

REVISTA DA AGU

Colaboradores:

Institucional

- Marcelo de Siqueira Freitas

Artigos

- Carina Bellini Cancelli
- Clarissa Teixeira Paiva
- Clemliton da Silva Barros
- Fabrício Castagna Lunardi
- Germano Bezerra Cardoso
- Helton Roseno Lima
- Mário Henrique Cavalcanti Gil Rodrigues
- Paulo Álvares Babilônia
- Ronny Charles Lopes de Torres

Parecer

- Sália Maria Leite Rodrigues Gonçalves

Jurisprudência

- Rodrigo de Souza Aguiar

REVISTA DA
AGU

ANO VII Nº 17 - Brasília-DE, jul./set. 2008

Revista da AGU

Escola da Advocacia Geral da União

SBN – Quadra 01 – Edifício Palácio do Desenvolvimento – 4º andar -
CEP 70057-900 – Brasília – DF Telefones (61) 4009-3970 e 4009-3968
e-mail: escoladaagu@agu.gov.br

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
Ministro José Antonio Dias Toffoli

DIRETOR DA ESCOLA DA AGU
Mauro Luciano Hauschild

COORDENADORA-GERAL
Juliana Sahione Mayrink Neiva

COORDENADORES DA REVISTA DA AGU
Mauro Luciano Hauschild
Juliana Sahione Mayrink Neiva

CONSELHO EDITORIAL

Membros Efetivos: Evandro Costa Gama - Substituto do AGU
Jefferson Carlos Carús Guedes - Procurador-Geral da União
Marcelo Siqueira Freitas - Procurador-Geral Federal
Luís Inácio Lucena Adams - Procurador-Geral da Fazenda Nacional
Ronaldo Jorge Araújo Vieira Junior - Consultor-Geral da União
Aldemário Araújo Castro - Corregedor-Geral da AGU
Grace Maria Fernandes Mendonça - Secretária-Geral de Contencioso
Mauro Luciano Hauschild - Diretor da Escola da AGU.

Membros Executivos: Arnaldo Godoy, Antônio de Moura Borges, Denise Lucena Cavalcante, Fabiano André de Souza Mendonça, Regina Linden Ruaro, José Tadeu Neves Xavier, Fernando Boiteux, Francisco Humberto Cunha Filho, Sérgio Augusto Zampol Pavani, Clarissa Sampaio Silva, Marcelo Andrade Ferés, Maria Rosa Guimarães Loula.

Membros Eletivos - Alexandre Bernardino Costa, Carlos José de Souza Guimarães, Daniela Ferreira Marques, Kaline Davi e Sueli Valentin Moro Miguel

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

Revista da AGU – Advocacia-Geral da União

Ano VII – Número 17 - Brasília-DF, jul./set. 2008

Periodicidade: Trimestral - ISSN 1981-2035

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

CDD 341.05
CDU 342(05)

SUMÁRIO

Apresentação.....	5
Editorial.....	7

INSTITUCIONAL

A Procuradoria-Geral Federal e a Defesa das Políticas e do Interesse Públicos a Cargo da Administração Indireta <i>Marcelo de Siqueira Freitas</i>	9
---	---

ARTIGOS

Da Relativização da Coisa Julgada Inconstitucional <i>Carina Bellini Cancelli</i>	25
Repercussão Geral dos Recursos Extraordinários e a Objetivação do Controle Concreto de Constitucionalidade <i>Clarissa Teixeira Paiva</i>	47
A Isenção Previdenciária da Emenda Constitucional nº 20/1998 e o Abono de Permanência da Ec nº 41/2003 <i>Clemilton da Silva Barros</i>	89
A Necessidade de Harmonização das Legislações Consumeristas para o Processo de Integração no Mercosul <i>Fabrizio Castagna Lunardi</i>	103
Do valor probatório da sentença trabalhista na relação jurídica previdenciária <i>Germano Bezerra Cardoso</i>	117
Controle Externo, Administração Pública e Transparência Administrativa <i>Helton Roseno Lima</i>	137
Comentários ao <i>Caput</i> do Novo Art. 475-J do Código de Processo Civil <i>Mário Henrique Cavalcanti Gil Rodrigues</i>	179
As Causas de Vacância do Cargo Público e o Direito de Recondução do Servidor Estável <i>Paulo Álvares Babilônia</i>	207

A Responsabilidade do Parecerista na Análise das Minutas de Editais e Contratos	
<i>Ronny Charles Lopes de Torres</i>	227

PARECER

Solução de controvérsia entre o Banco Central do Brasil e a Secretaria da Receita Federal do Brasil, diante da cobrança de contribuição previdenciária incidente nas remunerações pagas ou creditadas a profissionais autônomos que prestam serviços médicos a beneficiários do Programa de Assistência à Saúde dos servidores do Banco Central do Brasil (PASBC)	
<i>Sávia Maria Leite Rodrigues Gonçalves</i>	257

JURISPRUDÊNCIA

Medida Cautelar na ADC nº 04 – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre cabimento de Reclamação contra tutela antecipada concedida em sentença	
<i>Rodrigo de Souza Aguiar</i>	285

APRESENTAÇÃO

A edição número 17 da Revista da AGU, que corresponde ao terceiro trimestre de 2008, vem consolidar o espaço institucional dedicado à veiculação das atividades das mais diversas áreas da Advocacia-Geral da União, trazendo o esclarecedor artigo acerca da criação e organização da Procuradoria-Geral Federal, expondo as dificuldades de sua implementação e, principalmente, os benefícios trazidos pela criação do órgão.

É mantido o espaço dedicado à jurisprudência, com comentários a respeito da interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal ao teor da decisão cautelar proferida nos autos da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 04, de forma a delinear a utilização da reclamação constitucional como instrumento garantidor da autoridade das decisões proferidas pela mais alta Corte do país.

Esta edição busca, assim como nas anteriores, servir como instrumento de reflexão das questões que atualmente afligem a carreira da advocacia pública, tal como se dá no artigo que analisa a responsabilidade do advogado público no âmbito de sua atuação na área consultiva.

Além da contribuição dos membros das carreiras jurídicas, destaca-se, neste número 17, o primeiro artigo publicado por um servidor da área administrativa, que engrandece a Revista da AGU e permite a divulgação das idéias e do trabalho daqueles que, ao lado dos advogados públicos, são também os responsáveis pela consolidação da Advocacia-Geral da União.

José Antonio Dias Toffoli
Advogado-Geral da União

EDITORIAL

A preocupação da AGU com as inovações legislativas e jurisprudenciais

A Revista da AGU, em sua edição n.º 17, pretende demonstrar a importância de seu papel como meio de divulgação de teses e trabalhos desenvolvidos pelos membros da Advocacia-Geral da União a respeito de temas que, além de controversos, afligem a carreira no desempenho do trabalho diariamente desenvolvido pelo consultivo e contencioso da AGU.

O espaço institucional, inaugurado na edição anterior pela Ouvidoria Geral, vem ocupado nesta edição pelo artigo que cuida da criação da Procuradoria-Geral Federal. O trabalho, elaborado pelo dirigente máximo do órgão, elucida as razões que deram ensejo à sua criação, medida que teria sido absolutamente necessária ao combate das deficiências até então existentes na defesa judicial e extrajudicial das autarquias e fundações públicas e que colocou um ponto final na “irracionalidade criada pelo próprio sistema”.

Têm-se, ainda, além do comentário à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, artigos que analisam o posicionamento da Corte a respeito da relativização da coisa julgada e da repercussão geral dos recursos extraordinários, temas bastante recentes e ainda não pacificados na doutrina e na jurisprudência, mas de extrema relevância para a atuação da advocacia pública, em especial no que se refere à atuação junto aos Tribunais Superiores.

A revista apresenta, também, estudos relacionados aos direitos dos servidores públicos, analisando as alterações introduzidas pelas Emendas Constitucionais n.º 20/1998 e n.º 41/2003, além de artigo que cuida das causas de vacância de cargo público e do direito de recondução do servidor.

Além de diversos outros temas, como o estudo a respeito da (im) possibilidade de responsabilização pessoal do advogado público por sua atuação institucional, da adequação da legislação consumerista aos desafios da integração do Mercosul, destaca-se, ainda, o artigo que cuida da vigência da Lei 11.232/2005, por meio do qual aponta-se o acerto da reforma do Código de Processo Civil ao extinguir a divisão existente entre o processo de conhecimento e o processo de execução, cisaõ esta que, para o autor, “se demonstrava nociva à celeridade e à eficiência” almejada pelo texto constitucional ao garantir o direito ao devido processo legal.

A Revista n.º 17 da AGU, assim, procurou refletir a preocupação da carreira com as inovações e os avanços legislativos e jurisprudenciais, apresentando valiosa contribuição para os debates da academia e para atuação diária dos operadores do direito.

A PROCURADORIA-GERAL FEDERAL E A DEFESA DAS POLÍTICAS E DO INTERESSE PÚBLICOS A CARGO DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

*Marcelo de Siqueira Freitas
Procurador-Geral Federal*

1 Introdução – A Criação da Procuradoria-Geral Federal; 2 A finalidade da Procuradoria-Geral Federal e a sua relação com as autarquias e fundações públicas federais; 3 As vantagens institucionais da Procuradoria-Geral Federal no desempenho das atividades de consultoria e assessoramento jurídicos da Administração indireta; 4 As vantagens institucionais da Procuradoria-Geral Federal no desempenho das atividades de representação judicial da Administração indireta; 5 As vantagens institucionais da Procuradoria-Geral Federal no desempenho das atividades de cobrança e recuperação de créditos da Administração indireta; 6 Conclusão; 7 Referências.

RESUMO: Trata o presente artigo acerca da missão institucional da Procuradoria-Geral Federal: defender as políticas e o interesse públicos, por intermédio da orientação jurídica e representação judicial das autarquias e fundações públicas federais, observados os princípios constitucionais.

Essa sua missão, ou finalidade, é analisada no artigo segundo as atribuições da instituição: a representação judicial e extrajudicial das autarquias e fundações públicas federais, as respectivas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, e a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial.

Para todas as suas competências, procura-se demonstrar concretamente em que medida a criação da Procuradoria-Geral Federal garante maior eficácia na prestação de serviços jurídicos à Administração indireta.

PALAVRAS-CHAVE: Administração Pública Federal. Advocacia-Geral da União. Procuradoria-Geral Federal. Missão. Finalidade. Administração indireta. Autarquia. Fundação Pública Federal. Políticas públicas. Interesse público. Representação judicial e extrajudicial. Consultoria e assessoramento jurídicos. Dívida Ativa. Cobrança.

1 INTRODUÇÃO – A CRIAÇÃO DA PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

A Constituição de 1988 inovou profundamente quanto à organização do serviço jurídico da União ao instituir a Advocacia-Geral da União. Em seu artigo 131, a Carta previu que, diretamente ou através de órgão vinculado, a AGU representaria a União judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe ainda as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Estruturando-se desde 1993, quando foi editada sua Lei Orgânica¹, a Advocacia-Geral da União inicialmente deixou para as Procuradorias, Departamentos, Consultorias e Assessorias Jurídicas das autarquias e fundações públicas federais, enquanto órgãos a ela vinculados, a representação judicial e extrajudicial destas entidades, bem como as suas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos.

Em resumo, toda a representação judicial e extrajudicial de tais entes, e parcela significativa da consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo, esta quanto aos interesses confiados às entidades da Administração indireta, continuaram a ser exercidas pelos órgãos jurídicos existentes em cada uma das autarquias e fundações, os quais passaram a atender à nova condição de órgãos vinculados à AGU.

Enquanto o modelo previsto para a Administração direta, considerando a criação, na AGU, da Procuradoria-Geral da União e da Consultoria-Geral da União, e as novas atribuições da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, que também passou a integrar esse sistema, apontava para uma racionalização na prestação de serviços jurídicos a ela destinados, a conformação original do serviço jurídico da Administração indireta, formada por quase duas centenas de entidades e, conseqüentemente, pelo mesmo número de órgãos jurídicos individual e isoladamente vinculados à AGU, mostrou-se incapaz de manter a unidade do novo sistema jurídico da União.

Na prática, verificou-se uma grave falta de coordenação entre a Advocacia-Geral da União e os órgãos jurídicos da Administração indireta, e destes entre si. A irracionalidade do modelo impedia que o Advogado-Geral da União exercesse suas atribuições de orientação normativa e supervisão técnica de todos esses órgãos a contento. Como conseqüência da ausência de orientação e supervisão efetivas sobre

1 Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

todos os órgãos jurídicos, não por responsabilidade da AGU, mas em razão dessa irracionalidade criada no próprio sistema, não se garantiu eficiência na prestação de serviços jurídicos à Administração indireta.

Várias foram as tentativas de se corrigir os problemas dessa formatação original da Constituição de 1988 para o serviço jurídico destinado a atender as necessidades da Administração indireta, podendo-se destacar, dentre outras: a criação de uma carreira única, a de procurador federal², para exercer as atribuições jurídicas de todas³ as autarquias e fundações federais; a constituição, na Advocacia-Geral da União, da ora extinta Coordenadoria dos Órgãos Vinculados – COV⁴; e, a assunção direta da representação judicial de diversas autarquias e fundações públicas federais⁵ pelas Procuradorias da União⁶.

Em conjunto, as iniciativas de criação da carreira única de procurador federal, de instituição de um órgão na Advocacia-Geral da União para coordenar as atividades jurídicas da Administração indireta e do exercício direto da representação judicial de diversas entidades federais pelos órgãos de contencioso da AGU conduziram à criação, em 2002, da Procuradoria-Geral Federal⁷, órgão vinculado à AGU, nos termos do art. 131 da Carta Magna.

Segundo o art. 10 da Lei nº 10.480, de 2002, “à Procuradoria-Geral Federal compete a representação judicial e extrajudicial das autarquias e fundações públicas federais, as respectivas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, a apuração da liquidez e certeza dos créditos,

2 Medida Provisória nº 2.048-26, de 29 de junho de 2000, reeditada sucessivamente até a Medida Provisória nº 2.229-43, de 06 de setembro de 2001.

3 À exceção do Banco Central do Brasil.

4 Art. 8º-A da Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995, acrescido pela Medida Provisória nº 1.984-15, de 09 de março de 2000, reeditada sucessivamente até a Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001.

5 Centros Federais de Educação Tecnológica, Colégios, Escolas e algumas Faculdades e Universidades Federais, Instituto Brasileiro de Turismo – EMBRATUR, Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas – IPEA, Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, Fundação Nacional do Índio – FUNAI, Superintendência da Zona Franca de Manaus – SUFRAMA, Fundação Nacional de Saúde – FUNASA, Fundação Oswaldo Cruz – FIOCRUZ, a antiga Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia – SUDAM, e o hoje extinto Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – DNER.

6 Arts. 11-A e 11-B da Lei nº 9.028, de 1995, acrescido pela Medida Provisória nº 1.984-15, de 2000, reeditada sucessivamente até a Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001.

7 Lei nº 10.480, de 2 de julho de 2002.

de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial”⁸. Como a criação da Procuradoria-Geral Federal, consideradas as suas competências, tem permitido uma melhor defesa das políticas e do interesse públicos a cargo da Administração indireta, sob a orientação e supervisão do Advogado-Geral da União, é o tema do presente artigo.

2 A FINALIDADE DA PROCURADORIA-GERAL FEDERAL E A SUA RELAÇÃO COM AS AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES PÚBLICAS FEDERAIS

Ao criar a Procuradoria-Geral Federal, a Lei nº 10.480, de 2002, mencionou expressamente que ela seria integrada pelas Procuradorias, Departamentos Jurídicos, Consultorias Jurídicas ou Assessorias Jurídicas das autarquias e fundações públicas federais, que se tornariam seus órgãos de execução⁹. Assim, a PGF se originou exatamente da unificação daquelas quase duas centenas de órgãos jurídicos isolados e que até então integravam a estrutura dessas entidades federais. Ademais, os cargos e seus integrantes da carreira de procurador federal passaram a compor seu próprio quadro de membros¹⁰.

Antes da criação da Procuradoria-Geral Federal, não somente a dispersão causada pela existência de tantos órgãos jurídicos distintos comprometia a efetividade da orientação e da supervisão do Advogado-Geral da União sobre as mesmas. Também o fato de esses órgãos pertencerem, até então, à estrutura das entidades federais representadas, e, portanto, de estarem sujeitas a ingerências indevidas internas, que efetivamente se verificaram em alguns casos, contribuía para dificultar a coordenação de suas atividades pela Advocacia-Geral da União.

Não obstante a necessidade de se estabelecer uma estrutura capaz de depurar casos como os referidos acima, o que também motivou a sua instituição, a existência da Procuradoria-Geral Federal de forma alguma se contrapõe aos legítimos interesses da Administração indireta. Da mesma forma que o Estado não é um fim em si mesmo, a PGF, enquanto um dos órgãos da União, e as próprias autarquias e fundações de direito público, enquanto entes do mesmo Estado, também não existem para atender suas próprias demandas internas. Todas cumprem funções

8 À exceção do Banco Central do Brasil.

9 Art. 10, § 2º.

10 Lei nº 10.480, de 2002, art. 12.

públicas e somente devem ter em vista o interesse público. Mas o que é o interesse público?

A legitimidade conferida pelo voto popular garante ao Presidente da República e aos congressistas, no plano federal, a prerrogativa, observadas suas competências constitucionais, em razão do Estado democrático de direito, a definição das políticas a serem implementadas pela União, conforme venham a ser fixadas em lei ou outros atos normativos válidos no sistema constitucional brasileiro. Estes, por sua vez, quando editados, informam ao administrador público o interesse público que deve ser por ele perseguido na implementação das ações sob sua atribuição.

Parcela significativa dessas políticas públicas é repassada, também por lei, para a execução das autarquias e fundações públicas federais, entidades da Administração indireta, que assumem o poder-dever de implementá-las, balizando suas ações no interesse público revelado nas mesmas normas. Essas entidades são criadas por lei, para exercer atribuições previstas em lei, executando políticas públicas definidas na lei, da forma determinada pela lei, e em atenção ao interesse público informado pela lei. Toda essa assertiva pode ser resumida em uma única expressão, anteriormente citada: Estado democrático de direito.

Essas breves considerações, especialmente quando analisadas em conjunto com as atribuições legais da Procuradoria-Geral Federal, evidenciam a finalidade da PGF e sua relação com as autarquias e fundações públicas federais.

A Procuradoria-Geral Federal, como visto, tem as atribuições de representar judicial e extrajudicialmente as entidades federais da Administração autárquica e fundacional, prestar-lhes consultoria e assessoramento jurídicos e cobrar seus créditos. Porém, observado o quanto relatado, qual a sua finalidade?

A resposta a essa indagação pode ser respondida em poucas palavras: *defender as políticas e o interesse públicos a cargo da Administração indireta!*¹¹

11 Os procuradores federais e servidores da PGF responsáveis pela elaboração do planejamento estratégico da instituição definiram como sua missão: “defender as políticas e o interesse públicos, por intermédio da orientação jurídica e representação judicial das autarquias e fundações públicas federais, observados os princípios constitucionais”.

Sendo essa a sua finalidade, a ser alcançada pelo exercício de suas competências, verifica-se que a relação entre a PGF e as entidades da Administração indireta deve ser de estreita colaboração, mas sem subordinação, pois sua orientação e supervisão somente podem ser exercidas pelo Advogado-Geral da União, e não por aqueles entes ou mesmo por seus dirigentes.

Essa conclusão, ou mesmo o suporte que a PGF proporciona às ações necessárias à concretização de um verdadeiro Estado democrático de direito, não autorizam, no entanto, visões autocêntricas acerca dessa relação. Deve-se sempre lembrar que o Estado, seus órgãos e entidades não existem em função de si mesmos, e a Procuradoria-Geral Federal somente foi instituída para viabilizar juridicamente as políticas públicas a serem implementadas pelas autarquias e fundações públicas federais. Os serviços jurídicos por ela prestados, ainda que extremamente relevantes e, mais que isso, indispensáveis, constituem parte dos insumos necessários a que esses entes alcancem seus objetivos, como se demonstrará a seguir.

3 AS VANTAGENS INSTITUCIONAIS DA PROCURADORIA-GERAL FEDERAL NO DESEMPENHO DAS ATIVIDADES DE CONSULTORIA E ASSESSORAMENTO JURÍDICOS DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

Considerada sua finalidade de suporte jurídico à Administração indireta, o modelo instituído com a criação da Procuradoria-Geral Federal mostra-se superior e mais adequado que o anterior para garantir que as ações a serem implementadas pelas autarquias e fundações públicas federais em busca da concretização das políticas públicas a seu cargo se desenvolvam em consonância com o interesse público. Isso porque, para tanto, considerado o Estado democrático de direito em que vivemos, é indispensável que seus atos estejam integralmente em conformidade com a lei nos planos da competência, finalidade e forma. Toda essa análise jurídica prévia acerca da legalidade dos atos da Administração autárquica e fundacional compete hoje à PGF.

Embora os antigos órgãos jurídicos das entidades federais desempenhassem, no passado, essas mesmas atribuições, a já mencionada ausência de coordenação efetiva de suas atividades pelo Advogado-Geral da União representava, por si só, uma grave limitação à sua eficiência se comparada à atual Procuradoria-Geral Federal. Tanto as efetivas orientação e supervisão da AGU, quanto a organicidade garantida pela

unicidade do novo órgão jurídico de toda a Administração indireta, agora alheio a pressões internas advindas das próprias entidades, têm uma potencialidade de adequação legal e uniformidade de entendimentos antes inexistente quanto à orientação jurídica que lhes é prestada.

Hoje, por exemplo, a atuação mais próxima da AGU tem conseguido uniformizar entendimentos jurídicos aplicáveis às entidades autárquicas e fundacionais, seja quanto aos seus atos de gestão, via de regra comuns a todas elas, ou mesmo quanto a suas atividades finalísticas.

Outrossim, a criação da Procuradoria-Geral Federal não significou afastamento entre os dirigentes das autarquias e fundações públicas federais e os órgãos jurídicos voltados para lhes prestar consultoria e assessoramento jurídicos imediatos. Junto aos órgãos de direção superior das entidades federais, remanesceram, em pleno funcionamento, órgãos setoriais da própria Procuradoria-Geral Federal, cada vez mais voltados e especializados nesse mister de garantir que as políticas públicas sob sua execução e os interesses públicos que lhes são confiados sejam transformados em ações concretas que respeitem os princípios constitucionais e legais aplicáveis. E, nos dias atuais, não há dúvidas de que o controle prévio da legalidade dos atos da Administração seja a primeira e mais eficaz forma de se defender as políticas e o interesse públicos a cargo do Estado, o que não seria diverso em relação à sua Administração indireta.

Da mesma forma, não se pode desprezar a cooperação natural que aparece entre os diversos órgãos da PGF responsáveis pela consultoria e assessoramento jurídicos das entidades federais como resposta a esse novo sentido de unidade que aflorou com o seu advento. Vários mecanismos de cooperação têm surgido nesse sentido, sendo certo que a troca de experiências garante não somente o aproveitamento de soluções prévias para resolver problemas comuns, bem como auxilia mesmo no desenvolvimento de entendimentos individualizados a partir do conhecimento das particularidades de cada unidade da Procuradoria-Geral Federal e de sua respectiva produção jurídica, que não mais pertence a cada autarquia ou fundação, mas à PGF enquanto instituição singular vinculada à AGU.

Ademais, essa presença dos órgãos de execução da Procuradoria-Geral Federal junto às autarquias e fundações públicas federais, algo que remonta inclusive ao período anterior à sua criação, permite uma

vantagem comparativa importante mesmo neste novo modelo uno. Positivamente, os procuradores federais, em razão dessa proximidade, assumem um compromisso diferenciado com os fins da entidade, não limitando suas análises jurídicas a questões meramente formais, mas velando para que as políticas públicas sejam efetivamente implementadas, sempre de acordo com os parâmetros legais.

A síntese dessa efetiva coordenação do serviço jurídico prestado à Administração indireta, a qual é desempenhada pela AGU através da direção central da Procuradoria-Geral Federal, somada à comunhão de esforços dos seus órgãos de execução e ao comprometimento de seus membros com a efetividade das ações dessas entidades, representará cada vez mais um ganho para que as políticas e o interesse públicos sob sua responsabilidade se realizem com maior segurança jurídica, como já se tem observado.

