que a sociedade venha a causar a terceiro. Para que o administrador seja responsável civilmente é necessário que o ato por ele cometido seja considerado ilícito pelo Direito'. (2º TACJVSP, Apelação nº 46.705, 2ª Câmara, publicado em ADCOAS, Boletim n. 5º, ano X, p. 789).

Na sociedade por quotas de responsabilidade limitada, a responsabilidade pessoal do sócio, portanto, é limitada, desde que decorrente de atos lícitos e compatível com o seu objeto; fora disso, pode sofrer elastecimento, com a adoção da Teoria da Despersonalização da Pessoa Jurídica.

Sobre o assunto, trazemos excerto do esclarecedor Voto do Exmo Ministro-Substituto José Antônio Barreto de Macedo, Relator do TC 349.013/1995-0, prolatado na Sessão de 6/11/1997, Decisão nº 290/97 - 2ª Câmara:

2. Sobre a responsabilidade dos sócios-gerentes nas sociedades por cotas, ensina Rubens Requião que para os atos que praticar violando a lei e os estatutos, de nada serve ao sócio-gerente o anteparo da pessoa jurídica da sociedade. Sua responsabilidade pessoal e ilimitada emerge dos fatos, quando resultarem de sua violação ou do contrato, causando sua imputabilidade civil e penal (*in* Curso de Direito Comercial, V. 1, Ed. Saraiva, 22ª Edição, p. 358).

3. Tal importância merece a matéria, que no Direito Comercial foi criada, inicialmente nos Estados Unidos da América e na Inglaterra, a doutrina da Desconsideração da Personalidade Jurídica da sociedade mercantil *Disregard of Legal Entity*, sobre a qual discorre o Professor Fran Martins (in Curso de Direito Comercial, Ed. Forense, 22ª edição, p. 216): ‘Constatado o fato de que a personalidade jurídica das sociedades servia a pessoas inescrupulosas que praticassem em benefício próprio abuso de direito ou atos fraudulentos por intermédio das pessoas jurídicas, que revestiam as sociedades, os tribunais começaram a desconhecer a pessoa jurídica para responsabilizar os praticantes de tais atos’.

Esse procedimento chegou ao Brasil, tendo a jurisprudência várias decisões a respeito, como se vê do estudo do Prof. Rubens Requião (o primeiro jurista a tratar do assunto no Brasil), inserto no seu livro *Aspectos Modernos do Direito Comercial* (Ed. Saraiva, 1977, p. 67 e segs.):

4. Diversas decisões há nos tribunais brasileiros sobre a matéria (vg., Acórdão de 13/3/1990, da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Resp nº 0001695, DJ de 2/4/1990):

7.1 Convém frisar que, no caso em comento, o Sr. [...] foi apontado como o responsável por desvio e distribuição irregular de livros didáticos integrantes do PNLD/91 (subitem 2.2 retro). O recorrente ultrapassou, portanto, os preceitos de legalidade, praticando atos contrários à lei e ao contrato, tornando-se, com isso, pessoal e ilimitadamente responsável pelas consequências de tais atos. Assim, embora se possa cogitar que a melhor linha de atuação do Tribunal, para a obtenção de maiores garantias à recomposição do prejuízo causado aos cofres públicos, seja, sempre, em casos como os que agora se discute, optar pela citação solidária da pessoa jurídica com as pessoas físicas de seus sócios, entendemos não ser o caso de se negar validade à citação de f. 282/283, tendo em vista que o sócio majoritário foi chamado a responder pelos atos por ele praticados que redundaram em prejuízo ao erário.

7.2 Cabe registrar, ainda, que o Acórdão nº 322/1997 TCU - 2ª Câmara, citado pelo recorrente, não se aplica ao presente caso, uma vez que trata de concessão fraudulenta de empréstimo bancário, que beneficiou determinada empresa privada e não a pessoa física inicialmente chamada aos autos para se defender. Nesse caso, obviamente, a pessoa jurídica, beneficiária direta do empréstimo, não poderia deixar de ser citada.

7.3 Pelo exposto, temos por improcedente a pretensão do recorrente de tornar nula a citação de f. 282/283.” - Acórdão nº 381/2002, Segunda Câmara, Processo nº 724.013/1993-8, Relator Min. Augusto Sherman Cavalcanti.

Ainda:

“Sumário. REPRESENTAÇÃO FORMULADA COM FULCRO NO ART. 113, § 1º, DA LEI DE LICITAÇÕES. EMPRESA CONSTITUÍDA COM O INTUITO DE BURLAR A LEI. FRAUDE EM LICITAÇÃO. AUDIÊNCIA. REJEIÇÃO DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE DE LICITANTE. NULIDADE DO CERTAME E DA CONTRATAÇÃO.

1. Confirmado que a empresa licitante foi constituída com o nítido intuito de fraudar a lei, cabe desconsiderar a sua personalidade jurídica de forma a preservar os interesses tutelados pelo ordenamento jurídico.

2. Deve ser declarada a nulidade de licitação cujo vencedor utilizou-se de meios fraudulentos. - Acórdão nº 928/2008, Plenário. Processo nº 003.533/2006-1, Relator Min. Benjamin Zymler.

2.6 REQUISITOS QUE AUTORIZAM A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Nada obstante a sua clara e reiterada admissão, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica ainda suscita dúvidas em sua aplicação. Em julgamento da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (Resp nº 1.098.712-RS), o relator, Min. Aldir Passarinho Junior, sublinhou a necessidade de cautela. A turma deu provimento a recurso especial interposto pelos sócios de uma sociedade empresária e reformou acórdão de Tribunal de Justiça estadual. Em síntese, a recorrida (a sociedade empresária) dirigiu ação monitória aos recorrentes, pela emissão de cheques não pagos (houve falência e arrecadação de bens particulares de sócios-diretores da empresa). Os sócios argumentaram que, embora possível a execução, a sentença de primeira instância, que acolhera a pretensão da credora, deveria haver considerado se se caracterizara, ou não, desvio de finalidade ou confusão patrimonial (entre o patrimônio da empresa e o dos sócios), conforme estabelece o artigo 50 do Código Civil, o que não aconteceu. De acordo com o relator do recurso, a Justiça estadual não identificou motivos objetivos que autorizassem a desconsideração da personalidade jurídica, razão pela qual deu provimento ao recurso. Extrai-se do voto do relator:

Tenho que razão assiste aos recorrentes.

Embora desnecessária ação autônoma para a desconsideração da personalidade jurídica, seus efeitos violentos e extensivos aos bens de seus sócios exigem, para o deferimento, a constatação de desvio da finalidade empresarial ou confusão patrimonial entre a sociedade e seus sócios, como já se decidiu. A saber:

FALÊNCIA. ARRECAÇÃO DE BENS PARTICULARES DE SÓCIOS-DIRETORES DE EMPRESA CONTROLADA PELA FALIDA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA (DISREGARD DOCTRINE). TEORIA MAIOR. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO ANCORADA EM FRAUDE, ABUSO DE DIREITO OU CONFUSÃO PATRIMONIAL. RECURSO PROVIDO.

1. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica - disregard doctrine -, conquanto encontre amparo no direito positivo brasileiro (art. 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas, art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, art. 4º da Lei n. 9.605/98, art. 50 do CC/02, dentre outros), deve ser aplicada com cautela, diante da previsão de autonomia e existência de patrimônios distintos entre as pessoas físicas e jurídicas.

2. A jurisprudência da Corte, em regra, dispensa ação autônoma para se levantar o véu da pessoa jurídica, mas somente em casos de abuso de direito - cujo delineamento conceitual encontra-se no art. 187 do CC/02 -, desvio de finalidade ou confusão patrimonial, é que se permite tal providência. Adota-se, assim, a “teoria maior” acerca da desconsideração da personalidade jurídica, a qual exige a configuração objetiva de tais requisitos para sua configuração.

3. No caso dos autos, houve a arrecadação de bens dos diretores de sociedade que sequer é a falida, mas apenas empresa controlada por esta, quando não se cogitava de sócios solidários, e mantida a arrecadação pelo Tribunal a quo por ‘possibilidade de ocorrência de desvirtuamento da empresa controlada’, o que, à toda evidência, não é suficiente para a superação da personalidade jurídica. Não há notícia de qualquer indício de fraude, abuso de direito ou confusão patrimonial, circunstância que afasta a possibilidade de superação da pessoa jurídica para atingir os bens particulares dos sócios.

4. Recurso especial conhecido e provido.

3 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO ÂMBITO DAS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES ADMINISTRATIVAS

Em vista da inexistência de norma legal expressa nesse campo do direito positivo brasileiro, é legítima a aplicação da teoria desconsideração da personalidade jurídica no âmbito das licitações e contratações administrativas?

Alinhando-se a outros autores de nomeada, Ricardo Watanabe⁷ entende que sim, *verbis*:

A atuação administrativa deve se pautar pela observância dos princípios constitucionais, explícitos ou implícitos, deles não podendo afastar-se sob pena de nulidade do ato administrativo praticado. O art. 37 da Constituição Federal prevê expressamente que ‘a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência’.

Daí a indagação: com base no princípio da legalidade, aplica-se a teoria da desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa, apesar de não haver norma específica prevendo tal conduta da Administração Pública?

Em primeiro lugar, é importante ressaltar que o princípio da legalidade obriga a administração pública a somente agir, no exercício de sua atividade funcional, conforme expressa previsão na lei. A Administração Pública não possui vontade pessoal.

No entanto, além do princípio da legalidade, existem outros aplicáveis especificamente às licitações, quais sejam: isonomia; publicidade; impessoalidade; moralidade; proibidade administrativa; vinculação ao instrumento convocatório e adjudicação compulsória (Lei nº 8.666/93).

No caso de fraude no procedimento licitatório, há evidente ofensa ao princípio da moralidade. Uma empresa constituída com desvio de finalidade, com abuso de forma e em nítida fraude à lei, que venha a participar de processos licitatórios, abrindo-se a possibilidade de que a mesma tome parte em um contrato firmado com o Poder Público, afronta os princípios de direito administrativo.

No particular, se, num lado, há o princípio da legalidade como controle da atuação administrativa, noutro, existem princípios (como o da

⁷ Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2746/Desconsideracao-da-personalidade-juridica-no-ambito-das-licitacoes>>.

moralidade administrativa e o da indisponibilidade do interesse público) que também não devem ser respeitados pela Administração Pública.

Diante de tal conflito, no intuito de se extrair a maior eficácia da atuação do Poder Público no caso concreto, deve-se proceder à ponderação, de modo que se atinja a melhor solução, harmonizando os referidos dogmas, sem que a aplicação de um deles acarrete o sacrifício de outro.

Não por outra razão, o princípio da legalidade tem sido tratado numa concepção moderna, que não exige tão somente a literalidade formal, mas a análise sistemática do ordenamento jurídico vigente.

Destarte, o simples fato de não haver norma específica autorizando a desconsideração da personalidade jurídica não pode impor à Administração que permita atos que afrontem a moralidade administrativa e os interesses públicos envolvidos. Embora não haja regra legal específica, deve-se empregar a analogia e os princípios gerais de direito (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 7º). Daí porque aplica-se, com uma maior flexibilidade, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa.

Ora, até com base no próprio princípio da legalidade, não parece razoável permitir o abuso de direitos e a validade de ato praticado com manifesto intuito de fraudar a lei.

Vale o escólio de LAMARTINE CORREIA DE OLIVEIRA:

[...] *o desconhecimento da forma da pessoa jurídica em casos de fraude à lei não passa de aplicação específica do princípio geral segundo o qual o abuso de um instituto jurídico não pode jamais ser tutelado pelo ordenamento jurídico.* [...]

Provado o intuito de fraude à norma legal, será perfeitamente defensável decisão que desconheça a pessoa jurídica (RT 06/52).

[...]

Com efeito, no caso das licitações, havendo inequívoca intenção de fraudar a lei, parece perfeitamente plausível a desconsideração da personalidade jurídica da empresa licitante para que também sejam estendidas as sanções aos sócios, de modo que respondam solidariamente pela lesão patrimonial e sejam punidos conforme prevê a lei.

Ora, se os bens da empresa forem insuficientes ao ressarcimento dos danos causados ao patrimônio público, os quais, vale dizer, foram causados pelos sócios daquela, cabível é a responsabilização

destes. Não se justifica favorecê-los com a intangibilidade de seu patrimônio pessoal, como se houvessem de ser beneficiados apesar de terem afrontado o ordenamento jurídico.

3.1 EXTENSÃO, POR ATO ADMINISTRATIVO, DO IMPEDIMENTO DE PARTICIPAR DE LICITAÇÃO E DE CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO À SOCIEDADE CONSTITUÍDA COM O PROPÓSITO DE FRAUDÁ-LO

É juridicamente possível à Administração Pública, enfim, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade empresarial, para o efeito de estender-lhe a penalidade aplicada a outra, tendo sido aquela constituída ulteriormente a esta, pelos mesmos sócios e com o mesmo objeto social, no evidente intuito de ladear o impedimento decorrente da sanção e viabilizar a participação da nova sociedade em licitações e contratações com o estado?

A resposta é afirmativa. Como forma de garantir à Administração Pública instrumento eficaz de combate à fraude, é de admitir-se, em homenagem aos princípios que, na Constituição da República, tutelam a atividade administrativa do estado, a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade constituída em fraude à lei e com abuso de forma, mesmo diante do fato de inexistir previsão legal específica, para o que há expressivo apoio doutrinário e se contam inúmeros precedentes na jurisprudência recente dos tribunais judiciais e de contas.

A indagação imediatamente seguinte é a de se saber se a desconsideração dispensaria a intervenção do Poder Judiciário, uma vez que, em tese, implica restrição de direito garantido pela Constituição com a maior amplitude, qual seja o do acesso isonômico a licitações e contratos administrativos. A resposta é também afirmativa, graças à chamada auto executoriedade dos atos administrativos e desde que previamente assegurada à sociedade acusada a ampla defesa em processo administrativo regular.

De efeito.

O ato administrativo nasce com qualidades decorrentes da presença do interesse público na função estatal. São os atributos da presunção de veracidade e legitimidade, de exigibilidade e de auto executoriedade. A auto executoriedade é a qualidade do ato administrativo que autoriza a Administração a executá-lo direta e imediatamente, independentemente de provimento judicial. Sua última *ratio* é a de evitar o dano social por meio de providências de natureza administrativa, insertas na competência da autoridade estatal.

Por isto os atos providos de auto executoriedade acham-se, com frequência, nas medidas que visam, sobretudo, à prevenção de dano social, que sobreviria sem a medida preventiva, tais como: requisição de bens para acudir a perigo público iminente (CF/88, art. 5º, XXV); preservação da finalidade que resulta da afetação de bens públicos, quando indevidamente utilizados por terceiros, de modo a desviar o bem do uso comum do povo ou de sua destinação especial (remoções de favelas em logradouros públicos ou áreas de proteção ambiental); atos de polícia administrativa em geral (*vg.*, destruição de alimentos impróprios para o consumo público, deferimento ou indeferimento de licenças, seja para edificar, para localizar e funcionar atividade profissional, ou para circular com veículos automotores pela via pública).

No direito público, a auto executoriedade é a regra, mesmo quando não expressamente prevista em lei. No direito privado, é exceção somente admissível diante de expressa previsão legal (*vg.*, desde o Código Civil de 1916, art. 160 - atos praticados em legítima defesa ou no regular exercício de um direito, destruição de coisa alheia para remover perigo iminente -; 502 - desforço possessório ; 558 - direito de vizinhança, corte de galhos e raízes pelo proprietário do terreno por eles invadido, todos reproduzidos em disposições equivalentes no Código Civil de 2002).

Os atos administrativos desprovidos de auto executoriedade referem-se aos direitos e garantias fundamentais que circulam na ordem constitucional e, por isto, somente se sujeitam à ordem administrativa em situações excepcionais. De ordinário, a auto executoriedade, porque qualidade do que é administrativo, não ultrapassa o limite traçado pelos direitos fundamentais garantidos pela ordem constitucional, o principal dos quais é o direito de propriedade.

As principais exceções à auto executoriedade decorrem do confronto com o direito de propriedade, em que a vontade do proprietário pode validamente opor-se à execução do ato administrativo pela própria Administração, daí ser imperiosa a mediação da tutela jurisdicional, tais como:

- (a) na desapropriação (a natureza do decreto declaratório da utilidade ou necessidade pública, ou interesse social, para fins de desapropriação; ato meramente declaratório, que implementa condição para que se venha a desapropriar; a fase executória da desapropriação somente se esgota na esfera administrativa se houver acordo com o proprietário quanto ao valor do preço indenizatório; caso contrário, a fase de execução terá por sede ação especial, cujo processo judicial tem índole executória, objetivando a apuração daquele valor);

(b) na interdição de obra em curso, nos lindes da propriedade, em violação do projeto licenciado ou sem licença (CPC, art. 934, III - ação de nunciação de obra nova); a Administração, por seu órgão de polícia edilícia, pode impor embargo administrativo e multa, mas se, ainda assim, o proprietário prossegue na obra ilegal, o Município terá de propor a ação nunciatória, vedado que auto execute o ato de impedi-lo *manu militari*;

(c) o mesmo raciocínio cabe no desfazimento de obra concluída, em que à resistência do proprietário responderá o ente público com o ajuizamento de ação demolitória, defeso que invada a propriedade e ponha abaixo a edificação que entenda clandestina ou ilegal;

(d) a cobrança da dívida ativa, constituída em processo administrativo, terá de ocorrer por meio do aforamento de executivo fiscal, incabível que a Fazenda credora auto execute a dívida.

Emerge que tais exceções se justificam porque a auto execução administrativa acarretaria, nesses atos, a postergação, acompanhada de desapossamento imediato, de atributos inerentes ao direito de propriedade garantido na Constituição, o que só se tolera sob o pálio da jurisdição, observado o devido processo legal (CR/88, art. 5º, incisos XXII, XXIV, LIV e LV).

Do ato administrativo de desconsideração da personalidade jurídica de sociedade empresária, que age com comprovado abuso de direito e pratica fraude contra a Administração, não surte supressão de direito algum, porém, ao revés, restauração de direito que o abuso e a fraude pretendiam eliminar. Pondere-se que a sociedade fraudadora estava impedida de participar de licitação e de contratar, cabendo à Administração, no exercício regular de seus poderes-deveres de atender à ordem jurídica, fazer prevalecer o impedimento nesta previsto. A cautela que se impõe à Administração estará em comprovar o abuso e a fraude, em processo administrativo no qual garanta a ampla defesa e o contraditório. Não comprovados o abuso e a fraude, impedimento não haverá à participação e à contratação, ainda que a conduta da sociedade pudesse parecer equivocada.

O Superior Tribunal de Justiça referendou a extensão dos efeitos da penalidade administrativa de proibição à empresa constituída ulteriormente com o propósito de fraudar a lei, conforme se depreende da ementa do julgamento proferido no RMS nº 15.166-BA, *verbis*:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SANÇÃO DE INIDONEIDADE PARA

LICITAR. EXTENSÃO DE EFEITOS À SOCIEDADE COM O MESMO OBJETO SOCIAL, MESMOS SÓCIOS E MESMO ENDEREÇO. FRAUDE À LEI E ABUSO DE FORMA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA ESFERA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DA INDISPONIBILIDADE DOS INTERESSES PÚBLICOS.

- A constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, com o objetivo de burlar a aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações, n.º 8.666/93, de modo a possibilitar a aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída.

- A Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular.

Anotem-se as considerações do Relator, Min. Castro Meira:

A discussão travada nos autos gira em torno da possibilidade de estender a uma sociedade empresária, na esfera administrativa e com base na teoria da desconconsideração da personalidade jurídica, os efeitos de uma sanção aplicada pela Administração Pública a outra sociedade formada pelos mesmos sócios e com mesmo objeto social.

A Recorrente alega ausência de previsão legal que autorize o Estado da Bahia a aplicar, em situação fática como a presente, a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica. Aduz, também, que somente o Judiciário, nas situações envolvendo relação de consumo, e com base no art. 28 do CDC, poderia desconsiderar a personalidade jurídica de uma sociedade para atingir a figura de seus sócios.

A solução da presente controvérsia demanda, em primeiro plano, a análise do processo de constituição da sociedade recorrente, para que então seja possível afirmar-se, com razoável margem de certeza, se agiu ou não em fraude à lei. Em segundo plano, torna-se não menos importante a análise sobre a possibilidade de aplicação, na esfera administrativa, da teoria da desconconsideração da

personalidade jurídica, à margem de previsão legal específica e sem pronunciamento judicial neste sentido.

Quanto à primeira questão, as informações contidas nos autos dão conta de que a Recorrente é uma empresa de ‘fachada’, constituída com o único objetivo de fraudar a aplicação de sanção administrativa imposta à sociedade COMBAIL LTDA, que foi declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, por ter apresentado documento falso em processo licitatório. Assim, a ora Recorrente apresenta o mesmo quadro societário, o mesmo objeto social e o mesmo endereço da empresa COMBAIL LTDA., o que, de certa forma, é dado mais que suficiente para caracterizar fraude à lei e permitir a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

O Estado da Bahia, no Parecer de fls. 25/31, traz aos autos alguns dados complementares que corroboram a atuação fraudulenta da Recorrente, como, *v.g.*, a *‘continuidade de passivos a descoberto de natureza tributária ou trabalhista da sociedade anteriormente punida, continuidade dela sem baixa na JUCEB, ou com sua baixa seguida da constituição da nova sociedade, uso do mesmo acervo de equipamentos, móveis e utensílios, com ou sem sua aquisição à sociedade punida, identidade ou predominância dos mesmos empregados, sobretudo a nível gerencial ou administrativo.’*

Assim, não há como negar que as informações carreadas aos autos pelo Estado da Bahia militam, inegavelmente, em desfavor da sociedade Recorrente. Uma empresa constituída com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com sede no mesmo endereço, dificilmente conseguirá provar que não agiu em fraude à lei, para furtar-se dos efeitos danosos de uma sanção administrativa. Parece claro, no presente caso, que a Recorrente valeu-se do ‘véu da pessoa jurídica’ - para usar de metáfora já consagrada -, com o evidente intuito de fraudar a lei e descumprir uma punição administrativa que lhe havia sido imposta.

Firmado o entendimento de que a Recorrente foi constituída em nítida fraude à lei e com abuso de forma, resta a questão relativa à possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, na esfera administrativa, sem que exista um dispositivo legal específico a autorizar a adoção dessa teoria pela Administração Pública.

A atuação administrativa deve pautar-se pela observância dos princípios constitucionais, explícitos ou implícitos, deles não podendo afastar-se sob pena de nulidade do ato administrativo praticado. E esses princípios, quando em conflito, devem ser

interpretados de maneira a extrair-se a maior eficácia, sem permitir-se a interpretação que sacrifique por completo qualquer deles.

Se, por um lado, existe o dogma da legalidade, como garantia do administrado no controle da atuação administrativa, por outro, existem Princípios como o da Moralidade Administrativa, o da Supremacia do Interesse Público e o da Indisponibilidade dos Interesses Tutelados pelo Poder Público, que também precisam ser preservados pela Administração. Se qualquer deles estiver em conflito, exige-se do hermenauta e do aplicador do direito a solução que melhor resultado traga à harmonia do sistema normativo.

A ausência de norma específica não pode impor à Administração um atuar em desconformidade com o Princípio da Moralidade Administrativa, muito menos exigir-lhe o sacrifício dos interesses públicos que estão sob sua guarda. Em obediência ao Princípio da Legalidade, não pode o aplicador do direito negar eficácia aos muitos princípios que devem modelar a atuação do Poder Público.

Assim, permitir-se que uma empresa constituída com desvio de finalidade, com abuso de forma e em nítida fraude à lei, venha a participar de processos licitatórios, abrindo-se a possibilidade de que a mesma tome parte em um contrato firmado com o Poder Público, afronta aos mais comezinhos princípios de direito administrativo, em especial, ao da Moralidade Administrativa e ao da Indisponibilidade dos Interesses Tutelados pelo Poder Público.

A concepção moderna do Princípio da Legalidade não está a exigir, tão-somente, a literalidade formal, mas a intelecção do ordenamento jurídico enquanto sistema. Assim, como forma de conciliar o aparente conflito entre o dogma da legalidade e o Princípio da Moralidade Administrativa é de se conferir uma maior flexibilidade à teoria da desconsideração da personalidade jurídica, de modo a permitir o seu manejo pela Administração Pública, mesmo à margem de previsão normativa específica.

Convém registrar, por oportuno, que a aplicação desta teoria deve estar precedida de processo administrativo, em que se assegure ao interessado o contraditório e a mais ampla defesa, exatamente como realizado no caso dos autos. Ao prejudicado restará sempre aberta a porta do Judiciário, para que então possa provar, perante um órgão imparcial, a ausência de fraude à lei ou de abuso de forma, afastando, por conseguinte, a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. No presente caso, a Recorrente não se desincumbiu desse ônus probatório.

Ademais, como bem lançado no Parecer Ministerial acostado às fls. 173/179, o abuso de um instituto de direito não pode jamais ser tutelado pelo ordenamento jurídico. Seria uma grande incongruência admitir-se a validade jurídica de um ato praticado com fraude à lei, assim como seria desarrazoado permitir-se, com base no Princípio da Legalidade, como é o caso dos autos, a sobrevida de um ato praticado à margem da legalidade e com ofensa ao ordenamento jurídico. Não pode o direito, à guisa de proteção ao Princípio da Legalidade, atribuir validade a atos que ofendem a seus princípios e institutos.

Neste diapasão, acompanhe-se o escólio do Ilustre Professor Lamartine Correia de Oliveira (RT nº 06, pág. 052):

[...] o desconhecimento da forma da pessoa jurídica em casos de fraude à lei não passa de aplicação específica do princípio geral segundo o qual o abuso de um instituto jurídico não pode jamais ser tutelado pelo ordenamento jurídico.

[...]

Provado o intuito de fraude à norma legal, será perfeitamente defensável decisão que desconheça a pessoa jurídica.

4 CONCLUSÃO

A definição genérica da teoria da desconsideração, posta no art. 50 do vigente Código Civil, estabeleceu a regra geral de conduta para todas as relações jurídicas, possibilitando a emenda de simulações, fraudes e outras situações em que o respeito à forma societária produziria soluções contrárias à sua função inerente e aos princípios consagrados pelo ordenamento jurídico.

Deixar de aplicá-la nas licitações e contratações administrativas, a pretexto de inexistência de específica previsão legal, ampararia e estimularia a fraude, ao invés de coibi-la.

A possibilidade de desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade ulteriormente constituída, para o fim de a ela estender os efeitos de penalidade aplicada à empresa anterior, respeita o princípio da moralidade, consagrado no *caput* do art. 37 da Constituição Republicana de 1988 como pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública, sendo, portanto, imoral a contratação de sociedade empresária criada no deliberado propósito de abusar do direito e de praticar a fraude. Desse modo, uma vez comprovados, em processo regular, o abuso e a fraude na constituição e na gestão

da nova sociedade, deve ser esta alijada do cenário das licitações e contratações administrativas.

Tal conclusão tem sido prestigiada pelo decisório dos tribunais, inclusive com a preocupação didática de decompor os elementos estruturais da definição adotada pelo art. 50 do Código Civil, ao que dimana do voto condutor do julgamento proferido no Recurso Especial nº 948.117-MS, rel. Min. Nancy Andrighi, no STJ, aos 22.06.2010, *verbis*: "... este Superior Tribunal sedimentou o entendimento de ser possível a desconstituição da personalidade jurídica dentro do processo de execução ou falimentar, independentemente de ação própria. Por outro lado, expõe que, da análise do art. 50 do CC/2002, depreende-se que o ordenamento jurídico pátrio adotou a chamada teoria maior da desconsideração, segundo a qual se exige, além da prova de insolvência, a demonstração ou de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração) ou de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração). Também explica que a interpretação literal do referido artigo, de que esse preceito de lei somente serviria para atingir bens dos sócios em razão de dívidas da sociedade e não o inverso, não deve prevalecer... a desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para, contrariamente ao que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir, então, o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações de seus sócios ou administradores. Assim, observa que o citado dispositivo, sob a ótica de uma interpretação teleológica, legitima a inferência de ser possível a teoria da desconsideração da personalidade jurídica em sua modalidade inversa, que encontra justificativa nos princípios éticos e jurídicos intrínsecos à própria *disregard doctrine*, que vedam o abuso de direito e a fraude contra credores. Dessa forma, a finalidade maior da *disregard doctrine* contida no preceito legal em comento é combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios..."

Nenhum sentido haveria, destarte, em excluir a Administração Pública do emprego legítimo, observados os requisitos consagrados na jurisprudência dos tribunais, ao interpretar princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais, da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, às portas desta assumir as galas de instituto jurídico aplicável em todos os segmentos, públicos e privados, de sistema jurídico do estado democrático de direito, comprometido com resultados de interesse público, tal como surte da Constituição da República de 1988 e recomenda o princípio, que permeia todo o constitucionalismo pós-moderno, da supremacia da Constituição.

REFERÊNCIAS

- BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v. I. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CHARLES, Ronny. *Lei de licitações públicas comentadas*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.
- CRETELLA JÚNIOR, Jose. *Das licitações públicas*. 18. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- _____. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- GASPARINI, Diogenes. *Crimes na licitação*. 2. ed. São Paulo: NDJ, 2001.
- _____. (Coord). *Pregão presencial e eletrônico*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2000.
- MAFFINI, Rafael. *Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. v. I. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Constituição e segurança jurídica*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- WATANABE, Ricardo. *Desconsideração da personalidade jurídica no âmbito das licitações*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br>>.
- ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo e Controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

O VÍCIO DA DECISÃO JUDICIAL FUNDADA EM LEI DECLARADA INCONSTITUCIONAL OU FUNDADA EM INTERPRETAÇÃO OU APLICAÇÃO DA LEI TIDAS PELO STF COMO INCOMPATÍVEIS COM A CONSTITUIÇÃO: MAIS UM CASO DE COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL?

THE VICE OF JUDICIAL DECISION THAT APPLIES A LAW DECLARED UNCONSTITUTIONAL OR APPLIED OR INTERPRETED AS INCOMPATIBLE WITH THE CONSTITUTION BY THE STF: ANOTHER CASE OF UNCONSTITUTIONAL RES JUDICATAE?

Ricardo Marques de Almeida

Procurador Federal no Estado do Rio de Janeiro. Ex-Assessor Jurídico do Ministério Público do Estado da Bahia. Pós-graduado em direito processual civil.

SUMÁRIO: 1 Considerações preliminares; 2 Das hipóteses de cabimento dos embargos do art. 741, I, II e par. único, do CPC; 3 O conteúdo do princípio da segurança jurídica; 4 Repercussão no processo civil subjetivo; 4.1 Quais decisões do Supremo Tribunal Federal ensejam a incidência do art. 741, par único, do CPC?; 4.2 Qual o momento para aplicação da regra?; 4.3 Rescisão automática ou necessidade de novo pronunciamento? E qual o prazo?; 4.4 Nova pretensão nascida da decisão do STF e prazo para seu exercício; 5 Conclusões; Referências.

RESUMO: a regra do art. 741, par. único, do CPC tem ensejado controvérsias e interpretações restritivas sob o receio da doutrina de se macular a segurança jurídica e de se fomentar o vírus do relativismo sobre a garantia constitucional da coisa julgada. No entanto, a regra, que traz uma nova hipótese de desfazimento de um vício transrescisório, não causa insegurança porque desconstitui sentenças que não são capazes de propiciar segurança e somente encontra aplicação em hipóteses residuais.

PALAVRAS-CHAVE: Art. 741, par. único, do CPC. Decisão judicial. Garantia da coisa julgada. Vício Transrescisório. Segurança jurídica.

ABSTRACT: the rule of article 741, sole paragraph, of the Code of Civil Procedure has been the subject of controversy and restrictive interpretations, due to scholarly fear of jeopardizing legal security and stimulating the virus of relativism over the constitutional guarantee of *res judicatae*. Nonetheless, the rule, which brings new grounds for dissolving a decision tarnished by vice, does not create such insecurity, to the extent that it undoes sentences that are not capable of generating security in the first place, and only applies to residual cases.

KEYWORDS: Art. 741, sole paragraph, of Code of Civil Procedure. Judicial decision. *Res judicatae* guarantee. Cross rescission. Legal security.

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A possibilidade de existir decisões judiciais que dispensam tratamento díspar a casos assemelhados costuma ser justificada em razão do princípio do livre convencimento motivado do juiz. A aplicação do direito ao caso concreto, embora reconhecidamente não se dê num sistema dedutivo, que se opera pela lógica cartesiana, que atribuiria ao juiz apenas desvendar a única solução possível extraída do enunciado normativo¹, cria um ambiente de independência judicial, que é essencial à existência de um Estado de Direito. Os juízes julgam de acordo com suas consciências e de acordo com a interpretação que dão às leis da República. No entanto, essa liberdade implica a possibilidade de tratar situações iguais de maneira desigual, afinal uma norma jurídica só existe quando interpretada². E as variações de sentido porque podem ser decididos um mesmo caso pode m colocar em questionamento a *justiça* e a *segurança* das decisões judiciais, principalmente aos olhos dos destinatários das normas.

A preocupação com a uniformidade da aplicação do direito tem sido encarada, principalmente, sob o enfoque da administração da justiça. As diversas reformas porque passaram o Código de Processo Civil e o microsistema de processo coletivo ao longo das últimas duas décadas consagraram mecanismos processuais que valorizam a força do precedente e tendem a pacificar um mesmo entendimento conferido a situações idênticas. A súmula vinculante (CF art. 103-A); a súmula impeditiva de recurso (CPC art. 518, § 1º); o julgamento monocrático pelo Relator (CPC art. 557); o julgamento monocrático do Relator do agravo de instrumento que visa destrancar os recursos especial e extraordinário, quando o acórdão recorrido estiver em consonância com Súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal Superior (CPC art. 544, §4º, “c”); o julgamento por amostragem na repercussão geral (CF art. 102, § 3º c/c art. 143-B do CPC) e nos recursos repetitivos (CPC art. 543-C); o incidente de uniformização de jurisprudência nos tribunais (CPC art. 476); os embargos de divergência (CPC art. 546); o recurso especial fundado em divergência (CF art. 105, III, “c”); a improcedência *prima facie* (CPC art. 285-A); a dispensa de remessa necessária quando a sentença contra a Fazenda Pública estiver em acordo com a jurisprudência do STF e súmulas de tribunais superiores (CPC art. 475, § 3º); a sistemática dos processos coletivos (CDC c/c Lei nº 7.347/85); e dos processos de natureza objetiva (Lei nº 9.868/99) foram concebidos para, em larga medida, racionalizar o uso da máquina judiciária, poupando-lhe da apreciação de casos semelhantes.

1 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 281.

2 Não é raro que, em decisões colegiadas, haja votos em sentido divergentes sobre a mesma situação de fato. A propósito, vide o julgamento do STF no HC 73662/MG, Rel. Min. Marco Aurélio Mello.

Nesse contexto, a regra do art. 741, par único, do CPC, que foi repetida no art. 475-L, § 1º do CPC e, com algumas nuances, no art. 884 § 5º da CLT e agora no art. 496 § 4º do anteprojeto do novo Código, parece ser a tentativa derradeira de uniformizar as decisões judiciais em matéria constitucional. A regra permitiu ao devedor, na execução, obstar a pretensão do demandante porque seu título judicial, que se fundou em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais, ou que se fundou em interpretação ou aplicação tidas como incompatíveis com a Constituição pelo STF, se tornou, segundo a letra da lei, inexigível.

Nesse ensaio, irei me referir principalmente ao art. 741, par. único, do CPC, que tem redação idêntica ao art. 475-L, §1º também do CPC, mas apresenta pequenas diferenças textuais do art. 884 § 5º da CLT - trazido pela Medida Provisória nº 2180-35/2001³ - de modo a tentar reduzir, ao longo do texto, a quase inevitável repetição dos artigos ou da referência ao seu conteúdo.

Ao meu ver, regra do art. 741, par único, do CPC fortalecerá a Justiça como instituição, pois permitirá que o juízes tenham poder, a partir de previsão normativa expressa, para manter a supremacia da Constituição, nas hipóteses residuais de decisões idênticas que escapam aos mecanismos de uniformização e também protegerá a confiança dos jurisdicionados, porque se mantém uma das regras do jogo que dita que a Constituição não é senão aquilo que diz o Supremo Tribunal Federal⁴.

Embora inserida na disciplina de institutos processuais diferentes – dos embargos à execução contra a Fazenda Pública (art. 741, par único, do CPC), dos embargos à execução trabalhista (art. 884 § 4º da CLT) e do incidente de impugnação do cumprimento de sentenças (art. 475-L, §1º do CPC) – sua incidência guarda semelhanças e consequências de ordem processual e material que vão além da diferença procedimental entre eles. Para compreender sua incidência e principalmente as

3 A Emenda Constitucional nº 32/2001 trouxe uma regra que criou as esdrúxulas figuras das Medidas Provisórias “definitivas”, cuja incidência já se esgotou, vale dizer, sob a atual ordem constitucional não mais existirão Medidas Provisórias que sobrevivam além do interstício de 120 dias. A fórmula encontrada inserida no art. 2º da EC nº 32 foi estender a vigência das Medidas Provisórias editadas anteriormente à publicação da referida Emenda, até que outra MP a revogue ou até deliberação do Congresso Nacional sobre o assunto. Na prática, essas Medidas de urgência, com força de lei, ganharam uma estabilidade normativa semelhante as das leis, pois apenas deixam de vigor quando outra lei ou ato normativo superior dispuserem de forma diversa.