4 AS VANTAGENS INSTITUCIONAIS DA PROCURADORIA-GERAL FEDERAL NO DESEMPENHO DAS ATIVIDADES DE REPRESENTAÇÃO JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

O conjunto das entidades da Administração indireta pode demandar e ser demandado na Justiça Federal, na Justiça do Trabalho e, ainda, na Justiça dos Estados¹². Seja em razão do processo de interiorização da Justiça Federal, ou mesmo da capilaridade da Justiça do Trabalho e, principalmente, do Judiciário estadual, o número de localidades onde tramitam processos envolvendo as autarquias e fundações públicas federais é muito superior ao de Municípios onde elas tenham, individualmente, presença descentralizada. E, considerando que a maioria das entidades não tem, em suas leis de criação, previsão que limite poderem ser demandadas apenas onde há suas sedes e unidades locais, é comum terem atuação judicial em varas ou mesmo Tribunais em cidades nas quais não possuem presença física.

Ocorre que, com a criação da Procuradoria-Geral Federal, o somatório de todas as unidades que esta herdou dos antigos órgãos jurídicos das autarquias e fundações públicas federais garante sua presença, hoje unificada, em mais de 200 cidades. Isso permite, potencialmente, que

¹² CF, art. 109, § 3º: Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.

todas as entidades da Administração Indireta, quando necessário, possam ser representadas em todas essas localidades, mais as que lhes sejam adjacentes, garantindo-lhes uma capilaridade que não seria alcançada individualmente por eventuais órgãos jurídicos próprios.

Nesse sentido, vale destacar que a grande maioria das entidades federais não está presente em mais do que 10 cidades, sendo que muitas delas não têm sequer unidades em Brasília, onde estão localizados o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores, ou ainda em capital de Estado, onde se localizam, via de regra, os Tribunais Regionais do Trabalho e os Tribunais de Justiça, sem contar os 5 Tribunais Regionais Federais presentes, além de Brasília, nas cidades do Rio de Janeiro, São Paulo, Porto Alegre e Recife.

Até a criação da PGF, várias entidades precisavam deslocar seus procuradores pelo território nacional para atender demandas judiciais, muitas vezes para praticar atos processuais em apenas um ou poucos processos, o que gerava um custo para a Administração não somente financeiro, mas ainda ocasionava o desperdício em recursos humanos desses entes, considerado o tempo perdido pelos procuradores somente nesses deslocamentos. Isso sem contar os inúmeros casos em que as entidades ficavam simplesmente indefesas por carência de procuradores junto ao juízo processante.

Porém, não se resume a essa racionalização o ganho institucional alcançado com a criação da Procuradoria-Geral Federal.

Agora, o Advogado-Geral da União consegue efetivamente orientar e supervisionar as atividades contenciosas da Administração indireta, inclusive antes que elas ocorram, e não somente através da melhoria da consultoria e assessoramento jurídico prestados às entidades, como visto, mas também evitando a judicialização de conflitos utilizando-se de outros instrumentos. Como exemplo, pode-se citar a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal, órgão criado pelo Advogado-Geral da União com a responsabilidade de resolver, em sede administrativa, de controvérsias de natureza jurídica entre órgãos e entidades da Administração Federal, por meio de conciliação ou arbitramento¹³. Esse e outros meios somente se tornaram factíveis com a aproximação e compreensão da realidade e

13 Portaria AGU nº 1.281, de 27 de setembro de 2007.

do cotidiano da Administração indireta e de seu serviço jurídico pela AGU após a criação da PGF.

Recentemente, a melhor adequação do novo modelo à defesa das políticas e do interesse públicos a cargo da Administração indireta pôde ser cabalmente demonstrada se considerarmos que, a despeito de inúmeros questionamentos judiciais, não havia nenhum projeto do Programa de Aceleração do Crescimento do Governo Federal paralisado em razão de decisão judicial liminar ou definitiva no momento do fechamento deste artigo¹⁴. Somente com a atuação articulada de vários órgãos da AGU e da PGF, articulação esta permitida exatamente em razão da efetiva coordenação que o Advogado-Geral da União agora exerce, utilizando-se da estrutura una da Procuradoria-Geral Federal, sobre o serviço jurídico prestado à Administração indireta, poderia ter-se alcançado tal nível de êxito.

Somado a isso, tem-se ainda que a centralização das atividades de contencioso de toda a Administração indireta, desde os novos Escritórios de Representação e as Procuradorias Seccionais presentes nas cidades de interior, passando pelas Procuradorias Federais situadas nas capitais de Estado, até as Procuradorias Regionais e a representação nos Tribunais Superiores e no Supremo Tribunal Federal, processo este que ora se encontra em andamento e se espera concluir até 2011, vem garantir não apenas o aproveitamento efetivo da capilaridade da PGF nos mais de 200 Municípios em que possui unidades, de forma a que todas as autarquias e fundações públicas federais nelas se façam representar em juízo, quando necessário. Em verdade, seja em razão da comunhão de esforços de procuradores capacitados nos mais diversos ramos do Direito, todos atuando sob uma única orientação, ou mesmo por conta das melhores condições de trabalho que os novos órgãos da PGF têm oferecido e ainda oferecerão, haverá um ganho não somente de produtividade, mas de eficiência, como as primeiras experiências neste sentido têm demonstrado.

Nessa quadra, merece menção especial a articulação das novas unidades centralizadas de representação judicial em setores divididos por temas, de forma a preservar as competências dos procuradores e, ainda, permitir uma interação mais focada com os diversos órgãos de direção das Procuradorias consultivas que remanescerão atuando junto às autarquias e fundações públicas federais. Em razão dessa preocupação, as

14 O presente artigo foi concluído em 03 de outubro de 2008.

novas unidades poderão melhor organizar-se para atender as demandas ligadas às atividades administrativas das entidades, como questões judiciais que tratem de suas licitações, contratos e patrimônio, ou de seus servidores e pessoal em geral, bem como para estabelecer núcleos voltados para a cobrança e recuperação de seus créditos ou, ainda, de acordo com a necessidade de cada local, criar grupos de concentração nos mais diversos assuntos finalísticos dos entes: ciência e tecnologia, desenvolvimento agrário e desapropriações, desenvolvimento econômico, educação e cultura, indígena, infra-estrutura, meio ambiente, previdência e assistência social, e, por fim, saúde¹⁵.

Como dito anteriormente, ao menos em alguns aspectos, a estreita vinculação dos procuradores com as autarquias e fundações em que atuavam, dado o modelo anterior à criação da PGF, apresentava resultados importantes quanto à eficácia de seus atos, pois permitia um engajamento diferenciado desses profissionais com os fins da entidade. Por certo, a criação dessas áreas temáticas favorecerá a que se preserve esse engajamento, por meio da interação mais direta que poderá ser estabelecida entre os procuradores dos órgãos de contencioso e o rol de entidades representadas por sua área respectiva, sempre mediante a intermediação das Procuradorias Federais instaladas junto aos entes.

Diante dessas colocações, mesmo nesta fase de ainda estruturação da Procuradoria-Geral Federal, os resultados práticos obtidos até então já têm demonstrado sua importância na construção também de uma mais eficiente defesa judicial das políticas e do interesse públicos confiados à Administração indireta.

5 AS VANTAGENS INSTITUCIONAIS DA PROCURADORIA-GERAL FEDERAL NO DESEMPENHO DAS ATIVIDADES DE COBRANÇA E RECUPERAÇÃO DE CRÉDITOS DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

Uma análise da terceira e última grande competência da Procuradoria-Geral Federal confirmará tudo que se pretendeu expor até aqui. Trata-se da cobrança da dívida ativa e recuperação de créditos em geral das entidades da Administração indireta. Sem sombra de dúvidas, foi nessa seara que se encontrou o maior campo para novas e importantes iniciativas e, mais do que isso, demonstrou-se a flexibilidade que essa nova instituição e seus membros possuem.

15 A Portaria PGF nº 520, de 23 de maio de 2008, criou essas áreas temáticas no âmbito dos órgãos de contencioso da Procuradoria-Geral Federal.

Em 2004, iniciou-se o processo que levou à criação da Secretaria da Receita Federal do Brasil, o qual se consolidou neste ano com a passagem, ao final do primeiro trimestre, da titularidade dos créditos de contribuições previdenciárias anteriormente inscritos na Dívida Ativa do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS para a União, e, em consequência, da atuação quanto à sua cobrança judicial, da Procuradoria-Geral Federal para a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.¹⁶

Durante o período de tramitação das medidas legislativas que operaram essas transformações, que durou cerca de dois anos e meio e previam a transferência de uma importante atividade de cobrança da PGF para a PGFN, descobriu-se um fato grave, mas inusitado: a maioria das autarquias e fundações públicas federais não realizava a cobrança judicial de seus créditos e nem mesmo havia jamais inscrito qualquer crédito em dívida ativa. Somente àquela altura, a ainda recém-criada Procuradoria-Geral Federal constatava essa realidade, mas a tempo de fazer incluir, no projeto de lei que instituiria a Secretaria da Receita Federal do Brasil, comando legal que obrigaria a própria PGF a resolver esse problema, até março de 2009, respeitando integralmente a filosofia deste novo órgão: centralizando a execução da dívida ativa de todas as entidades.¹⁷

O cumprimento dessa determinação legal trará para o Estado brasileiro informações hoje sequer disponíveis, mas indispensáveis para o próprio planejamento orçamentário do país, como, por exemplo, o valor dos ativos não pagos espontaneamente e a receber da Administração indireta federal.

Essa indagação será respondida a partir da entrada em operação de um sistema único de inscrição dos créditos das autarquias e fundações públicas federais em dívida ativa, que permitirá conhecer seu estoque total, gerenciá-la e realizar a sua cobrança amigável ou judicial pela PGF, o qual está sendo desenvolvido, seja o transitório ou o definitivo, com o auxílio da PGFN e da SRFB, sendo que este gerenciará todos os

16 A Medida Provisória nº 222, de 04 de outubro de 2004, convertida na Lei nº 11.098, de 13 de janeiro de 2005, criou a Secretaria da Receita Previdenciária, órgão da Administração direta que, unido à antiga Secretaria da Receita Federal, deu origem à Secretaria da Receita Federal do Brasil, nos termos da Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007.

17 Lei nº 11.457, de 2007, art. 22.

créditos federais, seja os da União ou os de suas autarquias e fundações. Esse certamente será um banco de dados valioso para vários órgãos federais, como a Secretaria do Tesouro Nacional, a Secretaria de Orçamento Federal e até mesmo o Tribunal de Contas da União, e, ao mesmo tempo, constituirá um instrumento de trabalho vital para os procuradores, sem contar as possibilidades que criará, inclusive quanto à instituição de uma certidão negativa de dívida que inclua pesquisa aos débitos dos particulares para com a Administração indireta, com todas as conseqüências daí advindas.

Do mesmo modo, e cada vez mais, a partir do desenvolvimento desse sistema sobressairá, por sua vez, o maior desafio para a satisfação desses créditos: a localização dos devedores e de bens suficientes para adimplir o seu débito. Sem a Procuradoria-Geral Federal, a dificuldade e os custos de criação de aparatos com essa finalidade impediriam que as autarquias de pequeno e médio porte desenvolvessem essa atividade. Nesse sentido, pode-se inclusive imputar a esse condicionante logístico o fato de tantas entidades nunca terem realizado, no passado, antes da criação da PGF, a cobrança judicial de seus créditos.

Porém, quando essa atividade é realizada pela PGF de forma centralizada para toda a Administração indireta, o ganho de escala observado permite que, mesmo quando existam poucos créditos ou seu valor, individualmente, não compense o custo dessa cobrança, se considerado cada ente individualmente, a mesma possa ser efetivada.

Outro ganho acessório que facilitará a cobrança desses créditos ocorrerá com a solução de uma necessidade gerada pela centralização na PGF da cobrança dos créditos de toda a Administração indireta: uniformizar-se a legislação aplicável aos mesmos. Assim que alterada a legislação, o que se espera para breve, a execução judicial desses créditos terá tramitação mais célere na Justiça, pois todos os casos serão julgados de acordo com a mesma lei de regência.

Por fim, a troca de vivências catalisada pela união de diversas experiências até então desempenhadas pelas entidades que já realizavam a cobrança forçada de seus créditos, algumas delas de originalidade ímpar, favorecerá a sua extensão a outras situações em que se apliquem, com ganhos reais para todo o universo de entes federais.

De qualquer forma, vale ainda lembrar que a consolidação dessa nova atividade não apenas garantirá a recuperação de recursos que serão utilizados pelos próprios entes diretamente no desenvolvimento de suas ações institucionais, mas também impactará, em muitos casos, na própria concretização imediata de políticas públicas que estejam em sua esfera de atuação, especialmente quanto às entidades que desempenham papel de fiscalização de qualquer ordem, pois esta é mais efetiva nos seus objetivos de prevenção e repressão se as autuações que gerar forem realmente cobradas, inclusive em juízo, se for o caso. E a PGF terá, como demonstrado, papel crucial nessa seara.

6 CONCLUSÃO

Como todo novo órgão estatal, a Procuradoria-Geral Federal ainda se está estruturando, e essa estruturação nem sempre ocorre no tempo necessário para que todas as atividades a serem desempenhadas possam ser iniciadas a contento de uma só vez. Muito já se avançou e muito mais ainda se avançará, bem como novos desafios sempre se apresentarão.

Contudo, os resultados até agora alcançados não deixam dúvidas quanto à eficácia do modelo traçado pelos Poderes Executivo e Legislativo para esse novo serviço jurídico da Administração indireta. Talvez a única dúvida que reste seja o porquê não se ter cuidado antes da racionalização desse serviço, como feito em relação à Administração direta já em 1993 quando se iniciou a instalação da Advocacia-Geral da União. Mas esse tema merece um outro artigo...

O que ora cabia era apenas demonstrar, com idéias e exemplos, que a Procuradoria-Geral Federal representa judicial e extrajudicialmente as autarquias e fundações públicas federais, presta-lhes, e a seus dirigentes, consultoria e assessoramento jurídicos, e cobra, amigável ou judicialmente, seus créditos, de forma mais eficiente do que a empregada no modelo anterior à sua criação.

Desempenhando essas suas atribuições sempre com maior eficiência e na defesa das políticas e do interesse públicos a cargo das entidades da Administração indireta, a Procuradoria-Geral Federal, agregada ao sistema da Advocacia-Geral da União, cumpre cada vez com maiores méritos a sua finalidade institucional.

7 REFERÊNCIAS

PROCURADORIA-GERAL FEDERAL (Brasil). **Projeto de**

Reestruturação da Procuradoria-Geral Federal: 2007 – 2010.

Disponível em: <<https://redeagu.agu.gov.br/unidadesagu/pgf/pdfs/ProjetoReestruturacao.pdf>> . Acesso em: 29 set. 2008.

VALENTE, Maria Jovita Wolney. **Breve Histórico e Evolução da**

AGU. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/download/institucional/historico/20080317_historico.pdf> . Acesso em: 29 set. 2008.

DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Carina Bellini Cancelli
Procuradora Federal

SUMÁRIO: 1 Noções introdutórias sobre coisa julgada e sua relativização; 2 Da coisa julgada inconstitucional ou da sentença inconstitucional transitada em julgado; 3 Formas de relativização da sentença inconstitucional transitada em julgado; 4 Dos efeitos da sentença que reconhece a inconstitucionalidade de decisão transitada em julgado; 5 Conclusão. 6 Referências.

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo principal conferir aos juristas uma visão plena a respeito da nova tendência do Supremo Tribunal Federal de relativização da coisa julgada inconstitucional ou sentença inconstitucional transitada em julgado, levando em consideração o Direito moderno processual constitucionalista, que busca a concretização da justiça pela adequação das decisões judiciais aos mandamentos da Constituição. Serão abordados, ainda, os instrumentos existentes no ordenamento jurídico pátrio para relativizar a coisa julgada inconstitucional quais sejam, ação rescisória, querella nullitatis, impugnação ao cumprimento de sentença e embargos à execução de sentença contra a Fazenda Pública, destacando que os dois últimos meios de relativização são oriundos das inovações trazidas pela Lei nº 11.232/2005, que alterou o Código de Processo Civil.

PALAVRAS-CHAVE: Relativização da Coisa julgada. Sentença Inconstitucional. Trânsito em julgado. Estabilidade das Situações Jurídicas. Constitucionalização do Direito. Controle de Constitucionalidade. Instrumentos para Relativizar a Coisa Julgada Inconstitucional.

1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE COISA JULGADA E SUA RELATIVIZAÇÃO

Inicialmente, a coisa julgada é uma das facetas do princípio da segurança jurídica, explícito no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República, cujo teor prevê que “*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*”, sendo imprescindível à pacificação das relações sociais.

A doutrina brasileira mais aceita, baseada no jurista italiano Enrico Túlio Liebman, afirma que a “coisa julgada é a imutabilidade do comando emergente de uma sentença”. Segundo ele, a imutabilidade da sentença consiste na sua existência formal e ainda nos efeitos dela provenientes.¹

Pode-se dizer, ainda, que a coisa julgada garante a estabilidade de uma relação jurídica submetida à apreciação do Poder Judiciário, evitando, com isso, a perpetuação de inseguranças jurídicas, na medida em que garante ao jurisdicionado que a decisão final dada à sua demanda será definitiva, não podendo ser rediscutida, alterada ou desrespeitada. Fredie Didier Júnior lembra que a coisa julgada não é instrumento de justiça das decisões, mas sim garantia da segurança².

A coisa julgada divide-se, segundo grande parte da doutrina, em coisa julgada formal e material. A coisa julgada formal é a qualidade dos efeitos da decisão que passa a dispor de imutabilidade e indiscutibilidade, quando, em determinado processo, não mais se sujeita a qualquer espécie de recurso, seja ordinário ou extraordinário, nos termos do artigo 467 do Código de Processo Civil.

A coisa julgada material, por sua vez, é a indiscutibilidade do conteúdo da decisão judicial proferida, seja naquele processo ou em qualquer outro. Trata-se de um certificado de pacificação estatal do conflito posto à apreciação do órgão jurisdicional.

Um tema extremamente polêmico na doutrina brasileira é o afeto à relativização da coisa julgada inconstitucional. Muitos doutrinadores defendem a tese da intangibilidade da coisa julgada, dentre eles José

1 LIEBMAN, Enrico Túlio. **Eficácia e Autoridade da Sentença**. Trad. Alfredo Buzaid e Benvido Aires. Rio de Janeiro: Forense, 3. ed. 1984, p. 54. Apud CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, v. I, 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007 p. 483-484.

2 DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Processo Civil**. v. 2, Rio de Janeiro: Podivm, 2007, p. 478.

Carlos Barbosa Moreira, Leonardo Greco, Luiz Guilherme Marinoni e Nelson Nery Júnior. Esse último ensina que:

A coisa julgada material tem força criadora, tornando imutável e indiscutível a matéria por ela acobertada, independentemente da *constitucionalidade, legalidade ou justiça* do conteúdo intrínseco dessa mesma sentença.³

Entretanto, não obstante sua importância na preservação da estabilidade das situações jurídicas, os defensores da mitigação da coisa julgada, dentre eles Humberto Teodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, sustentam que não se deve atribuir a ela sempre o caráter de imutabilidade de decisões judiciais, na medida em que tem sede infraconstitucional. Nesse sentido, preceituam:

A inferioridade hierárquica do princípio da intangibilidade da coisa julgada, que é uma noção processual e não constitucional, traz como consectário a idéia de sua submissão ao princípio da constitucionalidade. Isto nos permite a seguinte conclusão: a coisa julgada será intangível enquanto tal apenas quando conforme a Constituição. Se desconforme, estar-se-á diante do que a doutrina vem denominando *coisa julgada inconstitucional*⁴.

Recentemente, baseado no fenômeno da constitucionalização do direito, que pugna a tese de que todos os atos e decisões emanados do Poder Público, judiciais ou não, para serem válidos efetivamente, devem observância aos preceitos constitucionais, há forte tendência na doutrina e jurisprudência pátria em conferir relatividade ao caráter imutável e indiscutível de uma decisão transitada em julgado.

Especificamente em relação ao Poder Judiciário, o ordenamento jurídico postula que para defesa integral da supremacia da Constituição, com a máxima segurança possível, o Supremo Tribunal Federal deve cumprir o seu papel de guardião do Texto Constitucional da melhor maneira possível.

3 NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**, 7. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2003. p. 791.

4 THEODORO JUNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro. A Coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos Processuais para seu Controle. In NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). **Coisa julgada inconstitucional**, 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 142.

Também não se pode olvidar que, de acordo com os ditames constitucionais, nenhum dos Três Poderes pode lograr posição de destaque em relação ao outro na estrutura orgânica e funcional do Estado. Por essa razão não é possível aceitar que decisões judiciais que violem dispositivos da Constituição Federal possam adquirir *status* de imutabilidade, sob pena de colocar a função jurisdicional acima do Poder Constituinte.

A intangibilidade a qualquer custo da *res iudicata* deve ser combatida, em atenção aos princípios maiores do ordenamento. Firmarse, pois, a noção de que a revisibilidade dos julgados inconstitucionais, para além dos condicionantes da ação rescisória, é uma necessidade do sistema, com vistas a assegurar a supremacia da Constituição.

Desse modo, tendo em vista o Direito moderno processual constitucionalista, os princípios de ordem constitucional exigem, para adquirirem efetividade, a relativização das decisões inconstitucionais. A prevalência da Constituição de forma proporcional é o princípio que impele a doutrina a uma nova visão processual da coisa julgada, centrada na busca pela concretização da justiça e pela adequação das decisões judiciais aos mandamentos da Constituição.

2 DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL OU DA SENTENÇA INCONSTITUCIONAL TRANSITADA EM JULGADO

A coisa julgada inconstitucional se verifica quando uma sentença, transitada em julgado, encontra-se motivada em interpretação ou aplicação de lei tida pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição, ou quando as instâncias ordinárias afastam a aplicação de determinada lei por tê-la como inconstitucional e a Suprema Corte posteriormente declara-a válida, compatível com a Constituição.

É importante registrar que em ambas as situações, a coisa julgada que se opera na situação posta à apreciação judicial tem conotação inconstitucional, variando apenas a ótica investigativa e a apuração do fenômeno. Na primeira hipótese, a inconstitucionalidade é direta, visto que o órgão jurisdicional de primeira instância entende válida norma que, ao final, por decisão da Corte Guardiã da Constituição, de fato não é.

Já na segunda hipótese, a inconstitucionalidade é indireta, na medida em que a violação à Constituição decorre do fato de a instância ordinária ter expurgado do ordenamento jurídico uma norma que, a

posteriori, foi confirmada válida pelo órgão constitucional competente. A afronta aqui, apesar de indireta, é também contra a própria força normativa da Constituição.

Diferentemente desta concepção é o posicionamento de Humberto Theodoro Júnior, que ao explicitar a diferença entre as duas situações acima narradas, conclui:

As duas situações cotejadas, porém, não são iguais. Quando um julgado aplica lei inconstitucional, a ofensa é cometida diretamente contra a Constituição. A lei aplicada, sendo absolutamente nula, contamina de igual ineficácia também a sentença que lhe pretendem reconhecer validade. No caso, porém, de não aplicação da lei ordinária, por alegado motivo de ordem constitucional que mais tarde vem a ser afastado por mudança de orientação jurisprudencial, a ofensa que poderia ser divisada não é à Constituição, mas sim à lei ordinária a que a sentença não reconheceu eficácia. Não se pode, *data venia*, dizer que, na não-aplicação da norma infra-constitucional, se tenha configurado uma negativa de vigência de norma constitucional, para declarar-se a própria sentença como inconstitucional e, *ipso facto*, nula.⁵

Ousa-se aqui divergir do ilustre processualista mineiro. De fato, há no segundo caso uma inconstitucionalidade aferível de forma indireta, o que, frise-se, não se confunde com a violação reflexa à Constituição. Em outras palavras, a decisão proferia pelas instâncias ordinárias que, depois, venha a ser desconstituída por posição final contrária da Corte Suprema, não deixa de ser contaminada pela pecha de inconstitucionalidade.

Havendo o afastamento da eficácia de norma compatível com a Constituição, isto é, afastamento indevido de uma norma válida, a decisão proferida afrontou a própria supremacia constitucional em dois aspectos, a saber: (i) enfraqueceu a Constituição como norma fundamental, de onde os demais atos normativos retiram sua validade e (ii) feriu a harmonia entre os poderes, pois por um ato judicial retirou-se de forma equivocada a eficácia do ato legislativo.

Portanto, entende-se que em ambas as situações estão caracterizadas a inconstitucionalidade da decisão que anteriormente produziu coisa julgada e, posteriormente, fora revista pela Corte

⁵ THEODORO JÚNIOR; FARIA, op. cit., p. 157.

Constitucional, devendo o eventual vício de inconstitucionalidade ser reconhecido pelo Juízo por um dos mecanismos existentes de desconstituição da sentença inconstitucional transitada em julgado que serão apreciados em tópico específico.

Nesse diapasão, cumpre transcrever o artigo 475-L, § 1º, *in fine* do Código de Processo Civil, incluído pela Lei nº 11.232/2005, que trata da coisa julgada inconstitucional suscitada em sede de impugnação ao cumprimento da sentença judicial, cujo teor segue:

Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre: (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

[...]

II – inexigibilidade do título; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

[...]

§ 1º Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

Também a Lei nº 11.232/2005, no parágrafo único do artigo 741 do diploma processual civil expressamente ressaltou, nos exatos termos da redação *supra* transcrita, a inexigibilidade do título executivo judicial sempre que este restar fundado em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo considerado incompatível com a Constituição da República, porém, na hipótese de embargos à execução de sentença contra a Fazenda Pública.

Ressalte-se que tanto o parágrafo 1º do artigo 475-L, quanto o parágrafo único do artigo 741, ambos do Código de Processo Civil, à primeira vista, parecem se referir apenas ao controle concentrado de constitucionalidade.

No entanto, os aludidos dispositivos legais, ao fazerem menção à hipótese de desconstituição do título executivo judicial quando esse

tenha fundamento em norma que incorra “em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal”, parece também autorizar a conclusão de ser possível a desconstituição mesmo nos casos de controle incidental de constitucionalidade⁶.

A respeito dessa nova sistemática instituída pela Lei nº 11.232/2005, leciona Athos Gusmão Carneiro, *in literis*:

A Lei n.11.232 veio a adotar (com felicidade, parece-nos) solução intermédia: para considerar ‘inexigível’ a sentença, impõe-se que a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, que serviu como fundamento (maior e suficiente) do ‘decisum’, já haja sido declarada pelo Supremo Tribunal Federal; mas tal declaração pode ter ocorrido tanto em ação de controle concentrado como em sede de controle difuso de constitucionalidade, neste segundo caso após suspensa pelo Senado - CF, art. 52, X, a execução da norma (Araken de Assis, Manual da Execução, Ed. RT, 9. ed. 2005, p. 1.066)⁷.

Por oportuno destacar os defensores da tese da coisa julgada inconstitucional, dentre eles, Cândido Rangel Dinamarco, Humberto Teodoro Júnior, José Augusto Delgado, dentre outros. Consoante lição deste último:

A injustiça, a imoralidade, o ataque à Constituição, a transformação da realidade das coisas quando presentes na sentença viciam a vontade jurisdicional de modo absoluto, pelo que, em época alguma, ela transita em julgado. Os valores absolutos da legalidade, moralidade e justiça estão acima do valor segurança jurídica. Aqueles são pilares, entre outros, que sustentam o regime democrático, de natureza constitucional, enquanto esse é valor infraconstitucional oriundo de regramento processual [...] Cresce a preocupação da doutrina com a instauração da coisa julgada decorrente de sentenças injustas, violadoras da moralidade, da legalidade e dos princípios constitucionais [...] Nunca terão força de coisa julgada e que poderão, a qualquer tempo, ser desconstituídas, porque praticam agressão ao regime democrático no seu âmago mais consistente que

6 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Nova execução de títulos judiciais e sua impugnação**. Disponível em:< <http://www.unisul.br>>.

7 CARNEIRO, Athos Gusmão. **Do cumprimento da sentença, conforme a Lei nº 11.232/2005**. Disponível em:< <http://www.unisul.br>>

é a garantia da moralidade, da legalidade, do respeito à Constituição e da entrega da justiça.⁸

Também Cândido Rangel Dinamarco ensina, *in verbis*:

A irrecorribilidade de uma sentença não apaga a inconstitucionalidade daqueles resultados substanciais política ou socialmente ilegítimos, que a Constituição repudia. Daí a propriedade e a legitimidade sistemática da locução, aparentemente paradoxal, *coisa julgada inconstitucional*⁹.

Com isso, não se deve admitir a intangibilidade da coisa julgada que traga consigo uma decisão de conteúdo contrário à Constituição. Havendo conflito entre o Texto Constitucional e a injustiça de executar uma sentença judicial que se respalda nela mesma, e em nada mais – uma vez que a lei ou ato normativo que a respaldavam nunca existiram no mundo jurídico, por causa do vício primário de inconstitucionalidade, deve prevalecer a Constituição.

Assim, percebe-se nitidamente a utilização do critério da ponderação de princípios como mecanismo de solução de conflitos entre preceitos constitucionais, porquanto é possível afirmar que a Lei nº 11.323/05, por meio do parágrafo 1º do artigo 475-L e do parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil, buscou solucionar o conflito entre os princípios da segurança jurídica (coisa julgada) e supremacia da Constituição, agregando ao sistema processual um mecanismo com eficácia rescisória de sentenças tidas por inconstitucionais.

No concernente à famosa nomenclatura utilizada pela grande maioria dos defensores da respectiva tese – *coisa julgada inconstitucional*, merece destaque a lição de Alexandre Freitas Câmara, que preceitua assertiva interessante, na qual considera melhor a expressão *sentença inconstitucional transitada em julgado*, conforme se observa a seguir, *in literis*:

Trata-se, em outros termos, de reconhecer o fenômeno que em doutrina tem sido chamado de ‘coisa julgada inconstitucional’, mas que mais bem se chamaria *sentença inconstitucional transitada em*

8 DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In **Revista Virtual do Centro de Estudos Nunes Leal da AGU**. Disponível em: <http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_II_janeiro_2001/0501CoisaDelgado.pdf>. In NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). **Coisa julgada inconstitucional**, 2 ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 21.

9 DELGADO, op.cit.,p.62

julgado. A rigor, o que contraria a Constituição não é a coisa julgada, mas o conteúdo da sentença. Essa sentença inconstitucional, aliás, já contrariava a Lei Maior antes de transitar em julgado. É a sentença, pois, e não a coisa julgada, que pode ser inconstitucional¹⁰.

Concorda-se que a nomenclatura sentença inconstitucional transitada em julgado, apresentada pelo referido autor, é a que melhor se coaduna com a situação verificada, porquanto não é a coisa julgada que se encontra eivada do vício de inconstitucionalidade, mas sim a sentença (acórdão) que, por diversas razões, produziu a coisa julgada. Trata-se, portanto, de decisão judicial inconstitucional.

3 FORMAS DE RELATIVIZAÇÃO DA SENTENÇA INCONSTITUCIONAL TRANSITADA EM JULGADO

Tendo em vista a tendência da doutrina e jurisprudência em relativizar a coisa julgada, é necessário analisar os instrumentos processuais que possibilitam modificar a decisão transitada em julgado quando esta for incompatível com decisão do Supremo Tribunal Federal e, por consequência, incompatível com o próprio Texto Constitucional.

3.1 DA AÇÃO RESCISÓRIA

Primeiramente, a mais tradicional dos meios de rescisão do julgado, é a *ação rescisória*, considerada por Fredie Didier Júnior como uma ação autônoma de impugnação, de natureza constitutiva negativa (ou desconstitutiva), utilizada contra a decisão de mérito transitada em julgado, quer por motivos de invalidade (art. 485, II e IV, p. ex.), quer por motivos de injustiça (art. 485, VI e IX, p. ex.), quando presente uma das hipóteses taxativas consagradas no artigo 485 do Código de Processo Civil.¹¹

Por oportuno transcrever o artigo 485 do diploma processual civil:

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

10 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v. 1. 16 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 494.

11 DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 03, Salvador: Podivm, 2007, p. 249.

I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar literal disposição de lei;

VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;

VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;

IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa.” (ênfase suprida)

Uma das formas de relativizar a coisa julgada, desconstituindo a decisão transitada em julgada, é a Ação Rescisória dotada de previsão legislativa no artigo 485, inciso IV, do Código de Processo Civil, tendo em vista o prestígio que o ordenamento jurídico brasileiro confere à coisa julgada.

O fundamento de rescisão de um julgado com fulcro neste dispositivo se deve à proibição de novo julgamento a partir do trânsito em julgado de uma decisão que se torna imutável e indiscutível. Nos ensinamentos de Fredie Didier Júnior:

Significa que a conclusão a que chegou o juiz, ao proferir uma sentença de mérito, não poderá mais ser discutida em outro processo que envolva as mesmas partes, com idêntica causa de pedir e com o mesmo pedido. Se, mesmo tendo o comando final da sentença adquirido imutabilidade e indiscutibilidade, ainda assim houver nova decisão sobre a questão, haverá ofensa à coisa julgada, cabendo ação rescisória.¹²

12 DIDIER JÚNIOR, op. cit., p. 276.

Observa-se, portanto, inexistir grandes considerações a serem feitas sobre ação rescisória fundada no inciso IV do artigo 485 do Código de Processo Civil.

De outro lado, o artigo 485, inciso V do diploma processual civil merece destaque, ao estabelecer a possibilidade de rescindir decisão transitada em julgado que violar literal disposição de “lei”.

Muito se discute sobre a possibilidade de se aceitar a ação rescisória como instrumento de ataque à sentença eivada de inconstitucionalidade, porquanto a lei processual civil prevê a rescisória apenas como meio de rescindir coisa julgada que contenha *ilegalidade*.

Não obstante a omissão da lei ordinária quanto à possibilidade de desconstituição de coisa julgada *inconstitucional*, a interpretação do artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil deve ser ampliada, uma vez que se um vício menor (de ilegalidade) possibilita a desconstituição da coisa julgada, o vício maior (de inconstitucionalidade), por ser mais grave, também deve ser desconstituído.

Nesse sentido, Alexandre Freitas Câmara afirma que a expressão “lei” deve ser entendida de forma ampla¹³, ou seja, a decisão que violar qualquer norma jurídica, será passível de rescisão pelo Tribunal competente.

Inclusive, cumpre destacar que a jurisprudência pátria vem aceitando a ação rescisória como instrumento de desconstituição da coisa julgada inconstitucional. Nesse sentido, segue ementa de julgado do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO RESCISÓRIA - INTERPRETAÇÃO DE TEXTO CONSTITUCIONAL - CABIMENTO - VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI

(CPC, ART. 485, V) - FINSOCIAL - MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTAS – LEIS 7.689/88, ART 9º, 7787/89, 7894/89 E 8147/90 – INCONSTITUCIONALIDADE (RE 150764/PE) PRECEDENTES.

- O entendimento desta Corte, quanto ao cabimento da ação rescisória nas hipóteses de declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade

13 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v. II, 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 19.

de lei é no sentido de que “a conformidade, ou não, da lei com a Constituição é um juízo sobre a validade da lei; uma decisão contra a lei ou que lhe negue a vigência supõe lei válida. A lei pode ter uma ou mais interpretações, mas ela não pode ser válida ou inválida, dependendo de quem seja o encarregado de aplicá-la. Por isso, se a lei é conforme à Constituição e o acórdão deixa de aplicá-la à guisa de inconstitucionalidade, o julgado se sujeita à ação rescisória ainda que na época os tribunais divergissem a respeito. Do mesmo modo, se o acórdão aplica lei que o Supremo Tribunal Federal, mais tarde, declare inconstitucional¹⁴.

Ademais, nos ensinamentos de Humberto Teodoro Júnior e Juliana Cordeiro Faria, em se tratando de questão constitucional, não há como impor a observância do prazo decadencial de dois anos, previsto no artigo 495 do Código de Processo Civil, para propositura da ação rescisória, sob pena de equiparar a inconstitucionalidade à ilegalidade, o que afronta o sistema de valores da Constituição da República¹⁵.

Assim, admissível a ação rescisória como meio de declaração de inconstitucionalidade de coisa julgada, independentemente da observância do prazo decadencial de dois anos, como ocorre nas hipóteses elencadas no artigo 485 do Código de Processo Civil.

Outro aspecto relevante digno de nota refere-se à questão da ação rescisória e o enunciado da Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: “Não cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição de lei quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

Com relação à violação de norma infraconstitucional, a clareza do enunciado acima citado não deixa pairar dúvidas. Entretanto, importante saber se essa súmula se aplica também quando se tratar de violação à norma constitucional. Nesse aspecto, a própria Corte Suprema já decidiu recentemente da seguinte maneira:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO RESCISÓRIA. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 343.

14 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 128.239/RS, julgado em 06 de novembro de 1997. Ministro Peçanha Martins (relator), Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> e DJ: 11.12.2000, p. 185.

15 TEODORO JUNIOR; FARIA. *op. cit.*, p. 153.

[...]

2. Inaplicabilidade da Súmula 343 em matéria constitucional, sob pena de infringência à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional. Precedente do Plenário. Agravo regimental a que se nega provimento.¹⁶

Percebe-se pela leitura do julgado acima que o Supremo Tribunal Federal tem decidido no sentido de que a mencionada Súmula somente se aplica à interpretação controvertida da lei infraconstitucional, uma vez que a manutenção de decisões das instâncias ordinárias, divergentes da interpretação adotada pelo Supremo, afronta a Força Normativa da Constituição e o princípio da máxima efetividade da norma constitucional¹⁷.

Assim, o fato de a questão objeto de trânsito em julgado, à época do julgamento, ser controvertida na jurisprudência, não constitui óbice à desconsideração da coisa julgada se fundada em matéria constitucional. Essa tem sido a interpretação conferida pelas Cortes Superiores ao enunciado da Súmula nº 343 do STF. Nesse sentido, segue algumas ementas do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

Uma vez definida a orientação do egrégio STF sobre a interpretação de texto constitucional, é possível ajuizamento de ação rescisória contra sentença que decidiu de modo diverso¹⁸.

Não incide a Súmula 343 do STF se a decisão rescindenda interpretou dispositivo constitucional de modo contrário à interpretação dada, mais tarde, pelo STF¹⁹.

Desse modo, em se tratando de violação à norma constitucional, não se aplica o enunciado da súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista a necessidade de se garantir a autoridade das decisões

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento em Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 555806 / MG, julgado em 1º de abril de 2008. Ministro Eros Grau (relator), Disponível em: < <http://www.stf.gov.br> > e DJ: 17.04.2008, p. 01533.

17 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário 328812 / AM, julgado em 06 de março de 2008. Ministro Néri da Silveira (relator), Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> e DJ: 02.05.2008.

18 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 287.148/RJ, julgado em 17 de maio de 2001. Ministro Ruy Rosado (relator), Disponível em:< <http://www.stj.gov.br> > e DJU: 01.10.2001, p. 223.

19 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Recurso Especial 155.654/RS, julgado em 16 de junho de 1999. Ministro Ruy Rosado (relator), Disponível em: < <http://www.stj.gov.br> > e DJU: 23.8.99, p. 70.

da Corte Suprema, guardiã da Constituição, nos termos do princípio da supremacia constitucional.

É cabível, portanto, a ação rescisória por ofensa à literal disposição constitucional, ainda que a decisão rescindenda tenha se baseado em interpretação controvertida em data anterior à orientação fixada pela Corte Suprema, ou seja, as decisões do Plenário, ainda que proferidas em controle difuso de constitucionalidade, são incontestáveis e dotada de efeito vinculante aos demais tribunais, inclusive ao Superior Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 481, parágrafo único, e artigo 475-L, § 1º, ambos do Código de Processo Civil.

3.2 DA QUERELA NULLITATIS

Embora o ordenamento jurídico pátrio não preveja expressamente meio processual com objetivo de suprimir a suposta coisa julgada inconstitucional, além da ação rescisória, cabível contra sentença de mérito nas hipóteses descritas no artigo 485 do Código de Processo Civil, também é possível considerar a *querela nullitatis* como instrumento de relativização da coisa julgada inconstitucional.

Trata-se de ação declaratória autônoma de inexistência jurídica, que se verifica na ausência de um dos pressupostos processuais de existência (como a petição inicial, jurisdição, citação e capacidade postulatória), não sujeita a prazo para sua propositura, ou seja, é imprescritível, devendo ser proposta perante o juízo que proferiu a decisão.

Nota-se que o objetivo dessa ação declaratória não é a desconstituição de uma decisão que produziu coisa julgada, como ocorre na ação rescisória, mas sim a desconsideração de um ato realizado no bojo do processo ou quando se tratar de sentença inexistente.

A *querela nullitatis*, para José Cretella Neto, significa nulidade de litígio, indicando a ação criada e utilizada na Idade Média para impugnar a sentença, independentemente de recurso, sendo apontada como origem das ações autônomas de impugnação²⁰.

20 CRETELLA NETO, José. Dicionário de Processo Civil, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 368. In NASCIMENTO, Carlos Valder do. (coord.). **Coisa Julgada Inconstitucional**, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 23.

No caso de uma sentença que afronte a Constituição, sopesados os princípios da supremacia constitucional e da própria força normativa da Constituição, não é demais concluir que um ato estatal – no caso uma sentença ou acórdão – que não se coaduna com a ordem constitucional vigente é ato nulo, de pleno direito, visto que lhe falta o fundamento primordial de validade, no caso, adequação constitucional.

Sobre a nulidade da coisa julgada inconstitucional e de sua desconstituição por meio da ação autônoma de *querela nullitatis* acrescenta Carlos Valder do Nascimento, *in verbis*:

A querela nullitatis foi concebida com o escopo de atacar a imutabilidade da sentença convertida em res iudicata, sob o fundamento, consoante Moacyr Amaral Santos, de achar-se contaminada de vícios que a inquinasse de nulidade, visando a um indicium rescinders. Este, uma vez obtido, ficava o querelante na situação de poder colher uma nova decisão sobre o mérito da causa. A decisão judicial impugnada de injustiça desse modo, posta contra expressa disposição constitucional, não pode prevalecer. Neste caso, configurando o julgado nulo de pleno direito, tem cabimento de ação própria no sentido de promover sua modificação, com vistas a restaurar o direito ofendido. Contradiz a lógica do ordenamento jurídico a sentença que, indo de encontro a Constituição, prejudica uma das partes da relação jurídico-processual.

São por conseguintes, passíveis de ser desconstituídas as sentenças que põem termo ao processo, por ter decidido o mérito da demanda, enquadrando-se também, na hipótese, os acórdãos dos tribunais. Isso se persegue mediante ação autônoma que engendra uma prestação jurisdicional resolutória da sentença hostilizava, [sic], cujo efeitos objetiva desconstituir. Nisso é que reside sua razão fundamental: anulação de sentença de mérito que fez coisa julgada inconstitucional.²¹

Neste sentido, acrescentam Humberto Theodoro e Juliana Cordeiro:

A decisão judicial transitada em julgado desconforme a Constituição padece do vício da inconstitucionalidade que, nos mais diversos ordenamentos jurídicos, lhe impõe a nulidade. Ou seja, a coisa julgada inconstitucional é nula e, como tal, não se sujeita a prazos

21 NASCIMENTO, Carlos Valder do. (coord.). **Coisa Julgada Inconstitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 5-29.

prescricionais ou decadenciais. Ora, no sistema das nulidades, os atos judiciais nulos independem de rescisória para a eliminação do vício respectivo. Destarte pode “a qualquer tempo ser declarada nula, em ação com esse objetivo, ou em embargos à execução” (STJ, Resp 7.556/RO, 3 T., Re. Ministro Eduardo Ribeiro, RSTJ 25/439).

A utilização da *querela nullitatis* ganha ainda mais vulto quando se analise a ação jurisdicional nos Juizados Especiais, tendo em vista que, em razão da omissão da Lei nº 10.259/01 a respeito do cabimento da ação rescisória, entende-se prevalecer a respeito do assunto o disposto na Lei nº 9.099/95 que, em seu artigo 59, veda expressamente ser cabível a rescisória nos Juizados Especiais Cíveis, nos termos da proibição já existente no artigo 54 da Lei nº 7.244/84, que se referia ao Juizado de Pequenas Causas.

Nesse sentido, ficou estabelecido no verbete nº 44 do FONAJEF que: “*Não cabe ação rescisória no JEF. O artigo 59 da Lei no 9.099/95 está em consonância com os princípios do sistema processual dos Juizados Especiais, aplicando-se também aos Juizados Especiais Federais.*”

Por essa razão, pode-se dizer que a *querela nullitatis*, por ser espécie de ação autônoma de impugnação, encontra especial utilidade no Juizado Especial Federal por ser a única forma autônoma de afastar a sentença tida por inconstitucional que tenha produzido coisa julgada, ante o não cabimento da ação rescisória nesse rito sumaríssimo dos Juizados Especiais.

3.3 DAS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 11.232/2005 - IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA E EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Até o início da reforma processual civil de 2006, havia uma única hipótese de previsão legal para desconstituição da coisa julgada produzida em processo que tenha corrido à revelia do réu em razão de ausência ou nulidade de citação, nos termos do artigo 741, inciso I, do Código de Processo Civil (na redação anterior), quando se tratava de *embargos à execução fundada em sentença*.

Entretanto, com o advento da Lei nº 11.232/2005, a hipótese de citação nula ou inexistente na fase processual de conhecimento passou a ser aventada por meio de *impugnação no cumprimento de sentença*, conforme

dispõe o artigo 475-L, inciso I, do diploma processual civil acrescido pela referida lei, em razão da instituição do processo sincrético quando se tratar de título executivo judicial.

O artigo 741, inciso I, do Código de Processo Civil, que até então cuidava dos embargos à execução de sentença, com a reforma legislativa processual passou a se referir unicamente à hipótese de cabimento de *embargos à execução contra a Fazenda Pública*, prevendo a possibilidade de desconstituir a coisa julgada produzida no processo de conhecimento que tenha sido tramitado à revelia em razão da falta ou nulidade de citação do réu.

Essas duas hipóteses legais que admitem a desconstituição da sentença transitada em julgado por ausência ou nulidade da citação são consideradas por alguns autores, dentre eles Alexandre dos Santos Macedo e Rogério Marrone de Castro Sampaio, como espécies de *querela nullitatis*²².

No entanto, comungando com a doutrina que entende subsistir a *querela nullitatis* no ordenamento jurídico, porém não de forma expressa (de acordo com lição de Fernando da Fonseca Gajardoni), observa-se que a hipótese de *citação nula ou inexistente* é agora aventada por meio de mera impugnação ao cumprimento de título judicial, nos termos do artigo 475-L, inciso I, do Código de Processo Civil, e não mais de embargos à execução, como dispunha o artigo 741, inciso I. E sendo a impugnação mera petição interposta no bojo do processo sincrético, pode-se afirmar que tem o caráter de incidente processual, e não de ação autônoma (como é a *querela nullitatis*).

Assim, considera-se que os dois mecanismos para desconstituir a sentença inconstitucional transitada em julgado, previstos no artigo 475-L, inciso I e artigo 741, inciso I (pela oposição de embargos à execução contra a Fazenda Pública), ambos do Código de Processo Civil, estão ao lado da *querela nullitatis*, como espécies autônomas.

4 DOS EFEITOS DA SENTENÇA QUE RECONHECE A INCONSTITUCIONALIDADE DE DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO

Especificamente a respeito do efeito produzido pela sentença inconstitucional transitada em julgado, destaca-se que a doutrina e

²² FREITAS, Adriana Moreira Silveira; ROCHA, Ana Maria Soares. **A querela nullitatis no sistema processual civil brasileiro**, p. 07. Disponível em: <http://www.oab-ms.org.br/artigo/querela_nullitatis.pdf>.

jurisprudência têm consagrado que o vício da inconstitucionalidade gera invalidade do ato público e, conseqüentemente, a sentença dotada de conteúdo inconstitucional será nula de pleno direito, podendo, assim, ser reconhecida a qualquer tempo e em qualquer procedimento, por ser insanável o vício nela contido.

A respeito do assunto, destacam-se os ensinamentos de Humberto Theodoro e Juliana Cordeiro:

A decisão judicial transitada em julgado desconforme a Constituição padece do vício da inconstitucionalidade que, nos mais diversos ordenamentos jurídicos, lhe impõe a nulidade. Ou seja, a coisa julgada inconstitucional é nula e, como tal, não se sujeita a prazos prescricionais ou decadenciais. Ora, no sistema das nulidades, os atos judiciais nulos independem de rescisória para a eliminação do vício respectivo. Destarte pode “a qualquer tempo ser declarada nula, em ação com esse objetivo, ou em embargos à execução” (STJ, Resp 7.556/RO, 3 T., Re. Ministro Eduardo Ribeiro, RSTJ 25/439)²³.

Todo e qualquer ato contrário à Constituição é nulo desde o seu nascedouro. Assim, a decisão do Supremo Tribunal Federal que declara a inconstitucionalidade de lei tem caráter meramente declaratório de um vício que sempre existiu. O ato judicial não revoga a lei, mas tão-somente reconhece a existência de um vício preexistente, razão pela qual, em regra, a decisão produz efeito *ex tunc*, retroagindo desde o nascimento da lei impugnada.

De acordo com Alexandre de Moraes, a decisão que declara a coisa julgada inconstitucional tem estreita ligação com a idéia de controle de constitucionalidade, que, por sua vez, está ligada à Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, bem como à rigidez e proteção dos direitos fundamentais²⁴.