4 De acordo com Luís Roberto Barroso, “[a] ideia de segurança jurídica envolve três planos: o institucional, o objetivo e o subjetivo. Do ponto de vista institucional, a segurança refere-se à existência de instituições estatais dotadas de poder e de garantia, aptas a fazer funcionar o Estado de Direito, impondo-se a supremacia da lei e sujeitando-se a ela. Do ponto de vista objetivo, a segurança refere-se à anterioridade, das normas jurídicas em relação às situações as quais se dirigem, à estabilidade do Direito, que deve ter como traço geral a permanência e continuidade das normas e a não-retroatividade das leis, que não deverão produzir efeitos retrospectivos para colher direitos subjetivos já constituídos. E, do ponto de vista subjetivo, a segurança jurídica refere-se à proteção da confiança do administrado, impondo à Administração agir com coerência, lealdade e respeitando as legítimas expectativas do administrado, *Revista Eletrônica do Direito do Estado* n. 2. 2005. <direitodoestado.com.br>.

objeções que lhes são dirigidas, é preciso entender o quadro normativo no qual foi inserida – a execução civil – e a natureza das sentenças que podem ser desfeitas pelos efeitos rescisórios da regra.

Com efeito, na execução, enfrenta-se uma crise do inadimplemento. Por isso, a atividade executiva tem sua estrutura voltada à satisfação, sem delongas desnecessárias, do direito do credor. Com efeito, *in executivis*, o demandante formula pedido para citação do réu para este cumprir a obrigação e não para se defender; o transcurso do prazo aberto pela citação tem como eficácia a ratificação do inadimplemento em lugar da revelia (CPC art. 580); embora haja certas doses de cognição⁵, os atos típicos da função executiva são atos de sub-rogação e atos de coerção; o processo de execução é regido, dentre outros, pelo princípio do desfecho único, qual seja, a satisfação do direito do credor. Se o processo findar com solução diversa, dir-se-á que houve um desfecho anormal⁶; no processo executivo não se discutem questões de fundo atinentes à existência da obrigação exequenda, por força da eficácia abstrata atribuída ao título executivo; o exequente pode desistir do processo independentemente do consentimento do demandado, salvo se este tiver oposto embargos (CPC art. 569) etc. Se a ação estatal falhar na tentativa de debelar esta crise de adimplemento, principalmente em decorrência de fatores imputáveis à prestação jurisdicional, a própria legitimação da atividade jurisdicional restará comprometida. Não é à toa que Cândido Rangel Dinamarco⁷ afirma, de forma contundente, que “executar é dar efetividade e execução é efetivação”. Talvez isso tenha criado objeções à regra, como aquelas registradas na 4ª audiência pública do anteprojeto do novo CPC, realizada em março de 2010, que transcrevo, *ipsis litteris*, conforme registros disponibilizados pelo Senado Federal⁸, *in verbis*:

Quer dizer, você tem o cidadão que se submete a um demanda processual de natureza administrativa, com direito de fundo administrativo ou tributário, ultrapassa dez anos de tramitação judicial, o seu processo transita em julgado, quando chega na fase de cumprimento do julgado ou na execução, ele se depara com uma

5 *executivis*, o juiz exerce atividade de cognição, p. ex., ao averiguar a validade dos atos de constrição praticados, bem como ao determinar sua correção (CPC art. 667, I), quando rejeita a oferta por preço vil ou quando autoriza a alienação antecipada de bens. Enfim, a execução não é uma atividade cega e mecânica, não obstante seja sua finalidade precípua a realização prática do direito do exequente. Aliás, a existência de doses de cognição é inerente a qualquer processo como percebeu Kazuo Watanabe ao afirmar que “inexiste ação em que o juiz não exerça qualquer espécie de cognição”. Cf. WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 37.

6 O desfecho único é um princípio específico da execução civil, que não exclui outros como o *due process of law*, a motivação das decisões judiciais, o juiz natural etc. Uma análise mais acurada dos princípios regentes do processo civil brasileiro é encontrada em NERY JR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

7 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. vol. IV. p. 37.

8 <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>

regra que está no Parágrafo Único, inserido em 2001 pela Medida Provisória 2180, que afirma que se alguém tiver aquela decisão por inconstitucional, esta decisão não precisa ser cumprida porque o título executivo não é mais judicial, ele não configura mais título executivo judicial. Então esse Parágrafo Único do art. 741 que afirma, e em especial e ele traz uma pegadinha na época, que eu não sei como é que passou isso. É uma pegadinha, porque ele diz: olha, se o Supremo Tribunal Federal disser que é inconstitucional, você não pode cumprir, até aí poderíamos discutir, ainda que haja coisa julgada material, poderíamos discutir o caráter constitucional no controle concentrado, enfim, tudo bem, agora no finalzinho ele diz ou de interpretação tidas por qualquer pessoa inconstitucional, por inconstitucionais. Mas o que é isso? Aí você chega e diz para a parte: “Olha, o Juiz daquela Vara”, com perdão, com respeito às decisões da magistratura, nós sabemos que há decisões para todas as áreas, aí chega, de repente magistrado, ele, pessoa física, ele como intelectual do direito tem a opinião de que aquela decisão é inconstitucional, e ele vai afirmar que é inconstitucional na fase da execução, porque infelizmente o artigo, se você usar a interpretação literal, permite essa posição. Então eu peço a V. Exas. encarecidamente que quanto a este ponto adotem alguma providência para que este aspecto seja retirado em definitivo do art. 741, ou pelo menos o seu Parágrafo Único lá do Código de Processo Civil.

Penso diferente. Entendo que a regra do art. 741, par. único, do CPC, repetida em outros dispositivos, aperfeiçoou o controle da constitucionalidade das leis e conferiu mais segurança jurídica ao sistema porque *não há segurança na inconstitucionalidade*.

No Brasil, o tema tem sido tratado juntamente com a problemática da “coisa julgada inconstitucional”⁹, sem dispensar-lhe a atenção merecida. Existem diferenças substanciais entre a relativização da coisa julgada inconstitucional e a aplicação do art. 741, par. único, do CPC. No primeiro caso, a sentença se formou regularmente e se discute

9 Talvez o exemplo mais emblemático da coisa julgada inconstitucional diga respeito ao conflito entre o comando de uma sentença numa ação de investigação de paternidade já transitada em julgado que contrarie o resultado de exame de DNA realizado posteriormente. num exemplo apresentado por Eduardo Couture, que trabalhou com o conceito da coisa julgada delinquente, um menino uruguaio não teve sua paternidade reconhecida por seu legítimo pai, um rico fazendeiro daquela região dos Pampas, porque este estava de conluio com procurador do menor. A sentença foi proferida e, naturalmente, transitou em julgado, forjando uma realidade que somente existia nos autos do processo, completamente distanciado da vida social. E como o Direito só existe em função do homem, admitir-se essa situação seria sucumbir a formalismos que, neste caso, mostram-se inúteis em face do princípio maior que norteia toda a atividade jurisdicional que é a busca pela justiça. Por fim, conclui que se fossem fechados os caminhos para a desconstituição da coisa julgada em hipóteses como esta, acabaria sendo outorgada uma carta de cidadania e legitimidade à fraude processual e às formas delituosas no processo. Há quem chegue, inclusive, a propor que nas ações relativas ao estado das pessoas, a coisa julgada se forma *secundum eventum probationis*. Cf. FARIAS, Cristiano Chaves de. “Um alento ao futuro: novo tratamento da coisa julgada nas ações relativas à filiação”. In: Fredie Didier Jr. (Coord.). *Relativização da coisa julgada: Enfoque crítico*. Salvador: JusPodivm, 2004. p. 81.

se a injustiça nela contida – fruto de *error in iudicando* – foi amparada pela autoridade da coisa julgada¹⁰; no segundo, a sentença também pode ter sido prolatada em consonância com as leis do processo, mas o desrespeito à Supremacia da Constituição não configura um mero *error in iudicando* apagável pela eficácia sanatória da coisa julgada, porque, enquanto cada juiz é livre para aplicar o Direito mediante decisão motivada sobre a controvérsia que se formou em cada processo, a última palavra ao redor da constitucionalidade de uma lei cabe ao STF, a quem compete guardar a Constituição. Trata-se, portanto, de uma coisa julgada incapaz de irradiar segurança.

A propósito, diz Gustav Radbruch¹¹ que

[a] disciplina da vida social não pode ficar entregue, como é obvio, à mil e uma opiniões dos homens que a constituem na suas recíprocas relações. Pelo facto de esses homens terem ou poderem ter opiniões ou crenças opostas, é que a vida social tem de ser disciplinada duma maneira uniforme por uma força que se ache colocada acima dos indivíduos [...]. Se ninguém pode definir dogmaticamente o justo, é preciso que alguém defina dogmaticamente o jurídico, estabelecendo o que se deve observar-se como direito.

Há uma dicotomia,¹² pois, no discurso da “flexibilização da coisa julgada inconstitucional” porque os fundamentos para flexibilizar a *res iudicatae* no caso de aplicação do art. 741, par. único, do CPC e nos casos de injustiça manifesta, em que há colisão de valores constitucionais, são distintos. Em ambos, persiste o recorrente embate entre justiça e segurança, mas nos casos sob a incidência da regra contida no par. único do art. 741 do CPC há um *plus*: visa-se escoimar a insegurança na aplicação do Direito.¹³

10 O Estatuto do Tribunal Penal Internacional, que foi incorporado ao direito pátrio pelo Decreto Presidencial n° 4388/2002, apesar do princípio da complementariedade, já previu nos seus art. 17 à 20 algumas possibilidades de desfazimento da coisa julgada proferida até mesmo em favor do réu em processos criminais, independente de prazo, ante a gravidade dos crimes praticados.

11 RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. 6. ed. Coimbra: Arménio Armado, 1979. p. 177-8

12 Conquanto não se trate da mesma hipótese, até porque a previsão da regra do art. 741, par. único, do CPC sequer existia à ocasião, o STF já julgou que não prevalece a coisa julgada contra a Constituição de 1988, em especial ante a previsão do art. 17 do ADCT. Em decisão bastante recente, a Ministra Ellen Gracie reconheceu repercussão geral ao RE n° 600658, que trata do tema, e, sem afetá-lo ao Plenário, proferiu julgamento monocrático (*ex vi* do art. 325 do RISTF c/c art. 543-B, §3° do CPC), por entender que o STF já havia firmado entendimento semelhante de não ser absoluta a garantia da coisa julgada anterior à CF/88 e que lhe é contrária conforme julgamento do RE n° 146331. Ao meu ver, a questão foge do discurso da coisa julgada inconstitucional, pois passa pelas características do poder constituinte originário, que não reconhece limitações e condicionantes, mas não deixa de se inserir no tema da relativização da garantia constitucional da *res iudicatae*. Por esse motivo, reputei necessário o registro do caso em rodapé, em vez do texto principal cujo corte epistemológico é mais específico.

13 Em nota de rodapé do seu ensaio sobre a relativização da coisa julgada inconstitucional, Barbosa Moreira reconhece a diferença substancial entre os dois casos, com as seguintes palavras: “Mereceria exame em separado o caso do parágrafo único acrescentado ao art. 741 pela Medida Provisória n° 2.180-35, de 24.8.2001 [...]. São tantas e tão complexas, porém, as questões suscitadas por esse texto – a começar pelo

Cuida-se, de fato, de uma regra inovadora, que guarda semelhança com o §79-2 do *Bundesverfassungsgericht* – a Lei Orgânica do Tribunal Federal Constitucional alemão. Nela, a execução, cujo título fundoso em norma inconstitucional, pode ser obstada, mas o título é mantido intocável. Vale dizer: mantem-se a coisa julgada, mas se paralisa a sua eficácia, esvazia-se o seu conteúdo, que se torna inexigível. Se adequadamente aplicada, a regra do par. único do art. 741 do CPC não trará riscos à estabilidade dos direitos, na medida em que é possível preservar os efeitos pretéritos das sentenças condenatórias infirmadas pelo vício, quando isso se fizer necessário, mediante a modulação dos efeitos temporais da inconstitucionalidade prescrita pelo art. 27 da Lei nº 9.868/99.

De todo modo, sua aplicação apenas se dará em hipóteses residuais, quando persistirão decisões singulares em discrepância com aquilo que foi decidido, em matéria constitucional, pelo Supremo Tribunal Federal.

Há inúmeros mecanismos para evitar essa incoerência no sistema. São as hipóteses, por exemplo, de julgamento dos recursos extraordinários, quando o art. 543-B do CPC fala em “multiplicidade de recursos fundada em idêntica controvérsia”. Nestes casos, o STF apreciará os recursos selecionados como representativos da controvérsia¹⁴, mantendo os demais sobrestados nos Tribunais e Turmas Recursais dos Juizados, que serão julgados, posteriormente, na forma do art. 543-B §§ 1º e 2º do CPC. Em tese, ao admitir a repercussão geral, o sistema não permitiria que casos idênticos tivessem julgamentos diferentes, pois os demais recursos aguardariam o julgamento do Supremo na instância *a quo*.

No controle concreto da constitucionalidade das leis, a uniformidade das decisões judiciais é amparada pela edição de Resolução pelo Senado Federal, quando notificado da decretação de inconstitucionalidade *incidenter tantum* pelo STF, que não apenas suspende, retroativamente¹⁵, a execução da lei impugnada (CF art.

entendimento que se deve dar ao enunciado legal -, que temos de renunciar aqui a enfrentar semelhante problemática”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material”, *Revista dialética de direito processual*, nº 22, janeiro, 2005. p. 107, nota de rodapé nº 54.

14 Exemplo recente que atingiu os quadros da Administração Federal diz respeito ao reconhecimento da repercussão geral ao RE nº 593.068/SC, sob a relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, em que se discute a constitucionalidade da cobrança do PSS sobre o 1/3 de férias.

15 Não é pacífica a opinião da doutrina quanto aos efeitos temporais da resolução senatorial. Para uma corrente, a eficácia da Resolução do Senado que suspende a executoriedade da lei declarada inconstitucional pelo Supremo é prospectiva, pois a lei tida como inconstitucional por via de exceção era, até então, válida e capaz de incidir sobre os casos que se amoldavam ao seu suporte fático. Neste sentido, dentre outros: SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 54. Por outro lado, sectário do efeito *ex tunc* da Resolução do Senado e traçando um paralelo entre as principais vozes da doutrina sobre o assunto, Cf. CLÉVE, Clemerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 96-97.

52, X), mas dá publicidade aos órgãos Judiciários da necessidade de observância do precedente sobre a constitucionalidade de lei, sob pena de afronta à autoridade da Corte Suprema.¹⁶

No entanto, apesar de todas essas inovações legislativas, é possível que o STF não aprecie uma questão constitucional que lhe seja levada num processo subjetivo, por faltar repercussão geral. Nesse caso, prevalecerá a norma que cada juiz formulou para o caso concreto, muitas vezes idênticos, mas com solução díspar.

Outros exemplos também podem ser cogitados, em que se identificam “brechas” ao julgamento vinculante do Supremo, como a apreciação de recursos anteriores à Lei nº 11.418/2006, que instituiu o regramento da repercussão geral e o julgamento por amostragem; o juízo de admissibilidade negativo de recursos extraordinários, por razões de deficiência técnica; ou mesmo o descompasso entre o processo objetivo acerca da constitucionalidade de lei ou ato normativo e processo subjetivo em que discute sua aplicação, incidentalmente, sobre um caso concreto, porque no intervalo entre uma decisão e outra podem transcorrer muitos anos, sobrevivendo uma série de decisões em casos concretos.

O primeiro exemplo traduz uma situação de direito intertemporal, que tenderá a desaparecer. Os demais revelam a utilidade da regra do art. 741, par. único, do CPC para hipóteses remanescentes, ao aperfeiçoar o controle de constitucionalidade brasileiro, que conjuga o modelo de fiscalização difusa e concentrada, com diferentes efeitos atribuídos a suas decisões.

Efetivamente, o ajuizamento de ADI, ADC, ADPF ou ADI por omissão não coincide com a propositura de demandas individuais ou coletivas. Nem há, necessariamente, a previsão de suspensão automática dos processos subjetivos quando é proposta uma ação do controle abstrato. Existe previsão legal de suspensão de processos subjetivos, como efeito da medida cautelar, apenas para a ADC (art. 21 da Lei nº 9.868/99) e para a ADI por omissão (art. 12-F, § 1º da Lei nº 9.868/99). Nos demais casos de controle concentrado, a suspensão depende do juízo de cada julgador, *ex vi* do art. 265, IV, “a” do CPC. Pode, pois, escapar do efeito vinculando, um processo que tramite mais rápido que o processo objetivo, resultando numa sentença que, nem sempre, estará em consonância com a decisão do Supremo.¹⁷

16 O Supremo Tribunal Federal passou a entender, a partir do julgamento da Reclamação Constitucional nº 4335/AC, numa verdadeira mutação constitucional, que a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o STF, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso.

17 Exemplo prático bastante corriqueiro dessa última hipóteses ocorre no âmbito da Administração Federal, como se analisou na Nota Técnica nº 31/2008 da Adjuntoria de Contencioso da Procuradoria Geral

São, portanto, raríssimos os casos em que a regra do art. 741, par único, do CPC terá lugar. Ela é útil para defesa da Constituição, aperfeiçoando a fiscalização da constitucionalidade das leis e garantindo, ao mesmo tempo, a supremacia da Constituição e a uniformidade das decisões judiciais apenas em *hipóteses residuais*. Em última análise, fortalece-se o Estado Democrático de Direito e, ao contrário do que se tem, a segurança nas relações jurídicas. Por isso, não se pode falar da banalização do instituto, do “vírus do relativismo” até porque a coisa julgada que se pretende aqui desconstituir é um ato que não é capaz de gerar segurança.

2 DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO DOS EMBARGOS DO ART. 741, I, II E PAR. ÚNICO, DO CPC

Embargar, do latim *imbarricare*, significa obstacular, impedir, opor resistência¹⁸. O executado que embarga opõe um obstáculo a uma execução, quer para se ver livre dela, quer para podar os seus excessos. É essa a finalidade precípua dos embargos e também a sua razão de ser.

Todavia, embora consagrada na seção sobre as defesas do executado, a compreensão da regra do par. único do art. 741 do CPC não se liga apenas à ideia de defesa, como pode parecer, ao equiparar à inexigibilidade o vício da decisão judicial fundada em lei inconstitucional. Trata-se de verdadeira pretensão, que ser exercida por via de ação, tal como a regra do art. 741, I do CPC.

O inciso I do art. 741 do CPC reza que os embargos poderão versar sobre “a falta ou nulidade de citação no processo de conhecimento, se a ação lhe correu à revelia”.

A citação é o ato de comunicação por excelência no processo civil. Por meio dela, noticia-se o réu do ajuizamento de uma demanda proposta contra ele, oportunizando-lhe uma a primeira chance para se defender. E como o contraditório deve ser entendido como, “de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência de ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro a possibilidade de as partes

Federal da AGU, referente à questão da limitação da competência da Justiça do Trabalho para apreciar demandas relativa a servidores até o advento do Regime Jurídico Único dos Servidores Cíveis Federais, como já consolidou o TST no julgamento da OJ nº 138 da SDBI – 1. Na espécie, as alíneas “d” e “e” do art. 240 da Lei nº 8.112/91, que permitiam ao servidor civil se valer de negociações coletivas e do ajuizamento de reclamações trabalhistas, foram declaradas inconstitucionais pelo STF, ao julgar a ADI nº 492-1/DF, cuja medida cautelar, no mesmo sentido, foi concedida em 01/07/1991. No entanto, não é raro ainda hoje encontrar decisões da Justiça do Trabalho, já na fase da execução, que desconsideram a limitação e condenam o Poder Público a arcar com indenizações vultosas em prol de coisa julgada que desrespeitou, *ab ozo*, a competência constitucional daquela Justiça especializada.

18 FURTADO, Paulo. *Execução*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 296.

reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis”,¹⁹ a citação é, portanto, o ato processual que primeiro realiza este princípio.

O réu citado não precisa, necessariamente, defender-se. Pode reconhecer a procedência do pedido demandante, pondo fim ao conflito, ou ainda deduzir algumas das respostas que lhes são facultadas, como são a contestação, reconvenção e exceções de parcialidade e incompetência relativa. Basta a sua regular cientificação. Bem observou Dinamarco²⁰ que

como o substrato ético e sistemático que legitima a sentença condenatória como título executivo é o fato de ser produzida por juiz estatal e depois de havarem sido franqueadas ao réu as mais amplas oportunidades de defender-se e participar em contraditório, é natural que não possam ter toda a eficácia e a firmeza de um título executivo as sentenças proferidas sem que essas oportunidades lhe hajam sido realmente oferecidas

A falta ou invalidade da citação representa vício formado durante o processo de conhecimento que, por sua gravidade, sobrevive à força sanatória da coisa julgada. É por isso que, com fundamento no inc. I do 741 do CPC, pode o demandante, a qualquer tempo, exercer sua pretensão de desconstituição desta invalidade “transrescisória”²¹. A essa pretensão deu-se o nome de *querela nullitatis*²², que, no direito brasileiro, historicamente, ficou adstrita à hipótese do réu revel não citado.²³

Conquanto prevista como causa de pedir dos embargos, não se trata de mera exceção processual a ser usada apenas nos embargos ou incidente de impugnação de sentenças. Realmente, somente se poderá falar em defesa do executado, seja por embargos, seja por incidente de impugnação, quando houver execução. Existem ações de cunho não-condenatório, como as declaratórias e constitutivas, em que também pode ocorrer a falta ou invalidade da citação. De fato, as sentenças constitutivas criam, ao passo que as declaratórias certificam. Via de regra, não condenam e, conseqüentemente, não geram execução. Mas poderão padecer do mesmo vício, porque a falta ou invalidade de citação é defeito que não está adstrito apenas às ações condenatórias. Nesse sentido, Adroaldo Furtado Fabrício²⁴ anota que

19 NERY JR., Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 7ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 135.

20 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. IV, p. 673.

21 TESHEINER, José Maria. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 283.

22 ASSIS, Araken. *Manual do processo de execução*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 1194.

23 NEVES, Celso. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. vol. VII. p. 197.

24 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “Réu revel não citado, ‘querela nullitatis’ e ação rescisória”, *Revista do processo*, nº 48, out-dez. 1987. p. 31-32.

É preciso lembrar que nem todas as sentenças de procedência são passíveis de execução ensejadora dos embargos, mas só as condenatórias; que o prazo para embargar, mesmo havendo execução embargável, é peremptório e preclusivo; que os embargos eventualmente podem sofrer rejeição por defeitos de forma ou de *legitimatatio ad processum*; que sentença, mesmo exequível, jamais venha a ser executada, permanecendo sobre a cabeça do condenado qual espada de Dâmoçles, a minar-lhe o crédito, o bom nome e a tranqüilidade.

É por isso que o inc. I do art. 741 do CPC veicula uma pretensão, que pode assumir a forma de embargos, rescisória, ação civil pública ou de qualquer outra demanda de conhecimento autônoma²⁵.

A natureza desse vício – a decisão que aplica lei declarada inconstitucional pelo STF – suscita acirradas controvérsias. Há quem fale de inexistência; há quem fale de invalidade; e também há aqueles que afirmam tratar-se de ineficácia. De qualquer sorte, o importante é perceber que os planos da existência, validade e eficácia são diferentes uns dos outros. Naturalmente, espera-se que um fato, no mundo do Direito, exista, seja válido e eficaz. Mas as vicissitudes porque podem passar os fatos jurídicos criam inúmeras combinações destes planos: do lado de fatos que simplesmente não existem juridicamente, há tantos outros que existem, são válidos e ineficazes (negócio submetido a condição suspensiva); outros existem, são inválidos, mas eficazes (casamento putativo); outros ainda existem, são inválidos e são ineficazes (doação feita pessoalmente por absolutamente incapaz) e há, outrossim, aqueles que sequer passam pelo plano da validade: eles existem e simplesmente são eficazes ou não.²⁶

Entendo que o defeito enunciado no inc. I do art. 741 do CPC – a falta ou invalidade da citação do réu revel – é vício que torna nula a sentença. Isto porque perfilha a corrente que situa a citação como pressuposto de validade do processo,²⁷ logo o defeito ou a ausência

25 STJ, 2. T., REsp 445664-AC, v.u., rel. Min. Peçanha Martins, j. 15.04.2004. DJU 07.03.2005.

26 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 83.

27 NEVES, Celso. *Comentários ao código de processo civil*, vol. VII, p. 195-197. O STJ já esposou o mesmo entendimento em alguns julgados. Cf. STJ, 2. T. REsp 445664-AC, v.u., rel. Min. Peçanha Martins, j. 15.04.2004. DJU 07.03.2005.

28 Não é pacífico na doutrina pátria o entendimento acerca da citação como pressuposto processual. Para os corifeus da tese da citação como pressuposto processual de existência, não haveria grandes dificuldades na justificação da desconstituição do título executivo operada pelos embargos, afinal, se falta um dos elementos da essência da relação processual, não há que se falar em existência do processo e, conseqüentemente, da sentença, muito menos de coisa julgada. Basta, pois, uma simples declaração, a qualquer tempo, para escoimar as dúvidas a respeito da imprestabilidade de tal decisão. Todavia, levada às últimas conseqüências a tese da citação como pressuposto processual de existência, surgirão sérios inconvenientes para se explicar o porquê da prática de atos reputados existentes, válidos e eficazes antes da citação, como é o caso do indeferimento da petição inicial, da interposição de apelo contra esta decisão etc. Aliás, não se olvide que a decisão que indefere a inicial acarreta a extinção do processo sem

do ato citatório implicará a formação de vício no plano da validade. É também o que prescreve o art. 214 do CPC. Tanto é assim que a sentença proferida contra réu revel não citado irradia normalmente sua eficácia executiva e, se o vício não for detectado, os atos constritivos se consumarão. Se a sentença fosse um ato inexistente, sequer irradiaria efeitos. Mas por ser um ato processual inválido, produzirá efeitos até a decretação da nulidade.

Ressalte-se, ainda no caso do inc. I, que o direito brasileiro equiparou a inexistência e a invalidade da citação no que tange às consequências jurídicas,²⁹ mas isso não significa que os planos da validade e existência se confundam.

Outra hipótese de cabimento dos embargos que interessa para compreensão do art. 741, par único, do CPC, é a da inexigibilidade do título. Sua importância para este estudo reside na equiparação legal entre inexigibilidade e título que veicula solução inconstitucional.

O título será considerado exigível³⁰ quando o direito do credor não tiver seu exercício vinculado à condição ou termo – elementos acidentais do negócio jurídico – que subordinam sua eficácia. Ainda com relação à exigibilidade, mas em outros termos, vale ressaltar que o art. 572 do CPC assim dispõe: “quando o juiz decidir relação jurídica sujeita a condição ou termo, o credor não poderá executar a sentença sem provar que se realizou a condição ou ocorreu o termo”. Não é à toa que os arts. 614, III e 615, IV do CPC incumbem o exequente da prova da exigibilidade da obrigação.

Celso Neves³¹ classifica a inexigibilidade em absoluta e relativa.

No primeiro caso, trata-se de extinção da exigibilidade; no segundo caso, de exigibilidade a termo não verificado. Ali dá-se a impossibilidade da execução com o título inexigível; aqui, a impossibilidade apenas futura do processo executório, porque a inexigibilidade ainda não se caracterizou

exame do mérito e, excepcionalmente, com resolução de mérito, nos casos de improcedência *prima facie* (reconhecimento da decadência do direito ou da prescrição da pretensão, quando favorecer absolutamente incapaz). Se o processo, para esta corrente, só existe após a citação válida, todos os atos praticados antes dela seria, em verdade, não-atos, atos inexistentes. Como tentativa de contornar essas dificuldades, cunhou-se a ideia de que a citação é pressuposto de existência para o autor e de validade para o réu. *Data venia*, discordo desse posicionamento. Para mim, como o processo é um ente complexo, a prática de um ato pode irradiar consequências diversas para os sujeitos envolvidos, porém isso não transmuta sua natureza jurídica. A citação, portanto, é pressuposto de validade da relação processual.

29 NEVES, Celso. *Comentários ao código de processo civil*, vol. VII, p. 195.

30 Araken de Assis prefere falar em exequibilidade em vez de exigibilidade. Cf. ASSIS, Araken. *Manual do processo de execução*, p. 1194.

31 NEVES, Celso. *Comentários ao código de processo civil*, vol. VII, p. 197.

Levando a cabo a literalidade da equiparação feita entre o par. único e o inc. II do art. 741 do CPC, poder-se-ia considerar o caso da sentença que aplicou norma inconstitucional como exemplo de inexigibilidade absoluta, ao passo que, como inexigibilidade relativa, figura o negócio jurídico sujeito à condição ou a termo. Outrossim, não é tarde para ressaltar que, fundadas na mesma *causa petendi*, a doutrina traz os casos da decisão contra a qual foi interposto recurso com efeito suspensivo, de sentenças prolatadas contra a Fazenda Pública antes do reexame obrigatório e da falta de homologação do laudo arbitral antes da Lei nº 9.307/96.³²

Por fim, resta a hipótese de cabimento dos embargos do parágrafo único do art. 741 do CPC, que verbera: “para efeito do disposto no inc. II deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal”.

Assim como o inc. I, a regra do parágrafo único também veicula uma pretensão. Isto porque qualquer sentença, seja ela condenatória ou não, poderá se fundar em lei declarada inconstitucional. E, nos casos em que não houver a possibilidade de oposição de embargos, outras ações de conhecimento poderão ser propostas para rescindi-la, escoimando o vício.

Recentemente, o STJ decidiu (Resp. 1015133/MT, veiculado no informativo 0425), ser cabível ação civil pública para declarar a nulidade absoluta insanável de sentença causadora de prejuízo ao Erário. Na mesma linha, no ano 2000 (Resp. 199153/GO, veiculado no informativo 0076), o mesmo Superior Tribunal de Justiça julgou procedente outra ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público, rescindindo sentença transitada em julgado há mais de cinco anos.

A natureza do vício da sentença inconstitucional acirra controvérsias na doutrina. Há quem entenda que é caso de nulidade absoluta da sentença, porque esta – assim como os atos do Poder Público em geral – pode incidir em inconstitucionalidade quando não se conformem com a Lei Maior. “Sendo, pois, caso de nulidade” – arremata Theodoro Jr.³³ – “a coisa julgada não tem o condão de eliminar a profunda ineficácia da sentença, que, por isso mesmo, será insanável e argüível a qualquer tempo”.

De outro lado, há doutrinadores que defendem que a sentença “inconstitucional” sequer seria acobertada pela coisa julgada material,

³² Por todos, Cf. ASSIS, Araken. *Manual do processo de execução*, p. 1195.

³³ THEODORO JR. Humberto. *Curso de direito processual civil*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. vol. II, p. 280-281

por incorrer em impossibilidade jurídica, em virtude de enunciar efeitos impossíveis.³⁴

Já na construção de Araken de Assis,³⁵ o dispositivo em análise excepciona a coisa julgada que, por força dele, assume a

incomum e insólita característica de surgir *sub conditione*: a qualquer momento, pronunciada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, em que se baseou o pronunciamento judicial, desaparecerá a eficácia do 467. E isso se verificará ainda que a Corte Constitucional se manifeste após o prazo de dois anos da rescisória

Também comungo dessa posição por entender que a coisa julgada que veicula lei declarada inconstitucional não concretiza o valor da segurança jurídica.

3 O CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

O processo é uma marcha para frente que encontra seu fim na coisa julgada, consolidando uma decisão que pretende promover a pacificação do conflito apreciado pela Justiça. A coisa julgada e segurança são, pois, conceitos que caminham lado a lado. Aquela deve estar a serviço desta e por conta disso é que merece proteção. Efetivamente, a segurança jurídica é um dos valores almejados pelo ordenamento e a coisa julgada é uma de suas manifestações. Pode haver segurança fora da coisa julgada, mas a coisa julgada somente existe para conferir segurança. Se não fosse por isso, não haveria o menor sentido em atribuir imutabilidade ao comando decisório do julgado. A coisa julgada, assim como a lei, as formas e os institutos em geral, não devem ser cultuados e aplicados inconscientemente, sem antes se perquirir seu sentido. E o sentido da coisa julgada reside na segurança.

Com efeito, a consagração normativa da coisa julgada revela a preocupação do legislador em preservar a estabilidade dos direitos, garantindo sua imodificabilidade frente à lei superveniente ou frente à possibilidade permanente de rediscussão da matéria, o que deixaria as portas da Justiça sempre abertas à incerteza. Justamente por essa peculiar capacidade de conferir segurança às relações jurídicas envolvidas pelos efeitos da sentença, a coisa julgada recebe legitimidade política e social.

Mas o que é realmente a tão conclamada segurança jurídica? Qual é o conteúdo jurídico deste princípio?

³⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a Coisa Julgada Material*. Carlos Valder do Nascimento (coord.) *Coisa Julgada Inconstitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 61.

³⁵ ASSIS, Araken. *Manual do processo de execução*, p. 1209.

César Novoa³⁶ afirma que a segurança só pode ser compreendida tomando em consideração a dimensão social do homem. Como característica humana, a segurança é a pretensão de todo sujeito de saber a que se sujeitar nas suas relações com os demais. Quando adjetivada de jurídica é a idoneidade do Direito para alcançar esse saber a que se sujeitar.

Num aspecto amplo, a própria existência de uma ordem jurídica positiva é garantia de segurança. Todavia, não é possível falar-se em segurança como derivação automática do ordenamento jurídico sem levar em conta a existência de um Estado eticamente aceitável³⁷. É a questão de saber se existe segurança na insegurança - como no exemplo no menino uruguaio mencionado acima, já que a segurança do Direito somente é possível num modelo de Estado que incorpore determinados valores - ou se existe segurança na inconstitucionalidade, no caso do par. único do art. 741 do CPC. Neste particular, as noções de segurança e justiça se aproximam. Contudo, a segurança é um princípio e a justiça, um valor. Por isso, a primeira, dogmaticamente, não pode ser tratada como um valor inferior, que deve ser sacrificado numa situação de conflito³⁸.

Se a segurança é um princípio, ela deve ser usada como instrumento para realização de valores superiores do ordenamento jurídico. Além disso, a concepção da natureza principiológica à segurança importa o reconhecimento de um direito à segurança jurídica, em todas as suas facetas: na previsão, na proteção da confiança e na aplicação³⁹. Assim, a segurança jurídica pode ser encarada como um direito cujo objeto são as próprias normas jurídicas. É um limite do limite: recai sobre as normas criadoras dos institutos jurídicos e, ao mesmo tempo, é conteúdo de um direito do cidadão.

Precisa-se, ainda, dar resposta à indagação do que seja um Direito seguro, ou melhor, saber quando o Direito regula a realidade por meio de institutos que podem ser considerados seguros.

36 NOVOA, César Garcia. *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 21.

37 NOVOA, César Garcia. *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*, p. 24-25. Para Novoa, um Estado de Direito é eticamente aceitável quando, ao lado do primado da legalidade, estão positivados direitos fundamentais do cidadão. Se um Estado de Direito é um Estado de valores, a segurança - na plenitude de sua dimensão valorativa - não pode ser alcançada sem prescindir do valor justiça, que transparece mediante a positivação de direitos fundamentais do homem.

38 NOVOA, César Garcia. *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria* p. 34-36. Numa postura mais radical, a distinção entre princípios e valores pode ser estabelecida afirmando-se que os princípios têm aplicabilidade imediata, ou melhor, podem ser usados como parâmetros de controle da atividade jurídica do Estado e de particulares, ao passo que os valores cumprem uma função informador no ordenamento, por serem pontos de referência do sistema. Todavia, César Novoa, com base no direito espanhol, refuta esta distinção, porque entende que tanto os valores como os princípios apresentam essas duas características. Propugna, então, pelo uso da positivação como critério distintivo entre princípios e valores: enquanto os primeiros sempre teriam caráter de norma jurídico positiva, os segundos, não.

39 NOVOA, César Garcia. *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*, p. 40.

Neste âmbito, a segurança jurídica pode ser estudada por três ângulos: a segurança na previsão ou orientação, a segurança na aplicação e a proteção da confiança. Enquanto os dois primeiros são de índole objetiva, o último, de cunho subjetivo.

Deveras, a proteção da confiança consiste na previsibilidade e calculabilidade que os indivíduos podem ter com relação aos efeitos dos seus atos e dos atos do Poder Público. Mas só existirá essa confiança se a norma jurídica, em sua dimensão objetiva, for certa e previsível. Daí se estabelece uma ligação entre o aspecto subjetivo da segurança e seu lado objetivo.

Pelo segundo aspecto - a previsão -, já de caráter objetivo, a segurança jurídica consiste, em linhas gerais, no conjunto de condições que tornam possível às pessoas a previsão dos efeitos que seus atos podem causar⁴⁰. Pressupõe, pois, clareza, racionalidade e transparência dos atos do Poder Público, incluindo-se aí a lei⁴¹. Foi pela segurança jurídica que se cunhou o brocardo latino *nullum crime, nulla poena sine lege* e que, no campo processual-constitucional, foi concebida a coisa julgada.

De outro lado, um outro aspecto ainda pouco pensado consiste na segurança na aplicação. Em termos bastante esquemáticos, consiste no cumprimento do Direito por seus destinatários, principalmente pelos órgãos públicos. Diante de uma regra jurídica, há que se ver, primeiramente, sua compatibilidade com a Constituição. Em seguida, poderá e deverá ser aplicada sobre os fatos da vida que se destinou a reger.

Em se tratando da segurança jurídica, não é diferente, embora o raciocínio deve ser adaptado em função da estruturação do direito à segurança, cujo objeto é o próprio sistema normativo. César Novoa⁴², com precisão, destaca que

la aplicación de la seguridad jurídica no se lleva a cabo a través de un proceso de subsunción de un presupuesto de hecho en una norma jurídica sino a través del contraste de una norma jurídica, que es la Constitución, con una realidad jurídica – una norma o un ato de aplicación de la misma -, de la cual se puede predicar su condición de segura o insegura

40 NOVOA, César Garcia. *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*, p. 75-77. Em seu texto, Novoa aponta que a segurança na previsão ("seguridad de orientación") abarca ao menos quatro facetas fundamentais: 1) a existência da norma jurídica, que pressupõe a positividade do direito; 2) existência das normas positivas com caráter prévio à produção de efeitos; 3) a existência da norma seja de conhecimento público; 4) a norma positiva não se destine à regulamentação de uma situação transitória.

41 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almeida, 1998. p. 252.