Tendo em vista essa relação existente, pode-se dizer que o efeito da declaração de inconstitucionalidade de decisão judicial transitada em julgado, em regra, é *ex tunc*, seguindo a mesma regra da ação direta de inconstitucionalidade, prevista no artigo 27 da Lei nº 9.868/99.

²³ THEODORO JÚNIOR; FARIA. op. cit., p. 154.

²⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 635.

Entretanto, admite-se em casos excepcionais conferir efeito *ex nunc* à declaração de coisa julgada inconstitucional por meio de ação declaratória autônoma, desde que devidamente justificados os motivos para proceder dessa maneira, tendo por fundamento a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em sede de controle abstrato de constitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal.

Desse modo, observa-se a aproximação entre as duas espécies de controle de constitucionalidade (difuso e concentrado) feito pelo órgão máximo constitucional, sempre tendo em mente a importância de se preservar o ato público, seja ele judicial ou legislativo, o mais próximo da Constituição.

5 CONCLUSÃO

O presente estudo teve por escopo aprofundar a questão afeta à chamada coisa julgada inconstitucional ou sentença inconstitucional transitada em julgado (assim tida como a melhor nomenclatura), uma vez que, ao ser proferido, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, decisão declaratória de inconstitucionalidade ou confirmatória de constitucionalidade de uma lei, seja em controle abstrato ou concreto, toda e qualquer decisão que tenha produzido coisa julgada de forma contrária à posição firmada pela Corte, poderá ser desconsiderada por meio de instrumentos autônomos de impugnação, quais sejam, ação rescisória, *querela nullitatis*, impugnação ao cumprimento de sentença ou embargos à execução contra a Fazenda Pública.

Na atualidade, não mais se fala em formulação de norma jurídica individualizada, ou seja, não basta que o juiz aplique a lei (norma geral e abstrata) ao caso concreto; exige-se, em virtude do pós-positivismo e, por consequência, do atual Estado Constitucional, uma postura mais ativa do julgador, a fim de encontrar no caso concreto uma solução que esteja em maior conformidade com as disposições e princípios constitucionais e direitos fundamentais.

Cabe à Corte Suprema a interpretação final em matéria constitucional, devendo suas decisões serem respeitadas e aplicadas de modo uniforme na prestação jurisdicional, pondo fim à intangibilidade da coisa julgada. Assim, a posição da doutrina tradicional de conferir um caráter absoluto à coisa julgada, que coloca a revisão de julgados eivados de vícios de inconstitucionalidade como inatingível, não pode ser

adotada no estágio atual de evolução do Direito Processual Brasileiro, que prestigia o reconhecimento da força normativa da Constituição.

Conclui-se, portanto, que a relativização da decisão judicial inconstitucional transitada em julgado, seja ela produzida em sede de controle abstrato ou concreto de constitucionalidade, é a melhor forma de prestigiar a unidade e a supremacia constitucional, conferindo um aspecto mais amplo à própria noção de segurança jurídica.

6 REFERÊNCIAS

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, v 1, 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007;

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Processo Civil**. v. 02, Rio de Janeiro: Podivm, 2007. p. 478.

FREITAS, Adriana Moreira Silveira; ROCHA, Ana Maria Soares. A querela nullitatis no sistema processual civil brasileiro. Disponível em: <http://www.oab-ms.org.br/artigo/querela_nullitatis.pdf>.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 635.

NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 142.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2003. p. 791.

A REPERCUSSÃO GERAL DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E A OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE

Clarissa Teixeira Paiva
Procuradora Federal. Especialista em Direito Constitucional

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 A repercussão geral dos recursos extraordinários; 3 A objetivação do controle concreto de constitucionalidade; 4 Conclusão; 5 Referências.

RESUMO: A repercussão geral foi criada como mais um requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. Com isso, alterou-se não apenas o próprio trâmite recursal, mas também a feição do controle de constitucionalidade no Brasil, pois a repercussão geral introduz elementos do processo objetivo no recurso extraordinário. O objetivo deste estudo, portanto, é analisar todas as alterações inseridas com a criação da repercussão geral e demonstrar em que medida esse novo instituto contribui para o processo de objetivação do controle concreto, que vem ocorrendo gradativamente nos últimos anos. Para tanto, foi utilizada pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, com abordagem através do método dedutivo, e coleta de dados pela documentação indireta. Desta forma, constatou-se que a repercussão geral aproxima o recurso extraordinário do controle abstrato em dois pontos principais: primeiro, com a própria exigência de que a questão constitucional seja relevante e transcendente ao interesse subjetivo das partes, e, segundo, pela existência de efeito vinculante em todas as decisões proferidas pelo STF no julgamento dos recursos extraordinários. Essas características da repercussão geral, juntamente com outras mudanças legislativas e jurisprudenciais, diminuem as diferenças entre o controle concreto e o abstrato, principalmente por atribuir efeitos gerais às decisões do STF, independentemente da modalidade de controle.

PALAVRAS-CHAVE: Repercussão Geral. Recurso Extraordinário. Controle de Constitucionalidade.

1 INTRODUÇÃO

A repercussão geral foi criada pela Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004. Posteriormente, foi regulamentada pela Lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006, a qual inseriu os artigos 543-A e 543-B no Código de Processo Civil, e também pela Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007, a qual alterou o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (STF).

Com a criação da repercussão geral, o recurso extraordinário ganha mais um requisito de admissibilidade e o STF passa a ter o poder de selecionar para julgamento apenas questões constitucionais relevantes e abrangentes. Trata-se de uma alteração significativa no trâmite do recurso extraordinário, o qual passa a ter uma nova feição inclusive como instrumento do controle de constitucionalidade concreto.

São grandes as expectativas em torno da aplicação da repercussão geral, pois se espera que esse novo instituto gere resultados positivos para a jurisdição constitucional brasileira. É nítido que a repercussão geral foi criada com o objetivo principal de firmar o STF como corte constitucional, pois a apreciação restrita a matérias relevantes que extrapolem o interesse das partes pretende livrar o STF do papel de mera instância recursal. Reflexivamente, a repercussão geral também pretende reduzir gradativamente a quantidade de recursos extraordinários, o que contribuirá para a celeridade e eficiência da prestação jurisdicional. São pretensões muito ambiciosas para um mero requisito de admissibilidade recursal, mas, caso as expectativas se confirmem, a repercussão geral será um marco na história do Direito Constitucional brasileiro.

A repercussão geral se destaca também como um mecanismo de grande importância dentro do controle de constitucionalidade. O recurso extraordinário pode não ser o único, mas é o principal meio de exercício do controle de constitucionalidade difuso, pois é através dele que se obtém o mais amplo acesso ao STF. A exigência da repercussão geral, todavia, altera o papel do recurso extraordinário, pois ela representa a inserção de elementos do processo objetivo no controle de constitucionalidade concreto.

À primeira vista, causa estranheza a exigência de repercussão geral no controle concreto. A necessidade da demonstração de questões transcendentais aos interesses das partes induz a uma identificação

automática com o controle abstrato de constitucionalidade, por se tratar de uma característica própria do processo objetivo. Todavia, essa mudança de paradigma aparentemente contraditória é compatível com a nova realidade do controle de constitucionalidade no Brasil.

Nesse contexto, o objetivo deste estudo é analisar a contribuição da repercussão geral para a tendência da objetivação do controle concreto de constitucionalidade.

Entendimentos jurisprudenciais e alterações legislativas ocorridas nos últimos 10 anos apontam para a existência de uma tendência de se introduzir elementos do processo objetivo no controle concreto, aproximando-o do controle abstrato. Daí a o uso do termo “objetivação” do controle concreto em referência ao uso de elementos do processo objetivo em processos nos quais as questões constitucionais são discutidas em um contexto subjetivo, regido por regras processuais comuns. Assim, o que antes eram características próprias do controle abstrato agora também podem ser observadas no controle concreto.

Por isso, é relevante demonstrar em que medida a repercussão geral vem contribuindo para a objetivação do controle concentrado e como esse fenômeno está relacionado ao fortalecimento do STF como Corte Constitucional.

2 A REPERCUSSÃO GERAL DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS

2.1 INTRODUÇÃO DA REPERCUSSÃO GERAL NO DIREITO BRASILEIRO

A repercussão geral foi criada pela Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, que inseriu o § 3º ao art. 102 da Constituição, o qual traz a seguinte redação:

No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Como se pode notar, trata-se de norma constitucional de eficácia limitada, já que foi prevista a necessidade de regulamentação por meio de lei ordinária. Por isso, a repercussão geral só passou a ser exigida depois

que foi regulamentada pela Lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006, a qual inseriu os artigos 543-A e 543-B no CPC, e pela Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007, a qual alterou o Regimento Interno do STF.

Assim, embora tenha sido introduzida pela EC n. 45/04, a repercussão geral só pôde ser aplicada com a entrada em vigor da ER n. 21/07, em 3 de maio de 2007, mais de dois anos depois da sua criação¹. A partir dessa data, todos os recursos extraordinários deverão conter uma preliminar de repercussão geral, em que o recorrente deverá convencer o STF da existência de “questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesse subjetivos da causa” (art. 543-A, § 1º do CPC).

Parte da doutrina, ao questionar o significado de repercussão geral, afirma tratar-se de conceito vago e indeterminado², o qual demanda interpretação caso a caso pelo STF. Apesar disso, é possível estabelecer previamente alguns parâmetros de interpretação que possam orientar a análise feita pelo STF, tal como fez JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, ao afirmar que repercussão geral significa a existência de relevância que transcende o caso concreto, “revestindo-se de interesse geral”.³ CARREIRA ALVIM, por sua vez, ressalta que, embora a repercussão tenha que ser geral, isso “não significa deva ser, necessariamente, de âmbito *nacional*, podendo ser *regional* e, até mesmo, *local*”, pois, na opinião dele:

Seria inconcebível vedar o recurso extraordinário a uma questão constitucional pelo fato de ter expressão local, quando até mesmo

1 Questão de Ordem no AI n. 664.567.

2 Nesse sentido: AURELLI, Arlete Inês. Repercussão Geral como Requisito de Admissibilidade do Recurso Extraordinário. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 32, n. 151, set. 2007. p. 147; ARAÚJO, José Henrique Mouta. A Eficácia da Decisão Envolvendo a Repercussão Geral e os Novos Poderes dos Relatores e dos Tribunais Locais. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 32, n. 152, out. 2007. p. 185; ALVIM, J. E. Carreira. *Alguns Aspectos dos Recursos Extraordinário e Especial na Reforma do Judiciário (EC n. 45/2004)*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Reforma do Judiciário: Primeiros Ensaio Críticos Sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 325; MEDINA, José Miguel Garcia. WAMBIER, Luiz Rodrigues. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Repercussão Geral e Súmula Vinculante: Relevantes Novidades Trazidas pela EC. n. 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Reforma do Judiciário: Primeiros Ensaio Críticos Sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 374.

3 MEDINA, José Miguel Garcia. Variações Recentes Sobre os Recursos Extraordinário e Especial – Breves Considerações. In: FUX, Luiz, NERY JÚNIOR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). **Processo e Constituição**: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 1058.

a validade de “lei local” contestada em face de lei federal, que é também uma questão constitucional, foi deslocada para o âmbito do art. 102, III, d, da Constituição⁴.

Alguns exemplos do que seriam “questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico” já podem ser retirados da lista de recursos com repercussão geral, já apreciados pelo STF. Questões com reflexos econômicos seriam as que detêm um potencial multiplicador de ações, tais como casos envolvendo reajustes de remuneração de servidores públicos⁵. A repercussão política pode ser verificada em casos que envolvam cobrança de contribuições especiais, como a de iluminação pública⁶ e o seguro apagão⁷, ou ainda em relação ao controle de constitucionalidade do processo legislativo.⁸ Do ponto de social, podem ser considerados casos que envolvam a concessão de benefício assistencial⁹ e serviços de saúde pública¹⁰. E, quanto à relevância jurídica, são consideradas com repercussão geral questões envolvendo regras processuais, como a fixação de jurisdição e competência¹¹. Todavia, é preciso ressaltar que as questões não se enquadram necessariamente em apenas um dos aspectos previstos na lei, pois uma questão pode ser considerada relevante em mais de um ponto de vista.

Sobre a natureza jurídica da repercussão geral, a maioria da doutrina, bem como o STF¹², entende que se trata de requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. Para LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO, a repercussão geral é um requisito intrínseco de admissibilidade, pois está relacionada à existência, ou não, do poder de recorrer, assim como o interesse recursal, a legitimidade,

4 ALVIM, J. E. Carreira. Alguns Aspectos dos Recursos Extraordinário e Especial na Reforma do Judiciário (EC n. 45/2004). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Reforma do Judiciário: Primeiros Ensaio Críticos Sobre a EC n. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 325.

5 Servidor Público Civil. Reajustes de Remuneração, Proventos ou Pensão. Índice da URV Lei 8.880/1994. Índice de 11,98% (RE 561836)

6 Contribuição de Iluminação Pública (RE 573675).

7 Seguro Apagão (Lei 10.438/02) (RE 576189).

8 Processo Legislativo (RE 570392).

9 Benefício Assistencial, art. 203,V CF/88 (RE 567985).

10 Tratamento Médico-Hospitalar e/ou Fornecimento de Medicamentos (RE 566471).

11 Competência (RE 567454 e RE 573202).

12 Supremo Tribunal Federal, Gabinete Extraordinário de Assuntos Institucionais. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Posição: Dezembro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudenciaRepercussaoGeral/arquivo/estudoRepercussaoGeral.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2008.

a inexistência de fato impeditivo do direito de recorrer e, ainda, o enfrentamento da questão constitucional, no caso específico do recurso extraordinário¹³.

Embora se atribua natureza política à repercussão geral¹⁴, em relação ao poder de seleção das causas pelo STF, é inegável a natureza processual do instituto, pois se trata de requisito prévio à análise do mérito recursal. Ademais, a obrigatoriedade de motivação da decisão e o acesso livre às sessões de julgamento são características que asseguram a natureza jurídica da repercussão geral.

A análise da repercussão geral é competência exclusiva do STF. Embora o tribunal ou a turma de origem tenham atribuição para realizar juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, essa análise, todavia, não pode ser estendida quanto existência de repercussão geral da questão constitucional. O que o juízo de origem poderá fazer é apenas a análise normal dos requisitos de admissibilidade e a verificação da presença, ou não, da preliminar de repercussão geral. A única hipótese em que o juízo *a quo* poderá negar seguimento a um recurso em razão da repercussão geral é quando for verificada a ausência da preliminar.

A parte recorrente deverá, portanto, convencer os Ministros do STF quanto à existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. Da forma como o instituto foi concebido, entende-se existir uma presunção em favor da presença de repercussão geral em todos os recursos extraordinários, pois, mesmo se a minoria dos ministros for a favor, o recurso será admitido e julgado. Isso porque o §3º ao art. 102 da Constituição prevê que o recurso só pode ser rejeitado pela ausência de repercussão geral em consequência do voto de pelo menos dois terços dos seus membros. Ademais, o §2º do art. 543-A do CPC já prevê a presunção de repercussão geral “sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal”.

13 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 32.

14 Nesse sentido: ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de; BARROS, Luciano José Pinheiro. **O estreitamento da via difusa no controle de constitucionalidade e a comprovação da repercussão geral nos recursos extraordinários**. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaas/arquivos/anais/recife/teoria_hermen_marcelo_labanca_e_luciano_barros.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2008 e; YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **A Repercussão Geral do Recurso Extraordinário: Uma Volta ao Passado?** São Paulo: **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 53, agosto, 2007.

O CPC e o RISTF trazem regulamentação específica quanto à repercussão geral nos casos de multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia. Nesses casos, o tribunal ou a turma de origem deverão selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia, os chamados recursos paradigma¹⁵, e os demais ficarão sobrestados (art. 543-B, §1º, do CPC). Se a decisão do STF for pela inexistência de repercussão geral, todos os recursos restarão automaticamente não admitidos (§2º). Na hipótese contrária, o juízo de origem poderá se retratar, alterando o julgamento do acórdão recorrido, no caso de provimento do recurso paradigma; ou declarar prejudicados os recursos sobrestados, caso o acórdão seja mantido pelo STF (§3º).

De acordo com estudo realizado pelo Gabinete Extraordinário de Assuntos Institucionais do STF¹⁶, as finalidades da repercussão geral são: a) firmar o papel do STF como Corte Constitucional e não como instância recursal; b) ensejar que o STF só analise questões relevantes para a ordem constitucional, cuja solução extrapole o interesse subjetivo das partes e; c) fazer com que o STF decida uma única vez cada questão constitucional, não se pronunciando em outros processos com idêntica matéria.

A preocupação em firmar o STF como Corte Constitucional é, provavelmente, a principal tarefa da repercussão geral. Isso porque a redução dos julgamentos apenas a casos de repercussão geral e a necessidade de o Tribunal se pronunciar apenas uma vez em recursos múltiplos com fundamento em idêntica controvérsia têm como finalidade valorizar a competência do STF. Com a repercussão geral, limita-se o acesso tanto pela seleção do que merece ser julgado pelos Ministros, quanto pela atribuição de efeito transcendente aos fundamentos determinantes das decisões, o que tem o poder de vincular os órgãos Judiciários inferiores. Com isso, a expectativa é de diminuição do volume de recursos que chega até o Tribunal.

15 ARAÚJO, José Henrique Mouta. A Eficácia da Decisão Envolvendo a Repercussão Geral e os Novos Poderes dos Relatores e dos Tribunais Locais. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 32, n. 152, out. 2007. p. 191.

16 Supremo Tribunal Federal, Gabinete Extraordinário de Assuntos Institucionais. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. Posição: Dezembro de 2007. Disponível em: <[http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudenciaRepercussaoGeral/arquivo/estudoRepercussao Geral.pdf](http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudenciaRepercussaoGeral/arquivo/estudoRepercussao%20Geral.pdf)>. Acesso em: 10 mar. 2008.

2.2 REPERCUSSÃO GERAL X ARGÜIÇÃO DE RELEVÂNCIA

A repercussão geral tem sido comparada pela doutrina com a argüição de relevância (EC n. 7/77), a qual vigorou no Brasil até a Constituição de 1988. Embora existam algumas semelhanças entre os dois institutos, as diferenças são muito mais perceptíveis¹⁷.

A argüição de relevância, tal como a repercussão geral, “ensejava uma certa triagem na admissão dos recursos extraordinários, barrando-os em função da matéria ou da alçada¹⁸”, mas é nesse ponto apenas que os dois institutos se aproximam.

De acordo com LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO, a argüição de relevância e a repercussão geral se diferenciariam nos próprios conceitos. Enquanto a primeira estaria principalmente focada no conceito de “relevância”, a segunda exigiria, além da relevância, a transcendência da questão constitucional debatida.

A argüição de relevância era exigida para na interposição do recurso extraordinário, mas ela era referente apenas à questão federal. Na época em que a argüição de relevância foi criada, ainda não existia o STJ e o recurso extraordinário servia tanto para a proteção das leis federais quanto da Constituição. Portanto, não era exigida a argüição de relevância quanto às questões constitucionais¹⁹.

A análise da argüição de relevância era feita de forma mais precária em relação à repercussão geral. Primeiro, porque as decisões do STF não precisavam de motivação²⁰ e, depois, porque os julgamentos eram sigilosos. “O julgamento era realizado pelo Tribunal Pleno, reunido em “Conselho”, sem a presença das partes e de seus advogados, publicando-se o resultado no *Diário de Justiça da União* apenas com a indicação “acolhida” ou “não acolhida”²¹.

17 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 30.

18 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A Realidade Judiciária Brasileira e os Tribunais da Federação – STF e STJ: Inevitabilidade de Elementos de Contenção dos Recursos a Eles Dirigidos. In: FUX, Luiz, NERY JÚNIOR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). **Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 1076.

19 YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **A Repercussão Geral do Recurso Extraordinário: Uma Volta ao Passado?** São Paulo: Revista Dialética de Direito Processual, n. 53, agosto, 2007. p. 46 e 47.

20 MANCUSO, op. cit.

21 YOSHIKAWA, op. cit.

As lembranças da argüição de relevância não são as melhores, pois, conforme aponta RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, “a discricionariedade no processo de seleção, aliada ao reduzidíssimo número de argüições acolhidas, contribuiu para que a classe dos advogados se opusesse ao sistema”.²²

Portanto, para que não seja feita injustiça à repercussão geral, é aconselhável que se evite falar que ela representa a volta da argüição de relevância, já que os dois institutos são muito diferentes.

2.3 A INSPIRAÇÃO NORTE-AMERICANA DO PETITION FOR CERTIORARI

A repercussão geral teve como inspiração institutos como a *petition for certiorari* do direito norte-americano. Quando a parte não está satisfeita com a decisão proferida por uma Corte inferior, é previsto recurso à Suprema Corte, a qual só aceitará julgar o pedido se nele estiver contida questão de ampla relevância que mereça ser analisada. A cada ano, a Suprema Corte inicia seus trabalhos analisando todas as *petitions for certiorari*, entre as quais serão escolhidos os casos que serão julgados ao longo do ano.

A repercussão geral é parecida com a *petition for certiorari* em alguns aspectos. O primeiro é quanto ao próprio critério de admissão do recurso. Um dos fatores analisados pelos membros da Suprema Corte é justamente a importância geral do caso, o que seria o equivalente ao nosso conceito de repercussão geral.²³ Outra semelhança diz respeito ao quorum de aprovação. Tanto na Suprema Corte, quanto no STF o voto da minoria pode ser suficiente para admitir o recurso. Embora ambas as casas operem pela regra da maioria, nos EUA basta o voto de quatro dos nove julgadores²⁴, e, no Brasil, o recurso só não será admitido se 3/5 dos ministros forem contra.

É interessante notar que a *petition for certiorari* traz características semelhantes também à argüição de relevância. A Suprema Corte decide se os

22 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A Realidade Judiciária Brasileira e os Tribunais da Federação – STF e STJ: Inevitabilidade de Elementos de Contenção dos Recursos a Eles Dirigidos. In: FUX, Luiz, NERY JÚNIOR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). **Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 1076.

23 RHENQUIST, op. cit., p. 235.

24 RHENQUIST, William H. The Supreme Court. **Vintage Books**: New York, 2002. p. 233.

recursos serão admitidos ou não em sessões sigilosas, na presença apenas dos próprios julgadores, sem acesso nem aos advogados. Além disso, nem todas as *petitions* são levadas a julgamento e discutidas pela Corte e muitas delas são simplesmente rejeitadas. Isso ocorre quando o julgador responsável pelo processo reconhece que não há a menor chance de o pedido ser aprovado, pois nenhum outro julgador seria a favor do prosseguimento do recurso. Essas *certiorari* que são rejeitadas de imediato são tidas como *dead listed*.²⁵

Como resultado, a grande maioria dos casos submetidos à Suprema Corte tem o pedido de *certiorari* negado. Aproximadamente 7.500 recursos são protocolados a cada ano, mas apenas algo entre 80 e 150 são apreciados²⁶.

WILLIAM H. REHNQUIST, ex-membro da Suprema Corte, ressalta que a *certiorari* foi criada em 1925 como parte da reforma do sistema judiciário norte-americano. Antes disso, a Suprema Corte tinha um papel não muito diferente de qualquer outra corte de apelação, em que a principal função é analisar se a lei foi corretamente aplicada e corrigir erros cometidos por instâncias inferiores. Todavia, após da Guerra Civil, vários fatores, dentre eles o crescimento do comércio e o aumento da população, levaram ao surgimento de mais litígios, o que acabou congestionando a Suprema Corte. Em 1890, um processo levava três anos e meio para ser julgado. Assim, após algumas reformas, o congresso norte-americano finalmente editou o *Certiorari Act* em 1925.

A Suprema Corte, então, deixou de ser a mais alta corte de revisão para se tornar uma verdadeira Corte Constitucional, responsável por julgar apenas casos de ampla relevância. É o que defende WILLIAM H. REHNQUIST:

Occasionally, trial judges make mistakes within the federal system, and state appellate courts sit to do the same in every state system. It would be a useless duplication of these functions if the Supreme Court of the United States were to serve simply as an even higher court for the correction of errors in cases involving no generally important principle of law. The Supreme Court, quite correctly in my opinion, instead seeks to pick from several thousand cases it is annually asked to review, those cases involving unsettled questions of federal constitutional or statutory law of general interest.

25 Idem.

26 Informações retiradas da internet: < <http://en.wikipedia.org/wiki/Certiorari> >. Acesso em: 17 dez. 2007.

O Brasil, ao criar um instituto semelhante à *petition for certiorari* norte-americana, visa também eliminar a função de simples instância revisora para reforçar o papel do STF como Corte Constitucional.