42 NOVOA, César Garcia. *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*, p. 45.

Desta forma, a atuação da segurança jurídica na tarefa de aplicação do Direito vai além da simples verificação de incidência da norma sobre os fatos. É preciso não olvidar que a Constituição é a Lei das leis e que qualquer ato normativo só vale na medida em que se conforma com ela. Aferir essa relação de compatibilidade entre as leis e a Constituição é, no direito positivo brasileiro, dever de todos os tribunais e configura, na outra face da moeda, o direito à segurança dos cidadãos. Destarte, aplicar lei inconstitucional ou deixar de aplicar lei constitucional são condutas violadoras da segurança no momento da aplicação do Direito.

Ao introduzir o ensaio, disse que o art. 741, par único, do CPC tem sua razão de ser na rescisão da coisa julgada por insegurança na aplicação Direito. Uma sentença pode ter sido prolatada em consonância com as leis do processo e se fundar em lei declarada inconstitucional. Mas o desrespeito à Supremacia da Constituição não configura um mero *error in iudicando* apagável pela eficácia sanatória da coisa julgada porque, enquanto cada juiz é livre para aplicar o Direito mediante decisão motivada sobre a controvérsia que se formou em cada processo, é o Supremo Tribunal Federal quem diz o que é a Constituição e quem tem a última palavra ao derredor da constitucionalidade de uma lei.⁴³

É claro que os julgadores de outras instâncias não têm como prever o que será dito pelo Supremo e, por isso, proferirão decisões que, naturalmente, poderão destoar daquilo que decidir o STF, a menos que os julgamentos dos processos subjetivos estejam sobrestados em função da concessão de medida cautelar na ADC, ADIN por omissão ou, nos demais casos, com base no art. 265, IV, *a* do CPC. Mas, é de se questionar a possibilidade de subsistência, em todo seu vigor, de institutos como a coisa julgada, o direito adquirido e o ato juridicamente imperfeito após a pronúncia da inconstitucionalidade com eficácia *ex tunc*. Gilmar Ferreira Mendes, ao dissertar sobre o efeito retroativo da Resolução Senatorial, já aventou que⁴⁴

[...] afigura-se inconcebível cogitar-se de 'situações juridicamente criadas' de 'atos jurídicos formalmente perfeitos', com fundamento em lei inconstitucional. De resto, é fácil de ver que a constitucionalidade da lei parece constituir pressuposto inarredável de categorias como o direito adquirido e o ato jurídico perfeito.

43 A escolha da melhor solução, quando há diversas possibilidades interpretativas, é campo para a *teoria da argumentação*. De acordo com Barroso, "[e]xistem incontáveis propostas de critérios para orientar a argumentação jurídica. Não é o caso de investigá-los aqui. A matéria, por suas implicações e complexidades, transformou-se em domínio autônomo e altamente especializado. Por ilustração, são observados brevemente três parâmetros que consideram pertinentes e recomendáveis: a) a necessidade de fundamentação normativa; b) a necessidade de respeito à integridade do sistema; c) o peso (relativo) a ser dado às conseqüências da decisão". BARROSO, Luís Roberto. "Novos paradigmas e categorias da interpretação constitucional". In: Marcelo Novelino (org.), *Leituras complementares de direito constitucional: teoria da Constituição*. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 175.

44 MENDES, Gilmar. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*, São Paulo: Saraiva, 1990. p. 209.

É como se, numa linguagem figurada, a coisa julgada representasse o respeito às regras do jogo quando o jogo acabou, ao passo que a segurança jurídica requer, além disso, o respeito às regras do jogo antes deste começar.

No mesmo sentido, frisa Canotilho⁴⁵ que as ideias nucleares da segurança jurídica concentram-se ao derredor de dois conceitos:

(1) *estabilidade* ou eficácia *ex post* da segurança jurídica dado que as decisões dos poderes públicos uma vez adoptadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes; (2) *previsibilidade* ou eficácia *ex ante* do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se conduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos.

É bem verdade que o sistema se preocupa com a retidão das decisões judiciais, pois a possibilidade de existência de decisões díspares sobre situações fáticas idênticas, como se fosse uma “álea judiciária”, é, do ponto de vista sociológico, comprometedor da credibilidade do Estado para resolver os conflitos do homem de forma igualitária.

4 REPERCUSSÃO NO PROCESSO CIVIL SUBJETIVO

Essas considerações, que envolvem principalmente questões de relevo processual, são de importante valia na investigação científica do fenómeno jurídico, ainda mais porque o art. 741, par. único, do CPC positivou inovações, sem precedentes no direito brasileiro.

Em primeiro lugar, cumpre destacar que as hipóteses de cabimento dos embargos apenas diziam respeito a fatos ocorridos após a formação do título. A única exceção ficava por conta do inc. I do art. 741 do CPC, que trata da execução contra o réu revel não citado, que não despertou na doutrina os mesmos problemas que, agora, o art. 741, par. único, suscita. Há marcantes diferenças entre o inc. I e o parágrafo único deste artigo, nada obstante a disciplina daquele seja aproveitável, em larga medida, neste. Apenas para ilustrar as diferenças entre elas, impende ressaltar um detalhe sutil, mas de grande importância: o réu, no caso do inc. I, não exerceu seu direito de defesa, não apresentou em juízo, durante o processo de conhecimento, as exceções que possuía, até porque revel. Já no caso do par. único não se cogita disso. Muitas vezes, o título executivo se formou de acordo com as leis do processo,

⁴⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 259.

em que tanto o autor, quanto o réu, puderam exercer seus direitos de ataque e defesa amplamente, suscitando questões cujo deslinde refletiu sobre a formação do objeto do processo. Se suscitada, por exemplo, uma questão constitucional, cuja natureza é questão prejudicial de mérito, as questões prejudicadas terão seu destino selado em função da resolução que se deu à questão constitucional. Isso não era sequer imaginado na hipótese do inc. I. Sem dúvida isso terá alguma repercussão sobre consequências despertadas pela desconstituição do julgado com base no art 741, par. único, do CPC.

Além disso, é preciso perquirir se existe e, caso afirmativo, qual seria o limite temporal para oposição dos embargos. Como o trâmite dos processos objetivos, no Supremo Tribunal Federal, nem sempre suspende⁴⁶ os inúmeros processos subjetivos que visam efetivar a norma cuja constitucionalidade é debatida, pode ocorrer que muitas decisões sejam proferidas e transitem em julgado, sem a manifestação definitiva do Supremo sobre a constitucionalidade da lei. Em outros casos, é possível que nem mesmo exista uma ação do controle concentrado ajuizada, enquanto várias decisões são proferidas com base em norma que, posteriormente, possa ser declarada inconstitucional. Ainda nesta hipótese, é preciso pesquisar se é possível embargar a execução a qualquer tempo, se o prazo é o mesmo da rescisória ou se há alguma outra espécie de limitação.

Cabe, outrossim, discorrer se, após a decisão do Supremo que enseja a incidência dos embargos contra título fundado em lei inconstitucional, a desconstituição do julgado é automática ou se, ao contrário, é necessário novo pronunciamento judicial a respeito da matéria que pode, inclusive, não acolher os embargos.

4.1 QUAIS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ENSEJAM A INCIDÊNCIA DO ART. 741, PAR ÚNICO, DO CPC?

A regra em estudo alude à sentença fundada em lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ou tida, em interpretação ou aplicação, como incompatível com a Constituição pelo mesmo Tribunal.

O texto legal não faz referência a decisões em controle concentrado ou em controle difuso quando fala em “lei declarada inconstitucional”. Por outro lado, a menção à interpretação ou aplicação incompatível com a Constituição remete às técnicas de decisão utilizadas na fiscalização

⁴⁶ É possível que, enquanto pendente de julgamento alguma das ações de controle abstrato de constitucionalidade, seja deferida, em sede de ADC ou ADI por omissão, medida cautelar, suspendendo todos os processos subjetivos em curso que versem sobre a norma guerreada.

da constitucionalidade, mais especificamente à *interpretação conforme* e à *declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto*.

Sempre que houver uma decisão do Supremo Tribunal Federal cuja importância transcenda os limites subjetivos da causa, seja uma decisão num processo objetivo ou mesmo em casos individualizados, como ocorreu no julgamento plenário do HC nº 82959-7/SP c/c Rcl 4335/AC, será possível manejar, nas hipóteses residuais, em que o sistema de uniformidade no controle de constitucionalidade falhar. O importante é garantir a supremacia da Constituição⁴⁷, sem a qual não há segurança jurídica.

Com efeito, a Constituição deve ser compreendida como a Lei mais importante de um país. Todas as regras e princípios que têm sede na *Norma Normarum* possuem dignidade constitucional e, portanto, devem ser respeitados pela legislação que lhes seja inferior. É verdade que o fenômeno da inconstitucionalidade não é tão simples quanto aparenta o exemplo mencionado – a mera inconformidade entre um ato normativo infraconstitucional e a Lei Suprema –, mas, a partir da singela ilustração, já se vê a seriedade com que, hodiernamente, se lida com a força normativa do texto magno, o que junto com a “consciência de Constituição”⁴⁸ têm colaborado para imprimir efetividade⁴⁹ a seus ditames e para dar vulto ao controle de constitucionalidade como mecanismo de preservação de Constituição e da efetividade de suas normas.

A inconstitucionalidade é um conceito de relação. Segundo Jorge Miranda⁵⁰, “é a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não no seu sentido”.

47 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 241-244. Para este autor, “a Constituição confere à ordem estatal e aos actos dos poderes públicos medida e forma. Precisamente por isso, a lei constitucional não é apenas – como sugeria a teoria tradicional do estado de direito – uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo-estadual. Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de *supremacia – supremacia da constituição* – e é nesta supremacia da lei constitucional que o «*primado do direito*» do estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão.

48 CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Afiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 27. Segundo o autor paranaense, apoiado em Canotilho e Konrad Hesse, somente é possível falar-se em superioridade das prescrições constitucionais, quando à supremacia da Constituição corresponda a eficácia social.

49 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 112-114. Empregamos o termo efetividade como sinônimo de eficácia social, assim como o faz Miguel Reale. Segundo ele, “a sociedade deve viver e como tal reconhecê-lo. Reconhecido o direito, é ele incorporado à maneira de ser e de agir da coletividade. Tal reconhecimento, feito ao nível dos fatos, pode ser o resultado de uma adesão racional deliberada dos obrigados, ou manifestar-se através do que Maurice Hauriou sagazmente denomina ‘assentimento costumeiro’, que não raro resulta de atos de adesão aos modelos normativos em virtude de mera intuição de sua conveniência ou oportunidade.”

50 MIRANDA, Jorge *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*, p. 06.

Cuida-se, como anota Gilmar Ferreira Mendes, de uma relação de índole normativa, que qualifica a inconstitucionalidade e que implica trazer, para seu conceito, a ideia de sanção à violação do texto constitucional⁵¹. E esta sanção, via de regra, é representada pela nulidade, comportando as atenuações que o Direito Positivo lhe conferir⁵². Segundo ele,⁵³

dir-se-á constitucional o ato que não incorrer em sanção, por ter sido criado por autoridade constitucionalmente incompetente e sob a forma que a Constituição prescreve para a sua perfeita integração; inconstitucional será o ato que incorrer em sanção – de nulidade ou anulabilidade – por desconformidade com o ordenamento constitucional

A desconformidade com o Texto Constitucional é mais ampla do que o confronto entre disposições antagônicas da norma legal e da norma constitucional. A inconstitucionalidade também se revela em contrastes velados, que surgem na aplicação do direito ao caso concreto, afinal da interpretação do Texto Magno podem advir normas em diferentes sentidos, sendo que em apenas um deles ela seria tida como incompatível com a Constituição. Daí a importância das três técnicas de decisão para revelar o alcance do fenômeno da inconstitucionalidade, que são (i) a declaração da inconstitucionalidade seguida pela pronúncia da nulidade; (ii) a declaração da inconstitucionalidade, sem redução de texto; e, finalmente, (iii) a interpretação conforme a Constituição.

A primeira delas é a mais comum e decorre da nulidade como consequência primordial da inconstitucionalidade do ato. Muitas discussões já se travaram a respeito da nulidade como resultado natural da inconstitucionalidade, porém, prevalece o entendimento segundo o qual “o dogma da nulidade não constitui postulado lógico-jurídico de índole obrigatória, comportando soluções intermediárias, nos termos consagrados pelo ordenamento jurídico”.⁵⁴

Ratificando esta premissa, está a técnica de declaração da inconstitucionalidade, sem redução do texto. Nela, o âmbito de aplicação

51 MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*, p. 6.

52 A nulidade continua sendo a consequência principal da declaração da inconstitucionalidade de um ato normativo brasileiro, não obstante seja o direito positivo que desenhe a sanção a um ato reputado inconstitucional. Nesta linha, a Lei 9868/99 admitiu, em seu art. 27, a declaração da inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, quando razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social recomendarem que a decisão produza efeitos a partir de seu trânsito em julgado (*ex nunc*) ou de outro momento fixado pelo STF, por maioria de 2/3 dos seus membros. Este dispositivo, cumpre ressaltar, foi alvo de algumas ações diretas de inconstitucionalidade que questionaram, dentre outros aspectos, o *quorum* estabelecido, que é mais rígido do que a maioria absoluta exigida pelo texto constitucional para outras deliberações do Supremo.

53 MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*, p. 9-10.

54 MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*, p. 18-19.

da norma é restringido na declaração de inconstitucionalidade, sem, no entanto, haver a expulsão do ato do ordenamento jurídico. Pode-se dar, como exemplo deste efeito, a aplicação de uma lei tributária em desrespeito ao princípio da anterioridade, pois, neste caso, a inconstitucionalidade pode ser declarada, restringindo-se apenas o âmbito temporal de aplicação da norma, determinando que a mesma possa incidir no exercício financeiro subsequente, sem prejuízo, doravante, de sua constitucionalidade.⁵⁵

Quando se tratar de interpretação conforme a Constituição, o Supremo fixará um único sentido de interpretação, de acordo com o disposto na Constituição Federal, com base no qual a norma poderá ainda ser aplicada. Qualquer interpretação diversa será tida como inconstitucional.

Segundo Gilmar Mendes⁵⁶

Ainda que se não possa negar a semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático de sua utilização, é certo que, enquanto, na interpretação conforme a Constituição, se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na declaração de nulidade sem redução de texto, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação (*Anwendungsfälle*) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal.

São esses os casos de inconstitucionalidade que a regra do art. 741, par. único, do CPC trouxe no seu suporte fático, ao mencionar lei ou ato normativo declarados inconstitucionais ou tidos em interpretação ou aplicação como incompatíveis com a Constituição pelo STF.

4.2 QUAL O MOMENTO PARA APLICAÇÃO DA REGRA?

Admitindo-se que a rescindibilidade de sentenças que aplicam leis inconstitucionais não está restrita aos embargos, resta outra indagação: até quando se poderá rescindi-las, já que a regra legal, ao contrário da ação rescisória, não trouxe nenhum marco temporal?

Existe dissenso doutrinário sobre sua utilização no tempo. De um lado, juristas como Cândido Rangel Dinamarco⁵⁷, Barbosa Moreira⁵⁸ e

55 ADI 2325-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23.09.2004, DJ 6/10/2006

56 MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 275

57 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. IV. p. 672.

58 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "Considerações sobre a chamada 'relativização' da coisa julgada material", *Revista dialética de direito processual*, n° 22, janeiro, 2005. p. 91.

Alexandre Freitas Câmara⁵⁹, já se manifestaram no sentido de restringir a admissibilidade dos embargos do executado fundados no §5º do art. 884 da CLT e par único do art. 741 do CPC apenas nos casos em que a decisão de inconstitucionalidade, com eficácia *erga omnes*, for proferida pelo STF antes do trânsito em julgado da decisão embargada. Em outras palavras, o novel dispositivo seria apenas aplicável à execução provisória.

Em sentido mais amplo, doutrinadores como Eduardo Talamini⁶⁰, Araken de Assis⁶¹ e Paulo Roberto Pimenta⁶² não fazem esta restrição temporal – o prazo para embargar ou suscitar o incidente de impugnação de sentença – ao cabimento da regra.

Concordo com a tese ampliativa por duas razões principais. A primeira, porque uma sentença que aplica lei inconstitucional não é uma sentença segura. Se a coisa julgada não é capaz de irradiar segurança jurídica, não haverá motivos para mantê-la. A segunda razão é topográfica: se o legislado pretendesse criar uma regra para ser aplicada apenas à execução provisória, ele o teria feito na seção específica do Código (art. 475-O e seguintes) e não na disciplina dos embargos do devedor e do incidente à impugnação de sentenças.

Além disso, acrescenta-se que os defeitos que maculam as decisões judiciais – quer sejam *errores in procedendo* ou *in iudicando* – são passíveis de correção pelas vias recursais ordinárias e extraordinárias, observados, naturalmente, os requisitos específicos de cada via de impugnação. No entanto, quando se dá o trânsito em julgado de uma decisão, esses vícios, muitas vezes nulidades, transformam-se em rescindibilidades, cujo prazo fatal para sua desconstituição é de 2 anos (p. ex, a nulidade por incompetência absoluta é causa de rescisão do julgado, segundo o art. 485, II do CPC e as demais, genericamente, se enquadram como infração à lei, conforme inc. V).⁶³

É aí que reside a importância do argumento que leva em consideração a localização da regra estudada. Se fosse mais um caso

59 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. vol. II. p. 420.

60 TALAMINI, Eduardo. “Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC art. 741, par. ún.)”, In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. Salvador: JusPodivm, 2004. p. 87.

61 ASSIS, Araken. “Eficácia da coisa julgada inconstitucional”, *Revista dialética de direito processual*, nº 4, julho de 2003. p. 25.

62 PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. “Embargos à execução e decisão de inconstitucionalidade – Relatividade da coisa julgada – CPC art. 741, parágrafo único – MP 2.180”, *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 2, maio de 2003. p. 99.

63 O STF, contudo, se pronunciou, recentemente, limitando a aplicação da regra ao prazo da rescisória, o que não impede, contudo, uma revisão da decisão em plenário, pois pende de julgamento a ADI nº 2418-3. Cf. RE nº 594350/RS. Rel. Min. Celso Mello, *J. 25.05.2010, DJ 11.06.2010*

de rescindibilidade sujeita ao prazo fatal de dois anos, o legislador simplesmente teria acrescido uma nova causa de pedir ao art. 485 do CPC, que regulamenta a ação rescisória. Não raro, os tribunais costumam dar procedência aos pedidos de rescisão de julgados que infringiram o texto constitucional, com base no art. 485, V do CPC. Sob esta ótica, a inserção do par. único no art. 741 do CPC se mostraria totalmente inócua.

Se a execução de título executivo judicial, como regra⁶⁴, só tem início após o trânsito em julgado da decisão, isto revela, em primeiro lugar, que a aplicação do art. 741, par. único, do CPC não se adstringe, exclusivamente, à execução provisória. Outrossim, se algum prazo existe, este não é o biênio legal da rescisória. O vício decorrente da pronúncia da inconstitucionalidade pelo Supremo sobrevive ao trânsito em julgado da decisão e é, por esse motivo, que ao condenado é dado impugnar o título com os embargos e não exclusivamente pela via rescisória. Destarte, nada impede que, iniciada a execução definitiva, o executado que pretenda a rescisão do título fundado em norma inconstitucional oponha embargos com este fim.

Com isso, pode-se sustentar que se trata de um vício transrescisório, que parece indicar a ampliação da *querela nullitatis* para além do seu confinamento histórico à falta ou nulidade de citação do réu revel, para também abarcar a hipótese da sentença que aplicou norma inconstitucional.

4.3 RESCISÃO AUTOMÁTICA OU NECESSIDADE DE NOVO PRONUNCIAMENTO? E QUAL O PRAZO?

Admitida a rescindibilidade das decisões que aplicam lei inconstitucionais, surge uma outra questão de relevo na aplicação do art. 741, par. único, do CPC que está relacionada à estreita ligação entre o objeto do processo e a oposição dos embargos contra título fundado em lei inconstitucional. Basta que seja prolatada a decisão pelo STF ou editada a Resolução do Senado Federal para que seja julgado procedente o pedido dos embargos? Ou é necessário um novo pronunciamento judicial a respeito da matéria?

Em primeiro lugar, é preciso ter em mente que os embargos, como toda relação processual contenciosa, envolve sujeitos em dois polos opostos. Esta é a primeira premissa. É certo que a tutela jurisdicional buscada pelos embargos satisfaz plenamente os interesses do executado, caso haja julgamento de procedência, pois este verá a execução, enfim,

⁶⁴ É regra porque é possível instaurar-se a atividade executiva, embora de caráter provisório, quando for interposto contra a decisão recurso sem efeito suspensivo.

obstada. Poder-se ia, desta forma, cogitar da desnecessidade de um novo pronunciamento.

Isto, no entanto, não pode ser aceito.

Na formação do título judicial, a aplicação de norma inconstitucional, por mais das vezes, figurará somente na motivação da decisão. Isto porque a questão constitucional – nos processos subjetivos – é sempre uma questão prejudicial,⁶⁵ não fazendo parte, portanto, do objeto do processo e, por essa razão, insuscetível de ser acobertada pela coisa julgada. Em poucos casos, a aplicação da norma inconstitucional aparecerá no decisório, p. ex., quando a parte é condenada a uma sanção proscrita do ordenamento jurídico, como a redução à condição de escravo em virtude do inadimplemento de dívida ou a prisão civil, fora dos casos em que ela é permitida.⁶⁶ Mesmo assim, a aplicação da norma inconstitucional, além de fazer parte do dispositivo, deverá, obrigatoriamente, ser arrazoada na decisão, sob pena de nulidade, conforme prescreve o art. 93, IX da CF.

Logo, o acolhimento, *incidenter tantum*, da inconstitucionalidade aventada no processo, justamente por ser a questão constitucional uma questão prejudicial, impedirá que sejam apreciadas, com independência, as questões subordinadas a ela, pois é característica das questões prejudicadas terem seu teor influenciado pelo julgamento da questão que lhe é prévia⁶⁷. Daí já se vê que, justamente por fazer parte das razões de decidir, a aplicação da norma inconstitucional pode ter peso diferenciado na solução final, conforme existam outros fundamentos em prol da tese vencedora. Em outras palavras, não é lícito privar o embargado de rediscutir essas questões levantadas no processo de conhecimento, cuja apreciação foi obstada pelo acolhimento da inconstitucionalidade.

Eduardo Talamini⁶⁸ elaborou dois exemplos bastante elucidativos sobre o tema:

(1º) O contribuinte pede a declaração da inexigibilidade do tributo, sob o fundamento de que a lei que o instituiu é inconstitucional. Essa ação meramente declaratória é julgada improcedente, e o contribuinte condenado em honorários. Posteriormente o Supremo declara em ação direta a inconstitucionalidade da norma. Caberão embargos à execução dos honorários, com amparo no art. 741, par.

65 DIDIER JR, Fredie. “Objeto da cognição judicial”, *Revista dialética de direito processual*, nº 6, setembro de 2003, p. 13.

66 TALAMINI, Eduardo. “Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC art. 741, par. ún.)”, In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*, p. 121.

67 DIDIER JR, Fredie. “Objeto da cognição judicial”, *Revista dialética de direito processual*, p. 13.

68 TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 465.

ún.º (2º) No curso de processo condenatório, o juiz, aplicando uma lei que proíbe a prova testemunhal naquela espécie de controvérsia, indefere o pedido de ouvida de testemunhas formulado pelo réu. No final, profere sentença de procedência do pedido, por não haver ficado provado o fato extintivo do direito do autor. Sobrevindo o reconhecimento da inconstitucionalidade da regra proibitiva de prova testemunhal, com eficácia *erga omnes* e *ex tunc*, a questão poderá ser suscitada nos embargos à execução?

Em face dessas duas hipóteses, é perceptível que a norma inconstitucional acolhida na sentença exequenda possa não ser causa determinante do resultado do julgado, como se visualiza, com bastante clareza, no exemplo nº 2. Ainda neste caso, se ficar constatado que a demanda seria julgada improcedente, independentemente da prova testemunhal, não há que se falar em desconstituição do título. Mas, obviamente, isso só é possível se for realizada a instrução para a colheita dos depoimentos testemunhais. Enfim, conquanto não prevista em lei, deve existir uma relação de causalidade entre o resultado alcançado pelo *decisum* e a lei inconstitucional.

Parece-me, como forma de preservar os interesses das partes e como maneira de evitar a desconstituição de decisões com intuítos meramente protelatórios, que uma nova manifestação judicial sobre a matéria é necessária. E essa manifestação, a depender da natureza do direito discutido em juízo, requererá a realização da atividade instrutória.⁶⁹

Daí surge um novo problema: como deve ser apreciado este “novo” fundamento? Nos próprios embargos? Nos autos do processo de conhecimento que deve, por conta disso, ser reaberto? Ou é preciso o ajuizamento de uma demanda autônoma de impugnação?

Em verdade, por se tratar de uma novidade no ordenamento jurídico de regramento incipiente, principalmente no que tange aos efeitos decorrentes da aplicação da novel regra, qualquer dos meios escolhidos será passível de críticas.⁷⁰

69 No mesmo sentido, PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. “Embargos à Execução e Decisão de Inconstitucionalidade – Relatividade da Coisa Julgada – CPC art. 741, parágrafo único – MP 2.180”, *Revista dialética de direito processual civil*, p. 104. TALAMINI, Eduardo. “Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, ART. 741, PAR. ÚN.)”. *Freddie Didier Jr. (Coord.) Relativização da coisa julgada: Enfoque crítico*, p. 126-127.

70 A objeção que se faz à utilização dos embargos é que o conteúdo constitutivo negativo de sua sentença impediria a rediscussão em seu bojo dessa questões; quanto à demanda autônoma, o empecilho é a prescrição, já que esta, nos termos do art. 206 do CC, só pode ser interrompida apenas uma única vez. Por último temos a reabertura do processo de conhecimento, invocando-se o regime da *exceptio nullitatis* que, mesmo assim, peca por falta de previsão legal, por desconsiderar a eficácia preclusiva da coisa julgada formal e por querer atribuir o um aspecto que rege as sentenças inexistentes às sentenças inválidas. Por todos, TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 122.

Acredito que a apreciação das questões incidentalmente prejudicadas pela declaração da inconstitucionalidade no processo originário poderá ser feita, juntamente com a instrução, nos próprios embargos, em homenagem à celeridade processual. É bem verdade, como observou Celso Neves⁷¹, que os embargos não se prestavam para discutir fatos que podiam ter sido alegados no processo de conhecimento, em virtude da eficácia abstrata emanada do título. O direito que assiste ao executado de impugnar a execução não tem a mesma amplitude do direito de defesa no processo de conhecimento. Os embargos serviam apenas para obstaculizar a execução. É só.

Esta observação se mostrou em perfeita consonância com o direito posto, até as alterações promovidas, inicialmente, pela Med. Prov. 2180-35/2001 na disciplina dos embargos. Após sua edição, o direito positivo recebeu nova conformação e, particularmente, somente no que se refere às peculiaridades do art. 741, par. único, do CPC, a impossibilidade de se rediscutir certas matérias no bojo dos próprios embargos deve ser repensada.

Como visto, o art. 741, par. único, do CPC impõe a necessidade de rediscussão de algumas questões levantadas no processo de conhecimento. E isso não ocorria em nenhuma das hipóteses anteriores. Ora, se são mudados os objetivos, mudam-se também as formas⁷². Não há como se pensar em todas as alterações propiciadas pela nova regra, não só na execução e nos embargos, mas no processo civil como um todo, sem se remodelar a carga de eficácia da sentença de julgamento de procedência dos embargos, que não deve ser encarada, malgrado as controvérsias doutrinárias, apenas como constitutiva negativa. É preciso mais: faz-se mister o pronunciamento de um *iudicium rescisorium*, como sói acontecer nas ações rescisórias que prescindem de novo julgamento. De qualquer sorte, pode não se tratar de uma solução perfeita, mas é a mais adequada, enquanto não houver *melhor disciplina de lege ferenda*.

Convém anotar ainda que o regramento dado pelo §79-2 da Lei Orgânica do do Tribunal Federal Constitucional alemão não deve ser importado para o direito brasileiro, porque insuficiente. De acordo com a saída encontrada pelo direito alemão, a execução cujo título fundou-se em norma inconstitucional pode ser obstada, mas o título é mantido intocável. Não me parece, contudo, a solução mais adequada, até porque, muitas vezes, a execução merecerá prosseguir por outros motivos. Pense-se no exemplo do contribuinte que, numa ação de repetição

71 NEVES, Celso. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VII. p. 192

72 Para Dinamarco, Grinover e Cintra, a instrumentalidade do processo, sob um aspecto negativo, a instrumentalidade das formas, dita que "as exigências formais do processo só merecem ser cumpridas à risca, sob pena de invalidade dos atos, na medida em que isso seja indispensável para a consecução dos objetivos desejados". Cf. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 42.

de indébito, alega a inconstitucionalidade da norma instituidora da exação e a inocorrência do fato gerador da obrigação tributária. Em sendo acolhida a alegação de inconstitucionalidade pelo juiz da causa, por ser questão prejudicial de mérito, a cognição sobre a ocorrência ou não do fato gerador não será sequer realizada. Se firmada no Supremo a constitucionalidade da norma que estabeleceu a exação e, por conta disso, a Fazenda Pública opuser embargos, o contribuinte terá direito, ao menos, a ver a questão prejudicada – a ocorrência do fato gerador – apreciada judicialmente, porque, caso acolhida, sua pretensão de repetir o indébito ainda estará de pé. Esvaziar o conteúdo da coisa julgada e tornar-lhe simplesmente inexigível, por equiparação legal, embora útil em outras hipóteses, não serviria para o exemplo pensado.

4.4 NOVA PRETENSÃO NASCIDA DA DECISÃO DO STF E PRAZO PARA SEU EXERCÍCIO.

Declarada a inconstitucionalidade de uma lei pelo STF e admitida e eficácia rescisória do parágrafo único do art. 741 do CPC, poderá a parte a quem aproveitar o pronunciamento do STF veicular sua pretensão?

É bastante comum se pensar nas hipóteses em que a execução é obstada, como, por exemplo, quando é declarada inconstitucional pelo STF uma lei majoradora de tributo, o contribuinte, desde logo, pode abortar a cobrança a maior da exação nos embargos com fundamento no art. 741, par. único, do CPC. Por outro lado, em se tratando da hipótese inversa: declarada inconstitucional num caso concreto a exação, em que o STF se posicionou pela constitucionalidade, poderá a Fazenda Pública cobrar as diferenças? E, em caso positivo, em qual prazo?

O problema não encontra solução positivada no atual CPC nem no anteprojeto do novo código. É possível se cogitar em duas soluções razoáveis: (i) impedir simplesmente a veiculação de pretensão nova, proscREVendo, no caso acima, que a Fazenda cobre as diferenças pretéritas, mas restitua a exação para fatos futuros; ou (ii) permitir-se-ia o exercício em juízo da pretensão nascida da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo, respeitados, contudo, os limites temporais da prescrição.

Uma vez admitida a nulidade da sentença e do processo que aplicou norma inconstitucional, se houve adimplemento da prestação, ainda que forçosamente, este pagamento torna-se indevido e outra parte passará a ter o direito de repetir o indébito, no prazo de 3 anos, ao teor do art. 206 § 3º, IV do CC. A pretensão de exercício desse direito, todavia, é fulminável pela força corrosiva do tempo, através da prescrição (ou decadência, para os direitos potestativos). Se não fosse assim, haveria

muita insegurança na possibilidade de se reverter a qualquer instante, ainda que, passado muitos anos, o resultado do julgado. Nada impedirá, todavia, o ajuizamento da demanda e o eventual pagamento do indébito pela parte vencida, mas isso não passará de uma obrigação natural (CC art. 814), cuja peculiaridade é gerar a *solutio retentio*: o devedor pagar se quiser, se assim mandar sua consciência, mas se o fizer, não poderá reclamar o que pagou.⁷³

Muitas vezes, o descompasso entre o processo objetivo acerca da constitucionalidade do ato normativo e processo subjetivo que o aplicou deixa transcorrer muitos anos no intervalo compreendido entre uma decisão e outra. O decurso do tempo leva a segurança jurídica a se assentar no estado como os fatos se apresentam, como se fosse a poeira repousando sobre velhos móveis. Então, começará um intrincado dilema: é possível se falar em prescrição da pretensão antes mesmo que o pagamento indevido reste configurado com a prolação da decisão do Supremo? Ou é admissível a oposição dos embargos ou de demanda autônoma antes mesmo da decisão do Supremo acerca da constitucionalidade da norma aplicada?

Se uma sentença aplicar norma cuja constitucionalidade é discutida em sede de controle abstrato é possível demandar com fulcro no art. 741, par. único, do CPC, com raciocínio similar ao que é feito na denunciação da lide quanto ao interesse de agir do denunciado. Todavia, esse novo processo (juntamente com a execução, se for o caso dos embargos) deve ser suspenso, para aguardar a manifestação do STF, configurando uma nova possibilidade de interesse de agir superveniente.

Mais uma vez, surgirá o problema da prescrição, pois o art. 202 do CC reza que o curso desse prazo extintivo só pode ser interrompido uma única vez. No entanto, este é um problema que deve ser repensado tendo em vista o processo de execução como um todo, pois, na estrita literalidade deste dispositivo (CC art. 202, I c/c par. único), após o desfecho do processo de conhecimento a prescrição tornaria a fluir. É como se o juízo das execuções tivesse que correr contra o tempo para obter sucesso em sua atividade e, na prática, a maior parte dos processos executivos seriam extintos anormalmente, por causa da prescrição. Ou se levará a cabo esta solução radical ou então, neste particular, as disposições do Código serão transformadas em letra morta.

Nos casos de sentenças meramente declaratórias, a superveniência de declaração de inconstitucionalidade não oferece maiores embaraços, pois as ações declaratórias visam apenas certificar uma situação, não

⁷³ WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil brasileiro: Introdução e parte geral*. 7ª ed., rev. e atual. com a colaboração de Álvaro Villaça de Azevedo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 201. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. v. II. p. 57. GOMES, Orlando. *Contratos*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 429.

causando insegurança o seu manejo a qualquer tempo. As sentenças declaratórias, a qualquer tempo em que sejam proferidas, trazem certeza. A segurança decorre de a sentença existir como fato jurídico, por isso, não há necessidade de limitação do prazo de seu exercício. São, pois, ações imprescritíveis.

Já no que diz respeito às ações constitutivas, o marco a ser respeitado é o prazo de decadência, quando houver previsão legal. As sentenças constitutivas visam criar, alterar ou modificação uma situação jurídica contra alguém que esteja num *estado de sujeição*. Basta um “rescindir a sentença”, “anular o lançamento do imposto”, “dissolver o casamento”. Como não há uma prestação pelo sujeito passivo, os direitos potestativos não podem ser violados. Esgotam-se no próprio exercício. Logo, a única preocupação que se pode entre o passar do tempo, a declaração de inconstitucionalidade posterior e essas ações está no marco dos prazos decadenciais, quando houver tal previsão legal.⁷⁴ Afora isso, também são imprescritíveis. De qualquer modo, trata-se de efeitos que merecem regulamentação *de lege ferenda*.