2.4 CASOS DE REPERCUSSÃO GERAL JÁ DECIDIDOS PELO STF

Mais de um ano depois da entrada em vigor da repercussão geral como requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários, o STF já teve a oportunidade de se manifestar sobre a existência ou não de repercussão geral em 63 recursos extraordinários, dos quais 50 foram admitidos, e 13 rejeitados²⁷. As matérias de Direito Tributário, até o momento, são a maioria dentre as que foram recebidas com repercussão geral. Em seguida aparecem as matérias de Direito Administrativo e de Direito Constitucional.

Esses números comprovam que era infundado o receio de que a exigência da repercussão geral da matéria limitaria demasiadamente o acesso ao STF por meio do controle concreto. Embora 63 recursos ainda seja uma amostra pouco representativa, o fato de a imensa maioria (quase 80%) ter sido admitida já indica que a presunção de existência de repercussão geral tende a ser confirmada.

A expectativa de redução de recursos extraordinários, ao que tudo indica, concretizar-se-á apenas com o passar do tempo, na medida em que o STF não terá mais que se manifestar repetidas vezes sobre a mesma matéria. Como a tendência é de que quase todos os recursos extraordinários sejam admitidos, o volume não diminuirá até que o STF tenha se manifestado de forma definitiva sobre várias matérias.

3 A OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE

3.1 APROXIMAÇÃO ENTRE OS MODELOS DE CONTROLE CONCRETO E ABSTRATO: NOVA TENDÊNCIA

Recentes alterações legislativas e jurisprudências nos últimos anos têm chamado atenção pela inserção de traços característicos do processo objetivo no controle concreto de constitucionalidade. Essas mudanças têm alterado significativamente o controle de constitucionalidade brasileiro por meio de uma aproximação cada vez

²⁷ Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=apresentacao>>. Acesso em: 17 mai. 2008.

mais evidente entre os modelos concreto e abstrato. Talvez a experiência brasileira de convivência entre as duas formas de controle, consagradas no direito internacional, tenha caminhado para um estágio evolutivo de aperfeiçoamento em que se procura privilegiar o melhor que cada sistema tem a oferecer. Nesse sentido, têm sido mais frequentes as manifestações de influência do controle concreto pelo controle abstrato.

Várias razões têm sido apontadas no sentido de explicar a ocorrência dessa nova tendência. A valorização do STF como Corte Constitucional tem sido um dos motivos frequentemente apontados pela doutrina²⁸. Várias das mudanças ocorridas tem a função de diminuir o volume de processos em trâmite no STF através da atribuição de efeitos gerais a qualquer decisão em controle de constitucionalidade proferida pelo pleno e da criação de barreiras de contenção de recursos.

O crescimento do controle abstrato a partir da Constituição de 1988 também pode ter chamado atenção para a necessidade de alterações no controle concreto, como bem observa GILMAR FERREIRA MENDES:

A convivência do modelo incidental difuso tradicional com um sistema de múltiplas ações diretas – ADI, ADC, ADI^o, ADPF e representação interventiva – operou significativa mudança no controle de constitucionalidade brasileiro. Uma observação trivial revela tendência de dessubjetivização das formas processuais, especialmente daquelas aplicáveis ao modelo de controle incidental, antes dotadas de ampla feição subjetiva, com simples eficácia inter partes.

[...]

²⁸ Nesse sentido: GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. A repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Síntese, v. 6, n. 34, mar./abr., 2005. p. 96; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A Realidade Judiciária Brasileira e os Tribunais da Federação – STF e STJ: Inevitabilidade de Elementos de Contenção dos Recursos a Eles Dirigidos. In: FUX, Luiz, NERY JÚNIOR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). **Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 1073; MEDINA, José Miguel Garcia. Variações Recentes Sobre os Recursos Extraordinário e Especial – Breves Considerações. In: FUX, Luiz, NERY JÚNIOR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). **Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 1052; CORTÊS, Osmar Mendes Paixão. As Inovações da EC n. 45/2004 Quanto ao Cabimento do Recurso Extraordinário. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Reforma do Judiciário: Primeiros Ensaios Críticos Sobre a EC n. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 535; YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *A Repercussão Geral do Recurso Extraordinário: Uma Volta ao Passado?* São Paulo: **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 53, agosto, 2007. p. 45.

A amplitude conferida pela Constituição de 1988 ao controle abstrato de normas contribuiu para tornar visíveis as inadequações ou insuficiências do modelo difuso de controle de constitucionalidade. Não só a notória superação do instituto da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal, mas também a complexidade e a demora na obtenção de julgamento definitivo da questão constitucional pelo Supremo Tribunal, na via incidental, exige reforma radical do sistema difuso de controle de constitucionalidade entre nós²⁹.

Assim, podem ser mencionados como parte dessa tendência de “objetivação³⁰”, “dessubjetivização³¹” ou “abstração³²” do controle concreto: a reinterpretação do papel do Senado (art. 52, X), a possibilidade de o relator dar provimento a recurso quando a decisão recorrida estiver em confronto com a jurisprudência do STF (art. 557, 10-A do CPC), a transcendência dos motivos determinantes da declaração de inconstitucionalidade de leis municipais, a dispensabilidade do procedimento do art. 97 da Constituição, a causa de pedir aberta dos recursos extraordinários, a súmula vinculante, a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em controle concreto e a repercussão geral dos recursos extraordinários.

3.1.1 REINTERPRETAÇÃO DO PAPEL DO SENADO (ART. 52, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL)

De acordo com o art. 52, X, da Constituição, compete privativamente ao Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. Essa regra apareceu pela primeira vez na Constituição de 1934 e foi repetida nos textos subseqüentes³³.

29 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1038 e 1047.

30 TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 272.

31 MENDES, op. cit., p. 1047.

32 Utilizam o termo: Eduardo Francisco de Souza (A abstração do controle difuso de constitucionalidade. **Revista Jurídica**: Brasília, v. 9, n. 89, p.01-23, fev./mar, 2008. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/revista_jurfdica>. Acesso em: 8 abr. 2008) e Jonas Vieira de Lima (A tendência de abstração do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1320, 11 fev. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9485>>. Acesso em: 08 abr. 2008).

33 BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 119.

O sentido da norma é de dar efeitos gerais às declarações de inconstitucionalidade proferidas pelo STF. Caberia ao Senado, por meio de resolução, o papel de retirar do ordenamento jurídico a norma contrária ao texto Constitucional. Com isso, a decisão do STF teria eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Como não existia nenhuma norma que servisse de fundamento para a existência de efeitos amplos quanto às decisões proferidas pelo STF em controle de constitucionalidade, entendeu-se por bem atribuir ao Senado a função de suspender a execução da lei declarada inconstitucional³⁴, como que em respeito ao princípio da separação dos poderes. Se o Legislativo é quem tem o poder de criar leis, a ele também cabe a função de retirá-las do ordenamento jurídico em caso de incompatibilidade com a Constituição.

Tanto GILMAR FERREIRA MENDES³⁵ quanto LUÍS ROBERTO BARROSO³⁶ apontam a influência do direito norte-americano como razão histórica para a criação da suspensão da execução das leis pelo Senado. É que no modelo de controle difuso norte-americano, as decisões proferidas pela Suprema Corte possuem efeito vinculante, o que dá amplitude geral imediata às declarações de inconstitucionalidade, graças ao *stare decisis* (precedente), característico da *Common Law*. O mesmo não ocorre no Brasil, “onde a tradição romano-germânica vigorante não atribui eficácia vinculante às decisões judiciais, nem mesmo as do Supremo Tribunal”.³⁷ Assim, a função do Senado seria proporcionar efeitos gerais às decisões do STF por meio de uma resolução que promovesse a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional.

Com a criação da representação de inconstitucionalidade³⁸, o equivalente à atual ADI, o STF manifestou entendimento no sentido de que o papel do Senado só seria cabível quando a declaração de inconstitucionalidade fosse proferida em controle difuso, no julgamento do caso concreto. Isso porque, no controle concentrado, as decisões do STF já teriam efeitos amplos, em razão da perda de eficácia da norma³⁹. O que já era entendimento jurisprudencial, mais tarde, foi confirmado com a edição da Lei n. 9.868/99, que atribui eficácia contra

34 MENDES; COELHO; BRANCO. op. cit., p. 1026.

35 Ibidem.

36 BARROSO, op. cit., p. 120.

37 Ibidem.

38 Introduzida pela EC. n. 16, de 1965.

39 STF, Processo Administrativo n. 4.477/72, Acórdão publicado no DJU de 16 de maio de 1977.

todos e efeito vinculante às declarações de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade em controle abstrato.

Embora a jurisprudência tenha limitado o papel do Senado apenas às declarações de inconstitucionalidade em sede de controle concreto, o interessante é que a regra constitucional, desde a sua origem, não foi adstrita a apenas um dos modelos de controle. Ou seja, a princípio, caberia ao Senado suspender a execução da lei declarada inconstitucional tanto em controle concreto como em controle abstrato.

Nessa linha, é inevitável que se questione o papel atribuído ao Senado, ainda mais após as mudanças introduzidas no controle de constitucionalidade desde a Constituição de 1988. Se, por construção jurisprudencial, o STF atribuiu efeitos gerais às declarações de inconstitucionalidade em controle abstrato, sem a necessidade do pronunciamento do Senado, o que impediria a utilização desse mesmo entendimento nas decisões proferidas em controle concreto?

Para GILMAR FERREIRA MENDES, teria havido uma verdadeira mutação constitucional, pois o papel do Senado tem passado por um processo de obsolescência e, hoje, justificar-se-ia apenas por motivos exclusivamente históricos. Como argumento, ele ressalta que o instituto, da forma como foi conformado na prática, não serviria à sua principal função, que é de afirmação da teoria da nulidade da lei inconstitucional. A dependência da manifestação discricionária do Poder Legislativo deixaria nas mãos de um órgão político o que deveria ser consequência natural da inconstitucionalidade declarada pelo órgão judicial superior. Assim, “parece legítimo entender que a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade”.⁴⁰ Essa tese sustentada pelo Ministro já encontra respaldo em alterações legislativas e jurisprudenciais que apontam para a existência de efeitos gerais das declarações de inconstitucionalidade em controle difuso, mesmo sem a manifestação do Senado. Eis o trecho em ele ressalta esse posicionamento:

Dessa forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão

⁴⁰ MENDES; COELHO; BRANCO, *op. cit.*, p. 1032 a 1037.

do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não cuida de decisão substantiva, mas de simples dever de publicação [...]. A não-publicação não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia⁴¹.

LUÍS ROBERTO BARROSO também segue a mesma linha de entendimento ao defender que:

[...] essa competência atribuída ao Senado tornou-se um anacronismo. Uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos. Respeitada a razão histórica da previsão constitucional, quando de sua instituição em 1934, já não há lógica razoável em sua manutenção⁴².

Portanto, em que pese acusações de usurpação de competência⁴³, a reinterpretação do papel do Senado parece inevitável ante as várias manifestações jurisprudenciais e legislativas que indicam a inutilidade da suspensão da execução da lei para a atribuição de efeitos gerais às decisões do STF. Primeiramente, a jurisprudência já tinha se manifestado no sentido de afastar do controle abstrato a necessidade de provocação do Senado e, depois, a tendência da objetivação do controle concreto apenas confirma a urgência em se readequar o art. 52, X, à nova realidade constitucional.

3.1.2 ART. 557, §10-A DO CPC

O art. 557, §1º-A do CPC traz a seguinte redação: “Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso”.

41 Ibid., p. 1037.

42 BARROSO, op. cit., p. 122.

43 Nesse sentido: LIMA, Jonatas Vieira de. A tendência de abstração do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1320, 11 fev. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9485>>. Acesso em: 08 abr. 2008.

A importância dessa norma está em permitir que o mérito do recurso seja julgado monocraticamente pelo relator, caso a decisão recorrida seja contrária a súmula ou a jurisprudência dominante do STF ou de Tribunal Superior. A possibilidade de o próprio relator julgar o recurso sem ter que submetê-lo ao julgamento colegiado representa uma supressão de etapas, em nome do princípio da celeridade processual, em razão da força atribuída às súmulas e a jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Por traz dessa norma, percebe-se a intenção do legislador em ampliar os efeitos das decisões do STF em controle difuso. Embora não exista efeito vinculante propriamente dito, a possibilidade de se reformar sentença contrária a entendimento pacífico do STF, por meio de decisão monocrática, é uma tentativa de desencorajar a adoção de soluções divergentes por parte dos juízes de primeiro grau. Além de servir como um alerta aos que insistirem em adotar posições contrárias, a regra também preza pela segurança jurídica ao proporcionar a uniformização de entendimentos, especialmente quanto à interpretação da Constituição.

Assim, o art. 557, §1º-A, do CPC, mesmo que singelamente, é uma das mudanças que contribuem objetivação do controle difuso, pois a regra claramente preza pelo respeito à jurisprudência do STF.

3.1.3 EFICÁCIA TRANSCENDENTE DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEIS MUNICIPAIS

Em alguns julgados recentes⁴⁴, o STF manifestou a existência de eficácia transcendente dos fundamentos determinantes de decisões proferidas em controle de constitucionalidade difuso, envolvendo leis municipais.

O controle de constitucionalidade de leis municipais pode chegar ao STF por meio de recurso extraordinário, instrumento do controle difuso. Em caso de declaração de inconstitucionalidade de uma lei municipal, a princípio, os efeitos da decisão deveriam se limitar apenas às partes e alcançar apenas a lei que foi declarada inconstitucional. Todavia, como é comum a existência de legislação semelhante em vários municípios, é possível que uma lei, de outro município, mas de mesmo conteúdo, seja questionada perante o STF. E é principalmente nesses casos que se tem atribuído a transcendência dos motivos determinantes da decisão proferida em recurso precedente para, com base no art. 557, §1º-A, do CPC, estender-se os efeitos da inconstitucionalidade para toda

⁴⁴ A ADI 3.345 e a ADI 3.365 tiveram como paradigma o RE 197.917.

lei de conteúdo idêntico e, assim, dar-se provimento imediato ao recurso extraordinário. “Em suma, tem-se considerado dispensável, no caso de modelos legais idênticos, a submissão da questão ao plenário”.⁴⁵

Observe-se o despacho proferido pelo Min. MAURÍCIO CORRÊA, no RE 228.844 de sua relatoria:

O Tribunal Pleno, na Sessão de 20.11.96, ao julgar o RE nº 153.771-0/MG (Relator para o acórdão o Ministro MOREIRA ALVES, DJU de 05.09.97), que cuidava do IPTU progressivo exigido pelo Município de Belo Horizonte, pacificou exegese segundo a qual a progressividade do IPTU, que é imposto de natureza real em que não se pode levar em consideração a capacidade econômica do contribuinte, só é admissível, em face do disposto no artigo 182, § 2º, da Constituição Federal, para o fim extrafiscal de assegurar o cumprimento da função social da propriedade, obedecidos os requisitos previstos no § 4º do referido artigo.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil, alterado pela Lei nº 9.756/98, conheço do recurso extraordinário e dou-lhe provimento. Invertidos os ônus da sucumbência. Intime-se.

Embora se tenha conhecimento de decisões mais antigas que já conferiam efeitos gerais a decisões sobre controle de constitucionalidade de leis municipais, como o RE 228.844 acima mencionado, parece que foi só recentemente que o efeito transcendente dos motivos determinantes surgiu propriamente como teoria⁴⁶.

O caso mais ilustrativo da existência de efeitos transcendentais em controle de constitucionalidade de leis municipais é o RE 197.917⁴⁷. Na oportunidade, o STF reconheceu a inconstitucionalidade de lei do município de Mira Estrela – SP, que previa número excessivo de vereadores, incompatível com o tamanho da população. Em seqüência, reconhecendo o posicionamento do STF, em tese apenas restritivo para as partes, o TSE editou a Resolução n. 21.702/2004, a qual reduziu o número de vereadores em todo Brasil. Essa resolução, então, foi atacada

45 MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 1035

46 Um dos primeiros julgados a trazer a teoria dos motivos determinantes é a Rcl 2.363 de 23 de outubro de 2003.

47 Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 26 abr. 2008.

por duas ADI⁴⁸, mas ambas foram rejeitadas sob o argumento de que o ato normativo atacado era compatível com a interpretação constitucional dada pelo STF no RE 197.917, ao qual se atribuiu efeito transcendente aos fundamentos determinantes⁴⁹.

Assim, a atribuição de efeito transcendente aos motivos determinantes pode ser interpretada como mais uma tendência de objetivação do controle concreto, ou de aproximação entre as duas formas de controle, conforme opinião de MARCELO ARAÚJO e LUCIANO BARROS:

Curial, portanto, esclarecer que, na medida em que o Supremo Tribunal Federal concede efeitos transcendentais à decisão que declara a inconstitucionalidade de uma norma, em sede de controle difuso (via Recurso Extraordinário), naturalmente está-se diante de uma aproximação do modelo difuso ao modelo concentrado de controle de constitucionalidade, eis que os fundamentos daquela decisão, aparentemente utilizados apenas na fronteira do processo inter partes, passam a transcender o próprio processo, aplicando-se a outros casos, desenhando uma espécie de efeito geral (efeito típico de decisões oriundas de um controle concentrado).

Em certa medida, portanto, a transcendência dos fundamentos determinantes confere efeito vinculante ao entendimento firmado pelo STF, mesmo em controle concreto, o que, inclusive, torna dispensável a manifestação do Senado Federal para a atribuição de efeitos gerais (art. 52, X, da CF)⁵⁰.

3.1.4 DISPENSABILIDADE DO PROCEDIMENTO DO ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

No controle difuso, uma vez suscitada a inconstitucionalidade de uma norma no tribunal, o relator deverá submeter a questão à turma ou à câmara competente para o julgamento do processo. Se for rejeitada, o processo continua normalmente, mas se for acolhida (por maioria

48 ADI 3.345 e ADI 3.365.

49 Informativo n. 398. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/arquivo/informativo/documento/informativo398.htm#Resolucao%20do%20TSE%20e%20Fixacao%20do%20Numero%20de%20Vereadores%20-%201>>. Acesso em: 26 abr. 2008.

50 MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 1035.

simples), segue para apreciação pelo pleno ou órgão especial (arts. 480 a 481 do CPC e art. 97 da CF).

O plenário, então, irá decidir sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma (por maioria absoluta) e, com base nesse entendimento vinculante, o órgão fracionário decide, posteriormente, sobre o caso concreto.

Em casos em que o STF já se manifestou pela inconstitucionalidade da norma questionada no tribunal? O que se questionava era justamente sobre a necessidade de se cumprir o procedimento previsto no art. 97 da Constituição mesmo quando já existisse precedente do STF.

Antes de a questão ser definitivamente regulamentada pelo CPC, no parágrafo único do art. 481 (introduzido pela Lei 9.756/98), o STF já vinha firmando entendimento pela dispensabilidade do encaminhamento da matéria ao plenário, não em afronta ao art. 97 da Constituição, mas a favor da sua interpretação de acordo os princípios da economia processual e da segurança jurídica⁵¹, evitando-se a burocratização dos atos judiciais⁵². Em um trecho do seu voto no AgRegAI 168.149, o Ministro Marco Aurélio ressalta que “a razão de ser do preceito está na necessidade de evitar-se que órgãos fracionários apreciem, pela vez primeira, a pecha de inconstitucionalidade argüida em relação a um certo ato normativo”. Quando a questão já foi decidida pelo STF, a regra perde totalmente o sentido.

Portanto, em razão da jurisprudência do STF, posteriormente consagrada no parágrafo único do art. 481, do CPC, os órgãos fracionários dos tribunais não estão mais obrigados a enviar a matéria à apreciação do plenário quando o STF já tiver se pronunciado, tanto em controle abstrato quanto em controle concreto.

A dispensa do encaminhamento da questão constitucional ao plenário dos tribunais quando já houver pronunciamento do STF é mais um caso em que se verifica a atribuição de efeitos gerais às decisões proferidas em controle concreto de constitucionalidade. Esse entendimento, conforme observa GILMAR FERREIRA

51 RE 190.728

52 AgRegAI 168.149

MENDES⁵³, segue a tendência de se atribuir efeito vinculante às decisões do STF também em controle difuso, aproximando-o do controle concentrado.

3.1.5 CAUSA DE PEDIR ABERTA NOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS

A existência de causa de pedir aberta é uma das características do processo objetivo, o qual “não obedece às regras processuais próprias dos conflitos intersubjetivos de interesses”.⁵⁴ No processo objetivo, como nas ações diretas de inconstitucionalidade, o STF não está adstrito aos motivos apontados pelos legitimados na petição inicial. Isso significa que uma lei pode ser declarada inconstitucional ainda que por motivos diversos dos referentes à causa de pedir da ação.

Todavia, no direito processual comum, a apreciação do juiz ao caso é limitada pela causa de pedir e pelo pedido formulados nos autos. Um juiz não pode reconhecer a procedência do pedido por fundamentos diferentes dos que foram argüidos na petição inicial, sob pena de extrapolar os limites da lide. Isso porque as regras processuais comuns servem à condução de solução de conflitos de interesses intersubjetivos, em que os fatos são essenciais para a composição da causa.

Já no processo objetivo, como não há lide⁵⁵ e a constitucionalidade da lei é questionada em tese, não há limites à fundamentação do STF, o que justifica a existência de causa de pedir aberta.

Em relação ao recurso extraordinário, orientado pelas regras processuais comuns, a análise recursal pressupõe-se restrita aos fundamentos da decisão recorrida e às razões do recurso.

Entretanto, com o julgamento do RE 298.694⁵⁶, o STF abriu caminho para a possibilidade de se julgar o recurso extraordinário com base em fundamento diverso do contido no acórdão recorrida. A ação

53 MENDES, Gilmar Ferreira. O controle incidental de normas no direito brasileiro. In: Meirelles, Hely Lopes. 28. ed. 8. parte. **Mandado de Segurança**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 528-602.

54 TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 239.

55 *Ibid.*, p. 241.

56 Inteiro teor disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 20 abr. 2008.

discutia questões relativas a vencimentos de servidores públicos do município de São Paulo. Em resumo, o Tribunal de Justiça havia dado ganho de causa aos servidores, utilizando como fundamento a existência de direito adquirido a reajuste de vencimento. O recurso extraordinário, portanto, alegou ofensa à constituição em razão da inexistência de direito adquirido no caso, pois existiria mera expectativa de direito. O Relator, o Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, proferiu voto no sentido de conhecer do recurso, pela caracterização de ofensa à Constituição (art. 102, III, “a”), mas por negar-lhe provimento, por entender que o acórdão recorrido deveria ser mantido em obediência ao princípio da irredutibilidade de vencimentos, e não propriamente em razão da existência de direito adquirido.

O RE 298.694, portanto, inova em dois sentidos. Primeiro, na separação entre os juízos de admissibilidade e de mérito dos recursos extraordinários interpostos com base na alínea “a”; e, segundo, por permitir o julgamento por meio de fundamento diverso do enfrentado pelo acórdão recorrido. Sobre essa mudança de entendimento, é bastante ilustrativo o voto do Min. CEZAR PELUSO:

E, no juízo do mérito, também penso que o Tribunal não está vinculado ao fundamento que o recorrente invoque no recurso extraordinário. E, aqui, a segunda questão, que me parece importantíssima, suscitada no voto do eminente Relator. Considero que interpretação restritiva quanto à profundidade do efeito devolutivo do extraordinário implica duas graves contradições, muito bem percebidas por S. Exa.. A primeira é a contradição imediata com a função constitucional precípua do Supremo, que é a de valer pela mesma Constituição, na sua inteireza. Não é possível, sem renúncia a tal função, admitir que esta Corte esteja impedida de reconhecer a incidência de certa norma constitucional, sob singelo fundamento de que não teria sido invocada nas razões ou nas contrarrazões do recurso extraordinário. E a segunda, mais grave que a primeira, que já é gravíssima, parece-me ser a contradição com a ordem jurídica em si, porque não consigo conceber como o Supremo Tribunal Federal possa modificar o conteúdo de uma decisão, com base no argumento de que teria havido ofensa a determinada regra ou princípio constitucional, quando esteja claríssimo, nos autos, que esse mesmo conteúdo decisório deva subsistir pela aplicação de outra norma ou princípio constitucional, incidente sobre os fatos da causa. Noutras palavras, o Supremo Tribunal Federal estaria, em

tal conjuntura, modificando o teor da decisão que reconhece estar conforme à Constituição!

Com isso, admitiu-se a existência de causa de pedir aberta também no controle concreto de constitucionalidade. É o que defende FREDIE DIDIER JÚNIOR:

À semelhança do que já acontece no julgamento das ações de controle concentrado de constitucionalidade, a causa de pedir (no caso, a causa de pedir recursal) é aberta, permitindo que o STF decida a questão da constitucionalidade com base em outro fundamento, mesmo que não enfrentado pelo tribunal recorrido⁵⁷.