5 CONCLUSÕES

1) A regra do art. 741, par único, do CPC, que foi repetida no art. 475-L, § 1º do CPC, no art. 884 § 5º da CLT e agora no art. 496 § 4º do anteprojeto do novo Código de Processo Civil, aperfeiçoou a fiscalização de constitucionalidade brasileira, reforçou a Supremacia da Constituição e garantiu a uniformidade de tratamento para situações idênticas pelas decisões judiciais e tem aplicação apenas em *hipóteses residuais*;

2) A regra é comumente tratada na temática da coisa julgada inconstitucional. No entanto, há uma dicotomia no discurso, pois os fundamentos para flexibilizar a coisa julgada no caso de aplicação do art. 741, par. único, do CPC e nos casos de injustiça manifesta, em que há colisão de valores constitucionais, são distintos. Em ambos persiste o recorrente embate entre justiça e segurança, mas nos casos sob a incidência da regra contida no par. único do art. 741 do CPC há um *plus*: a insegurança na aplicação do Direito;

3) Segurança e coisa julgada são conceitos que caminham lado a lado. Aquela deve estar a serviço desta e por conta disso é que merece ser protegida. Pode haver segurança fora da coisa julgada, mas a coisa julgada somente existe para conferir segurança. Assim, se a coisa julgada fundada em

74 AMORIM FILHO, Agnelo. “Critério Científico para Distinguir a Prescrição da Decadência e para Identificar as Ações Imprescritíveis”, *Revista dos Tribunais*, out. 1960. vol. 300.

lei declarada inconstitucional ou tida em interpretação ou aplicação incompatíveis com a Constituição pelo STF não é capaz de gerar segurança jurídica, não haverá empecilhos em “relativizar” a coisa julgada com base no art. 741, par. único, do CPC;

4) Com efeito, o conteúdo jurídico do princípio da segurança se desdobra em três: a segurança na previsão ou orientação, a segurança na aplicação e a proteção da confiança. Enquanto os dois primeiros são de índole objetiva, o último, de cunho subjetivo. segurança na aplicação. Esta última, em termos bastante esquemáticos, consiste no cumprimento do Direito por seus destinatários, principalmente pelos órgãos públicos. Diante de uma regra jurídica, o juiz deve observar, primeiramente, sua compatibilidade com a Constituição. Em seguida, poderá e deverá ser aplicada sobre os fatos da vida que se destinou a reger. Aferir essa relação de compatibilidade entre as leis e a Constituição é, no direito positivo brasileiro, dever de todos os tribunais e configura, na outra face da moeda, o direito à segurança dos cidadãos. Destarte, aplicar lei inconstitucional ou deixar de aplicar lei constitucional são condutas violadoras da segurança no momento da aplicação do Direito;

5) A regra do art. 741, par único, do CPC pode ter aplicação tanto na execução provisória, quanto na execução definitiva, quanto após o prazo da rescisória. Primeiro porque se a regra apenas estivesse adstrita à execução provisória, o legislador da Med. Prov. nº 2180-35/2001 teria promovido alterações na seção específica do Código. Tampouco é caso de rescindibilidade, pois o entendimento pretoriano firmou-se no sentido de que é possível desconstituir uma sentença que infringiu as prescrições constitucionais com supedâneo no art. 485, V do CPC. A repetição da mesma regra no par. único do art. 741 do CPC, além de inócua, revelar-se-ia inútil. Destarte, com base neste último dispositivo, a demanda pode ser ajuizada mesmo após a expiração do prazo fatal de dois anos da rescisória, assim como ocorre com o inc. I do art. 741 do CPC, porquanto o vício que contamina a decisão sobrevive ao trânsito em julgado e por essa razão é dado ao executado impugná-la com os embargos e não exclusivamente com a rescisória. Seria mais adequado, portanto, se o legislador equiparasse o par. único do 741 do CPC ao inc. I do mesmo dispositivo, admitindo, expressamente, a ampliação da pretensão da *querela nullitatis* para além de seu confinamento histórico ao caso da falta ou invalidade da citação do réu revel;

6) As peculiaridades despertadas pela aplicação da regra do par. único do art. 741 não foram estudadas, plenamente, na hipótese do inc. I, até porque isto não era possível. Enquanto no caso do par. único, o demandado pode participar ativamente do processo, influenciando no seu objeto, no inc. I isso é inconcebível, até porque revel o réu. Desta maneira, a casuística trará situações em que a execução embargada não merece findar anormalmente, principalmente nos casos em que for declarada a inconstitucionalidade *incidenter tantum* e o STF pugnar pela constitucionalidade da lei, pois poderão existir outros fundamentos que autorizem o prosseguimento da execução, mas cuja apreciação foi influenciada pelo acolhimento da inconstitucionalidade, que é questão prejudicial de mérito. É o exemplo da oposição de embargos pela Fazenda Pública contra sentença que a condenou à repetição de indébito por ser inconstitucional uma exação por ela cobrada, embora tenha o contribuinte, na mesma demanda, alegado a inocorrência do fato gerador. Este último argumento merecerá, sem dúvida, nova apreciação. Por isso a saída empregada pelo §79-2 do *Bundesverfassungsgericht*, que permite a interrupção da execução mantendo-se inalterado o título, não deve ser importada para o direito brasileiro. Segundo as mesmas razões, a simples oposição dos embargos não impõe a rescisão automática do julgado. Necessário, pois, novo pronunciamento;

7) Pontue-se que os embargos são a via adequada para impugnação de título executivo judicial que, comumente, é a sentença cível condenatória. Todavia, decisões com outro conteúdo como as constitutivas e declaratórias também podem aplicar norma inconstitucional e, contra elas, não são cabíveis os embargos do executado por falta de interesse - adequação. Isto, na verdade, quer indicar para a persistência da pretensão do par. único do art. 741 do CPC como demanda autônoma que pode assumir a forma de embargos devedor ou de outro meio processual de impugnação, como a ação civil pública, a ação popular, ação declaratória de nulidade, ação rescisória etc;

8) Por fim, que mesmo sendo possível o manejo da pretensão contida no par. único do art. 741 do CPC, existem limitações impostas pelo tempo. Cuidou-se da consagração de um vício transrescisório e não de um caso a mais de imprescritibilidade da pretensão. Assim, uma vez decretada pelo STF com eficácia *erga omnes* e *ex tunc* a inconstitucionalidade da lei cujo título executivo declarou constitucional, o executado

terá o direito de repetir o indébito, cujo prazo prescricional é de três anos. Em se tratando do exercício de direitos submetidos à decadência, o prazo para desfazimento da sentença constitutiva é o mesmo. Em se tratando de sentenças meramente declaratórias, por não gerarem insegurança, não há qualquer limitação;

9) O desafio, portanto, é de transpor barreiras e suplantar dogmas enraizados no Direito brasileiro, conforme emerge da problemática suscitada pela aplicação do art. 741, par único, do CPC. Eis uma das grandes questões a serem enfrentadas pelos juristas no despertar do século XXI, principalmente regulamentando, de *lege ferenda*, os problemas, sem solução positivada, que a aplicação da regra desperta: como o prazo para exercício, a forma e o interesse de agir.

REFERÊNCIAS

AMORIM FILHO, Agnelo. “Critério Científico para Distinguir a Prescrição da Decadência e para Identificar as Ações Imprescritíveis”, *Revista dos Tribunais*, vol. 300, out. 1960.

ASSIS, Araken. “Eficácia da coisa julgada inconstitucional”, *Revista dialética de direito processual*, nº 4, jul. 2003.

ASSIS, Araken. *Manual do processo de execução*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material”, *Revista dialética de direito processual*, nº 22, jan. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. “Novos paradigmas e categorias da interpretação constitucional”. In: Marcelo Novelino (org.), *Leituras complementares de direito constitucional: teoria da Constituição*. Salvador: JusPodivm, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. vol. II.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almeida, 1998.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CLÈVE, Clemerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995;

DIDIER JR, Fredie. “Objeto da cognição judicial”, *Revista dialética de direito processual*, nº 6, set. 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. vol. I.

_____. *Relativizar a Coisa Julgada Material*. In: Carlos Valder do Nascimento (coord.) *Coisa Julgada Inconstitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “Réu revel não citado, ‘querela nullitatis` e ação rescisória”, *Revista do processo*, nº 48. out-dez. 1987;

FARIAS, Cristiano Chaves de. “Um alento ao futuro: novo tratamento da coisa julgada nas ações relativas à filiação”. In: Fredie Didier Jr. (Coord.) *Relativização da coisa julgada: Enfoque crítico*. Salvador: JusPodivm, 2004.

FURTADO, Paulo. *Execução*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MENDES, Gilmar. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*, São Paulo: Saraiva, 1990.

NERY JR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NEVES, Celso. *Comentários ao código de processo civil*. vol. VII. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NOVOA, César Garcia. *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. “Embargos à execução e decisão de inconstitucionalidade – Relatividade da coisa julgada – CPC art. 741,

parágrafo único – MP 2.180”, *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 2, maio de 2003.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. 6. ed. Coimbra: Arménio Armado, 1979.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. “Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC art. 741, par. ún.)”, DIDIER JR., Fredie (org.). *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. Salvador: JusPodivm, 2004.

TESHEINER, José Maria. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000.

THEODORO JR. Humberto. *Curso de direito processual civil*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. vol. II.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. v. II.

WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro: Introdução e parte geral*. 7. ed. rev. e atual. com a colaboração de Álvaro Villaça de Azevedo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

AS PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

*THE PROCEDURAL PREROGATIVES OF THE TAX
AUTHORITIES IN THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE*

*Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues
Advogado da União
Especialista em Direito do Estado (UERJ)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Fundamento das prerrogativas processuais atribuídas à Fazenda Pública: promoção da igualdade material; 2 Breves considerações acerca do objetivo central do Projeto de Lei do Senado (PLS) n.º 166/2010 – novo Código de Processo Civil; 3 As prerrogativas processuais conferidas à Fazenda Pública pelo Código de Processo Civil; 3.1 Reexame necessário; 3.2 Prazos processuais diferenciados para a Fazenda Pública; 3.3 Intimação pessoal dos advogados públicos; 4 Os méritos da reforma: a busca da efetivação dos princípios constitucionais do acesso à Justiça e da duração razoável dos processos judiciais; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O artigo analisa as prerrogativas processuais atribuídas à Fazenda Pública. Seu objetivo é o estudo comparativo entre o sistema atual e o que será estabelecido pelo novo Código de Processo Civil brasileiro. Também são objeto de estudo os princípios constitucionais aplicáveis ao processo civil.

PALAVRAS-CHAVE: Processo civil. Novo Código de Processo Civil brasileiro. Sistema de prerrogativas da Fazenda Pública. Princípios constitucionais.

ABSTRACT: This paper analysis the state procedure prerogatives system. Its aim is the comparative study between the actual and the future system which will be established by the new Brazilian civil procedure code. It also concerns about the constitutional principles which are applicable in civil procedure.

KEYWORDS: Civil procedure. New Brazilian civil procedure code. State procedure prerogatives system. Constitutional principles.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo a análise das modificações que serão introduzidas no Código de Processo Civil no que pertine às prerrogativas processuais conferidas à Fazenda Pública. Neste sentido, serão abordadas as alterações relativas ao reexame necessário (parágrafo 2º do artigo 478), aos prazos processuais diferenciados em favor da Fazenda Pública e à intimação pessoal de seus representantes judiciais (artigo 95), todas constantes do Projeto de Lei n.º 166/10, atualmente em trâmite no Senado.

Encontram-se fora do alcance do estudo as prerrogativas estabelecidas (e mantidas) por legislação extravagante, tais como a proibição de liminares contra os entes públicos em certos casos (artigo 2-B da Lei n.º 9.494, de 10 de setembro de 1997) e a faculdade de intervenção destes entes, independentemente da demonstração de interesse jurídico, em causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica (parágrafo único do artigo 5º da Lei n.º 9.469, de 10 de julho de 1997), dentre outras.

O objetivo central será o cotejo entre a sistemática atual e a que consta do Projeto de Lei n.º 166/10, e que muito provavelmente passará a vigor em breve, acerca da limitação das hipóteses de reexame necessário, da redução do prazo para a Fazenda Pública oferecer contestação e da extensão da intimação pessoal aos representantes judiciais dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

De igual modo, será dispensada especial atenção às razões que conduziram à necessidade da reforma, em sintonia com os fundamentos constitucionais que regem o processo civil, bem como com o ideário moderno do processo civil de resultados.

1 FUNDAMENTO DAS PREROGATIVAS PROCESSUAIS ATRIBUÍDAS À FAZENDA PÚBLICA: PROMOÇÃO DA IGUALDADE MATERIAL

Remonta a Aristóteles a máxima segundo a qual a igualdade material consistiria no “tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais, na medida de suas diferenças.”

Neste sentido, consoante as clássicas lições de Bandeira de Mello, o princípio da isonomia preceitua que sejam tratadas igualmente as situações iguais e desigualmente as desiguais, não havendo como desequiparar pessoas e situações quando nelas não se encontram fatores desiguais. Demais disso, a diferenciação do

regime legal deve estar relacionada com a diferença que se tomou em conta.¹

Ao seguir este conceito de igualdade material, Humberto Dalla Bernardina de Pinho afirma que se clama, hoje, por uma Justiça que assegure tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais, na medida de suas diferenças, de forma a restabelecer o equilíbrio entre as partes. O ilustre processualista cita como exemplo de aplicação da igualdade material, dentre outros, justamente a prerrogativa de prazo gozada pela Fazenda Pública e pelo Ministério Público quanto à realização de certos atos processuais em razão da burocracia estatal.²

Acerca do tema do tratamento diferenciado conferido ao Poder Público em relação aos particulares, Gustavo Binbenbojm ressalta a necessidade de observância a critérios rígidos estabelecidos pela lógica do princípio constitucional da igualdade. Assevera, ainda, que qualquer diferenciação deve ser instituída por lei, além de sujeitar-se, no seu contexto específico e na sua extensão, ao teste da proporcionalidade.

Transcreve-se abaixo, pela precisão e clareza, as condições que o aludido administrativista elenca como imprescindíveis para que um privilégio instituído em favor da Administração Pública seja constitucionalmente legítimo:

(I) a compressão do princípio da isonomia (isto é, a discriminação criada em desfavor dos particulares) seja apta a viabilizar o cumprimento, pelo Estado, dos fins que lhe foram cometidos pela Constituição ou pela lei;

(II) o grau ou medida da compressão da isonomia (isto é, a extensão da discriminação criada em desfavor dos particulares) deve observar o limite do estritamente necessário e exigível para viabilizar o cumprimento, pelo Estado, dos fins que lhe foram cometidos pela Constituição ou pela lei;

(III) por fim, o grau ou medida do sacrifício imposto à isonomia deve ser compensado pela importância da utilidade gerada, numa análise prognóstica de custos para os particulares e benefícios para a coletividade como um todo³.

1 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 17ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 35.

2 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 47-48.

3 BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 114.

Uma vez assentadas as premissas centrais do conceito de igualdade material, a qual serve de alicerce para as prerrogativas processuais concedidas à Fazenda Pública⁴, passa-se a esmiuçar seus desdobramentos de ordem prática.

Neste sentido, é importante ressaltar que, por vezes, a Administração Pública se vê em situação desfavorável, em virtude de sua própria estrutura burocrática. Tal se verifica com mais clareza em âmbito federal, onde os inúmeros órgãos, departamentos e demais desconcentrações administrativas da União por vezes produzem delongas no tráfego de informações, provas e documentos à sua Advocacia-Geral.⁵

Pode-se cogitar, a título de exemplo, da hipótese de ação movida por servidor militar que tenha servido em diversas cidades do território nacional em face da União. Diante da regra de competência disposta no artigo 37 do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, a União poderá ser demandada no domicílio do autor, no local onde ocorreu o ato ou o fato que deu origem à demanda ou ainda no Distrito Federal.⁶

Não raro, em casos como os tais, o Advogado da União depende da remessa de informações e documentos por parte de todos os órgãos nos quais o servidor tenha servido, sob pena de não conseguir elaborar uma defesa consistente e eficaz.

Tais dificuldades revelam-se aptas a justificar o tratamento processual diferenciado em favor da Fazenda Pública, especialmente no que tange à concessão de prazos mais dilatados para oferecimento de contestação.

Com efeito, tomando por base as lições de Gustavo Binenbojm, além da prévia instituição por lei (artigo 188 do atual do Código de

4 Cumpre ressaltar a existência de posicionamentos doutrinários em sentido diametralmente oposto ao aqui defendido. Veja-se, a título de exemplo, artigo de Agapito Machado: “Como parte, seja no pólo ativo ou passivo, no devido processo legal, não vemos como se possa, diante do caput do art. 5º da CF/88, continuar admitindo a desigualdade em benefício de uma pessoa jurídica de direito público, tais como: contra ela não ocorrerem os efeitos da revelia, ter direito ao prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer, duplo grau, entre tantos outros privilégios.” [...] “A interpretação da legislação ordinária há de ser feita, sempre, em face da Constituição e a Brasileira, promulgada em 1988, ao dispor no art. 5º, caput e inciso I que todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza, eliminou todos os privilégios processuais das pessoas jurídicas de direito público, sobejando apenas a posição de superioridade do Poder Público quando este agir no chamado *ius imperii*.” MACHADO, Agapito. *O Princípio da isonomia e os privilégios processuais*. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em: 08 ago. 2010.

5 No sentido do texto, Gustavo Binenbojm, louvado em voto proferido pelo Min. Sepúlveda Pertence no julgamento da ADIN n.º 1.753-2/DF, destaca que: “[...] tais discriminações só são toleráveis na medida em que não forem arbitrárias e servirem, *v.g.*, para compensar deficiências da defesa em juízo das entidades estatais. Assim, por exemplo, considerações ligadas à morosidade inerente a um Estado agigantado para que os advogados públicos obtenham as informações e provas de que necessitam para a elaboração de sua defesa, ou mesmo a insuficiência crônica de procuradores nos quadros do Poder Público, podem ser levadas em conta na formulação do juízo de constitucionalidade das prerrogativas processuais.” BINENBJOM, *op. cit.*, p. 115.

6 O dispositivo refere, ainda, ao local onde esteja situada a coisa litigiosa, hipótese que não se adequa ao exemplo citado.

Processo Civil), a discriminação em tela parece resistir ao teste da proporcionalidade, uma vez que a compressão do princípio da isonomia na hipótese viabiliza uma eficaz defesa dos interesses do Estado em juízo, sem ultrapassar os limites do estritamente necessário, e também representa medida que preza pela boa relação custo-benefício, já que o sacrifício imposto à ideia de isonomia formal reverterá em prol de toda a coletividade, diante da redução dos riscos de condenação do Estado por mera falta de informações, documentos ou provas.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO OBJETIVO CENTRAL DO PROJETO DE LEI DO SENADO (PLS) N.º 166/2010 - NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O PLS n.º 166/2010, atualmente em trâmite no Senado, tem como principal mote a busca da ampliação do acesso à Justiça e de uma maior efetividade do processo, que deve ser entendida como a busca por uma maior celeridade na entrega da prestação jurisdicional a quem possuir o direito material em disputa.

O Anteprojeto de Código de Processo Civil também tem por escopo possibilitar uma maior concretização dos valores e direitos consagrados na Constituição da República⁷, mediante o reposicionamento do instituto do processo como simples instrumento de resolução de conflitos, e não como fim em si mesmo.

Tal espírito pode ser sintetizado pelos excertos da Exposição de Motivos do Anteprojeto que seguem abaixo transcritos:

Há mudanças necessárias, porque reclamadas pela comunidade jurídica, e correspondentes a queixas recorrentes dos jurisdicionados e dos operadores do Direito, ouvidas em todo país. Na elaboração deste Anteprojeto de Código de Processo Civil, essa foi uma das linhas principais de trabalho: resolver *problemas*.

Deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de *método* de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam *valores constitucionais*. (grifo do autor)

[...]

A coerência substancial há de ser vista como objetivo fundamental, todavia, e mantida em termos absolutos, no que tange à Constituição

⁷ O artigo 1º do PLS n.º 166/10 denota esta nova mentalidade, típica da atual era pós-positivista, na qual o Direito Constitucional passa à condição de centro de todo o sistema jurídico, irradiando seus princípios a todos os outros ramos do Direito: "Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código."

Federal da República. Afinal, é na lei ordinária e em outras normas de escalão inferior que se explicita a promessa de realização dos valores encampados pelos princípios constitucionais.

[...]

Trata-se de uma forma de tornar o processo mais eficiente e efetivo, o que significa, indubitavelmente, aproximá-lo da Constituição Federal, em cujas entrelinhas se lê que o processo deve assegurar o cumprimento da lei material.

Hoje, costuma-se dizer que o processo civil *constitucionalizou-se*.

O processo há de ser examinado, estudado e compreendido à luz da Constituição e de forma a dar o maior rendimento possível aos seus princípios fundamentais.⁸ (grifo do autor)

Tais diretrizes amoldam-se à denominada quarta onda renovatória do Processo Civil, que, de acordo com Mauro Cappelletti, consiste na efetivação dos direitos processuais⁹.

Outrossim, conforme se procurará demonstrar no item 4 *infra*, o novo Código de Processo Civil brasileiro possui instrumentos que têm o potencial de conferir maior eficácia aos princípios constitucionais do acesso à Justiça e da duração razoável dos processos judiciais.

3 AS PRERROGATIVAS PROCESSUAIS CONFERIDAS À FAZENDA PÚBLICA PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

3.1 REEXAME NECESSÁRIO

Sem pretender buscar o aprofundamento na antiga discussão acerca da natureza jurídica do instituto (também conhecido como duplo grau obrigatório), até porque extrapolaria os limites deste artigo, cabe apenas consignar que entende-se como mais plausível o entendimento doutrinário segundo o qual o reexame necessário consiste em condição de eficácia da sentença, sem ostentar as características típicas de recurso¹⁰.

8 Brasil. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil: anteprojeto/Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

9 CAPPELLETTI *apud* DALLA. CAPPELLETTI, Mauro (org.). *Accès a la justice et état-providence*. Econômica, Paris, 1984. p. 29.

10 No sentido do texto, Leonardo José da Cunha assevera que “Não obstante o peso da doutrina que fundamenta esse segundo entendimento, parece mais correto mesmo encaixar o reexame necessário como condição de eficácia da sentença, eis que, não atendidos vários princípios e requisitos recursais, não há como enquadrá-lo como mais um tipo de recurso.” CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 119.

A manutenção do conceito e da posição topográfica do instituto no novo Código, em seu Capítulo que trata da sentença e da coisa julgada (Capítulo XIII), parece corroborar tal posicionamento, tornando ainda mais árdua a missão daqueles que ainda defendem a natureza recursal do reexame necessário.

A nova disciplina do reexame necessário consta do artigo 478 do PLS 166/2010, cuja íntegra transcreve-se abaixo:

Art. 478. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I – proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II – que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública.

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los.

§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação ou o direito controvertido for de valor certo não excedente a mil salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor.

§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal, em súmula desse Tribunal ou de tribunal superior competente, bem como em orientação adotada em recurso representativo da controvérsia ou incidente de resolução de demandas repetitivas.

§ 4º Quando na sentença não se houver fixado valor, o reexame necessário, se for o caso, ocorrerá na fase de liquidação.

Como se vê, a principal alteração promovida pelo Projeto que institui o novo Código de Processo Civil diz respeito ao valor limite da condenação ou do direito controvertido para que não se exija o reexame, que passa a ser de mil salários mínimos, contra os atuais sessenta salários estipulados pelo parágrafo segundo do atual artigo 475.

Uma dúvida que pode surgir quanto à aplicação deste valor limite diz respeito às hipóteses de demandas que envolvam o cumprimento de prestações continuadas, tais como a condenação da Fazenda Pública ao pagamento de salários, proventos, subsídios ou vantagens pessoais a

servidores públicos. Nestes casos, considera-se como valor da causa a verba correspondente a doze destas parcelas. Pode ocorrer, entretanto, que, não alcançado o novo limite nesta aferição, venha a Fazenda a ser onerada em patamares bem superiores com o passar dos anos, sem que tenha havido remessa necessária.

Parece que a resposta a este questionamento somente virá com o posicionamento da jurisprudência acerca da regra.

Por coerência com a nova sistemática que será implantada pelo PLS 166/2010, que terá ênfase na valorização dos precedentes judiciais e na busca pela uniformização das decisões proferidas em ações idênticas¹¹, conhecidas como ações “repetitivas” ou “de massa”, o parágrafo terceiro do novo artigo 478 acrescenta a hipótese de dispensa do reexame necessário quando a sentença estiver fundada em orientação adotada em recurso representativo da controvérsia ou incidente de resolução de demandas repetitivas.

Tal alteração guarda perfeita sintonia com o objetivo principal do novo Código, qual seja, a busca pela maior celeridade na entrega da prestação jurisdicional. Com efeito, não haveria sentido em obstacularizar a via recursal e, em sentido diametralmente oposto, viabilizar a subida dos processos aos tribunais por força de reexame necessário sobre matérias já pacificadas pelo promissor instituto do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Como se verifica, as hipóteses de reexame necessário serão drasticamente reduzidas pelo novo Código de Processo Civil.

À primeira vista, a quase total eliminação desta prerrogativa processual conferida à Fazenda Pública não chega a ferir o princípio da isonomia.

De fato, uma vez mitigadas ao longo das últimas quatro décadas¹² as desigualdades existentes entre a Fazenda Pública e os particulares no que concerne à forma e à eficácia de sua atuação em processos judiciais, notadamente no que diz respeito à estruturação das procuradorias públicas neste período, perde o sentido a manutenção do tratamento desigual nos termos até então vigentes.

Conforme já consignado no item 1.1 *supra*, os desiguais devem ser tratados de forma desigual na exata medida de suas diferenças. Uma vez constatada a redução da diferença até então existente, nada mais

11 Cite-se, a título de exemplo, o artigo 895 do Anteprojeto: “É admissível o incidente de demandas repetitivas sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes.”

12 Referência ao período de vigência do atual Código de Processo Civil, que data de 1973.

natural do que o restabelecimento do equilíbrio mediante a suavização do *discrîmen* na medida mais próxima possível dessa nova realidade.

Demais disso, a restrição das hipóteses de cabimento de reexame necessário é medida que se impõe na busca por uma maior efetividade do processo. Fala-se aqui em maior eficiência da máquina judiciária como um todo, e não apenas na maior agilidade na tramitação dos processos que envolvam entes públicos.

Soa evidente que a redução do número de processos nos tribunais em decorrência da limitação dos casos de reexame necessário tem ao menos o potencial de acarretar sensível alívio na carga de trabalho de todo o Poder Judiciário.

Ainda que a inovação legislativa produza o efeito de gerar potenciais prejuízos ao erário e, por via de consequência, à própria coletividade, caberá à advocacia pública de todas as esferas da federação zelar para que tal não ocorra.

Parece que a assunção de mais esta responsabilidade se coaduna com o atual estágio de desenvolvimento e estruturação da Advocacia-Geral da União, das Procuradorias Estaduais e do Distrito Federal e também das Procuradorias dos Municípios, ao menos dos maiores e mais importantes do país.

Situação totalmente diversa se verifica quanto à proposta de redução de prazos processuais em favor Fazenda Pública. Conforme se procurará demonstrar no próximo tópico, a extinção do prazo em quádruplo para contestar certamente em muito pouco contribuirá para uma maior celeridade na entrega da prestação jurisdicional.

3.2 PRAZOS PROCESSUAIS DIFERENCIADOS PARA A FAZENDA PÚBLICA

Como visto no item 1.1 *supra*, o fundamento para a concessão de prazos processuais diferenciados em favor da Fazenda Pública reside nas dificuldades que esta enfrenta em razão de sua enorme estrutura burocrática, fator que se mostra ainda mais evidente em âmbito federal.

Esta característica inerente às pessoas jurídicas de direito público por vezes produz delongas na coleta e no tráfego, por diferentes órgãos e instâncias, de documentos, informações e provas imprescindíveis à realização de uma defesa judicial eficaz¹³.

¹³ No sentido do texto, confira-se Moreira Neto: “Não só o cuidado devido na defesa do interesse público como as possíveis delongas burocráticas no levantamento e entrega das informações necessárias à sua

Eis a redação do artigo 95 do Anteprojeto de novo Código de Processo Civil:

Art. 95. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público *gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais*, cuja contagem terá início a partir da vista pessoal dos autos, mediante carga ou remessa. (grifo nosso)

Manteve-se íntegro, por outro lado, o princípio da eventualidade. Confirma-se, a respeito o artigo 336 do PLS n. 166/2010:

Art. 336. Incumbe ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir.

O dispositivo acima transcrito possui redação praticamente idêntica à do atual artigo 300 do Código de Processo Civil. A par da alteração da palavra “*compete*” por “*incumbe*”, de índole meramente redacional, foram mantidos os exatos contornos da contestação e do princípio da eventualidade, que lhe serve de base.

Como cediço, segundo o princípio da eventualidade, o réu deve aduzir *toda* a sua defesa na contestação, ainda que convicto de que bastará esta ou aquela preliminar para pôr termo à ação, já que, eventualmente, a preliminar poderá ser repelida, e já não lhe será mais possível aditar a defesa.¹⁴

Se por um lado a manutenção da sistemática da contestação no que concerne ao momento de apresentação de toda a matéria de defesa por parte do réu apresenta-se como medida irretocável e consentânea com a busca por uma maior celeridade processual, entende-se, em contrapartida, que a extinção do prazo em quádruplo para apresentação de contestação pelos entes públicos, atualmente prevista no artigo 188 do Código de Processo Civil, pode trazer sérios prejuízos ao erário.

No embate entre interesses que se revelam, *a priori*, como antagonônicos, a saber, a busca pela maior celeridade e efetividade do processo civil e, em extremo oposto, o tratamento processual diferenciado dispensado à Fazenda Pública, a fim de lhe proporcionar condições de elaborar uma defesa eficaz, o anteprojeto resolveu privilegiar o primeiro.

defesa em juízo levaram o legislador a dilatar os prazos para contestação – contados em quádruplo – e para a interposição de recurso – contados em dobro (CPC, art. 188)”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 574-575.

14 NEGRÃO, Theotonio. GOUVÊA, José Roberto Ferreira. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 410.

Dúvida não resta que, ao reduzir o prazo para o oferecimento de contestação pelo Poder Público, o dispositivo contido no artigo 95 do novo Código de Processo Civil propiciará, de forma inexorável, uma maior celeridade naqueles procedimentos.

Ocorre que esta maior agilidade na tramitação aproveitará apenas aquele processo que terá como parte um ente político. Ainda que se considere como “tempo morto” o atual prazo mais dilatado para contestar, no qual o processo permanece parado, não há como sustentar que a redução deste prazo traga como consequência necessária a maior celeridade em outras ações ou mesmo do Poder Judiciário como um todo, tal como deverá ocorrer em virtude da limitação das hipóteses de reexame necessário.

É exatamente para este fato que se pretende chamar a atenção: a limitação das hipóteses de reexame necessário tem o potencial de gerar significativo ganho para todo o sistema judiciário brasileiro, ao passo que a redução do prazo para a Fazenda Pública oferecer contestação em muito pouco contribuirá para o aperfeiçoamento e maior celeridade do Poder Judiciário.

3.3 INTIMAÇÃO PESSOAL DOS ADVOGADOS PÚBLICOS

O PLS 166/2010 tratou, em seu artigo 95, apenas de expandir aos Estados, Distrito Federal e Municípios, a prerrogativa da intimação pessoal de seus procuradores que, até então, vigora com fundamento em legislação extravagante, apenas com relação aos representantes judiciais da União¹⁵, a saber, Advogados da União e Procuradores da Fazenda Nacional, e aos Procuradores Federais, que representam as autarquias e fundações públicas federais, assim como aos Procuradores do Banco Central.

Dúvida não resta que a modificação revela-se adequada e justa, pois o tratamento diferenciado dispensado aos representantes judiciais dos diversos entes da federação pela sistemática atual não possui qualquer justificativa plausível.

4 OS MÉRITOS DA REFORMA: A BUSCA DA EFETIVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO ACESSO À JUSTIÇA E DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DOS PROCESSOS JUDICIAIS

A acepção moderna de acesso à Justiça abrange não apenas a eliminação de barreiras à propositura de ações por parte de qualquer cidadão, mas também abarca a efetiva entrega do bem da vida em litígio

¹⁵ Lei n.º 9.028, de 12 de abril de 1995, cujo artigo 6º assim estabelece: “A intimação de membro da Advocacia-Geral da União, em qualquer caso, será feita pessoalmente.”

a quem possuir direito, no caso de procedência do pedido, ou, na hipótese de indeferimento do pleito, da resolução da crise por intermédio da prolação de sentença de improcedência do pedido formulado.

Em outras palavras, o conceito atual de acesso à Justiça engloba a prolação de sentença de mérito justa¹⁶, seguida da realização prática dos meios necessários à sua efetivação no mundo dos fatos, tudo isso no menor espaço de tempo possível.

Neste sentido, ao erigir o acesso à Justiça à posição de princípio-síntese e objetivo final do processo, Dinamarco assevera que:

O processo justo, celebrado com meios adequados e produtor de resultados justos, é o portador de tutela jurisdicional a quem tenha razão, negando proteção a quem não a tenha. Nem haveria justificativa para tanta preocupação com o processo, não fora para configurá-lo, de aperfeiçoamento em aperfeiçoamento, como autêntico instrumento de condução à *ordem jurídica justa*. Tal é o que se propõe quando se fala em *processo civil de resultados*.¹⁷

Leonardo Greco define a real dimensão de importância do direito a uma tutela jurisdicional efetiva de forma lapidar:

No Estado Democrático Contemporâneo, a eficácia concreta dos direitos constitucional e legalmente assegurados depende da garantia da tutela jurisdicional efetiva, porque sem ela o titular do direito não dispõe da proteção necessária do Estado ao seu pleno gozo.

A tutela jurisdicional efetiva é, portanto, não apenas uma garantia, mas, ela própria, também um direito fundamental, cuja eficácia irrestrita é preciso assegurar, em respeito à própria dignidade humana¹⁸.

E prossegue com a proposição de um conceito para o princípio do acesso à Justiça:

O acesso à Justiça, como direito fundamental, corresponde ao direito que cada cidadão tem individualmente ao exercício da função jurisdicional sobre determinada pretensão de direito material, sobre o mérito do seu pedido¹⁹.

16 A busca da prolação de sentença de mérito como objetivo primacial do processo encontra-se encampada no artigo 470 do Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil, que assim dispõe: "O juiz proferirá sentença de mérito sempre que puder julgá-lo em favor da parte a quem aproveitaria o acolhimento da preliminar."

17 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil, Vol. 1*, São Paulo: Malheiros, 2001. p. 248.

18 GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. p. 1. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 03 de abril de 2010.

19 GRECO, op. cit., p. 4.

Não se pode olvidar que hoje o direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva encontra-se seriamente ameaçado no Brasil por inúmeras razões, dentre as quais pode-se apontar a flagrante incapacidade do Poder Judiciário de se desincumbir de sua função judicante na mesma velocidade alucinante em que hoje se observa o crescimento da litigiosidade no país.

No que concerne às modificações pontuais na Lei Adjetiva quanto às prerrogativas processuais da Fazenda Pública, pode-se dizer que apenas a limitação das hipóteses de reexame necessário converge, em última análise, para a busca da implementação das ideias centrais acima expostas, as quais norteiam a dinâmica do processo civil contemporâneo, chamado de processo de resultados, o qual preza, acima de tudo, pela efetividade dos direitos processuais e, por via de consequência, dos direitos materiais assegurados pela Constituição da República e pela legislação ordinária.

Em razão de tal limitação, que trará como consequência a subida aos tribunais de um número consideravelmente menor de ações nas quais a Fazenda Pública figure no pólo passivo, parece ser possível afirmar que haverá uma considerável economia de tempo, recursos e esforços por parte do Poder Judiciário, aliviando, deste modo, sua notória sobrecarga de serviço.

Logo, a inovação consistente na limitação das hipóteses de reexame necessário traz consigo o potencial de ampliação do acesso à Justiça, na medida em que desafoga o Poder Judiciário, liberando-o para concentrar maiores esforços na resolução de todas as lides entre particulares. Em outras palavras, a nova regra tem o potencial de garantir maior eficácia à garantia da tutela jurisdicional efetiva.

Como consequência lógica, a regra que limita o reexame necessário também presta contributo à persecução do princípio da duração razoável dos processos judiciais, acrescido à Constituição da República pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004 (inciso LXXVIII do artigo 5º).

Com efeito, o ganho de tempo gerado pela norma contida no artigo 478 do novo Código de Processo Civil não repercutirá apenas na agilização do deslinde das ações em que o Poder Público figure como réu. Ao contrário, contribuirá para a maior celeridade de todo o sistema judiciário.

O mesmo não se passa com as demais modificações relativas às prerrogativas processuais conferidas à Fazenda Pública.

Como já afirmado, a substituição do prazo processual em quádruplo pelo prazo em dobro para a Fazenda Pública contestar

não trará nenhuma contribuição significativa para a maior celeridade do Poder Judiciário. Não se verificará nenhum ganho sistêmico, pois nenhum processo deixará de ingressar nos tribunais.

A medida não promoverá nenhuma redução no número de processos, mas apenas um encurtamento daqueles feitos no prazo de quinze dias. Tal prazo revela-se ínfimo se considerado em termos de duração total de um processo, mas precioso para os advogados públicos reunirem informações, documentos e provas imprescindíveis à elaboração de uma defesa eficaz do ente político que representam.

Do mesmo modo, a extensão da intimação pessoal aos representantes judiciais dos Estados, Distrito Federal e Municípios, a despeito de consistir em alteração legítima, que visa corrigir uma distorção injustificada do atual sistema, não possui o condão de promover a efetivação dos princípios constitucionais aqui ventilados.

5 CONCLUSÃO

Como se procurou demonstrar ao longo do artigo, o princípio da igualdade (em sua acepção material) oferece sustentação suficiente para justificar o tratamento processual diferenciado dispensado à Fazenda Pública.

Dentre as propostas previstas no Anteprojeto de novo Código de Processo Civil brasileiro, que tem como principais objetivos a maior celeridade na entrega da prestação jurisdicional e a busca pela maior eficácia dos princípios constitucionais do acesso à Justiça e da duração razoável dos processos judiciais, foram inseridas alterações no regime de prerrogativas processuais atribuídas à Fazenda Pública.

Sustentou-se aqui que a limitação das hipóteses de reexame necessário consiste em modificação que, a princípio, não fere o princípio da igualdade material, considerado o atual estágio de desenvolvimento e de estruturação da advocacia pública, notadamente nos âmbitos federal e estadual.

Ademais, consignou-se que tal proposta tem o potencial de produzir significativo ganho para todo o sistema judiciário brasileiro, contribuindo para a concretização dos anseios da sociedade por uma Justiça mais célere e efetiva.

Todavia, o mesmo não se verifica com a proposta de extinção do prazo em quádruplo para o oferecimento de contestação pela Fazenda Pública.

Considera-se que, além de oferecer graves riscos de prejuízo ao erário, tal modificação não trará nenhuma contribuição significativa para o aperfeiçoamento e maior celeridade do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

- BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- Brasil. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil: anteprojeto/Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.
- CAPPELLETTI, Mauro (org.). *Accès a la justice et état-providence*. Econômica. Paris, 1984,
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Dialética, 2003.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. 1, São Paulo: Malheiros, 2001.
- GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 03 de abril de 2010.
- MACHADO, Agapito. *O Princípio da isonomia e os privilégios processuais*. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em: 08 de ago. 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 17ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- NEGRÃO, Theotonio. GOUVÊA, José Roberto Ferreira. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

**INFRA-ESTRUTURA CULTURAL E AS
PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS:
PERSPECTIVAS NO SEGMENTO
DE SALAS DE EXIBIÇÃO**

***CULTURAL INFRA-STRUCTURE AND PUBLIC-PRIVATE
PARTNERSHIPS: PERSPECTIVES ON THE
EXHIBITION SEGMENT***

Ronaldo Rios Albo Junior

*Procurador da Fazenda Nacional, pós-graduando em Direito Processual Civil
Moderno pelo Instituto Superior do Ministério Público do Estado do Rio de
Janeiro – ISMP/AMPERJ e graduado em Direito pela UERJ*

Sérgio Lourenço Bezerra Ferreira Reis

*Especialista em Regulação da Agência Nacional do Cinema – ANCINE, mestre em
direito pela Universidade Cândido Mendes e graduado em Direito pela UERJ*

SUMÁRIO: Introdução e Aspectos Constitucionais; 1 Política Cultural e Legitimidade Constitucional dos Entes Federativos; 2 O Acesso à Cultura; 3 A Obra Audiovisual como Bem Cultural; 4 A Cadeia Produtiva do Audiovisual; 4.1 Cinema Digital; 5 Princípio da Subsidiariedade; 6 Parceria Público-Privada; 6.1 Valor mínimo das Parcerias Público-Privadas no âmbito federal; 6.2 Valor Mínimo das Parcerias Público-Privadas nos Estados Membros; 7 Fontes de Financiamento para as Parcerias Público-Privadas; 7.1 Leis Estaduais e Municipais de Parceria Pública-Privada; 7.2 Fundo Setorial do Audiovisual; 7.3 Programa Cinema Perto de Você; 8 Conclusão; Referências.