A causa de pedir aberta é mais uma característica do processo objetivo e do controle abstrato que foi adaptada para o controle concreto. Assim, as diferenças entre os modelos são cada vez menos evidentes.

3.1.6 SÚMULA VINCULANTE

Tanto a súmula vinculante quanto a repercussão geral foram criadas dentro do pacote da reforma do Poder Judiciário, a qual ganhou corpo através da EC n. 45/04. Um dos objetivos da reforma era criar instrumentos capazes de conferir mais celeridade ao trâmite processual. Nessa linha, a súmula vinculante foi idealizada para solucionar de forma rápida e uniforme questões pacíficas no âmbito do STF, ao tornar obrigatória a adoção, por parte do Judiciário e da Administração Pública, de entendimento pacífico do STF em matéria constitucional. Por isso, trata-se de uma das inovações legislativas mais importantes dentro da tendência de objetivação do controle concreto de constitucionalidade.

De acordo com ANDRÉ RAMOS TAVARES⁵⁸, a discussão acerca da súmula vinculante pressupõe a consideração dos dois grandes modelos de sistemas jurídicos: o da *Common Law* (modelo jurisprudencial) e o da *Civil Law* (modelo codificado). A diferença inicial entre os dois modelos tem diminuído

57 DIDIER JÚNIOR, Fredie. Transformações do Recurso Extraordinário. In: FUX, Luiz, NERY JÚNIOR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). **Processo e Constituição**: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 985.

58 TAVARES, André Ramos. Perplexidades do Novo Instituto da Súmula Vinculante no Direito Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, julho/agosto/setembro, 2007. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 17 abr. 2007.

com o surgimento de mecanismos como a súmula vinculante no Brasil, que é oriunda de reiteradas decisões idênticas sobre um mesmo assunto, o que é muito parecido com chamado precedente (*stare decisis*), característico da *Common Law*. Em última análise, a súmula vinculante acaba por inserir no modelo codificado, baseado essencialmente na lei, um mecanismo ligado ao caso concreto e que privilegia a decisão judicial.

Nesse mesmo sentido, é impossível não observar a súmula vinculante como um mecanismo de aproximação entre o controle concreto e o controle abstrato de constitucionalidade. A edição de súmula vinculante nos moldes do art. 103-A da Constituição, tornará obrigatório o respeito a entendimento pacífico do STF em controle difuso⁵⁹. O efeito vinculante, que era uma característica própria do controle concentrado, agora também pode ser observado em relação a decisões proferidas em controle difuso.

GILMAR FERREIRA MENDES chama atenção para o enfraquecimento da suspensão da execução da lei inconstitucional pelo Senado com a criação da súmula vinculante. Para ele, a “súmula conferirá interpretação vinculante à decisão que declara a inconstitucionalidade sem que a lei declarada inconstitucional tenha sido eliminada formalmente do ordenamento jurídico (falta de eficácia geral da decisão declaratória de inconstitucionalidade)”.⁶⁰ Assim, apesar da inexistência de eficácia *erga omnes*⁶¹, a súmula vinculante cumprirá o efeito de obrigar o Judiciário e a Administração a seguir a jurisprudência do STF.

Ademais, com a teoria do efeito transcendente dos motivos determinantes, que confere efeito vinculante às decisões proferidas em controle concreto, questiona-se até mesmo a utilidade da súmula vinculante⁶². Todavia, deve-se destacar que o efeito transcendente não se opera automaticamente, em qualquer julgamento do STF em controle concreto. A jurisprudência tem demonstrado, como nos casos de inconstitucionalidade de leis municipais, que a transcendência dos motivos determinantes só ocorre

59 Até 2 de maio de 2008, o STF já havia editado quatro súmulas vinculantes.

60 MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 1032 a 1037.

61 De acordo com Roger Stiefelmann Leal (O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 144), a súmula vinculante apresenta aspectos singulares e um deles é a atribuição de efeito vinculante sem que se confira eficácia contra todos, o que seria inédito na ordem jurídica brasileira.

62 BASTOS, Marcelo Lessa apud OLIVEIRA, Hélder Braulino Paulo de. Reflexões sobre o Controle Difuso de Constitucionalidade, Súmula Vinculante, Resolução do Senado (artigo 52, X, da Constituição Federal) e as Leis nº 8.072/90 e nº 11.464/07. *Revista Juristas*, João Pessoa, a. III, n. 92, 19/09/2006. Disponível em: <http://www.juristas.com.br/mod_revistas.asp?ic=2692>. Acesso em: 8.abr. 2008.

em casos de repercussão geral, principalmente quando há risco de multiplicação de processos sobre a mesma questão. Além disso, o efeito transcendente não depende de quorum para ser atribuído, ao contrário do que ocorre com a súmula vinculante.

Para HÉLDER DE OLIVEIRA, o reconhecimento de efeito transcendente seria o primeiro passo para a elaboração de súmula vinculante⁶³. Essa aposta se confirmou já na sessão plenária que julgou os primeiros recursos extraordinários com repercussão geral⁶⁴, pois o STF acabou por aprovar a quarta súmula vinculante. O conteúdo da nova súmula diz respeito à decisão proferida no RE 565.714, que discutia a legalidade de se usar o salário mínimo como base do cálculo do adicional de insalubridade.

Se se presumir a existência de efeito transcendente em todas as decisões proferidas em recursos extraordinários com repercussão geral, então, existirá uma forte inclinação para a edição de súmulas vinculantes para a consolidação do entendimento do STF nesses julgamentos.

3.1.7 MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM CONTROLE CONCRETO

A modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em controle abstrato se tornou possível a partir da Lei 9.868/99 (art. 27). Assim, por maioria de dois terços de seus membros, o STF pode restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento futuro.

Embora a referida norma seja restrita aos casos de declaração de inconstitucionalidade em controle abstrato, o STF vem admitindo a modulação dos efeitos da decisão também em sede de controle concreto.

63 OLIVEIRA, Hélder Braulino Paulo de. Reflexões sobre o Controle Difuso de Constitucionalidade, Súmula Vinculante, Resolução do Senado (artigo 52, X, da Constituição Federal) e as Leis nº 8.072/90 e nº 11.464/07. *Revista Juristas*, João Pessoa, a. III, n. 92, 19/09/2006. Disponível em: <http://www.juristas.com.br/mod_revistas.asp?ic=2692>. Acesso em: 8 abr. 2008.

64 O julgamento do RE 570.177 e do RE 565.714 ocorreu na sessão plenária de 30 de abril de 2008.

Pode ser citado como exemplo o RE 197.917⁶⁵, em que o STF declarou a inconstitucionalidade de lei do município de Mira Estrela – SP, a qual previa um número excessivo de vereadores, em ofensa ao art. 29, IV, da Constituição. Todavia, o STF se manifestou no sentido de modular os efeitos da inconstitucionalidade, para que a nulidade da lei só surtisse efeitos pro futuro, para se evitar o caos que ocorreria no caso da anulação de todos os atos proferidos com a participação dos vereadores “excedentes”. Então, a decisão do STF foi no sentido de atribuir eficácia à decisão apenas a partir das eleições seguintes, quando, então, reduzir-se-ia o número de vereadores.

Outro caso de destaque é o HC 82.959⁶⁶. Até o julgamento desse *Habeas Corpus*, o STF vinha decidindo pela constitucionalidade da Lei de Crimes Hediondos (lei n. 8.072/90), com relação à vedação da progressão de regime. No entanto, com a mudança de entendimento, o art. 2º, §1º, foi declarado inconstitucional com efeitos apenas *ex nunc* e com a ressalva de que a decisão seria válida somente para os que estavam cumprindo pena.

Com isso, observa-se que a jurisprudência do STF tem se mostrado favorável à modulação dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade, sem distinguir o tipo de controle. Trata-se, portanto, de mais um caso de objetivação do controle concreto, por meio da adoção de mecanismo típico do controle abstrato de constitucionalidade.⁶⁷

3.1.8 CABIMENTO DE RECLAMAÇÃO POR DESRESPEITO A DECISÃO PROFERIDA PELO STF EM CONTROLE CONCRETO

A reclamação, cuja origem é jurisprudencial, só foi prevista formalmente pela primeira vez em 1957, no Regimento Interno do STF. O status constitucional, todavia, só foi adquirido com a Constituição de 1988⁶⁸. Assim, o artigo 102, I, “I”, do texto constitucional atual prevê a reclamação para a preservação da competência e garantia da autoridade das decisões do STF.

65 Inteiro teor disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 26 abr. 2008.

66 Inteiro teor disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 26 abr. 2008.

67 DIDIER JÚNIOR, Fredie. Transformações do Recurso Extraordinário. In: FUX, Luiz, NERY JÚNIOR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). **Processo e Constituição**: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 985.

68 MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 11228.

O texto constitucional não traz detalhes quanto ao cabimento da reclamação, sendo sucinto em prevê-la como instrumento cuja finalidade é assegurar a preservação da competência e a garantia das decisões do STF. Isso, no entanto, é suficiente para se entender que a reclamação está diretamente relacionada à existência de efeito vinculante, pois, se não houver obrigatoriedade de cumprimento da decisão, não se pode atribuir qualquer responsabilidade quanto ao desrespeito à sua autoridade.

Como a propositura da reclamação pressupõe desrespeito ao conteúdo de julgado por parte de quem deveria cumpri-lo, de início, a jurisprudência havia sido firmada no sentido de autorizar o uso da reclamação apenas pela parte prejudicada com a contrariedade da decisão. Tanto que, inicialmente, a reclamação não era admitida pelo STF nem contra desobediência às decisões proferidas em sede de controle abstrato de normas⁶⁹.

Com a legitimação restrita às partes do processo em que a decisão desrespeitada havia sido proferida e com a impossibilidade de cabimento em controle abstrato, a reclamação era um instrumento pouco popular na jurisdição constitucional brasileira.

Todavia, a evolução do entendimento jurisprudencial e as alterações legislativas ocorridas ao longo do tempo foram responsáveis pelo crescimento da reclamação. A EC n. 3/93, previu a reclamação para a garantia da autoridade das decisões do STF em ADC; o julgamento da questão de ordem em agravo regimental na Rcl 1.880 deu sinais de grande evolução quanto ao cabimento da reclamação em controle concentrado, ampliando-o a todos que comprovassem prejuízos advindos do descumprimento das decisões do STF e; por fim, a EC n. 45/04 acabou com qualquer controvérsia remanescente ao dotar de efeito vinculante e de eficácia contra todos as decisões proferidas em ADI⁷⁰. Restava apenas ampliar a legitimidade para a propositura da reclamação para assegurar a autoridade das decisões do STF também em controle difuso.

Não havia dúvidas quanto à possibilidade da propositura de reclamação pela parte integrante do processo cuja desobediência à decisão do STF tinha ocorrido em seu prejuízo⁷¹. Isso porque é da

69 Ibid., p. 1232.

70 Ibid.

71 Serve como exemplo a Rcl 3.488, que foi proposta pela Federação Nacional dos Empregados Postos de Serviços de Combustíveis e Derivados de Petróleo, pela garantia da autoridade da decisão do STF no RE

natureza do controle difuso a existência de efeitos apenas *inter partes*. Entretanto, para se cogitar do cabimento de reclamação proposta por terceiros, ou seja, por qualquer pessoa prejudicada, seria preciso reconhecer a existência de efeito vinculante em relação às decisões proferidas em controle difuso.

Obviamente que a súmula vinculante criou uma possibilidade, mesmo que indireta, de se propor reclamação em desrespeito a decisão do STF em controle concreto. Mas foi a teoria do efeito transcendente dos motivos determinantes que abriu caminho para a reclamação em controle concreto, já que a existência de efeito vinculante é suficiente para admitir-se o cabimento da reclamação.

Sobre essa questão, a Rcl 4.335 ainda nem teve o seu julgamento concluído⁷², mas já é uma promessa de mudanças no STF quanto à legitimidade ampla da reclamação em sede de controle difuso. A Rcl 4.335 foi proposta pela Defensoria Pública da União no Estado do Acre com alegação de descumprimento da decisão do STF no HC 82.959, em que foi declarada inconstitucional a vedação de progressão do regime da pena, prevista na Lei de Crimes Hediondos. Nem a reclamante, nem o reclamado foram partes no HC 82.959 e, a princípio não haveria legitimidade para a propositura da reclamação. Porém, é patente a existência de efeitos transcendentais por parte da decisão proferida pelo STF no caso, pois, não fosse essa a intenção, teria sido totalmente inútil a preocupação de se modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo constar no acórdão que a decisão “não gerará conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas”.⁷³

A amplitude da legitimidade da reclamação como garantia da autoridade da decisão do STF também em controle difuso significaria uma enorme mudança no controle de constitucionalidade brasileiro. Essa possibilidade aproximaria ainda mais o controle difuso do controle concentrado, pois não existiriam mais diferenças relevantes quanto aos efeitos produzidos pelas decisões proferidas nos dois modelos. Afinal, se a

202.097, em que o reclamante figurou como recorrente.

72 Até 26 de abril de 2008, o relator, o Min. Gilmar Ferreira Mendes, havia votado no sentido de admitir a reclamação e, no mérito, julga-la procedente. Ele foi acompanhado pelo Min. Eros Grau. Já os Min. Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa votaram em sentido contrário.

73 Inteiro teor disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 26 abr. 2008.

jurisprudência do STF deve ser respeitada, não deveria haver distinções de acordo o modelo de controle em que foi proferida a decisão.

3.2 REPERCUSSÃO GERAL COMO UM MECANISMO DE OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO

O STF é o tribunal que, no Brasil, deveria fazer as vezes de Corte Constitucional, pois ele é responsável pela última palavra quanto à interpretação da Constituição. Entretanto, a ampla constitucionalização do Direito Brasileiro permite que um enorme volume de ações chegue até o STF através do recurso extraordinário, pois não é difícil encontrar o fundamento constitucional exigido como pressuposto de admissibilidade. O que deveria ser extraordinário, todavia, tornou-se banal e o STF viu-se assoberbado por uma quantidade desumana de processos sem qualquer relevância para a sociedade. Assim, a exigência de repercussão geral nos recursos extraordinários é talvez o mecanismo que estava faltando para uma sintonia quase perfeita entre o controle abstrato e o controle concreto.

3.2.1 EXIGÊNCIA DA DEMONSTRAÇÃO DE QUESTÕES TRANSCENDENTES AOS INTERESSES DAS PARTES

Se ao STF cabe a guarda da Constituição, é de se questionar a razão de se atribuir efeitos e conseqüências diferentes às decisões proferidas pelo Tribunal, conforme o modelo de controle de constitucionalidade. O fato é que nem todas as questões julgadas pelo STF em controle difuso eram relevantes a ponto de justificarem a atribuição de efeitos gerais, como ocorre nas ações de controle concentrado. Como conferir valor idêntico a todas as decisões se nem todas eram igualmente valiosas?

Todas as decisões proferidas pelo STF deveriam ter a mesma amplitude e o mesmo valor⁷⁴, pois, como Corte Constitucional, o STF

74 Nesse sentido, são bastante persuasivas as palavras do Min. Francisco Rezek em seu voto proferido na Questão de Ordem na ADC 1, em que ele defende a existência de efeito vinculante a todas as decisões do STF: “Insiste-se em que um dos aspectos sedutores do nosso sistema é o livre convencimento do Juiz ante o caso concreto e sua prerrogativa de dizer o direito conforme sua consciência, à revelia, se necessário, do que tenham dito tribunais a ele superiores. Isso faz algum sentido na medida em que é ilimitado o índice de variedade das situações concretas: não há um processo igual ao outro no âmbito do confronto entre interesses individuais. Mas pergunto-me se há algum respeito pelo interesse público em abonar-se essa forma de rebeldia a decisões de cortes superiores. Houve uma época – membros mais antigos desse Tribunal o recordam – em que determinado Tribunal de Justiça, numa prestigiosa unidade da Federação, dava-se crônica e assumidamente a desafiar a jurisprudência do Supremo a respeito de um

deveria se ocupar apenas de questões relevantes e de grande importância para o país. Todavia, a democratização excessiva do recurso extraordinário acabou desvirtuando o sistema de forma que o STF acabou sendo visto como um mero tribunal de terceira ou quarta instância⁷⁵.

O que ainda separava os dois modelos de controle era a falta de repercussão geral em muitas das ações que chegavam até o STF por meio de controle difuso, já que no controle abstrato essa característica é presumidamente existente. Então, nem todas as questões julgadas pelo STF eram de fato relevantes.

Com a criação da repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, o STF passará a se ocupar apenas de questões transcendentais ao interesse das partes, o que é uma grande mudança no controle de constitucionalidade Brasileiro. Isso porque esse verdadeiro filtro de acesso impossibilitará que toda e qualquer questão constitucional em controle difuso demande a pronúncia do STF.

A repercussão geral também contribuirá para a expansão da teoria do efeito transcendente dos motivos determinantes. Como visto anteriormente, a jurisprudência do STF tem reconhecido a transcendência dos fundamentos das decisões em que existe repercussão geral, ante o risco de multiplicação de ações sobre a mesma questão. Nesse sentido, se o STF julgará apenas recursos extraordinários em que há repercussão geral, existe uma perspectiva de que todas as decisões proferidas nesses recursos tenham efeitos transcendentais.

tema sumulado (um tema, por sinal, menor: a representatividade da ofendida em caso de crime contra os costumes). O Supremo tinha posição firme, constante e unânime a tal respeito, e certo Tribunal de Justiça, porque pensava diferentemente, dava-se à prática de decidir nos termos de sua própria convicção, valorizando a chamada liberdade de convencimento, própria de todo juiz ou tribunal. Resultado: todas essas decisões eram, mediante recurso, derrubadas por esta casa. Aquilo que deveria acabar na origem, à luz da jurisprudência do Supremo, só acabava aqui, depois de um lamentável dispêndio de recursos financeiros, de tempo e de energia, num Judiciário já congestionado e com tempo mínimo para cuidar de coisas novas. [...] Com todo o respeito pelo que pensam alguns processualistas, não vejo beleza alguma nisso. Pelo contrário, parece-me uma situação imoral, com que a consciência jurídica não deveria, em hipótese alguma, contemporizar. De modo que me pergunto: faz sentido não ser vinculante uma decisão da Suprema Corte do país? Não estou falando, naturalmente, de fatos concretos, cada um com o seu perfil, reclamando o esforço hermenêutico da lei pelo juiz que conhece as características próprias do caso. Estou me referindo às hipóteses de pura análise jurídica. Tem alguma seriedade a idéia de que se devam fomentar decisões expressivas de rebeldia? A que serve isso? Onde está o interesse público eis que esse tipo de política prospere? (Inteiro teor disponível em:

75 GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. A repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Síntese, v. 6, n. 34, mar./abr., 2005. p. 96.

MARCELO ARAÚJO e LUCIANO BARROS sustentam que o STF, mesmo antes da EC. n. 45/04, Sá vinha dando tratamento diferenciado a julgamentos proferidos em controle difuso que continham uma “repercussão geral” ao conferir efeito transcendente apenas em alguns casos.⁷⁶

A exigência de repercussão geral é, por si só, uma mudança significativa no controle de constitucionalidade por alterar o manejo do recurso extraordinário, que é o instrumento mais importante dentro do controle difuso. Porém o impacto da repercussão geral vai muito além disso se ela for vista como ponto de partida para o fortalecimento de outras mudanças. A criação da repercussão geral provavelmente implicará na atribuição de transcendência aos motivos determinantes de todas as decisões em recurso extraordinário e, como resultado, poderá ser admitida reclamação como garantia da autoridade das decisões do STF em controle difuso. Também há uma expectativa da edição de um número maior de súmulas vinculantes a partir de decisões proferidas em recursos extraordinários com repercussão geral⁷⁷. Como se pode perceber, existe um potencial ainda maior de evolução de todo o sistema de controle de constitucionalidade por traz da repercussão geral.

A repercussão geral é, portanto, uma das mudanças mais significativas dentro da tendência de se eliminar as barreiras que distinguem o controle de constitucionalidade abstrato do concreto.

3.2.2 EFEITOS TRANSCENDENTES DA DECISÃO PROFERIDA NO RECURSO PARADIGMA NO CASO DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS MÚLTIPLOS COM FUNDAMENTO EM IDÊNTICA CONTROVÉRSIA

Nos casos em que houver multiplicidade de recursos extraordinários com fundamento em idêntica controvérsia, o CPC (art. 543- B) e o Regimento Interno do STF prevêem um trâmite diferenciado tanto para a análise da repercussão geral, quanto em relação ao julgamento do mérito.

76 ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de; BARROS, Luciano José Pinheiro. **O estreitamento da via difusa no controle de constitucionalidade e a comprovação da repercussão geral nos recursos extraordinários**. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manuel/arquivos/anais/recife/teoria_hermen_marcelo_labanca_e_luciano_barros.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2008.

77 Na sessão plenária em que foram julgados os primeiros recursos extraordinários com repercussão geral, em 30 de abril de 2008, o STF editou a quarta súmula vinculante sobre os fundamentos da decisão proferida no RE 565.714.

O art. 543-B do CPC prevê o sobrestamento dos recursos extraordinários com fundamento em idêntica controvérsia nos tribunais ou turmas recursais de origem até que o STF se pronuncie sobre o caso. Será enviado apenas um ou mais recursos paradigmas⁷⁸ para que o STF primeiramente se manifeste sobre a repercussão geral e, depois, sobre o mérito, caso o recurso seja admitido. Qualquer que seja a decisão, ela vincula os órgãos inferiores, seja em relação à repercussão geral, seja em relação ao mérito. É nesse aspecto que fica clara a finalidade de fazer com que o STF só se manifeste uma única vez sobre matérias em que exista multiplicidade de recursos⁷⁹.

É interessante observar que, embora o STF já tenha firmado entendimento em relação a várias matérias, é apenas a partir da entrada em vigor da regulamentação da repercussão geral⁸⁰ que será possível adotar o procedimento previsto no art. 543-B do CPC em relação aos recursos múltiplos, no sentido de vincular tribunais e turmas recursais.

Inicialmente, é indispensável a análise quanto à existência ou não de repercussão geral em relação à matéria. Para tanto, basta que o STF se pronuncie apenas uma vez, quer pela presença de repercussão, quer pela ausência. Como resultado, serão formadas duas listas às quais serão adicionadas novas matérias a medida em que o STF for analisando os recursos extraordinários com preliminar de repercussão geral.

Já nesse ponto, a decisão do Tribunal é vinculante, pois, nas matérias em que for declarada a ausência de repercussão geral, o órgão de origem não poderá admitir os recursos extraordinários sobre a mesma matéria. O efeito imediato, nesse caso, é bloquear todos os recursos que não tenham repercussão geral.

Entretanto, deve-se ressaltar que a multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia já pressupõe se tratar de matéria

78 ARAÚJO, José Henrique Mouta. A Eficácia da Decisão Envolvendo a Repercussão Geral e os Novos Poderes dos Relatores e dos Tribunais Locais. Revista de Processo. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, ano 32, n. 152, out. 2007. p. 186.

79 Supremo Tribunal Federal, Gabinete Extraordinário de Assuntos Institucionais. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Posição: Dezembro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudenciaRepercussaoGeral/arquivo/estudoRepercussaoGeral.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2008.

80 O STF só passou a exigir a preliminar de repercussão a partir de 3 de maio de 2008, data em que entrou em vigor a Emenda Regimental n. 21 de 2007.

com repercussão geral⁸¹. Por isso, é provável que todas as matérias em que existam recursos múltiplos, ou com potencial multiplicador, sejam admitidas e julgadas pelo STF, pois a decisão servirá como um precedente a ser seguido em casos semelhantes.

Uma vez reconhecida a existência de repercussão geral e admitido o recurso, basta que o STF se pronuncie sobre o mérito uma só vez. Isso porque da forma como o art. 543-B previu o procedimento quanto aos recursos múltiplos, os motivos determinantes da decisão terão efeitos transcendentais, o que significa a existência de efeito vinculante⁸² quanto aos fundamentos da decisão. O curioso é que essa vinculação é válida tanto para julgamentos futuros, quanto para os processos já julgados. O CPC determina que, após o julgamento do mérito pelo STF, o órgão de origem deverá declarar o recurso prejudicado, caso o acórdão recorrido seja mantido, ou retratar-se de forma a adequar o acórdão à decisão do STF, no caso de reforma. O objetivo claro é que a questão seja resolvida ainda na origem, mesmo que para isso o tribunal ou a turma recursal tenha que alterar o julgamento já proferido.

Quanto ao poder de alteração da decisão colegiada já prolatada, JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO aponta para a criação de mais uma exceção ao art. 463 do CPC, o qual prevê as hipóteses de alteração da sentença após a publicação, e também questiona a constitucionalidade da regra, pois o juízo de retratação transferiria, indiretamente, ao órgão de origem, o juízo de mérito do recurso extraordinário, o que contraria o art. 102, III, da Constituição⁸³.

De fato, restam dúvidas quanto ao destino do recurso extraordinário nos casos de retratação. Como a hipótese não se encontra prevista no art. 463 do CPC, o acórdão não poderia ser simplesmente alterado após a decisão do STF no recurso paradigma. Tal reforma só seria possível em sede recursal, mas aí a competência para julgar o mérito do recurso extraordinário é do STF. O mais razoável é que o órgão de origem se retrate, alterando o julgamento, e o recurso não seja admitido por falta de interesse recursal superveniente. Dessa forma,

81 MEDINA, José Miguel Garcia. Variações Recentes Sobre os Recursos Extraordinário e Especial – Breves Considerações. In: FUX, Luiz, NERY JÚNIOR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). **Processo e Constituição**: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 1050-1067.

82 ARAÚJO, José Henrique Mouta. op. cit., p. 191.

83 Ibid., p. 193.

evitar-se-ia a inconstitucionalidade em razão do julgamento do mérito do recurso extraordinário por outro órgão que não o STF.

No futuro, quando o STF já tiver se manifestado sobre a repercussão geral em várias matérias, espera-se uma redução drástica na quantidade de recursos extraordinários⁸⁴. Primeiro, porque já será de conhecimento de todos quais são as matérias com e sem repercussão geral e, segundo, porque as matérias com repercussão geral já terão sido julgadas, o que obrigará os tribunais e turmas recursais a seguir o entendimento do STF. Sobrarão apenas as matérias inéditas e os casos em que os órgãos inferiores insistirem em não se retratar.

O efeito transcendente da decisão proferida no recurso paradigma no caso de recursos extraordinários múltiplos com fundamento em idêntica controvérsia aproxima ainda mais os controle concreto e abstrato. Com a repercussão geral, o STF só precisará se pronunciar uma única vez sobre a questão constitucional presente em recursos múltiplos de matéria idêntica. Qualquer que seja a decisão, quanto à repercussão geral ou quanto ao mérito depois de admitido o recurso, os tribunais e turmas recursais ficam vinculados à decisão do STF, devendo respeitar os seus fundamentos determinantes. Com isso, os mecanismos criados pelo CPC restringem o acesso ao STF, que, quando permitido, demanda um único pronunciamento de forma definitiva, tal como ocorre no julgamento das ações de controle abstrato.

4 CONCLUSÃO

A repercussão geral é uma das mudanças mais significativas para a modernização do controle de constitucionalidade brasileiro. Mesmo que se trate de um mero requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, a sua aplicação tem um papel fundamental na valorização do STF como Corte Constitucional.

A repercussão geral não pode ser inteiramente compreendida se analisada de forma isolada. As inovações ocorridas nos últimos anos abriram caminho para que a nossa jurisdição constitucional recebesse com naturalidade o instituto da repercussão geral. Os novos entendimentos jurisprudenciais, juntamente com as recentes alterações legislativas, são responsáveis pelo amadurecimento do controle de constitucionalidade no Brasil e a repercussão geral é apenas parte desse

84 ARAÚJO, José Henrique Mouta. *op. cit.*, p. 191.

processo. Assim, é no contexto da tendência de objetivação do controle concreto que a repercussão geral tem que ser analisada.

A reinterpretação do papel do Senado (art. 52, X, da Constituição), a teoria da transcendência dos motivos determinantes, a súmula vinculante e a legitimidade ampla para a propositura de reclamação também em controle concreto são alguns exemplos de idéias que se libertaram da divisão tradicional entre os dois modelos de controle de constitucionalidade. Nesse sentido, a repercussão geral é mais uma inovação que contribui para a objetivação do controle concreto.

A repercussão geral aproxima o controle concreto do controle abstrato na medida em que introduz elementos do processo objetivo no trâmite do recurso extraordinário. A primeira mudança diz respeito à própria exigência da demonstração de que a questão constitucional suscitada é relevante e transcendente ao interesse das partes, o que é uma característica do controle abstrato. Outra inovação é a existência de efeito vinculante em relação a todas as decisões proferidas nos recursos extraordinários desde a existência ou não de repercussão geral até a decisão de mérito. No caso de não ser reconhecida a repercussão geral de uma determinada matéria, todos os tribunais inferiores tem a obrigação de não admitir o recurso já na origem. Caso verificada a existência de repercussão geral, a decisão de mérito também é vinculante na medida em que todos os tribunais terão que adequar seus entendimentos à jurisprudência do STF.

O objetivo é fazer com o STF se pronuncie uma única vez sobre cada questão constitucional, assim como ocorre no controle abstrato. Se uma determinada regra for declarada inconstitucional pelo STF no julgamento de um recurso extraordinário, o mesmo entendimento deverá ser adotado em todos os casos semelhantes que envolvam a aplicação da referida regra ao caso concreto. Essas alterações arriscam afirmações de que o recurso extraordinário teria sido transformado em instrumento do controle concentrado, tamanhas as semelhanças em relação aos efeitos provocados pelas decisões proferidas em recurso extraordinário e em ADI, ADC etc.

Com a repercussão geral e com todas as mudanças que vêm ocorrendo, as diferenças entre os modelos de controle concreto e abstrato tendem a desaparecer. Como consequência, o controle de constitucionalidade no Brasil vem se firmando como um modelo de

controle verdadeiramente misto, caracterizado pela mistura entre os modelos concreto/difuso e abstrato/concentrado.

5 REFERÊNCIAS

- ALVIM, Arruda. A EC n. 45 e o Instituto da Repercussão Geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Reforma do Judiciário: Primeiros Ensaios Críticos Sobre a EC n. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 63-99.
- ALVIM, J. E. Carreira. Alguns Aspectos dos Recursos Extraordinário e Especial na Reforma do Judiciário (EC n. 45/2004). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Reforma do Judiciário: Primeiros Ensaios Críticos Sobre a EC n. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 321-326.
- ALVIM, Eduardo Arruda. Recurso Especial e Recurso Extraordinário. In: NERY JÚNIOR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis**. São Paulo: RT, 2002. p. 135-168.
- ARAÚJO, José Henrique Mouta. A Eficácia da Decisão Envolvendo a Repercussão Geral e os Novos Poderes dos Relatores e dos Tribunais Locais. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 32, n. 152, out. 2007.
- ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de, BARROS, Luciano José Pinheiro. **O estreitamento da via difusa no controle de constitucionalidade e a comprovação da repercussão geral nos recursos extraordinários**. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/recife/teoria_hermen_marcelo_labanca_e_luciano_barros.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2008.
- AURELLI, Arlete Inês. Repercussão Geral como Requisito de Admissibilidade do Recurso Extraordinário. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 32, n. 151, set. 2007. p. 140-149.
- AZEM, Guilherme Beux Nassif. A Súmula 126 do STJ e o Instituto da Repercussão Geral. Brasília: **Revista Jurídica, Órgão Nacional de Doutrina, Jurisprudência, Legislação e Crítica Judiciária**. Ano 55, n. 358, agosto de 2004.
- BARIONI, Rodrigo. O Recurso Extraordinário e as Questões Constitucionais de Repercussão Geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Reforma do Judiciário: Primeiros Ensaios Críticos Sobre a EC n. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 721-733.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAMBI, Eduardo. Critério da Transcendência para a Admissibilidade do Recurso Extraordinário (art. 102, §3º, da CF): Entre a Autocontenção e o Ativismo do STF no Contexto da Legitimação Democrática da Jurisdição Constitucional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Reforma do Judiciário**: Primeiros Ensaios Críticos Sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 153-165.

CORTÊS, Osmar Mendes Paixão. As Inovações da EC n. 45/2004 Quanto ao Cabimento do Recurso Extraordinário. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Reforma do Judiciário**: Primeiros Ensaios Críticos Sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 531-549.

CASTILHO, Manoel Lauro Volkmer. O Recurso Extraordinário, a Repercussão Geral e a Súmula Vinculante. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 32, n. 151, set. 2007. p. 99-119.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Transformações do Recurso Extraordinário. In: FUX, Luiz, NERY JÚNIOR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). **Processo e Constituição**: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 982-990.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. A repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Síntese, v. 6, n. 34, mar./abr., 2005. p. 91-116.

HALL, Kermit L. **The oxford guide to United States Supreme Court Decisions**. New York: Oxford University Press, 2000.

LAMY, Eduardo de Avelar. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário: *A Volta da Arguição de Relevância?* In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Reforma do Judiciário**: Primeiros Ensaios Críticos Sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 167-180.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

LIMA, Jonatas Vieira de. **A tendência de abstração do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1320, 11 fev. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9485>>. Acesso em: 08 abr. 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A Realidade Judiciária Brasileira e os Tribunais da Federação – STF e STJ: Inevitabilidade de Elementos de Contenção dos Recursos a Eles Dirigidos. In: FUX, Luiz, NERY JÚNIOR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). **Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 1068-1077.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEDINA, José Miguel Garcia. Variações Recentes Sobre os Recursos Extraordinário e Especial – Breves Considerações. In: FUX, Luiz, NERY JÚNIOR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). **Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 1050-1067.

_____, WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Repercussão Geral e Súmula Vinculante: Relevantes Novidades Trazidas pela EC. n. 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Reforma do Judiciário: Primeiros Ensaios Críticos Sobre a EC n. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 373-389.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 3, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 14 fev. 2008.

_____. O controle incidental de normas no direito brasileiro. In: Meirelles, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. São Paulo: Malheiros, 2005. 28. ed. 8ª parte, p. 528-602.

MONTEZ, Marcus Vinícius Lopes. **A abstrativização do controle difuso**. Clubjus: Brasília, 7 de janeiro de 2008. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.14253>>. Acesso em: 08 de abril de 2008.

OLIVEIRA, Hélder Braulino Paulo de. Reflexões sobre o Controle Difuso de Constitucionalidade, Súmula Vinculante, Resolução do Senado (artigo 52, X, da Constituição Federal) e as Leis nº 8.072/90 e nº 11.464/07. **Revista Juristas**, João Pessoa, a. III, n. 92, 19/09/2006. Disponível em: <http://www.juristas.com.br/mod_revistas.asp?ic=2692>. Acesso em: 8 abr. 2008.

PATTO, Belmiro Jorge. Aspectos da Dimensão Temporal do Processo Civil nas Alterações Advindas da EC n. 45, de 8 de dezembro de 2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Reforma do Judiciário: Primeiros Ensaios Críticos Sobre a EC n. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PEREIRA, Vinicius Martins. **Questões Polêmicas Acerca da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 915, 4 de janeiro de 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7804>>. Acesso em: 11 mar. 2008.

RHENQUIST, William H. **The Supreme Court**. Vintage Books: New York, 2002.

SARTÓRIO, Elvio Ferreira; JORGE, Flávio Cheim. O Recurso Extraordinário e a Demonstração da Repercussão Geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Reforma do Judiciário: Primeiros Ensaios Críticos Sobre a EC n. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 181-189.

SIBELMAN, Felix. Arguição De Relevância da Questão Federal: Emenda Constitucional N.º 45/2004. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 614, março de 2005. Acesso em: 22 mar. 2008.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **A função dos tribunais superiores**. São Leopoldo: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

SOUZA, Eduardo Francisco de. A abstração do controle difuso de constitucionalidade. **Revista Jurídica**: Brasília, v. 9, n. 89, p.01-23, fev./mar, 2008. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/revista_juridica>. Acesso em: 8 abr. 2008.

TAVARES, André Ramos. A repercussão geral no recurso extraordinário. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (coords.). **Reforma do Judiciário**: analisada e comentada. São Paulo: Editora Método, 2005.

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

TIBÚRCIO, Carmen. A EC N. 45 e Temas de Direito Internacional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Reforma do Judiciário**: Primeiros Ensaios Críticos Sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 121-139.

TUSHNET, Mark. Marbury v. Madison and the Theory of Judicial Supremacy. In: GEORGE, Robert P. (coord.). *Great Cases in Constitutional Law*. New Jersey: Princeton University Press.

VANSCONCELOS, Rita. A Nova Competência do STF para o Recurso Extraordinário (CF, art. 102, III, d). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Reforma do Judiciário**: Primeiros Ensaios Críticos Sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 649-653.

YARSHELL, Flávio Luiz. A Reforma do Judiciário e a Promessa de "Duração Razoável do Processo". In: Reforma do Judiciário. **Revista do Advogado – AASP**. n. 75. ano XXIV. Abril de 2004. p.28-33.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. A Repercussão Geral do Recurso Extraordinário: Uma Volta ao Passado? São Paulo: **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 53, agosto, 2007. p. 44-55.

A ISENÇÃO PREVIDENCIÁRIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/1998 E O ABONO DE PERMANÊNCIA DA EC Nº 41/2003

*Clemilton da Silva Barros
Advogado da União, Pós-graduado em Direito Processual Civil,
Direito do Trabalho e em Direito Processual do Trabalho;*

Sumário: 1 Introdução; 2 A isenção e o abono de permanência; 2.1 Considerações pontuais acerca da isenção; 2.2 Considerações pontuais acerca do abono de permanência; 3 Conclusão. 4 Referências

RESUMO: A Emenda Constitucional nº 20/1998 criou o instituto da isenção relativa à contribuição social do servidor público que optasse por permanecer no cargo mesmo já tendo conquistado o direito de se aposentar. Este instituto ganhou nova versão com a Emenda Constitucional nº 41/2003, passando a ser chamado de abono de permanência.

Embora tais institutos tenham características e fins semelhantes, não devem ser confundidos, porquanto têm características e efeitos distintos. O abono de permanência é de caráter remuneratório, influenciando, pois, no custeio e no cálculo da renda mensal dos benefícios, o que não ocorria em relação à isenção, que apenas desobrigava o contribuinte dos seus ônus contributivos, não influenciando no custeio e nem na concessão dos benefícios.

PALAVRAS-CHAVE: Regimes próprios de previdência social. Isenção. Abono de permanência.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 revolucionou o sistema securitário brasileiro, inaugurando um moderno complexo de ações que abrigaria a Saúde, a Assistência Social e a Previdência Social, ao qual o constituinte chamou de seguridade social.

Mal começou a vigência do sistema recém-inaugurado e já se detectava a necessidade de urgentes ajustes no seu conteúdo, a fim de que a efetivação das desejadas ações sociais atingisse os fins objetivados.

Com efeito, as reformas no âmbito da Seguridade Social, especialmente no tocante às questões previdenciárias, constituem uma espécie de combustível para o regular funcionamento do sistema securitário. Isto, em face do seu atrelamento à vida do homem em sociedade, necessitando seguir os contornos das alterações ocorridas nesse ambiente, não sendo privilégio ou maldade de um ou outro governo que tome a iniciativa de implementar tais reformas, mas dever institucional.

A primeira modificação constitucional efetuada no sistema securitário se deu com a Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, incluindo o § 6º ao art. 40 da Constituição Federal, para estabelecer o caráter contributivo dos regimes próprios de previdência social, nos seguintes termos: “as aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais serão custeadas com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores, na forma da lei”.

Logo mais viria a Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, iniciando as modificações mais substanciais do sistema securitário, especialmente em relação à Previdência Social, com sintomática repercussão nos regimes de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo.

Uma das mais significativas alterações implementadas pela Emenda Constitucional nº 20 foi a transformação do tempo de serviço em tempo de contribuição e, especificamente no âmbito dos regimes próprios, a transformação da *aposentadoria por tempo de serviço* numa espécie de aposentadoria com requisitos mistos, qual seja, a *aposentadoria por idade e tempo de contribuição* (CF, art. 40, § 1º, III, “a”).

Antes o servidor se aposentava apenas com o requisito de 35 anos de serviço, se homem, ou 30, se mulher. A partir da mencionada reforma, além do tempo de contribuição, teria que contar também, de forma cumulativa, com uma idade mínima de 60 ou 55 anos, se homem ou mulher, respectivamente. Em torno dessa inovação vieram outras de grande repercussão no ambiente dos regimes próprios de previdência social, efetuadas pela própria Emenda Constitucional nº 20/98, no que foi seguida pelas Emendas Constitucionais nº 41/03 e 47/05.

Muitas dessas inovações encurtaram sobremaneira os direitos e prerrogativas previdenciárias então existentes dos servidores públicos, tudo em nome do equilíbrio financeiro e atuarial. Outras, porém, de algum modo, amenizaram essas perdas, a exemplo da isenção relativa à contribuição previdenciária do servidor público que já houvesse conquistado o direito de se aposentar, mas preferisse permanecer no exercício do cargo, criada pela Emenda Constitucional nº 20/98, consistindo numa espécie de vantagem pecuniária relativa ao custeio. Essa mesma idéia seria consagrada na Emenda Constitucional nº 41/2003, mediante a criação do abono de permanência, instituto semelhante à isenção.

Pois bem, é sobre esses dois institutos que nos debruçaremos nesta pesquisa, contudo, sem qualquer pretensão de exaurimento do tema. Objetivamos apenas fornecer subsídios, sucinta e didaticamente, buscando de algum modo estabelecer uma sistematização do tema, de modo a possibilitar a qualquer leitor, especialmente o servidor público titular de cargo efetivo, principal interessado na questão, uma fácil compreensão dos dois institutos em destaque, criados no âmbito dos regimes próprios de previdência social pelas Emendas Constitucionais nº 20/98 e nº 41/03, apontando quais as principais implicações que a isenção e o abono de permanência podem produzir no seu patrimônio jurídico.

2 A ISENÇÃO E O ABONO DE PERMANÊNCIA – SEMELHANÇA E DISTINÇÃO

Como já destacado, as reformas no âmbito securitário são imposições da evolução do próprio sistema, quase sempre estando relacionadas com a questão do custeio, haja vista a premente necessidade de manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial, de modo a que os valores arrecadados possam fazer face aos valores utilizados no pagamento dos benefícios e serviços previdenciários.

Apesar de as mudanças verificadas quase sempre serem prejudiciais aos direitos dos servidores, cuidou-se em estabelecer certas garantias e prerrogativas àqueles que estivessem no serviço público quando da implementação de cada reforma, tudo em homenagem ao direito adquirido ou simplesmente em curso.

Nesse diapasão, foram criadas as “vantagens pecuniárias relativas ao custeio”, consistentes *na isenção*, fruto da EC nº 20/1998, posteriormente transmutada em *abono de permanência*, pela EC nº 41/2003.

Não se confundem isenção e abono de permanência. A *isenção* ora em estudo, como dito, foi instituída em 16 de dezembro de 1998, pela EC nº 20/1998, vigorando apenas até 20 de maio de 2004, quando foi transformada em abono de permanência, na forma da Lei nº 10.887/04 (§ 1º do art. 16), assim dispondo:

Art. 16 - As contribuições a que se referem os arts. 4º, 5º e 6º desta Lei serão exigíveis a partir de 20 de maio de 2004.

§ 1º - Decorrido o prazo estabelecido no caput deste artigo, os servidores abrangidos pela isenção de contribuição referida no § 1º do art. 3º e no § 5º do art. 8º da Emenda Constitucional no 20, de 15 de dezembro de 1998, passarão a recolher contribuição previdenciária correspondente, fazendo jus ao abono a que se refere o art. 7º desta Lei.

Isenção, como instituto de natureza tributária, constitui causa de inibição do lançamento, excluindo, pois, o respectivo crédito tributário. Trata-se de uma dispensa legal do tributo. No caso da isenção ora em análise, era afastava a contribuição social que seria exigida do servidor, nas condições especificadas.

Noutro giro, o *abono de permanência* consiste numa vantagem financeira para o servidor público efetivo optante pela continuação no exercício de seu cargo, mesmo já tendo cumprido todos os requisitos para se aposentar, *equivalendo tal vantagem ao valor da contribuição previdenciária, que não será dispensada como na isenção, mas descontada e devolvida ao servidor*; ou seja, a contribuição social do servidor será recolhida e ao mesmo tempo devolvido o correspondente valor em forma de abono, ficando registrado o regular recolhimento da contribuição social para todos os efeitos legais. Esta, aliás, foi a motivação da

modificação efetuada no instituto pela EC nº 41/03, de isenção para abono pecuniário, eis que na isenção o valor que era acrescido na remuneração do servidor nada contaria para efeito de aposentadoria.

Observa-se que toda essa mudança, de isenção para abono de permanência, deu-se por força da nova sistemática de cálculos da renda mensal do benefício nos regimes especiais de previdência social, tomando-se como base não mais a remuneração do cargo efetivo, mas a média aritmética das contribuições sociais vertidas ao sistema previdenciário pelo servidor, à luz do modelo já adotado no Regime Geral.

A Lei nº 10.887/04, que regulamenta a EC nº 41/2003, assim dispõe sobre o abono de permanência:

Art. 7º - O servidor ocupante de cargo efetivo que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas na alínea a do inciso III do § 1º do art. 40 da Constituição Federal, no § 5º do art. 2º ou no § 1º do art. 3º da Emenda Constitucional no 41, de 19 de dezembro de 2003, e que opte por permanecer em atividade fará jus a abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no inciso II do § 1º do art. 40 da Constituição Federal.

Em suma, sendo beneficiário do abono de permanência, o servidor continuará a recolher a sua contribuição ao Fundo Previdenciário, recebendo de volta o valor correspondente em forma de abono. Por conseguinte o órgão de origem do servidor manterá o recolhimento da correspondente contribuição patronal, bem como também suportará o custo do abono de permanência, na forma do art. 75, § 4º, da Orientação Normativa nº 01/2007, do Ministério da Previdência Social, tudo, tendo em vista o caráter contributivo e a manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema.

Os efeitos financeiros do abono de permanência retroagem à data do cumprimento dos requisitos para obtenção do benefício, inclusive, estando sujeito à tributação do Imposto sobre a Renda, pois se trata de uma parcela de natureza remuneratória, isto é, remunera o servidor público por sua permanência no serviço, ao contrário da extinta isenção que apenas o liberava de tal ônus, sem qualquer outra implicância para efeito de custeio ou benefício.

2.1 CONSIDERAÇÕES PONTUAIS ACERCA DA ISENÇÃO

Estabeleceu a EC nº 20/98, no art. 3º, § 1º, que aqueles servidores já em condições de requerer *aposentadoria integral* pelas regras então em vigor até 16/12/1998, data de publicação da EC nº 20/98, e *optando por permanecer em atividade*, fariam jus à “isenção” da respectiva contribuição previdenciária, assim dispondo textualmente:

Art. 3º - É assegurada a concessão de aposentadoria e pensão, a qualquer tempo, aos servidores públicos e aos segurados do regime geral de previdência social, bem como aos seus dependentes, que, até a data da publicação desta Emenda, tenham cumprido os requisitos para a obtenção destes benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente.

§ 1º - O servidor de que trata este artigo, que tenha completado as exigências para aposentadoria integral e que opte por permanecer em atividade fará jus à isenção da contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria contidas no art. 40, § 1º, III, “a”, da Constituição Federal.

A legislação então vigente a que se refere o *caput* do art. 3º corresponde à redação original do art. 40 da CF, que exigia os seguintes requisitos para a aposentadoria voluntária com proventos integrais:

- a) trinta e cinco anos de serviço, se homem, e trinta, se mulher, com proventos integrais;
- b) trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais;

A isenção na forma acima destacada permaneceria até o servidor requerer a sua aposentadoria ou até quando viesse a completar as exigências para a aposentadoria da regra geral, prevista no art. 40, § 1º, III, “a”, da CF, com a sua atual redação, que foi dada pela EC nº 20/98, consiste nos requisitos relativos ao tempo de serviço conforme acima destacados, convertidos em tempo de contribuição, somados aos requisitos relativos à idade:

- a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem; e

- b) cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher.

Regra semelhante sobre a “isenção” constou também do art. 8º, § 5º da própria EC nº 20/98, o qual foi revogado pelo art. 10 da EC nº 41/2003. Assim dispunha o referido art. 8º, § 5º:

Art. 8º (*omissis*)

[...];

§ 5º - O servidor de que trata este artigo, que, após completar as exigências para aposentadoria estabelecidas no “caput”, permanecer em atividade, fará jus à isenção da contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria contidas no art. 40, § 1º, III, “a”, da Constituição Federal. (Revogado pela Emenda Constitucional nº 41, de 19.12.2003)

Vê-se que o art. 8º da EC nº 20/1998 previa uma hipótese de aposentadoria para os servidores com ingresso no serviço público até 16/12/1998, com proventos calculados na forma do então § 3º do art. 40 (com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98, já alterada pela EC nº 41/03), ou seja, com base na remuneração do servidor no cargo efetivo em que se desse a aposentadoria. Nesta hipótese, os requisitos que deveriam ser cumpridos seriam os seguintes:

- a) cinquenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher;
- b) cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se daria a aposentadoria;
- c) tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:
- trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e
 - um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior.