RESUMO: O artigo tem por finalidade analisar a viabilidade de um modelo de parceria público-privada voltado à criação e desenvolvimento de infra-estrutura cultural, mais especificamente a uma espécie de bem cultural que são as obras audiovisuais e cinematográficas. Trata-se da concretização de dispositivos constitucionais relacionados ao acesso à cultura, assim como um mecanismo de fomento regulatório.

PALAVRAS-CHAVES: Acesso à Cultura, Patrimônio Cultural, Parceria Público-Privada, Infra-estrutura.

ABSTRACT: This article analyses the possibility of public-private partnerships related to the creation and development of cultural infrastructure, specifically to audiovisual and cinematographic works. It is the concretization of legal grounds which state the access to culture as a constitutional right, as well as a regulatory mechanism focused on the development of this market segment.

KEYWORDS: Access to Culture, Cultural Heritage, Public-Private Partnerships, Infra-structure.

INTRODUÇÃO E ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

No Brasil, assim como em outros países do mundo, as políticas públicas voltadas para a ampliação do acesso à cultura eram em grande parte desenvolvidas pelo Estado, principalmente no âmbito federal. No entanto, com a mudança da conjuntura política, econômica e social ocorrida na década de 90, houve uma alteração de um modelo anterior onde havia a intervenção direta do Estado nas mais diversas áreas para um modelo diferente em que existe a ascensão de uma ideologia política voltada a diminuição do tamanho do Estado e o enxugamento do orçamento público, o que inclui uma atuação subsidiária do Estado nos mais diversos setores, incluindo a área cultural. Derivada de tal alteração conjuntural houve a necessidade de alteração do formato até então existente buscando um modelo que fosse mais adequado ao modelo político vigente¹, surge a necessidade do Estado rever sua política cultural e torná-la mais adequada a nova realidade do país e ao mesmo tempo viabilizar a concretização do estabelecido no artigo 215 da CRFB/882 que estabelece que a política cultural do país tem como um dos pilares o acesso à cultura.

Sob uma perspectiva coletiva, observa-se uma significativa deficiência na parte de infra-estrutura cultural que permita à parte da população o acesso à cultura. Tal deficiência é bastante significativa na área audiovisual e principalmente nas cidades brasileiras de médio e pequeno porte que não são atendidas satisfatoriamente pela iniciativa privada por conta da falta de interesse comercial dos agentes exibidores nestes mercados.

1 No setor audiovisual existe o exemplo da EMBRAFILME, tal empresa criada no ano de 1969 dentre suas atribuições operava como uma distribuidora de filmes nacionais, se tornando num segundo momento co-produtora de obras audiovisuais nacionais. Tal empresa pública realizava uma intervenção direta no mercado. Com as mudanças de política econômica ocorridas no país a partir de 1990, durante o governo do presidente Fernando Collor, a Embrafilme foi extinta. Percebendo-se que não haveria uma auto-sustentabilidade da iniciativa privada brasileira na área cinematográfica, em 2001 ocorre uma mudança de paradigma com a criação da ANCINE – Agência Nacional do Cinema. Tal agência reguladora, com um viés moderno associado a noção de Estado regulador, possui dentre suas atribuições o fomento à indústria cinematográfica e audiovisual.

2 Artigo 215, CRFB/88

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

§ 2º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

§ 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à:

I - defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro;

II - produção, promoção e difusão de bens culturais;

III - formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões;

IV - democratização do acesso aos bens de cultura;

V - valorização da diversidade étnica e regional.

Desta forma, vislumbrando-se a aplicação do princípio da subsidiariedade e os novos paradigmas da gestão pública, entende-se que pode ser estabelecido um modelo de desenvolvimento da política cultural que envolva tanto entes públicos quanto atores privados. Neste contexto, o presente trabalho tem por objetivo estabelecer a viabilidade de um modelo de parceria público-privada para a concretização de uma política cultural, mais especificamente na parte de infra-estrutura, que permita o acesso às obras artísticas audiovisuais, principalmente as nacionais, em localidades que estão alijadas do processo de democratização da cultura.

1 POLÍTICA CULTURAL E LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DOS ENTES FEDERATIVOS

Para a discussão da política cultural, faz-se necessário tecer alguns comentários acerca da competência para atuar na matéria. Sob a perspectiva da competência legislativa dos entes federados, dispõe o inciso IX do artigo 24 da CRFB que, além do governo federal, os estados-membros e o distrito federal também têm competência para legislar sobre a matéria cultural. Complementarmente, na forma do inciso V do artigo 23 da CRFB, é estabelecida uma competência comum do governo federal, estados, distrito federal e municípios para proporcionar meios de acesso à cultura.

Desta forma, constata-se que a CRFB/88 no que se refere à matéria cultural teve como objetivo descentralizá-la do governo federal³ ao atribuir competência para os outros entes federativos. Ou seja, a própria regra constitucional vislumbra a necessidade de delegar às mais diversas regiões e localidades do país a possibilidade destes se organizarem de uma forma mais apropriada e conforme suas peculiaridades culturais. Observada a competência legislativa, tem-se que os vários entes poderão buscar formas próprias para solucionar questões relativas a infra-estrutura cultural. No presente trabalho, posteriormente, será discutida a possibilidade de estados e municípios estabelecerem modelos próprios de parcerias público-privadas como uma forma de estimular a criação de infra-estrutura cultural.

2 O ACESSO À CULTURA

Para se abordar acesso à cultura é preciso analisar dois itens que são distintos embora interajam intensamente e são essenciais dentro desta noção. O primeiro é o de bem cultural que será o produto cultural consumido pela coletividade e que pode admitir várias formas de expressão, tais como filmes, livros, espetáculos de dança, teatro e música. O segundo item é a

³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 172-185

infra-estrutura, ou seja, o local onde haverá o contato entre o bem cultural e o público. Em certos casos a estrutura necessária é bastante simples, mas em outros casos pode ser um tanto complexa e demandar pesados investimentos.

Dentro deste contexto, é necessário observar que o investimento na produção de bens culturais é um tanto quanto relevante e na atualidade pode ser observado tanto o investimento privado, como o intenso uso de dispositivos de renúncia fiscal que permitem o investimento em projetos culturais nas mais diversas áreas. Tais projetos em sua maioria estão voltados à elaboração de produtos culturais. No entanto, para que venha a ocorrer um efetivo acesso à cultura não basta somente a existência de um “espetáculo”, é também necessário se criar espaços onde tais bens culturais possam ser veiculados e assistidos pela coletividade. Portanto, a existência de infra-estrutura cultural é tão importante quanto os bens culturais, para que possa ser concretizada a idéia de acesso à cultura.

Como questão que atinge diretamente o acesso à cultura, tem-se o fato de existirem custos afundados e mobiliários significativos para o estabelecimento de tal infra-estrutura, assim como uma significativa complexidade de manutenção e gestão da infra-estrutura cultural. Desta forma, existe uma concentração da infra-estrutura cultural nos grandes centros urbanos e em regiões onde existe um maior poder aquisitivo, como pode ser observado no gráfico abaixo:

| Faixa de População dos Municípios | Total Municípios | Municípios com cinema | % de municípios, desta faixa de população, com cinema | Qtd de salas de cinema nestes municípios | % salas de cinema sobre total |
|-----------------------------------|------------------|-----------------------|---|--|-------------------------------|
| menos de 10.000 | 2638 | 5 | 0,19% | 5 | 0,24% |
| 10.001 a 20.000 | 1381 | 8 | 0,58% | 9 | 0,43% |
| 20.001 a 50.000 | 964 | 81 | 8,40% | 90 | 4,29% |
| 50.001 a 100.000 | 301 | 118 | 39,20% | 174 | 8,30% |
| 100.001 a 500.000 | 193 | 143 | 74,09% | 635 | 30,28% |
| acima de 500.001 | 31 | 31 | 100,00% | 1182 | 56,37% |
| Total | 5.508 | 386 | | 2.095 | |

Fonte: IBGE (Censo 2000); Sistema de Registro - ANCINE; Nielsen; SICOA e levantamento da Superintendência de Acompanhamento de Mercado - ANCINE.

Observa-se que a falta de dispersão da infra-estrutura gera por si só algumas distorções, em que a maioria dos projetos culturais fica restrito a alguns locais onde o perfil do público também tem

certas características, ficando inviável para os produtores elaborar trabalhos que fujam de certos temas afetos aquele determinado público, desestimulando a diversidade cultural. Outra distorção, ainda mais grave, é a existência de uma grande parte da população que não tem acesso a qualquer bem cultural, inclusive bens culturais que são eventualmente produzidos com receitas públicas e que deveriam beneficiar a coletividade como um todo.

Ainda sobre a infra-estrutura cultural, é preciso estabelecer que o paradigma a ser criado não é o de criar somente um acesso eventual à cultura, tais como projetos de lona cultural ou caminhões com projetores que eventualmente levam cinema as localidades. Estes projetos tem o seu valor, mas não podem ser o paradigma. A idéia é de estabelecer um espaço onde possa ser otimizada a experiência social, associada aos bens culturais e, em última instância, servir de suporte para a formação de uma massa crítica local, que venha também a produzir bens culturais para absorção local, regional, nacional, e, até mesmo internacional. E ainda, criar uma memória histórica do local associada à cultura.

Desta forma, fica clara a necessidade do estabelecimento de um mecanismo de política pública⁴ voltado para a criação de infra-estrutura cultural de uma forma mais democrática e ampla, para concretização do preceito constitucional de acesso à cultura, observando-se uma forma em que sejam otimizados os interesses públicos⁵ e privados associados ao tema.

3 A OBRA AUDIOVISUAL COMO BEM CULTURAL

Dentro dos diversos bens culturais existentes temos a obra audiovisual, cuja definição legal⁶ consta tanto na lei de direitos de autor, como na lei que criou a política nacional do cinema e a ANCINE – Agência Nacional do Cinema. Há uma definição de bem cultural bastante pertinente do professor Silvio Zanchetti⁷ no

4 VALENTE, Manoel Adam Lacayo. A Dimensão Jurídico Constitucional na Formulação de Políticas Públicas, uma perspectiva a ser explorada. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº. 239, p. 127-138, Renovar, jan./mar. 2005.

5 BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 239, p. 1-31. Renovar, Jan-Mar 2005.

6 Art. 5º, VIII, “i” da Lei de Direitos Autorais – Lei No. 9.610/98
VIII - obra:

i) audiovisual - a que resulta da fixação de imagens com ou sem som, que tenha a finalidade de criar, por meio de sua reprodução, a impressão de movimento, independentemente dos processos de sua captação, do suporte usado inicial ou posteriormente para fixá-lo, bem como dos meios utilizados para sua veiculação; Art. 1º, I, da M.P. 2.228-1/2001

I - obra audiovisual: produto da fixação ou transmissão de imagens, com ou sem som, que tenha a finalidade de criar a impressão de movimento, independentemente dos processos de captação, do suporte utilizado inicial ou posteriormente para fixá-las ou transmiti-las, ou dos meios utilizados para sua veiculação, reprodução, transmissão ou difusão;

7 ZANCHETTI, Silvio, (org.) *Gestão do Patrimônio Cultural Integrado*. UFPE, Recife, 2002.

seguinte sentido: “*Bens culturais são produtos que expressam valores, idéias, atitudes, visões de mundo e as diversas formas de expressão artística humana. Eles oferecem uma informação ou análise sobre o mundo.*” Tais definições sendo interpretadas sob um filtro constitucional deixam claro que uma obra audiovisual é também um bem cultural. Como bem cultural deve ser também considerada a noção de que este deve estar acessível à coletividade.

Ainda dentro da linha de pensamento do professor Zanchetti, cabe ressaltar que tais bens culturais possuem diversos tipos de valores que, em geral, se complementam e se intercambiam. Preliminarmente, existe o valor econômico que está relacionado ao uso que pode ser dado a estes bens quando inseridos no mercado, havendo direta relação com o aporte econômico, aumento da renda e do emprego nos mercados a eles associados. Complementarmente, existe o valor de opção que é o valor dado a bens que poderão ser usados no futuro, ou seja, é um valor dado por possíveis consumidores de bens ou serviços para preservar a possibilidade (opção) de consumí-los ou usá-los no futuro. No patrimônio arquitetônico é comum acontecer com sítios urbanos degradados por décadas e que passam a ser valorizados por décadas posteriores, *e.g.*, o Pelourinho em Salvador, e, na área audiovisual, são os filmes considerados sem importância quando de sua realização e que se tornam “*cults*” posteriormente. Há ainda o valor de existência que é o valor dado aos bens culturais pelo simples fato de existirem, ou seja, na singularidade do bem. Tal noção baseia-se também na irreversibilidade, entendida como se tais bens se destruídos não mais poderão existir. De certa forma, o valor de existência dos bens culturais inclui os valores histórico, artístico, cognitivo e cultural.

Neste contexto, observa-se que a obra audiovisual possui diversos valores e peculiaridades que a tornam interessantes, tais como a reprodutibilidade, a diversidade temática, dentre outros. O fim de uma obra é também integrar o patrimônio cultural de nossa sociedade.

4 A CADEIA PRODUTIVA DO AUDIOVISUAL

Em momento anterior no presente trabalho, foi abordada de uma forma sucinta a noção de uma cadeia produtiva cultural em que estariam presentes somente dois elementos, o produtor do bem cultural e o local de exibição do bem cultural. Esta dualidade é bem simplista e não teve a intenção de ser conclusiva, mas tão somente ilustrativa, tendo em vista que a prática dos diversos segmentos conduz a modelos mais simples de cadeia produtiva, assim como mais complexas, sendo sempre necessária

uma análise mais detalhada de cada caso específico⁸. No presente trabalho, a análise da cadeia produtiva recairá especificamente sobre a cadeia produtiva da obra cinematográfica, que é uma das espécies inseridas no gênero da cadeia produtiva do audiovisual.

Partindo do gênero para a espécie, na cadeia produtiva da obra audiovisual, existem três figuras básicas: o produtor, o distribuidor e o exibidor. O produtor é responsável pela produção da obra audiovisual, ou seja, gerir e estruturar as diversas etapas que compõem a elaboração da obra, que em seu final é, por exemplo, um filme de longa-metragem. O distribuidor é aquele que faz com que a obra audiovisual chegue aos diversos canais de veiculação e comercialização de obras audiovisuais. Desta forma, o distribuidor atua para que uma obra venha a ser exibida em salas de exibição, comercializada no formato de DVD, para venda direta ou disponibilizada em locadoras, negociada para veiculação em televisão e outras formas de comercialização. Por fim há o exibidor e figuras equiparadas que ocupam o final da cadeia produtiva e que tem por objetivo realizar o contato entre a obra audiovisual e um determinado público.

Dentro da espécie da cadeia produtiva do mercado cinematográfico, haverá o seguinte formato. O produtor será associado a produção de obras audiovisuais de longa-metragem voltadas para a exibição em cinemas. O distribuidor, apesar da amplitude que pode ser dada ao termo, será aquele agente voltado para a distribuição de obras audiovisuais para exibição em salas de exibição. O exibidor será focado naquele que exhibe obras audiovisuais em salas de exibição e gere a infra-estrutura utilizada para tal exibição.

4.1 CINEMA DIGITAL

A cadeia produtiva do mercado cinematográfico tende a sofrer um significativo impacto por conta das novas tecnologias que foram desenvolvidas e chegam paulatinamente ao mercado, assim como outras que estão em avançado estágio de desenvolvimento⁹. As novas tecnologias acarretarão alterações nas formas de operacionalizar tal cadeia e nas funções das figuras da cadeia produtiva e permitirão uma evolução da possibilidade de acesso as obras audiovisuais.

⁸ A cadeia produtiva dos bens culturais pode variar significativamente conforme o bem, daí a necessidade de análise de cada caso em específico. A título exemplificativo pode ser mencionada a cadeia produtiva da literatura em que existe o escritor, o agente, a editora, livrarias e outros meio de vendas e as relações envolvendo tais agentes é um tanto quanto peculiar.

⁹ DÓRIA, Carlos Alberto. *Os Federais da Cultura*. São Paulo: Biruta, 2003. p. 163-171. Nesta obra o autor reflete sobre alguns aspectos acerca do impacto das novas tecnologias no audiovisual e faz uma reflexão sobre as perspectivas para o cinema brasileiro.

Do ponto de vista prático, as novas tecnologias que utilizam o formato digital permitiram significativa diminuição dos custos de produção de obras cinematográficas, havendo no mercado equipamentos mais baratos para operações que vão desde a captação das imagens e sons até a edição e finalização. A distribuição também já dispõe de empresas que operam com mecanismos tecnológicos, que permitem a distribuição de obras audiovisuais por internet aos pontos mais remotos do território, reduzindo os custos anteriormente existentes de cópias dos filmes, assim como o tempo para que uma obra chegue a mercados mais distantes. A área de exibição acaba se beneficiando indiretamente das evoluções ocorridas nas outras áreas, por estar no fim da cadeia produtiva, e da diminuição dos custos dos novos equipamentos de projeção e áudio, mas como uma parte significativa dos seus custos está associada a infra-estrutura e construção, as vantagens das novas tecnologias acabam sendo menores.

Portanto, se existe uma queda no valor de produção que permite uma maior produção de filmes que permite uma maior diversidade de conteúdo, tal diversidade ao encontrar os mais diversos nichos e perfis quando disponibilizado para o público será uma forma indireta de estímulo ao acesso à cultura. Se existem novas tecnologias de distribuição de filmes que diminuem em muito os custos de distribuição e permitem maior agilidade e acesso as obras audiovisuais. Conclui-se que o grande problema para a concretização do acesso à cultura está na parte de exibição dos filmes, que é um segmento mercado centralizado, tanto no que se refere aos grupos empresariais como no que diz respeito ao aspecto geográfico. Fica premente a necessidade de investimento em infra-estrutura de salas de exibição com a finalidade de concretizar o preceito constitucional de acesso à cultura.

5 PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

Dentro da abordagem já realizada do problema relativo ao acesso à cultura, mais especificamente em relação aos bens culturais audiovisuais e a falta de infra-estrutura que permita a democratização do acesso a tais bens, é necessário estabelecer um princípio norteador que funcionará como referência para o modelo a ser adotado na solução do problema. Na hipótese em tela, tem-se o princípio da subsidiariedade, entendido como um princípio que busca uma relação equilibrada entre o poder público e a livre iniciativa e tem por objetivo estabelecer uma distribuição subsidiária das competências e poderes, com a finalidade de atender as demandas coletivas do modo mais eficiente, no sentido de conseguir o melhor resultado com o menor dispêndio de recursos. Fica em voga o papel do Estado como um ente que fomenta e estimula a atividade dos indivíduos e apóie a livre iniciativa.

Sob um enfoque mais prático, se uma atividade empreendedora puder ser concretizada de forma eficiente por um empreendedor ou pelo Estado, tal atividade deverá ser realizada por aquele que estiver no plano mais baixo, ou seja, o empreendedor. Desta forma, a atividade de exibição cinematográfica pode, e, em regra é, executada por grupos empresariais. No entanto, existirão hipóteses nas quais tais grupos empresariais não realizaram certos empreendimentos por falta de viabilidade econômico-financeira. Nestas situações em que não é possível o fechamento da equação econômica, o Estado, tendo por base o relevante interesse público relativo ao acesso à cultura, poderá atuar de forma pontual para viabilizar o empreendimento, tendo como contrapartida o retorno social que será conferido pela infra-estrutura estabelecida. Fica claro que, nesta hipótese, sob uma perspectiva do princípio da subsidiariedade, o Estado não precisa intervir diretamente, como por exemplo, construindo infra-estrutura exibidora própria e de sua titularidade, uma vez que é possível estabelecer um modelo em que o Estado somente atue pontualmente para fornecer subsídios que sirvam para viabilizar a iniciativa.

Desta forma, o Estado irá atuar como um agente fomentador, que permitirá a viabilização de uma atividade que goza de significativo interesse público. Dentro desta noção de fomento, cabe citar a professora Sílvia Faber Torres que escreve “...cabendo à autoridade pública estimular, ajudar e promover diretamente os grupos sociais por meio de determinadas medidas positivas. Esse, inclusive, é o conteúdo precípua do princípio da subsidiariedade que, como princípio de ajuda (*subsídium*), exige que o Estado facilite, impulse e oriente a ação dos indivíduos e entes intermédios, sem, contudo, substituí-los.”¹⁰ Cabe ainda mencionar o ensinamento do professor Marcos Juruena Villela Souto que estabelece o fomento¹¹ como uma das principais técnicas de intervenção regulatória, ao influir no mercado com o objetivo de estimular investimentos privados em certos setores, o que não viria a ocorrer sem o incentivo decorrente da política pública.

Como instrumentos de concretização do princípio da subsidiariedade são operacionalizados os mais diversos mecanismos que vão desde a concessão de serviços públicos a agentes privados, até mecanismos fiscais de estímulo a produção e a comercialização. Na hipótese deste trabalho, entende-se que melhor abordagem para solucionar o problema seria através de parcerias público-privadas, em que a atuação do agente público seria no sentido de custear parte dos custos afundados do projeto de construção de infra-estrutura, de forma a torná-lo viável sob a perspectiva econômica, e, em contrapartida,

10 TORRES, Sílvia Faber. *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 131

11 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 104-105. Em seu texto o professor menciona exemplificativamente as seguintes formas de fomento: incentivos tributários, garantias, subsídios, empréstimos, assistência técnica e privilégios especiais.

o agente privado, quando a estrutura estiver em operação, deverá reembolsar de forma direta e também indireta o agente público.

6 PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

Dentro da noção de subsidiariedade e tendo como horizonte a idéia de que as parcerias público-privadas podem ser uma das soluções para o problema da falta de infra-estrutura que acarreta a falta de acesso a bens culturais, faz-se necessário abordar alguns pontos acerca destas parcerias público-privadas.

Inicialmente, cabe definir o que são as parcerias público-privadas. A definição legal do artigo 2º da Lei No. 11.079/04¹² é um tanto quanto diminuta e muito próxima à noção de concessão¹³, o que autoriza diversas interpretações. Se por um lado um conceito legal em aberto pode ser negativo, por gerar uma certa instabilidade jurídica, existe também um aspecto positivo, ao se permitir que sejam dadas interpretações mais amplas que permitam ao intérprete e aplicador do texto legal a formação de definições que atendam demandas específicas e setoriais dos mais dinâmicos mercados¹⁴.

Dentro da experiência internacional, tem-se uma definição bastante completa usada em Portugal onde o Decreto-Lei No. 86/2003 estipula no item 1 de seu artigo 2º.:

Para os efeitos do presente diploma, entende-se por parceria público-privada o contrato ou a união de contratos, por via dos quais entidades privadas, designadas por parceiros privados, se obrigam, de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar o desenvolvimento de uma actividade tendente à satisfação de uma necessidade colectiva, e em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado.

12 Lei No. 11.079 de 30 de dezembro de 2004

Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

13 FREITAS, Juarez. Parcerias Público-Privadas (PPPs) e desafios regulatórios. *A e C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte, ano 6. n. 23. p. 148. jan./mar. 2006.

14 Dentro deste contexto cabe menção a definição do Professor Yescombe de Parcerias público-privadas seriam "*public-private partnership, a contract under which a private-sector party invests in a Facility to provide a public service to or on behalf of the public sector*". Tal definição, mais restritiva do que a definição legal brasileira é bastante interessante mas acaba por ser uma limitadora da adoção do modelo de parcerias público-privadas em situações onde ela efetivamente poderia ser considerada. Ademais, a definição do professor Yescombe se trazida para o ordenamento brasileiro estaria mais próxima a noção de concessão de serviços públicos do que a uma aceção de parceria público-privada. YESCOMBER, E.R. "*Public-Private Partnerships Principles of Policy and Finance*" Oxford, Grã-Bretanha: Butterworth-Heinemann, primeira edição, 2007. p. 345.

Tal definição cria um amplo espaço de atuação que permite a inserção de projetos com os mais diversos escopos.

Ainda na experiência internacional, caber trazer as definições do professor Yescombe¹⁵, na qual tem-se que o modelo de parceria-público privada desenhada neste trabalho estaria mais próxima a uma noção de parcerias público-privadas “*policy-based*” ou “*programme-based*” ou, ainda, dentro de um mecanismo de “*Full*” *Private Finance Initiative*, nas modalidades em que são fornecidos bens de infra-estrutura para uso público, mas o risco da iniciativa não pode ser toda do setor privado, assim como também não pode ser toda do parceiro público, havendo uma contra-prestação do agente público com base na disponibilidade daquela estrutura.

Na hipótese tratada neste trabalho, tem-se um modelo em que a propriedade é privada e estará executando funções públicas e privadas ao mesmo tempo e a contrapartida pelas funções públicas desenvolvidas poderá se dar através de investimentos ou outros aportes na construção da infra-estrutura, que será gerida pelo parceiro privado.

Desta forma, para fins do presente trabalho, será utilizada como definição de parceria público-privada, o contrato através do qual entidades privadas, designadas por parceiros privados, se obrigam, de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar o desenvolvimento de uma atividade voltada a satisfação de uma necessidade coletiva, e em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado.

Observado o texto da Lei No. 11.079/04 existe dificuldade em inserir o presente modelo dentro das modalidades previstas na lei, *i.e.*, modalidade de concessão patrocinada ou modalidade de concessão administrativa¹⁶. Pode-se entender que estaria mais próximo a uma modalidade de concessão patrocinada, em que as contrapartidas previamente estabelecidas e um desconto no valor do ingresso¹⁷, que permita um amplo acesso, seriam um retorno social dos valores gastos pelo agente público na construção da infra-estrutura.

15 YESCOMBER, op. cit., p. 3-9.

16 Lei No. 11.079 de 30 de dezembro de 2004
Art. 2º

§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

17 A noção de valor do ingresso é distinta da noção jurídica de tarifa sendo necessária uma interpretação ampliativa e pouco técnica da lei ou uma alteração do texto legal de forma a admitir outras formas de remuneração que não somente a tarifa.

Cabe também abordar a questão da repartição dos riscos do empreendimento tendo em vista que este é um dos pontos essenciais do modelo de parcerias público-privadas. Desta forma, tem-se que diferente de um empréstimo contraído em instituição pública ou privada de atividade bancária ou afim onde o risco é assumido somente na forma de um empréstimo, nas parcerias público-privadas existe uma fusão de interesses envolvidos que demanda uma devida divisão de responsabilidades, atribuições e também dos riscos. No modelo deste trabalho tem-se que o parceiro privado assume os riscos relativos a concretização e execução do projeto, assim como pela gestão o que por si questões bastante complexas. Por outro lado, o parceiro público além do suporte financeiro tem também a responsabilidade de auxiliar o parceiro privado com os instrumentos ao seu alcance tendo em vista que o objetivo é a realização do objeto contratado e não o mero pagamento de um empréstimo. Desta forma, a atuação do parceiro público não está somente dirigida a uma garantia de execução em caso de inadimplemento, mas em uma parceria que busca atingir resultados sociais que lhe deram origem. Tal diferença, apesar de parecer sutil, estabelece um parâmetro de interpretação para situações que envolvam tanto riscos ordinários como riscos extraordinários no sentido de que deve-se buscar não prejudicar a finalidade pública inerente ao projeto.

6.1 VALOR MÍNIMO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO ÂMBITO FEDERAL

Um aspecto relevante diz respeito ao valor mínimo de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais) estabelecido no § 4º do artigo 2º da Lei 11.079/04. Apesar de existirem projetos de infra-estrutura cinematográfica que atinjam tal valor mínimo, este poderá não ser eficiente sob a perspectiva de uma política cultural. Em outras palavras, para se apurar a eficiência de uma política pública deverá ser aferido se é melhor abrir 10 salas de cinema num único complexo em certa localidade ou se é melhor distribuir o mesmo número de 10 salas de cinema em 4 localidades distintas. Na primeira hipótese de um único complexo de 10 salas, provavelmente seria alcançado o valor de vinte milhões de reais. Por outro lado, se for mais interessante uma política de descentralização do investimento em infra-estrutura cultural, a segunda hipótese não será viável, já que haveria uma diluição do investimento de vinte milhões de reais entre quatro parceiros privados o que não permitiria alcançar o valor mínimo legal para adoção do modelo de parceria. Ainda nesta segunda hipótese, poderia ser verificado se uma suposta Sociedade de Propósitos Específicos direcionada a concretização de um projeto envolvendo pluralidade de salas de exibição, atenderia ao requisito do valor mínimo, mesmo sabendo que haveria o risco de ficar caracterizado o fracionamento do objeto ou que não seria atendida de forma plena o objetivo da política cultural. Desta forma, seria mais eficiente que a redação do inciso I do §

4º do artigo 2º da Lei 11.079/04, ao invés da expressão “contrato” tivesse utilizado a expressão “projeto”, o que evitaria a dúvida em relação a um eventual fracionamento do objeto do contrato e ao mesmo tempo ficaria garantida a eficiência derivada da dispersão da infra-estrutura.

6.2 VALOR MÍNIMO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NOS ESTADOS MEMBROS

Cabe também uma análise mais atenta em relação a possibilidade do valor mínimo disposto nas leis estaduais e municipais serem diferentes e, eventualmente, inferiores aos estabelecidos no inciso I do § 4º do artigo 2º da Lei 11.079/04. Tal diminuição faria sentido do ponto de vista lógico, por permitir o estabelecimento de valores que correspondam aos interesses regionais e locais. Trabalhando uma hipótese na área de energia, do ponto de vista federal um valor acima de 20 milhões de reais para uma planta energética pode ser considerado eficiente em face da estrutura nacional energética. No entanto, em um contexto municipal, o valor de uma pequena hidrelétrica que venha a atender os interesses locais poderá ser inferior a 20 milhões de reais e não faria sentido não permitir a adoção do modelo de parceria público-privada nesta situação exemplificada.

Por todo o exposto, entendo adequada a distinção doutrinária entre legislação nacional e federal no que se refere ao valor mínimo. Desta forma, a Lei No. 11.079/04 estabelece diretrizes gerais¹⁸ a serem observadas por todos os entes, e ao mesmo tempo, estabelece regras específicas que devem ser observadas no âmbito federal. No que se refere ao valor mínimo, este valor seria uma regra específica aplicável tão somente no âmbito federal, podendo os estados-membros e municípios disporem em contrário estipulando valores menores em suas leis respectivas.

Dentro deste contexto cabe mencionar que algumas leis estaduais que normatizam as parcerias público-privadas, em seus respectivos estados, estabelecem regras e situações diversas da lei federal, observando as diretrizes gerais do texto federal. Nas leis estaduais

18 O professor Iteberê de Oliveira Rodrigues coloca: “Assim, a finalidade de uma lei de diretrizes gerais é apontar e delimitar diferentes alternativas que podem ser adotadas (mediante lei baseada na lei de diretrizes) para a regulação de casos concretos – ela limitar portanto a discricionariedade do legislador competente para a regulação desses casos concretos. RODRIGUES, Iteberê de Oliveira. Fundamentos Dogmático-Jurídicos do Sistema de Repartição das Competências Legislativa e Administrativa na Constituição Federal de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*. No. 15 – jan-fev-mar de 2007. Salvador. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 18 jul. 2007. p. 25.

gaúcha¹⁹, baiana²⁰, cearense²¹, paulista²², goiana²³ e catarinense²⁴ não existe menção a um valor mínimo, podendo ser entendido que tal valor será estabelecido no caso concreto pelo órgão com atribuição para definir parâmetros associados aos diversos projetos, em regra, um comitê gestor.

No caso do estado do Rio de Janeiro, foi estabelecido com base na lei federal um programa estadual²⁵, que utilizou como referência o valor mínimo federal de vinte milhões de reais, modelo também adotado na lei estadual de Minas Gerais²⁶. Nestes casos, ficou expressa a adoção de um parâmetro semelhante ao adotado no âmbito da União.

7 FONTES DE FINANCIAMENTO PARA AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

7.1 LEIS ESTADUAIS E MUNICIPAIS DE PARCERIA PÚBLICA-PRIVADA

Como observado no início do trabalho, a competência relativa a matéria cultural é comum, de forma que os diversos entes federativos podem gerar políticas públicas de fomento à criação de infra-estrutura cultural. Desta forma, não só o governo federal, mas também estados e municípios, tem autonomia para criar leis que delineiem parcerias público-privadas que concretizem o dispositivo constitucional de acesso à cultura²⁷. O modelo a ser desenvolvido poderá variar conforme as necessidades locais, o presente trabalho é focado em infra-estrutura associada ao audiovisual, *i.e.*, salas de exibição, mas nada impede, em vista do disposto na Constituição Federal, que um município realize um projeto mais amplo, que crie uma infra-estrutura para cinema, que também atenda a outras demandas locais envolvendo outras demonstrações culturais tais como o teatro. Sob a perspectiva empresarial, pode ser mais viável economicamente uma infra-estrutura que sirva como auditório para seminários, eventos e outras atividades de interesse local que teriam afinidade com a difusão cultural em sentido amplo.

19 Lei Estadual do Rio Grande do Sul No. 12.234 de 13 de janeiro de 2005, publicada no Diário Oficial do estado em 14 de janeiro de 2005.

20 Lei Estadual da Bahia No. 9.290 de 27 de dezembro de 2004.

21 Lei Estadual do Ceará No. 13.557 de 30 de dezembro de 2004.

22 Lei Estadual de São Paulo No. 11.688 de 19 de maio de 2004.

23 Lei Estadual de Goiás No. 14.910 de 11 de agosto de 2004, publicada no Diário Oficial do estado em 17 de agosto de 2004.

24 Lei Estadual de Santa Catarina No. 12.930 de 4 de fevereiro de 2004.

25 Lei Estadual do Rio de Janeiro No. 5.068 de 10 de julho de 2007

26 Lei Estadual de Minas Gerais No. 14.868 de 16 de dezembro de 2003, publicada no Diário Oficial de 17 de dezembro de 2003.

27 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo, Saraiva, 2003. p. 172-185

7.2 FUNDO SETORIAL DO AUDIOVISUAL

A Lei N° 11.437/06 estipulou que o total dos recursos obtidos com a CONDECINE²⁸ será destinado para o Fundo Nacional da Cultura, alocado especificamente na categoria de programação específica denominado Fundo Setorial do Audiovisual. Os recursos de tal fundo tem por finalidade apoiar o desenvolvimento do cinema e audiovisual brasileiro, tendo por prioridade o fomento de empresas brasileiras que atuem na área cinematográfica e audiovisual. Ou seja, tal fundo está associado aos preceitos constitucionais acima mencionados relativos a cultura.

No que se refere especificamente a parte de infra-estrutura, o inciso III do artigo 4° da Lei No. 11.437/06 estabelece o PRÓ-INFRA – Programa de Apoio ao Desenvolvimento da Infra-estrutura do Cinema e do Audiovisual. Desta forma, este programa terá recursos que deverão servir para o fomento da criação de infra-estrutura para salas de exibição de obras audiovisuais. Entende-se que dentro deste programa serão cabíveis chamadas públicas que concretizem a modernidade das parcerias público-privadas interpretadas, sob o princípio da subsidiariedade, no sentido de que se a iniciativa privada pode gerir uma determinada atividade, a atuação do Estado em certas situações deve estar voltada para viabilizar a iniciativa quando esta não for, por si, economicamente viável, demandando para isto uma clara e previamente acordada contrapartida social.

7.3 PROGRAMA CINEMA PERTO DE VOCÊ

Recentemente, através da Medida Provisória No. 491, de 23 de junho de 2010, o Presidente Lula instituiu o programa Cinema Perto de Você, este programa tem por finalidade ampliar, diversificar e descentralizar o mercado de salas de exibição cinematográfica no Brasil. Diversos objetivos elencados no texto legal gozam de afinidade com o disposto neste trabalho. Destaca-se ainda que uma das possibilidades do programa é o financiamento e investimento em complexos de sala de exibição. Em que pese eventual discussão em relação as localidades onde não exista uma demanda para um “complexo” mas tão somente para uma sala de exibição, vislumbra-se nestas hipóteses de financiamento e investimento a possibilidade da adoção de um modelo de parceria público-privadas em certos projetos deste programa do governo federal.

Não obstante, deve o parceiro público sopesar a sustentabilidade financeira do projeto de parceria audiovisual. A instituição legal de fundos especiais e a abertura de rubricas orçamentárias específicas na

²⁸ CONDECINE – Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional criada pela Medida Provisória n° 2.228-1 de 6 de setembro de 2001.

contabilidade estatal são exemplos de como que podem ser obtidos os recursos necessários para a formação de um Fundo Garantidor que sirva de lastro para a satisfação dos custos envolvidos no projeto eventualmente selecionado.

Ressalte-se que as dotações orçamentárias para a contratação de parcerias público-privadas na área cultural devem respeitar os limites estabelecidos pela Lei Complementar n.º. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

8 CONCLUSÃO

Em vista do exposto ao longo do trabalho, tem-se que um modelo de parcerias público-privadas voltado para a criação de infra-estrutura cultural, mais especificamente, audiovisual, é possível. Tal mecanismo estaria afeto ao disposto em sede constitucional acerca do acesso e da democratização da cultura.

Dentro deste contexto, é possível vislumbrar um modelo em que o parceiro público auxilia financeiramente e estrategicamente um parceiro privado e uma vez que a infra-estrutura esteja pronta e operando tal o agente privado, tal como previamente acordado, precisa fazer descontos no valor de entrada e adotar outras iniciativas diretamente afetas ao interesse público elencados nos dispositivos constitucionais afetos a área cultural.

Desta forma, o trabalho tem também a pretensão de chamar a atenção para o fato de que o modelo de parcerias público-privadas goza de legitimidade e de mecanismos que permitem que venha a ser utilizado de forma ampla não devendo estar restrito a umas poucas áreas ou a uma cópia dos modelos estrangeiros. Afinal, não basta dar a um cidadão remédios paliativos quando as mais diversas doenças se alastram pelo corpo. É preciso uma solução global, e, definitivamente, a falta de educação e de cultura, é uma das doenças mais perversas.

REFERÊNCIAS

- BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n.º. 239, Renovar, jan-mar 2005.
- DÓRIA, Carlos Alberto. *Os Federais da Cultura*. São Paulo: Biruta, 2003.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003.

FREITAS, Juarez. Parcerias Público-Privadas (PPPs) e desafios regulatórios. *A e C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 145-177, jan./mar. 2006.

OLIVEIRA, Fernão Justen de. *Parceria público-privada: aspectos de direito público econômico* (Lei nº. 11.079/2004). Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari (org). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

RODRIGUES, Iteberê de Oliveira. Fundamentos Dogmático-Jurídicos do Sistema de Repartição das Competências Legislativa e Administrativa na Constituição Federal de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, nº 15, jan-fev-mar de 2007. Disponível em: <[http:// www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br)> Acesso em: 18 jul. 2007.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2. ed. 2005.

TORRES, Silvia Faber. *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

VALENTE, Manoel Adam Lacayo. A Dimensão Jurídico Constitucional na Formulação de Políticas Públicas, uma perspectiva a ser explorada. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 239, Renovar, Jan-Mar 2005.

VALLE, Vanice Lírio do. Repartição objetiva de riscos: desafio de modelagem nas PPP's. *A e C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, p. 11-23, out./dez. 2005

YESCOMBER, E.R. *Public-Private Partnerships Principles of Policy and Finance*. Oxford, Grã-Bretanha: Butterworth-Heinemann, 2007.

ZANCHETTI, Silvio, (org.) *Gestão do Patrimônio Cultural Integrado*. UFPE, Recife, 2002.

APROXIMAÇÃO DO REGIME JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO AO DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO

***THE APPROACH OF STATE-OWNED ENTERPRISES LEGAL
POLITY, WHICH PROVIDE PUBLIC SERVICE, TO THE
JURIDICAL POLITY OF THE ENTITIES OF PUBLIC LAW***

Thiago Emmanuel Chaves de Lima
Procurador Federal
Especialista em Direito Público pela UNB

SUMÁRIO: Introdução; 1 Regime jurídico das empresas estatais; 2 Aproximação do regime jurídico das empresas estatais prestadoras de serviço público ao das pessoas jurídicas de Direito Público; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: O Estado, para a prestação de serviços públicos ou a excepcional exploração de atividade econômica, pode constituir, desde que autorizado por lei específica, empresas submissas ao modelo disposto no direito privado. São as empresas públicas e as sociedades de economia mista que são, fundamentalmente, instrumentos de ação do Estado, que se vale delas para possibilitar a execução de alguma atividade de seu interesse com maior flexibilidade, sem as travas do emperamento burocrático indissociáveis das pessoas de direito público. Por serem pessoas jurídicas de direito privado, mas estarem sujeitas a diversas normas e princípios aplicáveis a todos os entes da Administração Pública, as empresas estatais, especialmente as prestadoras de serviço público, apresentam um regime jurídico de natureza híbrida, que acabam levando a aplicação de normas jurídicas de forma peculiar com uma aproximação, cada vez maior, com regime jurídico das pessoas jurídicas de Direito Público.

PALAVRAS-CHAVE: Empresas Estatais. Serviço Público. Regime Jurídico. Princípios da Administração Pública.

ABSTRACT: The State, for the public exploration or rendering of services bonanza of economic activity, can constitute, since that authorized for specific law, companies subject to the model made use in the private law. They are the public companies and the societies of mixing economy who are, basically, instruments of action of the State, that if valley of them to make possible the execution of some activity of its interest with bigger flexibility, without the inseparable constraints of the bureaucratic binding of the people of public law. For being legal people of private law, but being citizens the diverse norms and applicable principles to all the beings of the Public Administration, the state-owned companies, especially the lenders utility, present a legal regimen of hybrid nature, who finish taking the application of rules of law of peculiar form has approached that them, each time more, of the legal people of Public law.

KEYWORDS: State Enterprises. Public Service. Legal Regime. Principles of Public Administration.

INTRODUÇÃO

De acordo com a teoria da separação dos Poderes, as funções desempenhadas pelo Estado são divididas em função legislativa, função executiva e função judicante, constituindo, respectivamente, os chamados Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Apesar dessa divisão, não existe uma separação absoluta de poderes, uma vez que cada Poder exerce preponderantemente uma função, mas, além disso, exerce funções acessórias de outras naturezas. Assim, o Poder Legislativo, por exemplo, além de desempenhar sua função típica, qual seja, legislar, exerce funções atípicas, como julgar e administrar.

Em que pese os três Poderes do Estado exercerem tanto funções administrativas, como legislativas e jurisdicionais, é o Poder Executivo que exerce preponderantemente a função administrativa.

Esse conjunto de bens, direitos e sujeitos, personificados ou não, do Estado, destinados às atividades administrativas com finalidade de atender interesses públicos, é chamado de Administração Pública, que é dividida em Administração Pública Direta, integrada pelos entes políticos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), e Administração Pública Indireta, que compreendem as autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista.

O Estado, para a prestação de serviços públicos ou a excepcional exploração de atividade econômica, pode constituir, desde que autorizado por lei específica, empresas submissas ao modelo disposto no direito privado. São as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Elas são, fundamentalmente, instrumentos de ação do Estado, que se vale delas para possibilitar a execução de alguma atividade de seu interesse com maior flexibilidade, sem as travas do emperramento burocrático indissociáveis das pessoas de direito público.

Constituindo entidades da Administração Pública Indireta, na medida em que possuem personalidades jurídicas próprias, as empresas estatais atuam de forma paralela à Administração Direta. Bem por isso, tendo em conta que essas entidades são verdadeiras coadjuvantes de misteres estatais, a interpretação dos princípios jurídicos que lhes são obrigatoriamente aplicáveis deve ter como referência os objetivos estatais.

Como não poderia ser diferente, essas entidades da Administração indireta estão sujeitas a regime jurídico peculiar, diante da Constituição Federal de 1988 que as submetem a uma série de disposições que não vigoram para as demais pessoas de direito privado. Se, por um

lado, são pessoas jurídicas de direito privado, por outro, são pessoas sob o controle do Estado, através da supervisão do Ministro a cuja pasta estejam vinculadas (arts. 19 e 26 do Decreto-lei 200/67¹), que, “diretamente ou através dos órgão superiores do Ministério, deverá orientá-las, coordená-las e controlá-las”,² além do próprio Tribunal de Contas (art. 71, II, III e IV, da CF/88).

Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:³

As criaturas em apreço são, pois, figuras pelas quais se realiza *administração pública*, vale dizer, administração de interesses que pertencem a toda a Sociedade e que, de conseguinte, têm que ser conhecidos e controlados por todos os membros do corpo social, através dos mecanismos que a Sociedade, constitucional e ou legalmente, instituiu como pertinentes à fiscalização e correção dos negócios públicos. Ainda que sociedades mistas se submetam a controles internos ou efetuados meramente a nível de acionistas ou cotistas, --- evento que se processa na intimidade de tais sujeitos e que serve também e sobretudo à defesa de interesses privados de acionistas minoritários --- não podem se lavar dos controles externos, que são, aliás, de distintos tipos. Valham, como referência,

1 Decreto-lei nº 200/67

Art. 19. Todo e qualquer órgão da Administração Federal, direta ou indireta, está sujeito à supervisão do Ministro de Estado competente, excetuados unicamente os órgãos mencionados no art. 32, que estão submetidos à supervisão direta do Presidente da República.

Art. 26. No que se refere à Administração Indireta, a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente:

I - A realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade.

II - A harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade.

III - A eficiência administrativa.

IV - A autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade.

Parágrafo único. A supervisão exercer-se-á mediante adoção das seguintes medidas, além de outras estabelecidas em regulamento:

- a) indicação ou nomeação pelo Ministro ou, se fôr o caso, eleição dos dirigentes da entidade, conforme sua natureza jurídica;
- b) designação, pelo Ministro dos representantes do Governo Federal nas Assembléias Gerais e órgãos de administração ou controle da entidade;
- c) recebimento sistemático de relatórios, boletins, balancetes, balanços e informações que permitam ao Ministro acompanhar as atividades da entidade e a execução do orçamento-programa e da programação financeira aprovados pelo Governo;
- d) aprovação anual da proposta de orçamento-programa e da programação financeira da entidade, no caso de autarquia;
- e) aprovação de contas, relatórios e balanços, diretamente ou através dos representantes ministeriais nas Assembléias e órgãos de administração ou controle;
- f) fixação, em níveis compatíveis com os critérios de operação econômica, das despesas de pessoal e de administração;
- g) fixação de critérios para gastos de publicidade, divulgação e relações públicas;
- h) realização de auditoria e avaliação periódica de rendimento e produtividade;
- i) intervenção, por motivo de interesse público.

2 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 206.

3 Idem. *Sociedades Mistas, Empresas Públicas e o Regime de Direito Público*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 13, abr-mai, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 1º de março de 2010.

os efetuados pela própria Administração Central, os que podem resultar de ação popular e os que se efetuam pelo Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas pertinente (arts. 5º, LXXIII; 49, X; 70 e 71 da Constituição Federal).

Aliás, a existência de tais controles serve para demonstrar que as empresas públicas e sociedades de economia mista, conquanto modeladas sobre figurino tomado de empréstimo, em geral, ao direito mercantil, são visceralmente distintas da generalidade das pessoas de direito privado. Em relação a estas últimas não haveria cogitar das aludidas formas de controle.(grifo do original)

Por conta disso, seu regime jurídico é dotado de certa natureza híbrida, já que sofrem influxo de normas de direito privado em alguns setores de sua atuação e de normas de direito público em outros desses setores.

A referida natureza híbrida das empresas públicas e sociedades de economia mista tem gerado, para os aplicadores do direito, as mais diversas interpretações quando da solução de conflitos de interesses envolvendo essas entidades da Administração indireta, através da aplicação, ora dos princípios e normas que regem as demais pessoas jurídicas de direito privado, e ora dos princípios e normas inerentes ao regime jurídico de direito público.

Nesse sentido é que se propõe o presente trabalho a demonstrar as peculiaridades presentes no regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista, notadamente com relação às prestadoras de serviço público, como entidades híbridas que são, que as tem aproximado cada vez mais das pessoas jurídicas de direito público.

1 REGIME JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS

Quando falamos de regime jurídico estamos nos referimos ao conjunto de normas que disciplinam certo tipo de atividade socialmente relevante. Nesse sentido, ao conceituar regime jurídico administrativo, pode-se dizer que:

O regime jurídico de direito público consiste no conjunto de normas jurídicas que disciplinam o desempenho de atividades e de organizações de interesse coletivo, vinculadas direta ou indiretamente à realização dos direitos fundamentais, caracterizado pela ausência de disponibilidade e pela vinculação à satisfação de determinados fins.⁴

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 44.

De forma mais sintética, regime jurídico administrativo seria o “conjunto de regras e princípios a que se deve subsumir a atividade administrativa no atingimento de seus fins”.⁵ Por outro lado, o regime jurídico de direito privado “se alicerça na idéia de “autonomia de vontade”, que se traduz nos institutos da “propriedade” e do “contrato””.⁶

As sociedades de economia mista e as empresas públicas, conglobadas em um único grupo denominado empresas estatais,⁷ são pessoas jurídicas de direito privado, cuja instituição somente por lei específica poderá ser autorizada, estão sujeitas ao regime jurídico de direito privado (CF, art. 173, 1º, II), ressalvadas as hipóteses previstas na própria Constituição Federal. Elas são, “fundamentalmente e acima de tudo, instrumentos de ação do Estado.”⁸

Frutos do fenômeno da descentralização administrativa, as empresas estatais surgiram após a verificação pelo Estado da eficiência das empresas privadas na prestação de serviços públicos através das concessões, autorizações e permissões. A respeito dessa transição, Toshio Mukai⁹ leciona que:

Finalmente, “querendo” ter maior controle e domínio sobre as atividades exercidas pelos privados em seu nome, o Estado “concluiu” ser mais racional criar empresas, à semelhança do particular, para obter seus dois desideratos, que até então lhe parecia ser impossível: a eficiência na execução dos serviços públicos e o controle do ente responsável por tal execução.

As empresas estatais – empresas públicas e sociedades de economia mista –, dividem-se em duas espécies: prestadoras de serviços públicos e exploradoras de atividade econômica.

O regime jurídico das Empresas estatais vem sendo objeto de profundos estudos e debates acalorados por parte da doutrina e da jurisprudência nacionais. Tal fato se dá em virtude, especialmente, da peculiaridade que possuem, de serem, por um lado, pessoas de Direito Privado, sujeitando-se ao regime jurídico de Direito Privado, e por outro

5 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 31.

6 JUSTEN FILHO, op. cit., p. 44.

7 Toshio Mukai, em sua obra, *O Direito Administrativo e os Regimes Jurídicos das Empresas Estatais*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 148, utiliza a expressão “empresas estatais” para se referir apenas as empresas públicas e sociedades de economia mista que sejam exploradoras de atividades econômicas, distinguindo da expressão “empresas públicas”, utilizada para se referir ao conjunto das empresas públicas e sociedades de economia mista “criadas pelo Estado para gerir serviços públicos ou serviços comerciais e industriais”. Contudo, com todo respeito autor, preferimos utilizar “empresas estatais” para englobar tanto as prestadoras de serviços públicos quanto as exploradoras de atividades econômicas.

8 BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 193.

9 Op. cit., p. 146.

lado estarem sujeitas, por força do disposto no art. 37 da Constituição Federal, aos princípios da Administração Pública.¹⁰

Em artigo sobre o tema, Celso Antônio Bandeira de Mello¹¹ é firme ao dizer que:

Ditas criaturas, pois, ainda quando modeladas sob figurino privado, não são, portanto, da mesma cepa que as demais pessoas de direito privado. A razão de existir, os fins em vista dos quais são criadas, os recursos econômicos que manejam, os interesses a que servem (e podem servir) são manifestamente distintos e, sob muitos aspectos, até mesmo diametralmente opostos aos daquelas outras. Bastaria esta evidência para perceber-se que não poderiam mesmo estar submetidas a igual disciplina jurídica. Aliás, as próprias entidades em causa também comportam uma diversidade de regimes, conforme sejam prestadoras de serviço público ou exploradoras da atividade econômica.

Dessa forma, criadas como braços do Estado para a prestação de serviços públicos e exploração de atividades econômicas de interesse público, as Empresas estatais apresentam peculiaridades, que nem sempre correspondem a privilégios, em seu regime jurídico, comparadas com as demais pessoas jurídicas de Direito Privado.

Entre essas peculiaridades, presentes tanto nas empresas estatais prestadoras de serviço público quanto nas exploradoras de atividade econômica, podemos apontar, de acordo com a Constituição Federal: a exigência constitucional da necessidade de autorização legislativa para sua criação (art. 37, XIX e XX); maioria ou totalidade do capital pertencente ao Estado, conforme se trate de sociedade de economia mista ou empresa pública; necessidade de concurso público, de provas ou de provas e títulos, para a admissão de empregados (art. 37, II); submissão do salário de seus empregados ao teto remuneratório do serviço público para aqueles que receberem recursos do ente político instituidor para pagamento de pessoal e custeio em geral (art. 37, XI e § 9º); proibição de acúmulo de cargos públicos (art. 37, XVI e XVII), salvo as exceções constitucionalmente previstas; submissão à fiscalização e controle do Congresso Nacional (art. 49, X); submissão de suas operações de crédito externo e interno aos limites e condições fixados pelo Senado Federal (art. 52, VII); submissão ao julgamento do Tribunal de Contas das contas de seus administradores, bem como o exame, por parte do Tribunal, quanto à legalidade, para fins de registro, dos atos de admissão de pessoal a qualquer título, concessões de aposentadoria, reforma e pensão (art.

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

11 CF. BANDEIRA DE MELO, 2002.

71, II, III e IV); inclusão nos orçamentos fiscal e de investimentos da União (art. 165, § 5º); necessidade de prévia dotação orçamentária para concessão de qualquer vantagem, alteração de estrutura de carreiras, bem como admissão de pessoal a qualquer título (art. 169, §1º).

2 APROXIMAÇÃO DO REGIME JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO AO DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO

Apontados os pontos de identidade entre os regimes jurídicos das empresas estatais prestadoras de serviço público e das exploradoras de atividade econômica, no que se refere às diferenças entre elas, merece destaque o § 1º, do art. 173 da Constituição Federal que estabelece que:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I – sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV – a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V – os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

§2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado. [...] (grifou-se)

Apesar de o parágrafo primeiro mencionar as empresas estatais que exploram atividades econômicas, embates surgiram na doutrina e na jurisprudência sobre a sua aplicação às empresas estatais prestadoras de serviço público.

Conforme apontado por Jansen Amadeu do Carmo Madeira e José Maria Pinheiro Madeira¹² surgiram cinco correntes a respeito da aplicabilidade do §1º do art. 173 às empresas estatais prestadoras de serviço público.

Para uma primeira corrente, o mencionado parágrafo incluiria as prestadoras de serviço público, por conter a expressão: “ou de prestação de serviços”. A crítica que se faz a essa corrente é que “prestação de serviço” contida no dispositivo é uma atividade econômica, e não um serviço público propriamente dito.

De acordo com a segunda corrente apontada pelos autores, o parágrafo incluiria os serviços públicos, uma vez que existiriam serviços públicos “lucrativos”, que constituiriam, verdadeiramente, uma espécie de atividade econômica, como, por exemplo, o serviço de telecomunicações.

Já para uma terceira corrente a aplicabilidade do parágrafo estaria ligada ao fato de que este é utilizado para respaldar o regime jurídico celetista dos empregados das estatais, seja prestadora exploradora de atividade econômica ou prestadora de serviço público. Assim, não seria coerente acolher apenas nessa parte o dispositivo, e excluí-lo nas demais.

A quarta corrente, pegando carona na terceira, defende que o §1º do art. 173 da CF se aplica apenas na parte relativa ao regime pelo qual o empregado se vincula à administração a todas as empresas estatais.

Quanto a quinta corrente, esta defende que o art. 173 não se aplicaria às empresas estatais prestadoras de serviços públicos, remetendo o seu disciplinamento jurídico ao art. 175, que trata das concessões e permissões de serviço público.¹³ Assim, para essa corrente, as empresas estatais subordinam-se a regimes jurídicos diversos conforme forem exploradas de atividade econômica ou prestadoras de serviços públicos, isto porque, de acordo Di Pietro:¹⁴

Como o artigo 173 cuida especificamente da atividade de natureza privada, exercida excepcionalmente pelo Estado por razões de segurança nacional ou interesse coletivo relevante, há que se concluir que as normas dos §§ 1º e 2º só incidem nessa hipótese. Se a atividade

12 MADEIRA, Jansen Amadeu do Carmo; MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Empresas Estatais – Situações Polêmicas e Atuais* (Segunda e última parte). Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 7, n. 78, ago. 2007. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/fidConteudoShow.aspx?idConteudo=46702>>. Acesso em: 2 fevereiro 2010.

13 CF: Art.175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou de permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

14 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 443-444.

for econômica (comercial ou industrial) mas assumida pelo Estado como serviço público, tais normas não têm aplicação, incidindo, então, o art. 175 da Constituição, segundo o qual incumbe ao Poder Público, na forma da lei, *diretamente* ou sob o regime de *concessão* ou *permissão*, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Celso Antônio Bandeira de Mello,¹⁵ também defende que o art. 173 se aplicaria apenas às Empresas Estatais prestadoras de serviços Públicos:

Note-se e ressalte-se: o estatuto legal de que fala o art. 173, *diz respeito unicamente às exploradoras de atividade econômica*. Deveras, não apenas o parágrafo está referido à exploração de atividade econômica, mas a própria cabeça do artigo – e que obviamente comanda a inteligência de seus parágrafos – reposta-se à “exploração direta de atividade econômica pelo Estado”. É tão claro ser disto que se trata que ali também se diz que a sobredita exploração “só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme declarados em lei”. Evidentemente, então, está a cogitar de coisa antitética aos serviços públicos e diversas deles, que estes são atividade normal do Estado, ao invés de excepcional, caso do exercício direto de atividade econômica, esfera reservada aos particulares (art. 170, IV, e notadamente parágrafo único do mesmo artigo).

Jansen Amadeu do Carmo Madeira e José Maria Pinheiro Madeira¹⁶ defendem que o art. 173 não se aplicaria às empresas estatais prestadoras de serviços públicos, e que o art. 175, ao estabelecer que a Administração prestará “diretamente ou sob o regime de concessão ou de permissão” serviços públicos, o termo diretamente incluiria a prestação pelas empresas estatais, como integrantes da Administração, ainda que denominada de Administração Indireta.

Bem por isso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem caminhado no sentido de, excluindo as empresas estatais prestadoras de serviços públicos dos preceitos insculpidos no artigo 173, aproximar seu regime jurídico, cada vez mais, ao das pessoas jurídicas de direito público.

Essa proximidade pode ser vista em vários aspectos, mais por força de construção doutrinária e jurisprudencial do que por disposição da lei.

a) *Quanto aos bens*

15 Op. cit., p. 209.

16 Op. cit.

Os bens das empresas estatais prestadoras de serviço público provêm, geralmente, ao menos na sua criação, da pessoa federativa instituidora.

Com a transferência desses bens àquelas entidades, eles passam a constituir seu patrimônio, sujeitando-se a sua própria administração. Com efeito, deixam de pertencer a uma pessoa jurídica de direito público e passam a pertencer uma pessoa jurídica de direito privado.

Em um primeiro momento, prevalecia o entendimento de que os bens das empresas estatais prestadoras de serviços públicos não gozariam das prerrogativas próprias dos bens públicos, como a impenhorabilidade.

Esse era o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRÁFOS - ECT. ART. 123 DO DL N° 506/69, NA PARTE QUE INSTITUIU A IMPENHORABILIDADE DOS BENS, RENDAS E SERVIÇOS DA ENTIDADE. Norma incompatível com a regra do § 1º do art. 173 da Constituição, pela qual os entes da Administração Indireta, que exploram atividade econômica, com no caso, estão sujeitos ao regime jurídico próprio das empresas privadas. Recurso não conhecido. (RE 222041, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/09/1998, DJ 26-03-1999 PP-00028 EMENT VOL-01944-06 PP-01159 REPUBLICAÇÃO: DJ 16-04-1999 PP-00035 RTJ VOL-00172-003 PP-00989)

Contudo, em que pese pertencerem a pessoas jurídicas de direito privado, várias são as decisões defendendo a impenhorabilidade desses bens, ou seja, os bens das empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público não poderiam sofrer constrição para garantir débitos, com amparo no art. 100 da Constituição Federal, que estabelece que os créditos de terceiros contra a Fazenda Pública, em virtude de sentença judicial, são pagos através do sistema de precatórios ou requisição de pequeno valor, conforme o caso.¹⁷

O Supremo Tribunal Federal, recentemente, tem entendido nesse sentido, especialmente no que se refere às empresas estatais detentoras de monopólio, como é o caso da ECT. Vejamos:

17 CF, Art. 100. "Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, 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.

[...]

§ 3º O disposto no caput deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. IMPENHORABILIDADE DE SEUS BENS, RENDAS E SERVIÇOS. RECEPÇÃO DO ARTIGO 12 DO DECRETO-LEI Nº 509/69. EXECUÇÃO.OBSERVÂNCIA DO REGIME DE PRECATÓRIO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. À empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, é aplicável o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. Recepção do artigo 12 do Decreto-lei nº 509/69 e não-incidência da restrição contida no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, que submete a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. 2. Empresa pública que não exerce atividade econômica e presta serviço público da competência da União Federal e por ela mantido. Execução. Observância ao regime de precatório, sob pena de vulneração do disposto no artigo 100 da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 220906, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 16/11/2000, DJ 14-11-2002 PP-00015 EMENT VOL-02091-03 PP-00430)

Ao criticar essa orientação, Carvalho Filho¹⁸ disse o seguinte:

Concessa vênia, ousamos discordar de semelhante pensamento. O sistema de precatório é aplicável apenas à Fazenda Pública (art. 100, CF), e no sentido desta evidentemente não se incluem pessoas administrativas de direito privado, como as empresas públicas e sociedades de economia mista. A extensão da aplicabilidade do sistema a tais entidades provoca irreversível prejuízo aos seus credores, já que se trata de mecanismo injusto e anacrônico, ao mesmo tempo em que beneficia devedores paraestatais recalcitrantes.

Em que pese esse entendimento, a impenhorabilidade dos bens das empresas estatais prestadoras de serviço público não decorreria apenas da natureza da atividade, no caso, prestação de serviço público, mas dos problemas que essa constrição causaria à continuidade do serviço público, com prejuízos incalculáveis para a população.

Nesse mesmo sentido, entendeu o STJ pela impenhorabilidade de bens de sociedades de economia mista que venha a comprometer a prestação do serviço público:

18 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro. Lumen Júris, 2007. p. 439.

PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PENHORA EM BENS DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA QUE PRESTA SERVIÇO PÚBLICO. A sociedade de economia mista tem personalidade jurídica de direito privado e está sujeita, quanto à cobrança de seus débitos, ao regime comum das sociedades em geral, nada importando o fato de que preste serviço público; *só não lhe podem ser penhorados bens que estejam diretamente comprometidos com a prestação do serviço público*. Recurso especial conhecido e provido.” (REsp 176078/SP, Segunda Turma do STJ, Relator Min. Ari Pargendler. DJ de 08/03/1999, pág. 00200). (grifou-se)

PROCESSUAL CIVIL. PENHORA. BENS DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. 1. A sociedade de economia mista, posto consubstanciar personalidade jurídica de direito privado, sujeita-se, na cobrança de seus débitos ao regime comum das sociedades em geral, nada importando o fato de prestarem serviço público, *desde que a execução da função não reste comprometida pela constrição*. Precedentes. 2. Recurso Especial desprovido (REsp 521.047/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 20/11/2003, DJ 16/2/2004 p. 214).(grifou-se)

b) *Quanto à natureza dos atos de seus agentes*

Outro ponto que merece destaque diz respeito à natureza dos atos praticados pelas empresas públicas prestadoras de serviço público.

Como pessoas jurídicas de direito privado, essas entidades deveriam ser submetidas às regras de Direito Civil e Empresarial. Porém, por exercerem atividades delegadas da respectiva Administração Indireta, os atos jurídicos praticados no exercício da função delegada serão considerados atos administrativos. Bem por isso, estes atos estão sujeitos a controle através de mandado de segurança¹⁹ e ação popular.²⁰

c) *Quanto aos contratos*

Demais disso, no que se refere aos contratos das empresas estatais prestadoras de serviço público, apesar do fato de que deveriam ser considerados contratos de direito privado, estão incluídas na Lei nº 8.666/93, que regulamentou o art. 37, XXI, da CF,²¹ que previu a obrigatoriedade de licitação para os contratos da Administração Pública.

19 CF, art. 5º, incisos LXIX e LXX.

20 Lei nº 4.717/65.

21 CF, Art. 37.

Todavia, a doutrina e a jurisprudência têm defendido que a necessidade de licitação ocorre apenas para os contratos a serem firmados pela empresas estatais prestadoras de serviço público, em todos os casos. E com relação aquelas que explorem atividades econômicas, a obrigatoriedade de licitação se daria apenas nos contratos relacionados a sua atividade meio, já quanto à atividade fim, ela não seria necessária.

Para Rocha Furtado:²²

Em matéria de licitação, a questão pode ser apresentada, portanto, nos seguintes termos: 1. todas as empresas estatais estão obrigadas a licitar; 2. o procedimento da licitação deve observar o que dispõe a Lei nº 8.666/93; 3. as empresas estatais que explorem atividades empresariais, somente quando celebrem contratos diretamente relacionados ao exercício de atividade fim, estão desobrigadas de observarem a Lei nº 8.666/93, devendo, no entanto, seguir os princípios constitucionais de impessoalidade, moralidade, eficiência etc.

Convém ressaltar que o § 1º, do art. 173 da CF, preceitua que a lei estabelecerá o estatuto jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção e comercialização de bens ou de prestação de serviços e, ainda, que essa lei deverá dispor sobre a licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações desses entes.

Em que pese a clareza do dispositivo, surgiram entendimentos de que o dispositivo acima se aplicaria, também, às empresas estatais prestadoras de serviços público, contudo, a doutrina e jurisprudência tem se consolidado em sentido contrário. Com efeito, para Bandeira de Mello:²³

Destarte, cumpre, em conclusão, entender que as empresas estatais prestadoras de serviço público também se assujeitam às normas gerais de licitação e contratos expedidas pela União e, pois, que continuarão a ser regidas pela Lei 8.666, de 21.6.93, com suas alterações posteriores. Já as empresas estatais exploradoras de atividade econômica futuramente terão suas licitações e contratos regidos pela lei a que se refere o art. 22, XXVII, da Constituição Federal, com a redação que lhe deu o

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

22 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 218.

23 Op. cit., p. 217.

“Emendão”, isto é, na conformidade do estatuto para elas previsto no art. 173 da Lei Magna.(grifos do original)

Se a submissão das empresas estatais prestadoras de serviço público às disposições da Lei nº 8.666/93 é importante no que se refere à observância do princípio da isonomia, e para fins de controle da legalidade do procedimento e da contratação, a lei estabelece, ainda, que os contratos administrativos caracterizam-se pela presença de determinadas cláusulas, previstas especialmente em seu art. 58, que garantem à Administração contratante uma série de prerrogativas, como, por exemplo, a possibilidade de modificar e rescindir unilateralmente os contratos.

Outros dispositivos também prevêem cláusulas que são inerentes à supremacia do interesse público, mas que não se coadunam com as relações de direito privado,²⁴ completando o conjunto das chamadas “cláusulas exorbitantes”, o que demonstra mais uma contradição no regime jurídico da empresas públicas prestadoras de serviço público.

Em que pese severas críticas da doutrina, o Supremo Tribunal Federal não afastou das empresas públicas prestadoras de serviço público as prerrogativas previstas na lei de licitações contratos.²⁵

d) *Quanto regime tributário*

Além dos aspectos ligados à licitação e aos contratos, outra peculiaridade presente no regime jurídico das empresas estatais, que é objeto de grandes embates doutrinários e jurisprudenciais, está ligado à aplicabilidade do art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal, que estabelece a chamada imunidade tributária recíproca.²⁶ Por esse dispositivo, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituírem impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros.

Em que pese a natureza de pessoa jurídica de direito privado, e o fato de o mencionado dispositivo constitucional não fazer menção às empresas estatais, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar discussão sobre o pagamento de IPVA pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos-ECT, estendeu às empresas estatais prestadoras de serviço

24 Rocha Furtado (op. cit., p. 216) cita a prerrogativa de a Administração Pública poder anular seus contratos (art. 59), de exigir que o contratado mantenha a execução do contrato ainda que ocorra atraso de até 90 dias (art. 78, XV).

25 O que se extrai da decisão proferida pelo STF no julgamento do RE nº 220.906.

26 Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:... VI – instituir impostos sobre: a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;”)

público em regime de monopólio a imunidade tributária, equiparando-as às autarquias e fundações. Vejamos a ementa do acórdão:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. IMPENHORABILIDADE DE SEUS BENS, RENDAS E SERVIÇOS. RECEPÇÃO DO ARTIGO 12 DO DECRETO-LEI Nº 509/69. EXECUÇÃO. OBSERVÂNCIA DO REGIME DE PRECATÓRIO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. À empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, é aplicável o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. Recepção do artigo 12 do Decreto-lei nº 509/69 e não-incidência da restrição contida no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, que submete a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. 2. Empresa pública que não exerce atividade econômica e presta serviço público da competência da União Federal e por ela mantido. Execução. Observância ao regime de precatório, sob pena de vulneração do disposto no artigo 100 da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 220906, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 16/11/2000, DJ 14-11-2002 PP-00015 EMENT VOL-02091-03 PP-00430)

O mesmo entendimento foi aplicado, mais recentemente, em caso envolvendo a Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuárias – INFRAERO:

E M E N T A: INFRAERO - EMPRESA PÚBLICA FEDERAL VOCACIONADA A EXECUTAR, COMO ATIVIDADE-FIM, EM FUNÇÃO DE SUA ESPECÍFICA DESTINAÇÃO INSTITUCIONAL, SERVIÇOS DE INFRA-ESTRUTURA AEROPORTUÁRIA - MATÉRIA SOB RESERVA CONSTITUCIONAL DE MONOPÓLIO ESTATAL (CF, ART. 21, XII, "C") - POSSIBILIDADE DE A UNIÃO FEDERAL OUTORGAR, POR LEI, A UMA EMPRESA GOVERNAMENTAL, O EXERCÍCIO DESSE ENCARGO, SEM QUE ESTE PERCA O ATRIBUTO DE ESTATALIDADE QUE LHE É PRÓPRIO - OPÇÃO CONSTITUCIONALMENTE LEGÍTIMA - CRIAÇÃO DA INFRAERO COMO INSTRUMENTALIDADE ADMINISTRATIVA DA UNIÃO FEDERAL, INCUMBIDA, NESSA CONDIÇÃO INSTITUCIONAL, DE EXECUTAR TÍPICO SERVIÇO PÚBLICO (LEI Nº 5.862/1972) - CONSEQUENTE EXTENSÃO, A ESSA EMPRESA PÚBLICA, EM MATÉRIA DE IMPOSTOS, DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL FUNDADA

NA GARANTIA DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA (CF, ART. 150, VI, “A”) - O ALTO SIGNIFICADO POLÍTICO-JURÍDICO DESSA GARANTIA CONSTITUCIONAL, QUE TRADUZ UMA DAS PROJEÇÕES CONCRETIZADORAS DO POSTULADO DA FEDERAÇÃO - IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DA INFRAERO, EM FACE DO ISS, QUANTO ÀS ATIVIDADES EXECUTADAS NO DESEMPENHO DO ENCARGO, QUE, A ELA OUTORGADO, FOI DEFERIDO, CONSTITUCIONALMENTE, À UNIÃO FEDERAL - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - AGRAVO IMPROVIDO. - A INFRAERO, que é empresa pública, executa, como atividade-fim, em regime de monopólio, serviços de infra-estrutura aeroportuária constitucionalmente outorgados à União Federal, qualificando-se, em razão de sua específica destinação institucional, como entidade delegatária dos serviços públicos a que se refere o art. 21, inciso XII, alínea “c”, da Lei Fundamental, o que exclui essa empresa governamental, em matéria de impostos, por efeito da imunidade tributária recíproca (CF, art. 150, VI, “a”), do poder de tributar dos entes políticos em geral. Conseqüente inexigibilidade, por parte do Município tributante, do ISS referente às atividades executadas pela INFRAERO na prestação dos serviços públicos de infra-estrutura aeroportuária e daquelas necessárias à realização dessa atividade-fim. O ALTO SIGNIFICADO POLÍTICO-JURÍDICO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA, QUE REPRESENTA VERDADEIRA GARANTIA INSTITUCIONAL DE PRESERVAÇÃO DO SISTEMA FEDERATIVO. DOCTRINA. PRECEDENTES DO STF. INAPLICABILIDADE, À INFRAERO, DA REGRA INSCRITA NO ART. 150, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO. - A submissão ao regime jurídico das empresas do setor privado, inclusive quanto aos direitos e obrigações tributárias, somente se justifica, como consectário natural do postulado da livre concorrência (CF, art. 170, IV), se e quando as empresas governamentais explorarem atividade econômica em sentido estrito, não se aplicando, por isso mesmo, a disciplina prevista no art. 173, § 1º, da Constituição, às empresas públicas (caso da INFRAERO), às sociedades de economia mista e às suas subsidiárias que se qualifiquem como delegatárias de serviços públicos. (RE 363412 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 07/08/2007, DJe-177 DIVULG 18-09-2008 PUBLIC 19-09-2008 EMENT VOL-02333-03 PP-00611)

Convém ressaltar que esse entendimento vem sendo aplicado também às sociedades de economia mista.²⁷

²⁷ EMENTA: AÇÃO CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO ADMITIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. AGRAVO DE INSTRUMENTO PENDENTE DE JULGAMENTO. MEDIDA CAUTELAR CONCEDIDA PARA SUSPENDER OS EFEITOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. 2. Em situações excepcionais, em que estão patentes a plausibilidade jurídica

Celso Antônio Bandeira de Mello²⁸ defende que a referida imunidade não se aplicaria às empresas estatais quando houvesse contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelos usuários. Segundo o autor:

As empresas estatais, conquanto prestadoras de serviços públicos, quando haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário do serviço não se beneficiam da imunidade prevista no art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal – onde se proíbe que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios instituem *impostos* sobre o patrimônio, renda ou serviços uns dos outros. É que o § 3º do mesmo artigo é explícito em excluir, em tais casos, a incidência da referida imunidade. Ora, como ditas empresas operam mediante as referidas contraprestações, salvo em hipóteses incomuns nas quais inexistam, ficarão ao largo do aludido dispositivo protetor.

e) Relação com seus agentes

O art. 37, II, da CF consagra o princípio do concurso público, que exige que, ressalvados cargos em comissão, declarados em lei de livre nomeação e exoneração, a investidura em cargos e empregos públicos se dê após aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo, na forma prevista em lei.²⁹

De acordo com a grande maioria da doutrina e da jurisprudência, o referido dispositivo constitucional inclui os empregados das empresas estatais.

Rocha Furtado,³⁰ ao rechaçar qualquer interpretação que exclua a necessidade de concurso público para contratação dos empregados das empresas estatais, disse que:

do pedido - decorrente do fato de a decisão recorrida contrariar jurisprudência ou súmula do Supremo Tribunal Federal - e o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação a ser consubstanciado pela execução do acórdão recorrido, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar ainda que o recurso extraordinário tenha sido objeto de juízo negativo de admissibilidade perante o Tribunal de origem e o agravo de instrumento contra essa decisão ainda esteja pendente de julgamento. 3. Hipótese que não constitui exceção à aplicação das Súmulas 634 e 635 do STF. 4. Suspensão dos efeitos do acórdão impugnado pelo recurso extraordinário, até que o agravo de instrumento seja julgado. 5. Ação cautelar deferida. Unânime. (AC 1550, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 06/02/2007, DJe-018 DIVULG 17-05-2007 PUBLIC 18-05-2007 DJ 18-05-2007 P-00103 EMENT VOL-02276-01 PP-00043 LEXSTF v. 29, n. 342, 2007, p. 7-23)

28 Op. cit., p. 217.

29 CF. “Art. 37.

[...]”

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;”

30 Op. cit., p. 214-215.

Neste ponto preocupa-nos o fato de que algumas empresas estatais têm publicado editais de “seleção pública” de empregados, e não de concurso público. A rigor, o nome que se dá ao certame é o que menos importa. Desde que sejam observados critérios de ampla publicidade, de impessoalidade, de moralidade, que haja classificação a partir da aplicação de provas ou de provas e títulos, pouco interessa se é feita seleção pública ou concurso público. Por detrás dessa terminologia o que efetivamente causa preocupação é a existência de intenções não necessariamente legítimas. É de se observar que a única nulidade que decorre direta e expressamente da Constituição Federal está relacionada à não realização de concurso público (art. 37, §2).

Convém observar que, no caso das empresas estatais constituídas sob a forma de sociedade anônimas, o provimento dos cargos de dirigentes (presidentes, diretores, membros do conselho de administração e fiscal), é regido pelas normas insculpidas na Lei nº 6.404/76, não se sujeitando à prévia aprovação em concurso público, por não se tratarem de empregados.

Em que pese essa peculiaridade das empresas estatais, que as distingue das demais pessoas jurídicas de direito privado, que tem por finalidade garantir a isonomia e a moralidade, princípios inerentes ao regime jurídico de direito público, parte da doutrina e da jurisprudência vinham defendendo que a dispensa de seus empregados poderia se dá sem qualquer justificação prévia e independente de prévio procedimento administrativo.

O Tribunal Superior do Trabalho vinha entendendo nesse sentido, como demonstra a ementa do acórdão abaixo, tendo como parte a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos-ECT:

RECURSO DE REVISTA. EMPRESA PÚBLICA. DISPENSA IMOTIVADA. Não há óbice previsto em lei ou na Constituição da República para dispensa sem justa causa de empregado público – ainda que regularmente concursado – por sua empregadora, integrante da Administração Pública Indireta. Inteligência da Orientação Jurisprudencial 247 da SBDI-1 desta Corte. Recurso de Revista de que se conhece e a que se dá provimento (TST – RR – 1285/2002-001-13-00-5ºT. – Rel. Min. João Batista Brito Pereira – DJU 10/03/2006)

Esse entendimento do TST já havia sido inclusive objeto de Orientação Jurisprudencial da SDI-1, vejamos:

229. Estabilidade. Art. 41, CF/88. Celetista. Empresa Pública e Sociedade de Economia Mista. Inaplicável (20.06.2001)

247. Servidor Público. Celetista concursado. Despedida imotivada. Empresa pública ou sociedade de economia mista. Possibilidade (20.06.2001)

Contudo, esse entendimento se modificou, especialmente em virtude da extensão dos privilégios da Fazenda Pública à ECT pelo STF,³¹ como demonstram as decisões abaixo:

RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. EMPREGADO PÚBLICO. DISPENSA IMOTIVADA. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 37, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL N.º 247, II, DA SBDI-1 DO TST. A decisão regional, que considerou válida a demissão do Reclamante sem que a ECT tenha explicitado os motivos pelos quais decidiu romper unilateralmente o contrato de trabalho, afronta os princípios constantes no art.37, caput, da Constituição Federal, tendo em vista o posicionamento adotado por esta Corte por meio da Orientação Jurisprudencial n.º 247, II, de sua SBDI-1. Recurso conhecido e provido. (RR - 52800-16.2006.5.04.0662. Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 10/03/2010, 4ª Turma, Data de Publicação: 19/03/2010)

RECURSO DE REVISTA. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS (ECT). EMPREGADO PÚBLICO. DISPENSA IMOTIVADA. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO ARTIGO 37, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL N.º 247, II, DA SBDI-1 DO TST. A decisão regional, que considerou válida a demissão do Reclamante sem que a ECT tenha explicitado os motivos pelos quais decidiu romper unilateralmente o contrato de trabalho, afronta os princípios constantes no artigo 37, caput, da Constituição Federal, tendo em vista o posicionamento adotado por esta Corte por meio da Orientação Jurisprudencial n.º 247, II, de sua SBDI-1. Recurso conhecido e provido. (RR - 32200-64.2001.5.01.0069 , Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 14/10/2009, 4ª Turma, Data de Publicação: 23/10/2009)

RECURSO DE REVISTA - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS (ECT). EMPREGADO PÚBLICO. DISPENSA IMOTIVADA. REINTEGRAÇÃO. De acordo com o

31 Recurso extraordinário. 2. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. Penhora. 3. Recepção, pela Constituição Federal de 1988, do Decreto-lei n.º 509/69. Extensão à ECT dos privilégios da Fazenda Pública. 4. Impenhorabilidade dos bens. Execução por meio de precatório. 5. Precedente: RE n.º 220.906, Relator Ministro MAURÍCIO CORRÊA, Plenário, sessão de 17.11.2000. 6. Agravo regimental a que se nega provimento

item II da Orientação Jurisprudencial 247 da SBDI-1 do TST, a validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais. Recurso de Revista conhecido e provido. (E-RR - 1156000-85.2006.5.09.0014 , Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 12/08/2009, 8ª Turma, Data de Publicação: 14/08/2009)

Com esse novo posicionamento, a Seção de Dissídios Individuais do TST alterou a o enunciado 247, inserindo um segundo item, vejamos:

247. SERVIDOR PÚBLICO. CELETISTA CONCURSADO. DESPEDIDA IMOTIVADA. EMPRESA

PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE

(alterada – Res. nº 143/2007) - DJ 13.11.2007

I - A despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade;

II - A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária (grifou-se)

Vê-se, portanto, que os Tribunais pátrios têm, através de suas jurisprudências, distanciado o regime jurídico de algumas empresas estatais do regime próprio das pessoas jurídicas de Direito Privado, aproximando-os, cada vez mais, do regime jurídico das pessoas de Direito Público.

O que se percebe, também, das decisões acima, é que toda construção jurisprudencial que aplica às empresas estatais prestadoras de serviço público institutos próprios das pessoas jurídicas de Direito Público têm sido fundamentadas na submissão desses entes aos princípios da Administração Pública, especialmente os princípios da legalidade, da continuidade, da supremacia do interesse público e da moralidade.

Isso demonstra que a adoção da personalidade jurídica de Direito Privado para empresas estatais prestadoras serviços públicos, especialmente para as que atuam sob regime de monopólio, tem se mostrado inadequado, uma vez que os princípios da Administração

Pública, que por disposição constitucional³² e legal³³ se aplicam a esses entes, têm deixado de ser observados por seus gestores, sob a alegação de que tais princípios não seriam compatíveis com a personalidade de pessoa jurídica de Direito Privado adotada.³⁴

Bem por isso, o Poder Judiciário, apesar de não tecer maiores considerações contra a personalidade jurídica de direito privado adotada pela Administração Pública para esses entes, tem tentado adequar seu regime jurídico ao regime próprio das pessoas jurídicas de direito público, uma vez que prestam serviços de relevante interesse público, com o objetivo de garantir que sejam sempre observados por esses entes, tanto em suas relações internas, como nas relações externas, e no que se refere a seus bens, os princípios da Administração Pública.

3 CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que a Administração Pública pode ser dividida em Administração Pública direta, que compreende as pessoas jurídicas políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), e Administração Pública indireta, integrada por entidades dotadas de personalidade própria, que pode ser pessoas jurídicas de Direito Público, no caso das Autarquias e Fundações Públicas, e pessoas jurídicas de Direito Privado, no caso das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista.

As Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista, conglomeradas no conjunto denominado de Empresas Estatais, são criadas após autorização de lei específica, para prestação de serviços públicos e exploração de atividade econômica de interesse do Estado.

Apesar de constituírem pessoas jurídicas de direito privado, as empresas estatais se sujeitam a regime jurídico peculiar, já que, como integrantes da Administração pública indireta, devem obedecer aos princípios constitucionais da Administração Pública, o que denota um regime jurídico chamado de híbrido.

Em que pese guardarem algumas semelhanças, as empresas estatais prestadoras de serviço público apresentam, em seu regime jurídico, várias prerrogativas que as distanciam bastante das empresas estatais exploradoras de atividade econômica.

32 Art. 37, caput, da CF.

33 Art. 2º da Lei nº 9.784/99.

34 Para os que defendem essa incompatibilidade, a referida aproximação iria de encontro à intenção do legislador, uma vez que a personalidade de pessoa jurídica de Direito Privado teria sido instituída para superar os problemas presentes na forma de Administração Pública burocrática, que prevaleceu especialmente no século XIX, e foi substituída, após a reforma administrativa do Estado brasileiro, pela forma de Administração Pública Gerencial.

Essas prerrogativas, que nem sempre constituem privilégios, acabam por implicar numa profunda mudança de paradigmas na aplicação de alguns institutos jurídicos, como no caso da necessidade de motivação no ato de dispensa de seus empregados que, apesar de contratados sob regime celetista, submetem-se a concurso público e devem observância aos princípios constitucionais da Administração pública, presentes no art. 37 da CF.

Essas prerrogativas das empresas estatais prestadoras de serviço públicos, que são fruto, não só de construção doutrinária, mas, principalmente, da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como, por exemplo, a imunidade tributária recíproca, a impenhorabilidade de seus bens, a necessidade de licitação para realização de contratos, a possibilidade de inclusão das chamadas “cláusulas exorbitantes” nestes, entre outras, tem aproximado, cada vez mais, essas entidades das pessoas jurídicas de direito público.

Isso demonstra que a adoção da personalidade jurídica Direito Privado, para empresas estatais prestadoras serviços públicos, especialmente para as que atuam sob regime de monopólio, tem se mostrado inadequado, uma vez que alguns princípios da Administração Pública, especialmente os princípios da continuidade, da supremacia do interesse e da moralidade, têm deixado de ser observados pelos gestores dessas empresas, sob a alegação de que tais princípios não se aplicariam às pessoas jurídicas de Direito Privado.

Por conta disso, o Poder Judiciário, apesar de não se posicionar contra a personalidade jurídica de direito privado adotada pela Administração Pública para esses entes, tem tentado adequar seu regime jurídico ao regime próprio das pessoas jurídicas de direito público, uma vez que prestam serviços de relevante interesse público, com o objetivo de garantir a observância dos princípios da Administração Pública.

REFERÊNCIAS

- BORGES, Alice Maria Gonzalez.. Parecer. Impenhorabilidade de bens. Sociedade de economia mista concessionária de serviços portuários. Bens afetados à prestação de serviço público. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n°. 10, janeiro, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 2 de fev. de 2010
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro. Lumen Júris, 2007.
- DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- FREITAS, Ney José de. *Dispensa de empregado público e o princípio da motivação*. Curitiba: Juruá, 2003.
- FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LIMA, Thiago Emmanuel Chaves de. *Estabilidade de empregados públicos de empresas públicas e sociedades de economia mista*. João Pessoa: Universitária, 2006.
- MADEIRA, Jansen Amadeu do Carmo; MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Empresas Estatais – Situações Polêmicas e Atuais (Segunda e última parte)*. Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 7, n. 78, ago. 2007. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=46702>>. Acesso em: 2 fevereiro 2010.
- MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. Texto-base 1: A noção de administração pública e os critérios de sua atuação. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2009. 34 p. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/file.php/9/Biblioteca/Textos-base/1_-_Texto-base_1.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2010.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Sociedades Mistas, Empresas Públicas e o Regime de Direito Público*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 13, abril-maio, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 1º de março de 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MUKAI, Toshio. *O Direito Administrativo e os Regimes Jurídicos das Empresas Estatais*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- PORTELLA, Simone de Sá. *Considerações sobre a imunidade tributária em relação às empresas estatais*. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1158&idAreaSel=6&seeArt=yes>>. Acesso em: 22 nov. 2007.

PARECER NºAGU/AG-07/2010

**ZONAS DE PROCESSAMENTO E
EXPORTAÇÃO E EVENTUAIS RESTRIÇÕES
DA LEGISLAÇÃO ELEITORAL**

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy
Consultor da União

PARECER Nº AGU/AG-07/2010

PROCESSO Nº 00400.010162/2010-23

INTERESSADO: MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO,
INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR-MDIC

ASSUNTO: Zonas de Processamento e Exportação e Eventuais
Restrições da Legislação Eleitoral.

EMENTA: As vedações do art. 73 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, são fixadas em números fechados e não admitem interpretação extensiva ou analógica. A análise, a criação e a instalação de Zonas de Processamento e Exportação (Lei nº 11.508, de 20 de julho de 2007) não são indicativos de distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da Administração Pública.

Excelentíssimo Senhor Consultor-Geral da União,

1 O Senhor Ministro de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior encaminhou consulta ao Senhor Ministro de Estado Advogado-Geral da União a propósito de manifestação terminativa relativa à aplicação de restrições decorrentes da legislação eleitoral, no que se refere à criação de Zonas de Processamento de Exportação-ZPEs. Trata-se de consulta que vincula, normativamente, a Lei nº 11.508, de 20 de julho de 2007, que dispôs sobre o regime tributário, cambial e administrativo das Zonas de Processamento de Exportação-ZPEs, à Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas sobre as eleições. Ainda, a indagação vincula Direito e desenvolvimento, no plano pragmático, bem como aproxima eficiência e moralidade administrativa, em um contexto de preparação para as eleições que se aproximam, e que exigem cautela dos administradores presentes.

2 O Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior precisa de segurança para agir. E a legislação eleitoral não pode ser transformada em um mantra que obstaculize o andamento de projetos e o comprometimento com o desenvolvimento, mais por receio de admoestação imaginária, do que por adequada aplicação de seus institutos. Não é uma regra hierática. Não foi para paralisar o país que se cogitou da Lei nº 9.504, de 1997. A legislação eleitoral não é instância neutralizadora de estratégias desenvolvimentistas. *Modus in rebus*, a lei eleitoral não pode ser convalidada em agente asfíxiante de modelo de desenvolvimento. Deve ser aplicada para evitar e coibir a fraude eleitoral e a chicana nas urnas. Literalmente. E nada mais.

3. Como se pretende demonstrar, não há relações entre a Lei nº 11.508, de 2007, e a Lei nº 9.504, de 1997. As vedações desta última em nenhum momento se aproximam ou se amoldam ou se afeiçoam aos desdobramentos daquela primeira. É o que se extrai de um enfrentamento direto da questão, com referenciais numa hermenêutica centrada nos incisos II e III do art. 3º do texto constitucional vigente, no sentido de que são objetivos fundamentais da República a garantia do desenvolvimento nacional e a erradicação da pobreza, bem como de uma correta e adequada e bem informada compreensão das Zonas de Processamento de Exportação-ZPEs e do conteúdo da legislação eleitoral vigente.

4. A presente manifestação principia por tentar esclarecer a natureza, o funcionamento, a forma, a função, os objetivos e o contexto que informam as Zonas de Processamento de Exportação. Num segundo momento, avança-se a partir da legislação eleitoral vigente o conjunto de vedações reais que há para as práticas e políticas públicas em momento eleitoral. Ato contínuo sustenta-se que ZPEs e eleições são nichos conceituais que não dialogam, que não se tocam, que não se importam.

5. Opina-se, por fim, que a vedação do andamento do processamento das ZPEs, por força de suposta e quimérica preocupação com proibição que resultaria de uma construção conceitual e inspirada, e não de uma constatação objetiva, normativa e empírica, é orientação temerária, que deve ceder em face da legalidade, da razoabilidade e da busca por resultados. Tem-se, como pano de fundo, tema nuclear na construção de um projeto nacional: a necessidade de ampliarmos nossas exportações. E no palco da ação outro enredo também seminal na construção deste mesmo projeto nacional: a lisura das eleições.

I) As Zonas de Processamento de Exportação

6. As Zonas de Processamento e Exportação-ZPEs ou Zonas Francas Industriais lembram a estrutura das *maquilladoras* mexicanas (*parques industriales*), das *Foreign Trade Zones-FTZ* do modelo norte-americano, bem como, de certa forma também, as *Special Economic Zones-SEZs* que há na China. As ZPEs se formam com base em regras de regimes aduaneiros especiais. Nesse sentido, trata-se de mais uma alternativa para fomento industrial a partir da intervenção em fórmulas de importação e de exportação, ampliando os regimes de *drawback*¹, em suas várias versões (*drawback suspensão, drawback isenção, drawback restituição, drawback verde e amarelo*), de depósitos francos, de entrepostos aduaneiros, de lojas francas, de regime especial de Importação de Insumos (RECOM), de regime especial de importação de bens destinados às atividades de pesquisa e de lavra de jazidas de petróleo

1 Ver Lei nº 8.402, de 8 de janeiro de 2002. Conferir também Portaria SECEX 35/2006, especialmente art. 50.

e de gás natural (REPETRO), de regime especial de importação de petróleo bruto e seus derivados (REPEX), dos entrepostos aduaneiros na exportação², da linha azul, dos entrepostos industriais sob controle informatizado (RECOF)³, bem como do modelo da Zona Franca de Manaus⁴, este último criado em 1967.

7. Como se verá, no entanto, as ZPEs e a ZFM são mecanismos distintos, na essência, nas razões e nas operações. A ZFM decorre de estratégia geopolítica e econômica para a integração nacional. Os bens produzidos na ZFM têm acesso sem restrições ao mercado interno brasileiro.

8. As ZPEs atenderiam a uma necessidade orgânica e visceral do país, com o objetivo de aumentarmos nossas exportações, seguindo-se inclusive receituário do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional. Apenas parte (20%) dos bens produzidos nas ZPEs poderia ser comercializada no território nacional; e os tributos incidentes sobre a fictícia entrada de mercadorias seriam imediatamente cobrados na medida em que se fizessem os necessários desembaraços aduaneiros. No caso das ZPEs, assim, as vendas no mercado doméstico são tratadas - - do ponto de vista tributário - - como importações. É a fórmula que se alcançou para que se protegesse a indústria nacional.

9. As ZPEs surgiram entre nós por força do Decreto-Lei nº 2.452, de 29 de julho de 1988. Foram criadas com o objetivo de se fortalecer o balanço de pagamentos, reduzir desequilíbrios regionais e promover a difusão tecnológica e o desenvolvimento econômico e social do País⁵. As ZPEs eram definidas como áreas de livre comércio com o exterior, destinadas à instalação de empresas voltadas para a produção de bens a serem comercializados exclusivamente no exterior, sendo então consideradas zonas primárias para efeitos de controle aduaneiro⁶.

10. No modelo originário de ZPEs dispunha-se que somente poderiam instalar-se nas aludidas zonas empresas cujos projetos evidenciassem geração de exportações efetivamente adicionais às realizadas por outras empresas fora dela e que contribuíssem para o desenvolvimento econômico, industrial e social do Brasil⁷. Vedava-se a instalação em ZPEs de empresas cujos projetos servissem apenas para a simples transferência de plantas industriais já instaladas no país⁸. Dispunha-se também que a empresa instalada em ZPE não poderia constituir

2 Portaria SECEX 35/2006.

3 Regulamento Aduaneiro, art. 372.

4 Regulamento Aduaneiro, art. 452.

5 Decreto-Lei nº 2.452, de 29 de julho de 1988, art. 1º.

6 Decreto-Lei nº 2.452, de 1988, parágrafo único do art. 1º.

7 Decreto-Lei nº 2.452, de 1988, art. 5º.

8 Decreto-Lei nº 2.452, de 1988, art. 5º.

filial, firma em nome individual ou participar de outra localizada fora da ZPE, ainda que para usufruir de incentivos previstos em legislação tributária⁹.

11. O modelo originário previa também que a empresa instalada em ZPE não poderia usufruir de quaisquer incentivos ou benefícios não expressamente previstos na legislação de regência, nem tomar recursos financeiros ou obter garantia de qualquer espécie junto a residente ou domiciliado no Brasil, salvo quanto a investimentos deste na empresa de que se tratava¹⁰.

12. O contexto do fim da década de 1980 era muito distinto da ambiente internacional de competição que hoje conhecemos. O desmantelamento do modelo de importação por substituição de importações (ISI), que marcava uma economia fortemente protegida por tarifas de importação e barreiras não-tarifárias¹¹ exigiu, ao longo da década de 1990, a multiplicação de modelos para incentivo industrial. Neste sentido, concebeu-se uma nova fórmula para ZPEs, que se desdobrou nas discussões do Projeto de Lei nº 196/96 que fixou a ZPE como verdadeiro mecanismo de competição no mercado estrangeiro, bem como de incentivo para fornecedores locais. É a gênese da Lei nº 11.508, de 2007, que fixa os contornos do atual modelo de ZPEs.

13. Forte nesta percepção, de que exportar é preciso, as discussões que antecederam a criação das ZPEs não foram marcadas por intenso *logrolling*, o que qualifica bom nível de consenso. Por *logrolling* entende-se o *intercâmbio de votos (vote trade) entre os legisladores para a aprovação de diferentes leis*¹². Em âmbito de legística o *logrolling* é fortíssimo elemento para compreensão do contexto e do resultado de uma dada orientação normativa. As ZPEs existiriam, prioritariamente, para o fomento às exportações, sazoadas por uma melhora em nossas capacidades de tecnologia, de qualificação de mão-de-obra, bem como de incentivo topográfico indireto, decorrente do impulso que a ZPE confere às regiões circunvizinhas¹³.

14. As ZPEs são orientadas para o estímulo do comércio exterior. Efetivamente, *as ZPEs são áreas geográficas com limites definidos [...] gozam dos benefícios da extraterritorialidade, isto é, são isentas de impostos internos e sua produção é considerada como se tivesse sido efetuada no exterior*

9 Decreto-Lei nº 2.452, de 1988, art. 8º.

10 Decreto-Lei nº 2.452, de 1988, art. 18.

11 Cf. Werner Baer, *Economia Brasileira*, São Paulo, Nobel, 2009, p. 496.

12 Hugo Borsani, *Relações entre Política e Economia: Teoria da Escolha Pública*, in Ciro Biderman e Paulo Arvate, *Economia do Setor Público no Brasil*, Rio de Janeiro, 2005, p. 103.

13 Cf. Helson C. Braga, *Zonas de Processamento de Exportação: o Instrumento que está faltando em nossa política de exportação*. Disponível em: <www.abrazpe.org.br>. Acesso em: 26 de junho de 2009.

[...] são áreas de livre comércio com o exterior¹⁴. Ao que consta, *elas existem em grande parte dos principais países do mundo [...] nos Estados Unidos, há cerca de 500 foreign zones, muitos semelhantes às ZPEs brasileiras [...] A China mantém várias, localizadas principalmente no litoral chinês [...] na América Latina, encontramos-las no Brasil, México, Honduras, Costa Rica, Uruguai, Chile, Colômbia e Argentina*¹⁵.

15. As *maquilladoras* mexicanas têm substancializado e impulsionado a economia daquele país, especialmente no que se refere a todo um contexto de reorganização dos negócios¹⁶; o modelo também triunfa na China¹⁷, onde se defendeu o princípio das reformas como motivação para o desenvolvimento¹⁸, em que pese intermináveis tensões latentes¹⁹, enfrentadas por um modelo jurídico que tem propiciado o avanço dos arranjos institucionais²⁰. Zonas francas de processamento de exportações também se desenvolvem em todo o sudeste asiático, especialmente na Índia, o que provoca uma renovação do direito indiano, em face de novos desafios que acompanham a globalização²¹.

16. As ZPEs garantem benefícios para o setor empresarial, porquanto [...] *há isenção tributária mais ampla do que as obtidas pelo drawback [...] os benefícios aos empresários variam de país para país; em alguns, há isenção de Imposto de Renda, ausência de restrições para remessa de lucros e os insumos são dispensados de licença de importação*²². Quanto ao país, as ZPEs *geram empregos e divisas*²³.

17. Ainda, registre-se, *as ZPEs foram projetadas durante o governo José Sarney (1985-1989) [...] seriam criadas de acordo com as condições econômicas das regiões; assim, 44% seriam localizadas no Nordeste [...] obviamente, cada uma voltada para a principal atividade da região; a título de exemplo, citamos Teófilo Otoni (MG), região produtora de pedras preciosas e semipreciosas cuja ZPE deverá incentivar a exportação desses produtos*²⁴. Há

14 Jayme de Mariz Maia, *Economia Internacional e Comércio Exterior*, São Paulo: Atlas, 2008, p. 25.

15 Jayme de Mariz Maia, cit. loc. cit.

16 Cf. Stephen Zamora et alii, *Mexican Law*, Oxford: Oxford University Press, p. 567 e ss.

17 Conferir, por todos, James Kinge, *A China Sacode o Mundo - A Ascensão de uma Nação com Fome*, São Paulo: Globo, 2007. Tradução do inglês para o português de Helena Londres.

18 Cf. Michael E. Marti, *A China de Deng Xiaoping - o Homem que pôs a China na Cena do Século XXI*, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2007, p. 207. Tradução do inglês para o português de Antonio Sepúlveda.

19 Cf. Fernando Mezzetti, *De Mao a Deng - a Transformação da China*, Brasília: Editora da UnB, 2000, p. 496. Tradução do italiano para o português de Sérgio Duarte.

20 Cf. Jianfu Chen, *Chinese Law: Context and Transformation*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 621 e ss.

21 Cf. Werner F. Menski, *Hindu Law - Beyond Tradition and Modernity*, Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 585 e ss.

22 Jayme de Mariz Maia, cit. loc. cit.

23 Jayme de Mariz Maia, cit. loc. cit.

24 Jayme de Mariz Maia, cit. loc. cit.

notícias de ZPEs em estruturação também em Aracaju (SE), Araguaína (TO), Barbacena (PA), Cáceres (MT), Corumbá (MS), Fortaleza (CE), Ilhéus (BA), Imbituba (SC), Itaguaí (RJ), João Pessoa (PB), Natal (RN), Parnaíba (PI), Rio Grande (RS), Suape (PE).

18. As ZPEs incentivam as empresas nacionais e atraem as empresas estrangeiras; são zonas de *depósitos francos*, e que podem contribuir significativamente para nosso *catching up*; é estratégia nacional centrada na atuação do Estado, que é a *instituição-chave* para o desenvolvimento²⁵.

19. Para o desate da presente questão deve-se ter bem nítido que *as Zonas de Processamento de Exportação-ZPEs são áreas de livre comércio estabelecidas em locais destinados à instalação de indústrias voltadas exclusivamente para a produção de bens destinados a comercialização no exterior; não apenas de forma a corrigir os desequilíbrios regionais, como também para fortalecer o balanço de pagamentos e promover a difusão tecnológica*²⁶. É também, que *a instalação de empresas em ZPEs condiciona-se a assunção de compromisso pelas empreendedoras interessadas no regime, no sentido de auferir e manter, por ano-calendário, receita bruta decorrente de exportação, correspondente a no mínimo 80% de sua renda bruta total, decorrente da venda de bens e serviços*²⁷.

20. A ZPE decorre de fixação topográfica de um distrito industrial, devidamente cercado, e isolado das regiões contíguas, no que se refere à saída das mercadorias que produz. É local de amplo processamento de todo o tipo de mercadorias, de todas as origens, nacionais e importadas. Há fixação de um regime tributário de exceção, com suspensão de impostos e contribuições. A atividade de ZPE é exercida sob fortíssima supervisão aduaneira. A produção local é exportada, ou mesmo parcialmente assimilada no mercado interno, na medida em que, neste último caso, tenha-se o recolhimento dos tributos devidos. É sinteticamente uma fórmula de concessão condicionada de fomentos tributários e creditícios.

21. No modelo atual (Lei nº 11.508, de 2007), autorizou-se o Poder Executivo o a criar, nas regiões menos desenvolvidas, as aludidas Zonas de Processamento de Exportação (ZPE), sujeitas ao regime jurídico instituído pela lei em apreço, *com a finalidade de reduzir desequilíbrios regionais, bem como fortalecer o balanço de pagamentos e promover a difusão tecnológica e o desenvolvimento econômico e social do País*²⁸. Há também

25 Cf. Luiz Carlos Bresser Pereira, *Globalização e Competição- Por que alguns países emergentes têm sucesso e outros não*, Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2009, p. 67.

26 Ricardo Faro e Fátima Faro, *Curso de Comércio Exterior- Visão e Experiência Brasileira*, São Paulo: Atlas, 2010, p. 135.

27 Ricardo Faro e Fátima Faro, *cit.*, loc. cit.

28 Lei nº 11.508, de 2007, art. 1º.

definição legal, no sentido de que as referidas ZPEs *caracterizam-se como áreas de livre comércio com o exterior, destinadas à instalação de empresas voltadas para a produção de bens a serem comercializados no exterior, sendo consideradas zonas primárias para efeito de controle aduaneiro*²⁹.

22. Dispôs-se também que *a criação de ZPE far-se-á por decreto, que delimitará sua área, à vista de proposta dos Estados ou Municípios, em conjunto ou isoladamente*³⁰. Para tal, a proposta deverá satisfazer miríade de requisitos, nomeadamente: I - indicação de localização adequada no que diz respeito a acesso a portos e aeroportos internacionais; II - comprovação da disponibilidade da área destinada a sediar a ZPE; III - comprovação de disponibilidade financeira, considerando inclusive a possibilidade de aportes de recursos da iniciativa privada; IV - comprovação de disponibilidade mínima de infra-estrutura e de serviços capazes de absorver os efeitos de sua implantação; V - indicação da forma de administração da ZPE; e VI - atendimento de outras condições que forem estabelecidas em regulamento³¹.

23. Há um Conselho Nacional das Zonas de Processamento de Exportação-CZPE, que foi criado pelo já citado Decreto-Lei n° 2.452, de 1988, cuja competência, consiste na análise de propostas para criação das ZPEs, na aprovação de projetos industriais correspondentes, bem como na fixação de orientação superior de política das referidas ZPEs³². Dispõe-se também que para fins de análise das propostas e aprovação dos projetos, *o CZPE levará em consideração, entre outras que poderão ser fixadas em regulamento, o atendimento às prioridades governamentais para os diversos setores da indústria nacional e da política econômica global, especialmente para as políticas industrial, tecnológica e de comércio exterior; bem como dará prioridade para as propostas de criação de ZPE localizada em área geográfica privilegiada para a exportação*³³.

24. Não há porque obstaculizar-se o andamento das atividades deste Conselho em ano eleitoral. Deve-se levar em conta, entre outros, o *timing* e o passo com que as deliberações são tomadas. E porque os investimentos e projetos são de longo prazo, e de valores de muita expressão, a solução de continuidade temporal, por conta de que deliberações poderiam contaminar a lisura das eleições, é orientação que revela insegurança para com o trato da coisa pública, que exporia o Brasil ao motejo internacional, que aumentaria exponencialmente os custos de transação que estão embutidos no modelo, que promove a insegurança jurídica. Mais. Do ponto de vista eleitoral em nada a

29 Lei n° 11.508, de 2007, parágrafo único do art. 1°.

30 Lei n° 11.508, de 2007, art. 2°, *caput*.

31 Lei n° 11.508, de 2007, incisos I *ad usque* VI do art. § 1° do art. 2°.

32 Lei n° 11.508, de 2007, art. 3°.

33 Lei n° 11.508, de 2007, § 1° do art. 3°.

paralisação das ZPEs poderia efetivamente colaborar. É tomar-se o efeito pela causa.

25. As eleições são instrumentos pelos quais o modelo democrático se realiza. São meios para a realização de um ideal que contamina positivamente uma sociedade que se vê livre de opressão ainda recente em sua memória. Eleições não revelam fins que não se relacionam com a vida real. Eleições não contam com potencial faústico para engessar o País em nome de suposta e imaginária candura que tornaria todo agente público presente agente do mal.

26. O conjunto normativo que informa a disputa eleitoral não pode transformar o certame em agente de negação do progresso. O debate em torno dos custos do modelo democrático é um dos temas mais intrigantes em vários círculos acadêmicos e em inúmeras *think thanks*, especialmente no cenário norte-americano. Cuida-se de linha investigativa que procura avaliar as conseqüências da montagem das instituições democráticas para o desempenho econômico. Como ponto de partida da acalorada discussão, a percepção de que a *accountability* que decorre de eleições periódicas possa potencializar os riscos que projetos de curta duração e alcance possam representar em relação a projetos mais duradouros, de maior fôlego, mas de coleta de resultados mais demorada³⁴.

27. E ainda no que se refere às ZPEs, seu início depende do prévio alfandegamento da respectiva área³⁵. A exemplo do que se tinha no modelo original, é vedada a instalação em ZPE de empresas cujos projetos evidenciem a simples transferência de plantas industriais já instaladas no País³⁶. A lei dispõe também que não serão autorizadas, em ZPE, a produção, a importação ou exportação de armas ou explosivos de qualquer natureza, salvo com prévia autorização do Comando do Exército; de material radioativo, salvo com prévia autorização da Comissão Nacional de Energia Nuclear - CNEN; bem como de outros indicados em regulamento³⁷.

28. As importações ou as aquisições no mercado interno de bens e serviços por empresa autorizada a operar em ZPE terão suspensão da exigência de vários impostos e contribuições, a exemplo do Imposto de Importação, do Imposto sobre Industrializados – IPI, da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, da Contribuição Social para o Financiamento da Seguridade Social devida pelo Importador de Bens Estrangeiros ou Serviços do Exterior - Cofins-Importação, da Contribuição para o PIS/Pasep; da Contribuição para

34 Conferir, por todos, William R. Keech, *Economic Politics- The Costs of Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press, 1995, especialmente, p. 13.

35 Lei nº 11.508, de 2007, art. 4º.

36 Lei nº 11.508, de 2007, art. 5º.

37 Lei nº 11.508, de 2007, art. 5º.

o PIS/Pasep-Importação e do Adicional de Frete para Renovação da Marinha Mercante - AFRMM³⁸.

29. Trata-se de bem engendrada fórmula de utilização do recurso da extrafiscalidade, por intermédio do qual o modelo tributário é elemento de controle da economia, para propósitos de indução ou de inibição de comportamentos³⁹. É tema que se relaciona com vários outros assuntos, a exemplo de recorrente questão, no sentido de se indagar por que elevadas alíquotas de imposto tenderiam a retardar o crescimento⁴⁰ ou, ainda, de que modo a ampliação da carga fiscal na importação teria como resultado o fomento da produção nacional. Nesta última hipótese tem-se como argumento empírico a indústria nacional de automóveis que se desenvolveu na segunda metade da década de 1950, bem como a indústria de motocicletas cujo grande passo deu-se a partir da segunda metade da década de 1970. Busca-se também aproximação entre eficiência e equidade, a chamada regra de Diamond Mirrlees, com o objetivo de se maximizar o bem-estar social sujeito à sua restrição de receita⁴¹.

30. Assim, para efetivo funcionamento, ZPEs necessitam de alfandegamento de área, bem como de aprovação de projeto junto ao CZPE. ZPEs atraem investimentos, empresas e novas tecnologias; qualificam a mão-de-obra. Não se onera o orçamento federal. ZPEs não representam renúncias fiscais. ZPEs não representam ônus para o Tesouro Nacional. A iniciativa privada é a grande responsável pelo financiamento do modelo. ZPEs, na essência, não ameaçam o processo eleitoral. É do que trato em seguida.

II) As Vedações da Legislação Eleitoral

31. O conjunto de disposições que veda o uso da máquina pública ao longo do processo eleitoral é o instrumento que se conta para o combate a práticas patrimonialistas. O patrimonialismo é atributo negativo de grupos dominantes, cujo traço mais marcante consiste na confusão entre as esferas públicas e privadas. O conceito é de matriz weberiana, relativo aos modos de dominação e de legitimação⁴²; tem como aplicação empírica a constatação de que o agente político vale-se da máquina que controla para se manter no poder. Entre nós a matéria

38 Lei nº 11.508, de 2007, art. 6º-A.

39 Cf. Gary S. Becker e Guity Nashat Becker, *The Economics of Life*, New York: McGraw-Hill, 1996. p. 223 e ss.

40 Cf. José L. Carvalho et alii, *Fundamentos de Economia-Macroeconomia*, São Paulo: Cengage Learning, 2008. p. 454.

41 Cf. Rozane Bezerra de Siqueira, José Ricardo Nogueira e Ana Luiza Neves de Holanda Barbosa, *Teoria da Tributação Ótima*, in Ciro Biderman e Paulo Arvate, *Economia do Setor Público no Brasil*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 179.

42 Cf. Max Weber, *Economy and Society*, vol. 1, Berkeley: University of California Press, 1978. pp. 212 e ss. Tradução do alemão para o inglês de Hans Gerth, Talcott Parsons, Wright Mills e outros.

foi exaustivamente estudada por Raymundo Faoro, que denunciou que o aparelhamento político transcende as relações de classe:

Sobre a sociedade, acima das classes, o aparelhamento político – uma camada social, comunitária embora nem sempre articulada, amorfa muitas vezes – impere, rege e governa, em nome próprio, num círculo impermeável de comando. Esta camada muda e se renova, mas não representa a nação, senão que, forçada pela lei do tempo, substitui moços por velhos, aptos por inaptos, num processo que cunha e nobilita os recém-vindos, imprimindo-lhes os seus valores⁴³.

32. É o caso da política imperial, marcada por dois partidos, liberal e conservador, que apenas se alternavam no poder, sem que substancialmente defendessem posições antagônicas, que não os *fait divers* do momento⁴⁴. Dizia-se que não nada havia nada de mais conservador do que um liberal no governo, bem como não havia nada de mais liberal do que um conservador na oposição. Os partidos protagonizam uma estranha estética do movimento: não avançavam, não retroagiam e não avançavam... Aos Ministros de Estado não se plasmava responsabilidade legal para atos de poder, circunscrevendo-se o agir político no mero plano de uma moral abstratamente inquestionável⁴⁵.

33. A retórica da política era delineada por extremo moralismo, que apontava para uma putativa separação entre público e privado, a exemplo do que se colhe em passagem de Joaquim Nabuco sobre o pai - Nabuco de Araújo – que biografou:

A sua tendência é para isolar a política da vida privada, não deixá-la converter-se em prevenção pessoal, em princípio de seleção, circunscrever os seus efeitos e antagonismos. A sociedade que convida para sua casa não é política: homens de ambos os partidos freqüentam-no com a mesma franqueza e assiduidade; na sua correspondência avultam tanto os pedidos de conservadores proeminentes, quando ele é ministro em 1866, como de liberais; ele recomenda quase tantas eleições ou pretensões de adversários políticos seus, não compreendendo assembléias unânimes, nem a ausência, no parlamento, dos homens notáveis do país, das capacidades provadas e reconhecidas⁴⁶.

43 Raymundo Faoro, *Os Donos do Poder- Formação do Patronato Político Brasileiro*, São Paulo: Globo, 2001, p. 824.

44 Cf. Robert M. Levine, *The History of Brazil*, New York: McMillan, 1999. p. 63 e ss.

45 Cf. Zacarias de Góes e Vasconcelos, *Se é Bastante a Responsabilidade Moral dos Ministros*, in Cecília Helena de Salles Oliveira (organização e introdução), *Zacarias de Góes e Vasconcelos*, São Paulo: Ed. 34, 2002. p. 175.

46 Joaquim Nabuco, *Um Estadista do Império*, vol. II, Rio de Janeiro: Topbooks, s.d., p. 1.111.

34. A percepção de cidadania no Império não desafiava o vínculo entre público e privado, que não prescindia de fortes relações entre padrinhos e apadrinhados⁴⁷; teoria e prática de nosso liberalismo não se comunicavam⁴⁸. A proclamação da República não alterou a práxis política, coroando-se o Presidente da República⁴⁹. Deodoro da Fonseca assumiu por força de um golpe de Estado, circunstância que se comunicou para seu vice, o também marechal, Floriano Vieira Peixoto.

35. Mecanismos de intimidação, a exemplo do uso do voto de cabresto, das eleições a bico de pena e da política dos governadores, plasmaram a primeira república, e garantiam eleição posse e exercício de Prudente de Moraes, Campos Salles, Rodrigues Alves, Afonso Pena, Nilo Peçanha, Hermes da Fonseca, Venceslau Brás, Delfim Moreira, Epitácio Pessoa, Artur Bernardes e Washington Luís Pereira de Sousa. Tudo, naturalmente, sob as batutas e prestígio político dos grandes caciques de São Paulo e Minas Gerais⁵⁰, nada obstante o mandonismo de José Gomes Pinheiro Machado, que era do Rio Grande do Sul.

36. A situação não se alterou no interregno Vargas (provisório, ditatorial e posteriormente validado nas urnas). Entre demagogia e despotismo caminhava o país, que reproduzia o próprio passado⁵¹, e que rumou para o fortalecimento de setores que reviviam o ideal tenentista⁵², temperado por moralismo ilustrado⁵³, que se perdeu nos chamados *anos de chumbo*⁵⁴, destilando-se na própria seiva⁵⁵. A redemocratização aponta para a realização de uma cidadania sonhada⁵⁶, que também se desdobra no contexto partidário atual⁵⁷ e cujo epicentro se dá nas eleições periódicas, que precisam se desdobrar no ambiente da mais completa lisura.

47 Cf. Sílvia Maria Jardim Brügger, *Escolhas de Padrinhos e relações de poder: uma análise do compadrio em São João Del Rei (1736-1850)*, in José Murilo de Carvalho (org.), *Nação e Cidadania no Império: Novos Horizontes*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, pp. 313 e ss.

48 Conferir Emília Viotti da Costa, *Da Monarquia à República- Momentos Decisivos*, São Paulo: Editora da UNESP, 1999, pp. 131 e ss.

49 Cf. Ernest Hambloch, *Sua Majestade o Presidente do Brasil- um Estudo do Brasil Constitucional (1889-1934)*, Brasília: Senado Federal, 2000. Tradução do inglês para o português de Lêda Boechat.

50 Cf. Américo Jacobina Lacombe, *Afonso Pena e sua Época*, São Paulo: José Olympio, 1986.

51 Cf. Milton Campos, *Testemunhos e Ensinamentos*, São Paulo: José Olympio, s.d., p. 5.

52 Cf. José Murilo de Carvalho, *Forças Armadas e Política no Brasil*, Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

53 Cf. Lira Neto, *Castello- a Marcha para a Ditadura*, São Paulo: Contexto, 2004.

54 Cf. Carlos Castello Branco, *Os Militares no Poder- de 1964 ao AI-5*, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2007.

55 Cf. Elio Gaspari, *A Ditadura Encurralada*, Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2004. Conferir, especialmente, p. 431 e ss.

56 Cf. José Murilo de Carvalho, *Cidadania no Brasil- um Longo Caminho*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 197 e ss.

57 Cf. Rodrigo Patto Sá Motta, *Introdução à História dos Partidos Políticos Brasileiros*, Belo Horizonte: Editora da UFMG, 1999. p. 125 e ss.

37. Neste sentido, entre outros, o conteúdo da Lei nº 9.504, de 1997, especialmente no que se refere às condutas vedadas aos agentes públicos em campanhas eleitorais (arts. 73 a 78). São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, várias condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais⁵⁸. Entre elas⁵⁹,

- a) ceder ou usar, em benefício de candidato, partido político ou coligação, bens móveis ou imóveis pertencentes à administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, ressalvada a realização de convenção partidária;
- b) usar materiais ou serviços, custeados pelos Governos ou Casas Legislativas, que excedam as prerrogativas consignadas nos regimentos e normas dos órgãos que integram;
- c) ceder servidor público ou empregado da administração direta ou indireta federal, estadual ou municipal do Poder Executivo, ou usar de seus serviços, para comitês de campanha eleitoral de candidato, partido político ou coligação, durante o horário de expediente normal, salvo se o servidor ou empregado estiver licenciado;
- d) fazer ou permitir uso promocional em favor de candidato, partido político ou coligação, de distribuição gratuita de bens e serviços de caráter social custeados ou subvencionados pelo Poder Público;
- e) nomear, contratar ou de qualquer forma admitir, demitir sem justa causa, suprimir ou readaptar vantagens ou por outros meios dificultar ou impedir o exercício funcional e, ainda, ex officio, remover, transferir ou exonerar servidor público, na circunscrição do pleito, nos três meses que o antecedem e até a posse dos eleitos, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados:
 - e.1) nomeação ou exoneração de cargos em comissão e designação ou dispensa de funções de confiança; nomeação para cargos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais ou Conselhos de Contas e dos órgãos da Presidência da República;

58 Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, art. 73, *caput*.

59 Lei nº 9.504, de 1997, art. 73, incisos I a V.

- e.2) nomeação dos aprovados em concursos públicos homologados até o início daquele prazo;
- e.3) nomeação ou contratação necessária à instalação ou ao funcionamento inadiável de serviços públicos essenciais, com prévia e expressa autorização do Chefe do Poder Executivo;
- e.4) a transferência ou remoção ex officio de militares, policiais civis e de agentes penitenciários.

38. Para os três meses que antecedem o pleito há também miríade de vedações⁶⁰ e que também objetivam afastar o uso da máquina e as práticas patrimonialistas, nomeadamente:

- a) realizar transferência voluntária de recursos da União aos Estados e Municípios, e dos Estados aos Municípios, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados os recursos destinados a cumprir obrigação formal preexistente para execução de obra ou serviço em andamento e com cronograma prefixado, e os destinados a atender situações de emergência e de calamidade pública;
- b) com exceção da propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado, autorizar publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, salvo em caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral;
- c) fazer pronunciamento em cadeia de rádio e televisão, fora do horário eleitoral gratuito, salvo quando, a critério da Justiça Eleitoral, tratar-se de matéria urgente, relevante e característica das funções de governo.

39. Há também vedação para a realização, em ano de eleição, de despesas com publicidade dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, que excedam a média dos gastos nos três últimos anos que antecedem o pleito ou do último ano imediatamente anterior à eleição⁶¹. A lei veda também, no mesmo ano, que o agente político proceda, na circunscrição do pleito, revisão geral da remuneração dos servidores públicos que exceda a recomposição da perda de seu poder aquisitivo ao longo do ano da eleição⁶².

60 Lei nº 9.504, de 1997, art. 73, inciso VI.

61 Lei nº 9.504, de 1997, art. 73, inciso VII.

62 Lei nº 9.504, de 1997, art. 73, inciso VIII.

40. De modo a esclarecer para quem a norma é destinada a legislação de regência reputa como agente público quem exerça, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nos órgãos ou entidades da administração pública direta, indireta, ou fundacional⁶³.

41. Ainda, dispôs-se também que *no ano em que se realizar eleição, fica proibida a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da Administração Pública, exceto nos casos de calamidade pública, de estado de emergência ou de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior, casos em que o Ministério Público poderá promover o acompanhamento de sua execução financeira e administrativa*⁶⁴.

42. A lei eleitoral dispõe também que nos três meses que antecederem as eleições, na realização de inaugurações é vedada a contratação de shows artísticos pagos com recursos públicos⁶⁵. Os candidatos estão proibidos de comparecer, nos três meses que precedem o pleito, a inaugurações de obras públicas⁶⁶.

43. O rol de proibições é taxativo, enceta números fechados, não admite ampliação nem interpretação extensiva, torneios de linguagem, delírios jurídicos ou cabalas de exegese. Vale pelo que está escrito. E não pelo que é imaginado pela pressa do intérprete, do burocrata, do moralista. Fora das proibições legais não se pode obstaculizar a Administração:

Na matéria é ainda imperioso enfatizar que a administração pública não pode ser interrompida mesmo no período eleitoral. O exercício do poder estatal é um dever, não uma faculdade⁶⁷.

44. Deve-se manter estrita vigilância para com as atitudes do agente político candidato, e de seus correligionários, e para tal o modelo conta com conjunto muito amplo de fiscais, e me refiro ao cidadão, ao Ministério Público, e a toda a teia fiscalizatória que a legislação eleitoral urdiu. Por isso, reconheça-se,

São inerentes à reeleição e à faculdade de o agente público prototonizar o processo político certos fatos, como o de o crédito popular ou o descrédito da ação governamental ser sempre atribuído ao candidato dito oficial, ainda que tal atuação seja legítima e não

63 Lei nº 9.504, de 1997, § 1º do art. 73.

64 Lei nº 9.504, de 1997, § 10 do art. 73.

65 Lei nº 9.504, de 1997, art. 75.

66 Lei nº 9.504, de 1997, art. 77.

67 Roberto Porto, *Lei Eleitoral Anotada*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 139.

tenha sequer remotamente essa consciente finalidade. O que, no entanto, desafia o político e o jurista não é impedir essa inevitável e legítima consequência do sistema, mas prevenir e punir, o quanto possível, os desvirtuamentos da aludida conduta, até por obséquio ao princípio constitucional da isonomia que, em sede eleitoral, tende a igualar as oportunidades dos aspirantes aos cargos eletivos⁶⁸.

45. O Tribunal Superior Eleitoral confirmou tal orientação por intermédio da Resolução nº 22.718- Instrução nº 121-Classe 12ª-Brasília-DF, relatada pelo Ministro Ari Pargendler, que dispõe sobre a propaganda eleitoral e as condutas vedadas aos agentes públicos em campanha eleitoral, no contexto das eleições de 2008, bem entendido, reproduzindo-se, no que interessa *na questão presente*:

Art. 42. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais (Lei nº 9.504/97, art. 73, caput):

I – ceder ou usar, em benefício de candidato, partido político ou coligação, bens móveis ou imóveis pertencentes à administração direta ou indireta da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, ressalvada a realização de convenção partidária (Lei nº 9.504/97, art. 73, I);

II – usar materiais ou serviços, custeados pelos governos ou casas legislativas, que excedam as prerrogativas consignadas nos regimentos e normas dos órgãos que integram (Lei nº 9.504/97, art. 73, II);

III – ceder servidor público ou empregado da administração direta ou indireta federal, estadual ou municipal do Poder Executivo, ou usar de seus serviços, para comitês de campanha eleitoral de candidato, partido político ou coligação, durante o horário de expediente normal, salvo se o servidor ou o empregado estiver licenciado (Lei nº 9.504/97, art. 73, III);

IV – fazer ou permitir uso promocional em favor de candidato, partido político ou coligação, de distribuição gratuita de bens e serviços de caráter social custeados ou subvencionados pelo poder público (Lei nº 9.504/97, art. 73, IV);

V – nomear, contratar ou de qualquer forma admitir, demitir sem justa causa, suprimir ou readaptar vantagens ou por outros meios

68 Roberto Porto, cit., loc. cit.

dificultar ou impedir o exercício funcional e, ainda, *ex officio*, remover, transferir ou exonerar servidor público, na circunscrição do pleito, a partir de 5 de julho de 2008 até a posse dos eleitos, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvadas (Lei nº 9.504/97, art. 73, V):

a) a nomeação ou exoneração de cargos em comissão e designação ou dispensa de funções de confiança (Lei nº 9.504/97, art. 73, V, a);

b) a nomeação para cargos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos tribunais ou conselhos de contas e dos órgãos da Presidência da República (Lei nº 9.504/97, art. 73, V, b);

c) a nomeação dos aprovados em concursos públicos homologados até o início daquele prazo (Lei nº 9.504/97, art. 73, V, c);

d) a nomeação ou contratação necessária à instalação ou ao funcionamento inadiável de serviços públicos essenciais, com prévia e expressa autorização do chefe do Poder Executivo (Lei nº 9.504/97, art. 73, V, d);

e) a transferência ou remoção *ex officio* de militares, policiais civis e de agentes penitenciários (Lei nº 9.504/97, art. 73, V, e);

VI – a partir de 5 de julho de 2008 até a realização do pleito (Lei nº 9.504/97, art. 73, VI):

a) realizar transferência voluntária de recursos da União aos estados e municípios, e dos estados aos municípios, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados os recursos destinados a cumprir obrigação formal preexistente para a execução de obra ou serviço em andamento e com cronograma prefixado, e os destinados a atender situações de emergência e de calamidade pública (Lei nº 9.504/97, art. 73, VI, a);

b) com exceção da propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado, autorizar publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos ou das respectivas entidades da administração indireta, salvo em caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral (Lei nº 9.504/97, art. 73, VI, b);

c) fazer pronunciamento em cadeia de rádio e televisão fora do horário eleitoral gratuito, salvo quando, a critério da Justiça Eleitoral, tratar-se de matéria urgente, relevante e característica das funções de governo (Lei nº 9.504/97, art. 73, VI, c);

VII – realizar, em ano de eleição, antes do prazo fixado no inciso anterior, despesas com publicidade dos órgãos públicos ou das

respectivas entidades da administração indireta, que excedam a média dos gastos nos 3 últimos anos que antecedem o pleito ou do último ano imediatamente anterior à eleição, prevalecendo o que for menor (Lei nº 9.504/97, art. 73, VII);

VIII – fazer, na circunscrição do pleito, revisão geral da remuneração dos servidores públicos que exceda a recomposição da perda de seu poder aquisitivo ao longo do ano da eleição, a partir de 8 de abril de 2008 até a posse dos eleitos (Lei nº 9.504/97, art. 73, VIII).

§ 1º Reputa-se agente público, para os efeitos deste artigo, quem exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nos órgãos ou entidades da administração pública direta, indireta ou fundacional (Lei nº 9.504/97, art. 73, § 1º).

§ 2º A vedação do inciso I não se aplica ao uso, em campanha, pelos candidatos à reeleição de prefeito e vice-prefeito, de suas residências oficiais, com os serviços inerentes à sua utilização normal, para realização de contatos, encontros e reuniões pertinentes à própria campanha, desde que não tenham caráter de ato público (Lei nº 9.504/97, art. 73, § 2º).

§ 3º As vedações do inciso VI, alíneas b e c, aplicam-se apenas aos agentes públicos das esferas administrativas cujos cargos estejam em disputa na eleição (Lei nº 9.504/97, art. 73, § 3º).

§ 4º O descumprimento do disposto neste artigo acarretará a suspensão imediata da conduta vedada, quando for o caso, e sujeitará os agentes responsáveis à multa no valor de R\$5.320,50 (cinco mil trezentos e vinte reais e cinquenta centavos) a R\$106.410,00 (cento e seis mil quatrocentos e dez reais), sem prejuízo de outras sanções de caráter constitucional, administrativo ou disciplinar fixadas pelas demais leis vigentes (Lei nº 9.504/97, art. 73, § 4º, c.c. o art. 78).

§ 5º No caso de descumprimento dos incisos I, II, III, IV e VI, sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior, o candidato beneficiado, agente público ou não, ficará sujeito à cassação do registro ou do diploma, sem prejuízo de outras sanções de caráter constitucional, administrativo ou disciplinar fixadas pelas demais leis vigentes (Lei nº 9.504/97, art. 73, § 5º, c.c. o art. 78).

§ 6º As multas de que trata este artigo serão duplicadas a cada reincidência (Lei nº 9.504/97, art. 73, § 6º).

§ 7º As condutas enumeradas no caput caracterizam, ainda, atos de improbidade administrativa, a que se refere o art. 11, inciso I, da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e sujeitam-se às disposições daquele diploma legal, em especial, às cominações do art. 12, inciso III (Lei nº 9.504/97, art. 73, § 7º).

§ 8º Aplicam-se as sanções do § 4º aos agentes públicos responsáveis pelas condutas vedadas e aos partidos políticos, às coligações e aos candidatos que delas se beneficiarem (Lei nº 9.504/97, art. 73, § 8º).

§ 9º No ano em que se realizar eleição, fica proibida a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da administração pública, exceto nos casos de calamidade pública, de estado de emergência ou de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior, casos em que o Ministério Público poderá promover o acompanhamento de sua execução financeira e administrativa (Lei nº 9.504/97, art. 73, § 10).

Art. 43. A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos (Constituição Federal, art. 37, § 1º).

Parágrafo único. Configura abuso de autoridade, para os fins do disposto no art. 22 da Lei Complementar nº 64/90, a infringência do disposto no caput, ficando o responsável, se candidato, sujeito ao cancelamento do registro de sua candidatura (Lei nº 9.504/97, art. 74).

Art. 44. A partir de 5 de julho de 2008, na realização de inaugurações é vedada a contratação de shows artísticos pagos com recursos públicos (Lei nº 9.504/97, art. 75).

Parágrafo único. A inobservância do disposto neste artigo caracterizará abuso do poder econômico (LC nº 64/90, art. 22).

Art. 45. É proibido aos candidatos aos cargos de prefeito e vice-prefeito participar, a partir de 5 de julho de 2008, de inaugurações de obras públicas (Lei nº 9.504/97, art. 77, caput).

Parágrafo único. A inobservância do disposto neste artigo sujeita o infrator à cassação do registro (Lei nº 9.504/97, art. 77, p. único).

46. O conjunto de proibições é taxativo, insista-se. Invoca-se uma hermenêutica calcada na proporcionalidade, expressão que entre nós

vicejou a partir de obra pioneira de Paulo Bonavides⁶⁹, e que sugere critérios axiológicos e teleológicos⁷⁰ que apontam para referenciais de adequação, de necessidade e da própria proporcionalidade em sentido estrito. E porque o problema se resolve no plano fático em seus resultados econômicos e não em suas aporias metafísicas, é que a aproximação entre Direito e Economia ilumina o problema (ou o falso problema). É do que se trata em seguida.

III) A INAPLICABILIDADE DAS VEDAÇÕES DA LEI ELEITORAL AO PROCESSAMENTO DAS ZPES

47. A interpretação das normas jurídicas ganha vitalidade quando promova também a potencialização das relações econômicas. A maximização da riqueza (*wealth maximization*) poderia orientar a percepção do intérprete. A lei é funcional, e não simbólica; tem uma finalidade⁷¹. O homem é um maximador racional em relação a seus fins em vida, e inclusive por isso opta por viver em modelo democrático⁷². Valor, utilidade e eficiência norteiam escolhas, que não podem se subsumir a cânones de mera contemplação⁷³. A racionalidade (instrumental e convencional) matiza modos de interpretação como instrumento para resolução dos problemas da vida, formatando os eixos epistemológicos de uma convergência conceitual e discursiva entre leitura da lei e aplicação de suas disposições ao mundo real⁷⁴.

48. E ainda que assim não fosse, não se percebe, em nenhum momento, relação de causa e efeito, ou de convergência, entre o processamento das ZPEs e as vedações da legislação eleitoral. Pretendê-lo é desarrazoado exercício de especulação em torno da ampliação idiossincrática de um contexto normativo fechado e alopoiético. *Quid inde?*

49. A discussão, a autorização e a posterior criação das ZPEs, por decreto, não qualificam cessão ou uso, em benefício de candidato, de bem móvel ou imóvel pertencente à administração pública. Não há, na criação das ZPEs, o uso de máquinas ou serviços, custeados pelos Governos ou Casas Legislativas, que excedam prerrogativas consignadas nos regimentos e normas dos órgãos que integram. Nas ZPEs não se verifica cessão de servidor público ou de empregado da administração

69 Cf. Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2001, especialmente p. 356.

70 Cf. Ricardo Maurício Freire Soares, *Hermenêutica e Interpretação Jurídica*, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 148.

71 Cf., por todos, Richard Posner, *The Economics of Justice*, Cambridge: Cambridge University Press, 1983, especialmente p. 88 e ss.

72 Cf. Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003, especialmente p. 158 e ss.

73 Cf. Richard Posner, *Overcoming Law*, Cambridge: Harvard University Press, 1985, pp. 387 e ss.

74 Cf. Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge: Harvard University Press, 1993, especialmente p. 262 e ss.

direta ou indireta federal, estadual ou municipal do Poder Executivo, *para comitês de campanha eleitoral de candidato, partido político ou coligação, durante o horário de expediente normal.*

50. Ao longo de criação de ZPE não se faz ou se permite o uso promocional em favor de candidato, partido político ou coligação, de distribuição gratuita de bens e serviços de caráter social, custeados ou subvencionados pelo Poder Público. Não há nomeação, contratação ou admissão de servidor público, bem como remoção, transferência ou exoneração de servidor, na circunscrição do pleito, no tempo previsto pela lei.

51. Principalmente, nas ZPEs *não há transferência voluntária de recursos da União aos Estados e Municípios, e dos Estados aos Municípios*, nos três meses que antecedem ao pleito. Poder-se-ia, em tese, cogitar-se de se evitar propaganda, a título publicidade institucional. Por fim, e porque as ZPEs não são obras públicas, em sentido estrito, não se aplicaria também regra que dá conta de que não se pode inaugurar obra pública nos três meses que antecedem às eleições. As ZPEs não são instrumentos que se prestam para desvio de finalidade, dada a natureza limitada, regrada e centrada de seu campo de atuação.

52. As ZPEs são instrumentos que se utilizariam para o fomento de nossas exportações, e que não se desdobram a partir de subsídios e contingenciamentos que poderiam qualificar transferências voluntárias. No caso do subsídio, o *Estado tira recursos do Tesouro Nacional para financiar, em alguns casos sem exigência de retorno, determinadas produções*⁷⁵. As ZPEs não se consubstanciam como favores do agente público; são mecanismos para fortalecimento de empresas nacionais voltadas para a exportação, bem como para o incentivo para atuação de empresas internacionais no território brasileiro.

53. O signatário do Parecer nº 0424-1.8/2010/JB/CONJUR/MDIC entendeu que a deliberação do CZPE deferindo propostas de criação de Zonas de Processamento de Exportação-ZPE e encaminhamento da decisão ao Presidente da República, mesmo acompanhadas de parecer técnico conclusivo seria concessão de benefício aos municípios e estados, *porquanto seria uma decisão que não atende a todos os municípios e estados brasileiros* (sic). *Quomodo?*

54. A afirmação acima reproduzida (item 15 do aludido parecer) destaca-se do texto aqui avaliado sem premissas que a anunciem e sem justificativas e considerações que a substancializem. E ainda que fosse

75 Argemiro Luís Brum e Cláudia Regina Heck, *Economia Internacional- uma Síntese da Análise Teórica*, Ijuí: Editora Unijuí, 2005, p. 96.

plausível no mundo imaginário, trata-se de uma impossibilidade lógica que evidencia uma inconsistência conceitual. Por quê?

55. Primeiro, porque não há, e não haveria como, criarem-se ZPEs em todos mais de 5.000 municípios brasileiros e em todas as 27 unidades da federação, ao mesmo tempo. Exigir o contrário seria pretender que se tocassem os céus com os dedos, a exemplo da imagem dos civilistas do século XIX quando se referiam às condições ditas impossíveis. Além do que, normas jurídicas devem ser julgadas também a partir do conjunto de incentivos que propiciam, bem como pelas conseqüências que promovam, especialmente no que se refere ao comportamento das pessoas que respondem às regras indutoras⁷⁶.

56. E em segundo lugar, há precisamente dois séculos um filósofo e economista que nasceu em Londres no dia 19 de abril de 1772 havia intuído o conceito de *vantagens comparativas*: é tendência de uma região especializar-se no que ela pode oferecer de melhor. E não é todo município brasileiro que se identificaria como vocacionado a se tornar uma base de exportação. Elementar.

57. Fora também David Ricardo quem explicitava que *nenhuma extensão do comércio internacional iria imediatamente aumentar a quantidade de recursos financeiros de um país, embora fosse contribuir poderosamente para o aumento da massa de produtos em geral, conseqüentemente aumentando a soma de bem-estar*⁷⁷. A percepção é perfeitamente aplicável às ZPEs, no que toca ao potencial que engendram, para melhoria de nossos resultados econômicos.

58. O signatário do Parecer n° 0424-1.8/2010/JB/CONJUR/MDIC entendeu que há restrições à criação e realocação de ZPEs em períodos eleitorais *em razão do § 10 do art. 73 da Lei n° 9.504, de 1997* (item 16 do aludido parecer). Salvo engano, ou melhor juízo, ou deficiência de compreensão, parece-me que o § 10 do art. 73 da Lei n° 9.504, de 1997, *é totalmente estranho à questão levada a consideração*. Não se pode confundir ZPE com cesta básica, material de construção ou lote para construção de moradia.

59. É que o referido § 10 do art. 73 veda, no ano em que se realizar a eleição, a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da Administração Pública, exceto no caso de calamidade pública, de estado de emergência ou de programas sociais autorizados em lei

76 Cf. David D. Friedman, *Law's Order-What Economics Has to do With Law and Why it Matters*, New Jersey: Princeton University Press, 2000, p. 11.

77 David Ricardo, *Principles of Political Economy and Taxation*, New York: Prometheus, 1996. Versão livre minha. No original: No extension of foreign trade will immediately increase the amount of value in a country, although it will very powerfully contribute to increase the mass of commodities, and therefore the sum of enjoyment.

e já em execução orçamentária no exercício anterior, casos em que o Ministério Público poderá promover o acompanhamento de sua execução financeira e administrativa.

60. A ZPE não é resultado de distribuição gratuita. É o resultado da análise de proposta encaminhada a grupo especializado, onde será avaliada, analisada e auferida. Em seguida, se merecedora de aquiescência, será objeto de decreto presidencial que dará existência jurídica ao projeto. Somente em seguida é que todo o trabalho de documentação e de infra-estrutura terá seu início.

61. A ZPE não é um bem, no sentido que lhe empresta o direito brasileiro, especialmente como consignado no Código Civil⁷⁸; isto é, a ZPE não é um bem imóvel, ou móvel, ou fungível, ou consumível, ou divisível, ou singular, ou coletivo, ou reciprocamente considerado, ou público, ou de uso comum do povo, ou de uso especial ou dominical. A ZPE é um mero distrito industrial. É uma ficção.

62. A ZPE não é um valor, no sentido que lhe empresta a legislação eleitoral, que efetivamente está se referindo a moeda ou qualquer instrumento de crédito ou qualquer objeto ou direito passível de ser convertido em dinheiro. A ZPE não passa de uma área delimitada para processamento de exportação. É um desenho institucional.

63. A ZPE não é um benefício no sentido que lhe dá a Lei nº 9.504, de 1997, isto é, a ZPE não é uma prebenda, um rendimento de canonicato, uma sinecura, uma benesse, um mimo, uma paga, um estipêndio. A ZPE, insista-se, é uma região que será demarcada para receber incentivos fiscais, mediante a desoneração de incidências em cascata, bem como por intermédio da restituição de impostos que incidem sobre insumos importados. Em troca, produzirá bens que serão exportados, ou vendidos no território nacional, se autorização houver, e se os tributos forem recolhidos na fictícia entrada da mercadoria no território nacional, como se importados fossem.

64. A fixação de uma ZPE não é um benefício da Administração Pública. É o resultado de todo um processo de avaliação, de estudo, de ponderação. É instrumento que o direito concebe como mecanismo fomentador do desenvolvimento⁷⁹, que propicia eficiência de nossa participação num contexto de revisão do modelo clássico de livre comércio⁸⁰.

78 Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Livro II.

79 Conferir, por todos, Welber Barral (org.), *Direito e Desenvolvimento- Análise da Ordem Jurídica Brasileira sob a Ótica do Desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005.

80 Cf. Roberto Mangabeira Unger, *Free Trade Reimagined*, Princeton: Princeton University Press, 2007.

65. A única regra da Lei nº 9.504, de 1997, que poderia -- em tese -- justapor-se às ZPEs em ano eleitoral seria, em princípio, a presença de candidato a cargo do Executivo, nos três meses que antecedem à eleição, à inauguração de uma ZPE. E ainda assim o receio é vago, inconsistente, abstrato, imaginário. A ZPE não é obra pública em sentido estrito, especialmente por conta dos insumos financeiros que recebe da iniciativa privada.

III) CONCLUSÕES

66. Feitas estas observações, com a pressa que o expediente reclama -- *tempus fugit* -- e com as naturais imperfeições da redação feita ao correr da pena -- *currente calamo* -- pode-se resumir, a guisa de conclusão:

- a) A legislação eleitoral não é instância absolutamente neutralizadora de estratégias desenvolvimentistas; deve ser aplicada para evitar e coibir a fraude eleitoral e a chicana nas urnas: *nec plus ultra*;
- b) A relação entre Zonas de Processamento de Exportação e legislação eleitoral deve ter como ponto de partida hermenêutico os objetivos fundamentais da República, tal como fixados na Constituição, e me refiro à garantia do desenvolvimento nacional e à erradicação da pobreza;
- c) As Zonas de Processamento de Exportação organizam-se tais como as maquiadoras mexicanas, qualificam-se como alternativas para fomento de exportação, mediante bem engendrada fórmula normativa;
- d) As Zonas de Processamento de Exportação distinguem-se da Zona Franca de Manaus porquanto a produção tem como orientação o mercado externo;
- e) As Zonas de Processamento de Exportação foram criadas em 1988 com o objetivo de fortalecer o balanço de pagamentos, reduzir desequilíbrios regionais e promover a difusão tecnológica e o desenvolvimento econômico e social do País;
- f) As Zonas de Processamento de Exportação são áreas de livre comércio com o exterior;
- g) As Zonas de Processamento de Exportação qualificam-se como mecanismo de competição no mercado estrangeiro;
- h) Na concepção das Zonas de Processamento de Exportação há uma natural realização de vantagens comparativas, a exemplo

- da ZPE de Teófilo Otoni (MG), especializada no ramo de pedras preciosas e semipreciosas;
- i) As Zonas de Processamento de Exportação qualificam-se como fórmulas de concessão condicionada de fomentos tributários e creditícios;
 - j) As Zonas de Processamento de Exportação devem ser criadas, prioritariamente, em regiões menos desenvolvidas;
 - k) Estados e Municípios propõem a criação da Zona de Processamento de Exportação; o Conselho Nacional de Zonas de Processamento de Exportação, presidido pelo Ministro consultante, avalia a demanda, e o Senhor Presidente da República cria a unidade, por decreto;
 - l) A Zona de Processamento de Exportação depende também de alfandegamento da área, a ser feito pela Secretaria da Receita Federal do Brasil;
 - m) A Zona de Processamento de Exportação não acarreta ônus do Tesouro Nacional Federal;
 - n) A Zona de Processamento de Exportação não qualifica com seus incentivos a renúncia de receita, porquanto antes de sua criação nenhuma receita havia;
 - o) O modelo eleitoral vigente conta com conjunto de vedações para o agente político com o objetivo de combater ao patrimonialismo e ao uso da máquina pública no processo eleitoral;
 - p) O rol de vedações é taxativo, fecha-se em números explícitos, não suscita exegese ampliativa; é de interpretação literal, por força do caráter restritivo que qualifica; fora das objetivas vedações legais não se pode obstaculizar a Administração;
 - q) A Resolução nº 22.718 do TSE não amplia o conteúdo dos arts. 73 e ss. da Lei nº 9.504, de 1997, não se vislumbrando, objetivamente, nada que possa paralisar o andamento das Zonas de Processamento de Exportação;
 - r) Não há subsunção entre as proibições da Lei nº 9.504, de 1997, e da Resolução TSE nº 22.718 à atividade de discussão, criação e implantação de Zonas de Processamento de Exportação;

- s) Não há na criação das zonas de Processamento de Exportação transferência voluntária de recursos da União aos Estados e Municípios, ou dos Estados para os Municípios;
- t) As Zonas de Processamento e Exportação não são obras públicas em sentido estrito e, por isso, não haveria razoabilidade em se vedar inauguração de alguma unidade nos meses que antecedem às eleições;
- u) Não há como se exigir que Zonas de Processamento e Exportação contemplem todos os municípios e estados brasileiros, como pretendeu o signatário do parecer que instrui o expediente presente; Fazê-lo seria transformar o Brasil num imenso Paraguai, dado que o país vizinho é por força legal (Ley da Maquilla), em toda sua extensão, uma zona de processamento de exportação;
- v) A tendência natural que captura e resolve as vantagens comparativas não permitiria que zonas de processamento e exportação fossem simultaneamente criadas em todo o Brasil;
- x) O § 10 do art. 73 da lei nº 9.504, de 1997, é estranho ao caso presente, pelo fato de que as Zonas de Processamento de Exportação não refletem distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da Administração Pública;
- y) A Zona de Processamento e Exportação é mero distrito industrial alfandegado, não é bem, nem benefício; é instituição jurídica, é fórmula normativa; é um construído, e não um dado;
- w) A Zona de Processamento de Exportação é resultado de trabalhoso processo de avaliação, outorga e implementação, que se desdobra no tempo, e que transcende aos períodos eleitorais;
- z) Eventual desvio de finalidade ou abuso de propaganda deverá ser denunciado e processado por quem detenha competência para tal.

67. São estas, Senhor Consultor-Geral da União, de *a* a *z*, as conclusões que o momento comporta, e que submeto ao altíssimo crivo de Vossa Excelência. Reitero que o § 10 do art. 73 da Lei nº 9.504, de 1997, não se aplica ao caso presente e que não haveria como se criar Zonas de Processamento e Exportação em todos os municípios e estados brasileiros, como consignado no parecer que instrui o expediente

que se responde. Seguramente, cesta básica, material de construção ou lote para construção de moradia não se confundem com Zonas de Processamento de Exportação.

68. Não há restrições para a análise de pleitos relativos à criação de Zonas de Processamento e Exportação em ano eleitoral, bem como não há óbices para confecção de decretos, para tais fins, pelo Senhor Presidente da República. Recomenda-se, tão somente, a observação de cautelas relativas à propaganda, o que a lei eleitoral já alcança com vários mecanismos de controle.

69. É ínsito ao processo eleitoral a judicialização de todas as discussões, pelo que não se desconhece que as razões aqui declinadas possam eventualmente ser questionadas. É que, Excelência, realiza-se no Brasil a percepção que Alexis de Tocqueville teve dos Estados Unidos da América, quando lá esteve, na primeira parte do século XIX: não há questão que, cedo ou tarde, não seja levada ao Judiciário. A discussão jurídica também é parte do jogo democrático.

70. Porém, as teses aqui alavancadas, salvo melhor juízo, muito bem instrumentalizariam a Administração, na hipótese de discussões vindouras. De resto, abraçam a premissa de que a Administração Pública não pode ser interrompida em ano eleitoral, a menos que haja disposição legal específica que aponte para tal fim. O que, seguramente, não é circunstância evidenciada neste importantíssimo caso que doravante encontra-se pendente de vossa superior decisão.

Brasília, 28 de junho de 2010.

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

Consultor da União

Despacho do Consultor-Geral da União nº 1.338/2010

PROCESSO Nº 00400.010162/2010-23

INTERESSADO: MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO,
INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR - MDIC

ASSUNTO: ZPE. AUTORIZAÇÃO PARA CRIAÇÃO. EVENTUAL
RESTRICÇÃO PERÍODO ELEITORAL. PROC. 52244.000045/2010-03

Sr. Advogado-Geral da União,

Estou de acordo com a densa análise empreendida pelo PARECER Nº AGU/AG-07/2010, da lavra do Consultor da União, Dr. Arnaldo Godoy, que não vislumbra subsunção do processo de análise, criação e instalação de Zonas de Processamento e Exportação às vedações eleitorais postas pelo art. 73 da Lei nº 9.504, de 1997.

Caso Vª Exª aprove tal entendimento, sugiro o encaminhamento, com a urgência que o caso requer, de cópias do Parecer, deste Despacho e do Despacho de Vª Exª ao Exmº Sr. Ministro de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, para ciência e providências decorrentes.

À consideração.

Brasília, 02 de julho de 2010

Ronaldo Jorge Araujo Vieira Junior
Consultor-Geral da União

DESPACHO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

REFERÊNCIA: Processo nº 0400.010162/2010-23

Aprovo, nos termos do Despacho do Consultor-Geral da União nº 1.338/2010, o PARECER Nº AGU/AG-07/1010.

Cientifique-se ao Exmo Sr. Ministro de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior.

Em 06 de julho de 2010.

Luís Inácio Lucena Adams