Pois bem, como ressaltado, o servidor público na situação acima demonstrada também faria jus à isenção em relação à sua contribuição social.

2.2 CONSIDERAÇÕES PONTUAIS ACERCA DO ABONO DE PERMANÊNCIA

A EC nº 41/2003 não repetiu a nomenclatura utilizada pela EC nº 20/1998. Ao invés de isenção, preferiu chamar de “*abono de permanência*”, embora guardando as mesmas características e os mesmos fins da “*isenção*” inventada pela EC nº 20/98, quais sejam, poupar o servidor do ônus contributivo e também incentivá-lo a permanecer em atividade, com o que ganhariam tanto o servidor quanto a Administração Pública. O servidor recebendo maior remuneração e a Administração contando com um profissional experimentado por mais algum tempo, pagando-lhe remuneração ao invés de proventos.

A referida Emenda Constitucional previu o *abono de permanência* em diversas situações. Uma delas indo figurar exatamente nas hipóteses das regras permanentes do art. 40 da CF, na forma do § 19, assim dispondo:

Art. 40 (omissis).

[...];

§ 19. O servidor de que trata este artigo que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no § 1º, III, a, e que opte por permanecer em atividade fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no § 1º, II. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003).

A hipótese beneficia o servidor que implementa os requisitos da aposentadoria por idade e tempo de contribuição e opta por continuar em atividade, sendo-lhe outorgado um *plus salarial* como forma de incentivá-lo a permanecer no cargo, situação que se estende até o servidor requerer sua aposentadoria ou completar 70 anos de idade, quando então será alcançado pela aposentadoria compulsória.

Outras situações de *abono de permanência* figuram no próprio texto da EC nº 41, constando das suas regras transitórias, no art. 3º, § 1º e no art. 2º, § 5º, assim dispondo:

Art. 2º Observado o disposto no art. 4º da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, é assegurado o direito de opção pela aposentadoria voluntária com proventos calculados de acordo com o art. 40, §§ 3º e 17, da Constituição Federal, àquele que tenha ingressado regularmente em cargo efetivo na Administração Pública direta, autárquica e fundacional, até a data de publicação daquela Emenda, quando o servidor, cumulativamente:

I - tiver cinquenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher;

II - tiver cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria;

III - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e

b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data de publicação daquela Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea a deste inciso.

[...];

§ 5º O servidor de que trata este artigo, que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no caput, e que opte por permanecer em atividade, fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal.

Art. 3º É assegurada a concessão, a qualquer tempo, de aposentadoria aos servidores públicos, bem como pensão aos seus dependentes, que, até a data de publicação desta Emenda, tenham cumprido todos os requisitos para obtenção desses benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente.

§ 1º O servidor de que trata este artigo que opte por permanecer em atividade tendo completado as exigências para aposentadoria voluntária e que conte com, no mínimo, vinte e cinco anos de contribuição, se mulher, ou trinta anos de contribuição, se

homem, fará jus a um *abono de permanência* equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal.

Além das previsões constitucionais acima colacionadas e das disposições da Lei nº 10.887/04, o abono de permanência é ainda objeto de disciplinamento específico pela Orientação Normativa MPS/SPS nº 1, de 23 de janeiro de 2007 (DOU de 25/01/2007), no seu art. 75 e parágrafos, constando expressamente do § 4º que a *concessão do abono de permanência com base em determinada regra de aposentadoria não vincula o servidor a aposentar-se por esta mesma regra, podendo aposentar-se por qualquer outra, desde que cumpridos os respectivos requisitos legais*.

3 CONCLUSÃO

O abono de permanência, bem como a extinta isenção, estão vinculados a dois objetivos, quais sejam:

- a) incentivar o servidor que implementou os requisitos para aposentar-se a permanecer na atividade do seu cargo, adiando a aposentadoria; e
- b) promover maior economia ao Estado que, com a permanência do servidor na atividade, consegue postergar no tempo a dupla despesa com o pagamento de proventos e remuneração ao servidor que ocuparia a vaga deixada.

A modificação introduzida na isenção, pela EC nº 41/03, transformando-a em abono de permanência, deveu-se sobretudo às mudanças nos critérios para o cálculo dos proventos, que passaram a ser pela “média aritmética simples” das maiores remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência a que esteve vinculado, em substituição à regra da remuneração do cargo. Assim, transformou-se o benefício pecuniário de isenção em abono, a fim de que o servidor continuasse a verter sua contribuição para o Fundo Previdenciário, cabendo ao respectivo ente público pagar-lhe o abono no mesmo valor da contribuição.

Ao contrário da isenção, com o abono de permanência não há solução de continuidade ou lacunas na vida contributiva do servidor,

o que lhe seria desfavorável no resultado da média aritmética simples, quando dos cálculos do futuro benefício, consistindo, pois, o abono, como o próprio nome diz, em bônus, um “plus”, eis que há ganho na remuneração, e não em simples causa de inibição do lançamento, excluindo o respectivo crédito tributário, com era a isenção.

Substituto da isenção, como já declinado, o abono constitui benefício de caráter pecuniário relativo ao custeio, consistente em estímulo financeiro conferido ao servidor que já poderia requerer sua aposentadoria voluntária, mas opta por permanecer no exercício do cargo, postergando o direito conquistado. Traz vantagem para o servidor, que terá um ganho salarial a mais, e para a administração pública, que não necessitará contratar um novo servidor, adiando as despesas com o pagamento dos correspondentes proventos.

Tanto a isenção, quando existiu, quanto o abono de permanência, só alcançam as hipóteses de aposentadoria voluntária. E isto, por uma questão muito óbvia: a concessão da referida espécie de benefício envolve a opção do servidor de permanecer no exercício do seu cargo, mesmo já tendo conquistado o direito de requerer a aposentadoria. Esta disposição de vontade não ocorre em relação à aposentadoria de caráter compulsório, como é o caso da aposentadoria por invalidez e da aposentadoria aos setenta anos de idade.

Importante destacar que não se inclui neste rol as novas aquisições da aposentadoria prevista no art. 40, § 1º, inciso III, alínea “b”, da CF/88, qual seja, a *aposentadoria proporcional por idade*. Esta, apesar de se tratar de uma espécie de aposentadoria voluntária, não dá direito ao benefício na forma do § 19 do art. 40, por falta de previsão legal. Entretanto, aqueles que a conquistaram até 31 de dezembro de 2003, com base nos critérios da legislação então vigente, desde que contando com, no mínimo, vinte e cinco anos de contribuição, se mulher, ou trinta anos, se homem, fazem *jus* ao destacado abono, que durará até o servidor se aposentar voluntariamente ou até completar 70 anos de idade, com fundamento no art. 3º, § 1º, da EC nº 41/03 e no art. 75, § 1º, da ON/MPS nº 1/07.

4 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Ministério da Previdência Social – MPS**. Disponível em: <<http://www.previdenciasocial.gov.br>> Acesso em: 29 fev. 2008.

BRASIL. **Presidência da República**. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 fev. 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro. **Previdência Social do Servidor Público**. 2. ed. São Paulo: Método, 2006.

FELIPE, Jorge Franklin Alves. **Direito Previdenciário do Servidor Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**, 5. ed. Niterói-RJ: Impetus, 2005.

JORGE, Társis Nametala. **Manual dos Benefícios Previdenciários**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

KERTZMAN, Ivan Mascarenhas. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2007.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **O servidor público nas reformas constitucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

A NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO DAS LEGISLAÇÕES CONSUMERISTAS PARA O PROCESSO DE INTEGRAÇÃO NO MERCOSUL

*Fabício Castagna Lunardi
Advogado da União*

*Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais e especialista em
Direito Civil pela Universidade Federal de Santa Maria*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Do surgimento da proteção do consumidor no Mercosul; 3 Necessidade de harmonização das legislações; 4 A tentativa de unificação; 5 Perspectivas de continuidade rumo à harmonização das legislações consumeristas dos países do Mercosul; 6 Considerações finais; 7 Referências.

RESUMO: Atentando para o movimento legislativo mundial de proteção dos consumidores, os países do MERCOSUL passaram a editar leis específicas sobre essa matéria. No entanto, em razão dos diferentes estágios de evolução, as legislações consumeristas dos países do bloco apresentam muitas assimetrias, o que causa prejuízos contudentes aos consumidores e obstaculiza o processo de integração. Em face disso, é imperioso um estudo sobre as legislações de defesa do consumidor dos Estados-Partes do MERCOSUL e sobre as perspectivas de harmonização dessas codificações. O presente trabalho dedica-se, portanto, à aferição dos graus de proteção conferidos por cada uma dessas legislações consumeristas e à análise da necessidade da sua harmonização, como etapa necessária ao processo de integração do Bloco. Ao final, conclui-se a harmonização das legislações consumeristas nos países do MERCOSUL é medida necessária ao recrudescimento do Bloco.

PALAVRAS-CHAVE: Harmonização. Leis. Consumidor. Necessidade. Mercosul.

1 INTRODUÇÃO

A natural evolução do Direito do Consumidor e o prioritário tratamento que vem sendo dado aos consumidores nas legislações dos Estados culminaram por cancelar o entendimento de que é necessário proteger o consumidor contra os abusos dos fornecedores, sobretudo quando se trata de consumo transfronteiriço, em que aquele fica ainda mais vulnerável. Com efeito, se há pouco tempo ainda se discutia o surgimento e a extensão da aplicação das legislações consumeristas dentro de cada país, hodiernamente se questiona a sua incidência nas relações de consumo estabelecidas entre partes de diferentes países.

Em face do crescente avanço nas relações de consumo no âmbito dos países do MERCOSUL, corolário do processo de integração, faz-se necessária a análise da harmonização das leis protetivas do consumidor no âmbito dos países do MERCOSUL, com vista à defesa dos interesses dos indivíduos e à evolução no processo de integração do MERCOSUL.

2 DO SURGIMENTO DA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO MERCOSUL

Alicerçados nesse novo movimento de proteção aos consumidores, e desvincilhando-se do dogma do liberalismo contratual, os países do MERCOSUL¹ passaram a editar leis específicas sobre as relações de consumo, reconhecendo que estas não podem ser tratadas de maneira similar às relações comerciais comuns. Tais legislações deram à matéria regramento próprio, a fim de melhor proteger os consumidores contra os abusos cometidos pelos comerciantes.

No Brasil, a proteção ao consumidor está inserida na própria Constituição Federal de 1988, em seus arts. 5º, inc. XXXII, e 170, inc. V. O inc. XXXII do art. 5º da Constituição prevê que “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, impondo ao Estado o dever de intervir nas relações de consumo que se estabelecem entre consumidor e fornecedor, então mitigando a regra do *laissez-faire, laissez passer*. O art. 170, inc. V, da Constituição Federal traz a defesa do consumidor como um princípio da ordem econômica.²

Atendendo ao disposto no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que prevê que o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaboraria o Código de Defesa do Consumidor, foi promulgada, em 11 de setembro de 1990, a Lei n.º 8.078/90, cuja redação foi fortemente marcada pelo direito comparado, notadamente o direito norte-americano e a legislação harmonizadora da União Européia.³ Com a entrada em vigor dessa Lei, as relações de consumo, que antes recebiam regulamento pelo direito

1 O Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) foi criado pelo Tratado de Assunção, de 26 de março de 1991, tendo como Estados-Partes Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai. O objetivo desse acordo é a realização progressiva de um mercado comum entre os seus países membros. O quadro institucional do MERCOSUL foi, posteriormente, aperfeiçoado pelo Protocolo de Ouro Preto, de 17 de dezembro de 1994, que criou a estrutura definitiva. Em 4 de julho de 2006, foi assinada a adesão plena da Venezuela ao MERCOSUL. No entanto, a vigência desse Acordo ficou condicionada à sua aprovação pelos parlamentos dos países integrantes do Bloco, o que não ocorreu até o momento, razão pela qual a Venezuela ainda não integra o MERCOSUL.

2 “Art. 170. 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, observados os seguintes princípios: [...] V – Defesa do consumidor;”

3 GRIZARD FILHO, Waldyr. A defesa do consumidor no MERCOSUL. O paradigma brasileiro e o Protocolo de Montevidéu: identidade e diferenças. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, RS, ano 49, n. 284, p. 35-49, jun. 2001. p. 40.

civil comum, passam a ter regulamentação própria, de forma a melhor atender os interesses do consumidor.⁴

A Constituição da República Argentina, promulgada em 1994, aborda a “defesa do consumidor” em seu capítulo segundo, ao tratar dos denominados “novos direitos e garantias”. Prevê, no art. 42, que são direitos do consumidor a proteção da saúde, da segurança e dos interesses econômicos, a informação adequada e verdadeira sobre produtos e serviços postos no mercado de consumo, em atendimento aos princípios da liberdade de escolha, do equilíbrio das relações de consumo e da dignidade de tratamento aos consumidores. No art. 43, § 2.º, a Constituição Argentina traz um rol de legitimados a promover as ações judiciais na defesa dos interesses difusos e coletivos dos consumidores.

Em nível infraconstitucional, vige, na Argentina, a *Ley de Defensa del Consumidor*, de n.º 24.240, promulgada em 1993 e alterada pelas Leis n.º 24.568/1995, n.º 24.787/1997 e n.º 24.999/1998 e n.º 26.361/2008. Em muitos pontos, a legislação argentina e a brasileira apresentam similitudes. Esta, no entanto, apresenta um maior grau de proteção e de abrangência, sobretudo no concernente à reparação dos danos causados por vícios e defeitos dos produtos.

A Constituição Nacional do Paraguai faz expressa referência a políticas de defesa do consumidor nos seus arts. 27, 38 e 72. Legislação infraconstitucional sobre a matéria, contudo, apenas veio a ser promulgada em 1998, com a Lei n.º 1.334, denominada *Ley de Defensa del Consumidor y del Usuário*, que é baseada no projeto do Protocolo de Defesa Comum do Consumidor no Mercosul, elaborado pelo Comitê Técnico n.º 7 (CT 7) em 1997 e que acabou não sendo aprovado.

Observa-se, também, que muitos artigos da legislação consumerista paraguaia reproduzem dispositivos do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor e também da lei argentina.

O Uruguai, diversamente do que ocorre nos demais Estados-Partes do MERCOSUL, não prevê expressamente a proteção ao consumidor em sua Constituição Nacional, de 1997. Somente nos arts.

⁴ As disposições da Lei n.º 8.078/90 não são incompatíveis com as normas do Código Civil brasileiro (Lei n.º 10.406/2002) que tratam da mesma matéria, uma vez que estas continuam sendo aplicadas às relações civis comuns. O que se faz é apenas a solução da aparente antinomia das normas pelo critério da especialidade, prevalecendo, quando se tratar de relação de consumo, aquela Lei, por ser mais específica (*lex specialis*).

24, 44 e 52 é que se pode ver a matéria sendo abordada, o que é feito de maneira muito branda. Além disso, esse país foi o último do Bloco a promulgar uma legislação específica sobre defesa do consumidor, o que fez em 1999, com a Lei n.º 17.189, que entrou em vigor em junho de 2000, e acabou sendo revogada e substituída pela Lei n.º 17.250, a *Ley de Defensa del Consumidor*, publicada em 17 de agosto de 2000.⁵ Até a entrada em vigor da Lei n.º 17.189 (atualmente revogada), as relações de consumo eram reguladas pelo Código Civil de 1969, que havia sofrido apenas algumas alterações.

Conclui-se, a partir da análise do ordenamento jurídico dos países membros do MERCOSUL, que todos eles possuem legislação específica em matéria de direito do consumidor. Cotejando-se essas legislações, observa-se que elas apresentam muitas assimetrias,⁶ mormente em relação à questão da responsabilidade civil dos fornecedores em razão de vícios ou defeitos dos produtos.⁷

3 NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO DAS LEGISLAÇÕES

O consumidor, que já é parte vulnerável em um contrato de consumo interno, torna-se ainda mais vulnerável quando se trata de comércio transfronteiriço, 8 pois, na maioria das vezes, desconhece a lei aplicável à sua relação de consumo e a jurisdição que atuará, sendo-lhe extremamente prejudicial a disparidade de proteção das legislações consumeristas.

De outro lado, a grande diversidade do regramento da matéria, demonstrada acima, acaba, muitas vezes, por prejudicar a livre

5 O projeto dessa Lei, no entanto, existia desde 1989, como informa Gustavo Ordoqui Castilha (In: Algunas reflexiones sobre la protección al consumidor en la contratación por adhesión a condiciones generales. In: FACULTAD DE DERECHO, Montevideo. **Cuaderno n.º 17**: Aspectos jurídicos de la defensa del consumidor. Montevideo: Facultad de Derecho, 1991. p. 47-78. p. 72).

6 Os países associados ao MERCOSUL Bolívia e Chile apresentam um menor nível de proteção do que os países membros, devendo, se pretendem realmente tornarem-se membros do Bloco, aumentar o nível de proteção ao consumidor, aproximando-se, ao máximo, do patamar de proteção que é dado por Brasil e Argentina.

7 Sobre o tema, já dissertei em outra oportunidade: A responsabilidade civil do fornecedor por vícios dos produtos no Código de Defesa do Consumidor. In **Consulex**, Brasília, ano 20, n. 18, p. 5-7, 2006.

8 A vulnerabilidade do consumidor, que se torna ainda mais evidente em um processo de integração entre países, também é reconhecida na Declaração Presidencial dos Direitos Fundamentais dos Consumidores do MERCOSUL, firmada pelos governos dos quatro países membros na cidade de Florianópolis em 15 de dezembro de 2000: "... em um processo de integração, com a livre circulação de produtos e serviços, o equilíbrio na relação de consumo, baseado na boa fé, requer que o consumidor, como agente econômico e sujeito de direito, disponha de uma proteção especial em atenção a sua vulnerabilidade".

concorrência entre as empresas dos países membros do MERCOSUL, à medida que as empresas que se localizam num país onde há um menor grau de proteção do consumidor certamente produzirão determinado produto com preço menor em relação àquelas situadas em países onde a proteção do consumidor é maior.

Com isso, há necessidade de que estes países protejam suas empresas e seus consumidores, obstando a livre concorrência e, por conseguinte, o comércio intrabloco.

O intervencionismo Estatal, nesse caso, é amparado pelo próprio Tratado de Assunção (1991), que autoriza as restrições tendentes a proteger a vida e a saúde das pessoas, tendo em vista, ainda, que um dos fins do Tratado é a melhora da qualidade de vida dos habitantes dos quatro países.⁹ Por conseguinte, obstaculiza-se o avanço do bloco rumo à almejada zona de livre comércio, pois a isenção de entraves alfandegários pressupõe a harmônica evolução jurídica de diversas áreas, dentre as quais a do consumidor.

Outrossim, admitindo-se que a qualidade do produto é diretamente proporcional ao grau de proteção que é dado pela legislação do país onde a empresa tem a sua sede, aquilata-se que o menor grau de proteção do consumidor acaba, ainda, por obstaculizar a expansão das relações comerciais do Bloco com outros parceiros, como é o caso da União Européia, uma vez que os países mais desenvolvidos prezam pela qualidade dos produtos que adquirem.¹⁰ Com efeito, “A garantia da qualidade homogênea e coesa dos produtos propicia ao bloco a criação de uma ‘marca MERCOSUL’, relacionada a um símbolo de qualidade compatível com os mercados europeus e norte-americanos, principais parceiros do bloco.”¹¹

Portanto, normas adequadas aos padrões internacionais contribuem para a inserção competitiva das economias dos Estados-

9 ARRIGUI, Jean Michel. La protección de los consumidores y el MERCOSUR. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, SP, n. 2, p. 124-136, 1992. p. 134

10 “Concretamente, porque quien responde en ciertas circunstancias, aun en ausencia de culpa, incluye en los costos generales de producción los eventuales resarcimientos derivados de la defectuosidad de los bienes comercializados, conformando un rubro sumamente incidente sobre la fijación de los precios. Entonces nace una disparidad de los costos con relación a quien solo responde de un obrar culpable, creándose, por tanto, condiciones desiguales de concurrencia entre productores de diversos países.” (STIGLITZ, Gabriel A. *Protección jurídica del consumidor*. Buenos Aires : Depalma, 1986. p. 9)

11 FELLOUS, Beyla Esther. *Proteção do Consumidor no Mercosul e na União Européia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 27.

Partes no mercado mundial, sendo que as assimetrias, nesse aspecto, têm um claro impacto na competitividade econômica.¹²

4 A TENTATIVA DE UNIFICAÇÃO

Tendo em vista os óbices gerados pela diversidade do grau de proteção aos consumidores, o MERCOSUL, através do Grupo Mercado Comum (GMC), passou a editar normas que versavam sobre a qualidade dos produtos, no intuito de proteger a saúde e a segurança dos consumidores. À guisa de exemplo, pode-se citar as Resoluções 31/92, 19/93, 46/93, 83/93, 91/93 e 55/94 sobre aditivos permitidos em alimentos, a Resolução 19/93 sobre colorantes permitidos, a Resolução 56/94 sobre toxinas no leite e farinhas, as Resoluções 31/93, 82/93, 63/94 sobre qualidade do leite.

A despeito de sua importância, as regras sobre a qualidade dos produtos não se fazem suficientes para uma efetiva proteção ao consumidor e para a reversão do quadro deficitário acima exposto. Assim, foram editadas, pelo GMC, a Resolução 123/96, relativa à definição de consumidor, fornecedor e de relação de consumo e serviço; a Resolução 124/96, prescrevendo uma lista não exaustiva de direitos básicos do consumidor; a Resolução 125/96, prevendo normas sobre os níveis de qualidade, riscos, saúde e segurança dos produtos e serviços, bem como o dever do fornecedor de informar sobre esses riscos; a Resolução 126/96, relativa ao regime de publicidade enganosa; e a Resolução 127/96, dispondo sobre garantias contratuais.

No entanto, era necessária a edição de normas que também disciplinassem outros aspectos da relação de consumo, como a questão das cláusulas abusivas, a garantia legal contra vícios do produto, a responsabilidade civil etc.

A par disso, tentaram-se uniformizar as legislações, criando-se uma legislação consumerista única para todos os países do MERCOSUL. Foi elaborado, então, pelo CT 7, em 1997, o Protocolo de Defesa do Consumidor no MERCOSUL.

Entretanto, o projeto desse Protocolo trazia uma proteção ao consumidor menor do que a que é ofertada pelo Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Não podendo o Brasil regredir em matéria de

¹² LORENZETTI, Ricardo. La relación de consumo: conceptualización dogmática en base al Derecho del MERCOSUR. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, SP, n. 21, p. 09-31, jan.-mar. 1997. p. 9-10.

proteção ao consumidor, uma vez que não pode haver um retrocesso em matéria de direitos fundamentais, a eventual internalização desse tratado seria manifestamente inconstitucional.

Aliado a esse fator, houve uma enorme mobilização das entidades civis de defesa do consumidor no sentido de obstar a unificação das legislações consumeristas, destacando-se o Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (Brasilcon),¹³ as associações civis de âmbito nacional, os Programas Estaduais de Proteção ao Consumidor (Procons) e o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec).¹⁴ Com isso, a tentativa de uniformização da legislação consumerista no MERCOSUL acabou fenecendo.

5 PERSPECTIVAS DE CONTINUIDADE RUMO À HARMONIZAÇÃO DAS LEGISLAÇÕES CONSUMERISTAS DOS PAÍSES DO MERCOSUL

Não obtendo êxito os ideais de unificação das legislações consumeristas, foi modificada a metodologia de trabalho do CT 7, que passou a propor mudanças legislativas somente sobre temas específicos. Optou-se, assim, por harmonizar temas pontuais, ao invés instituir um documento único.¹⁵

Essas normas supranacionais têm importância fundamental no processo de harmonização e na defesa do consumidor, visto que impõem aos países o dever de, paulatinamente, reduzir as diferenças e aumentar o nível de proteção ao consumidor e da qualidade dos produtos, diminuindo o risco de danos.

A criação de um Mercado Comum implica, conforme explicita o Tratado de Assunção (art. 1.º), a harmonização das legislações por meio de alteração dos princípios internos de cada país membro e da adaptação das legislações consumeristas locais à nova ordem comunitária.

Ademais, nesse processo de integração, o consumidor é um importante agente econômico, à medida que todo o processo de importação e exportação tem como objetivo final o consumo.

13 Por exemplo: BRASILCON. Manifestação do BRASILCON sobre o Projeto de Protocolo, de 4 de dezembro de 1997. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, SP, n. 23-24, p. 536-560, julho-dezembro 1997.

14 TERUCHKIN, Sônia Unikowsky. Os impasses na harmonização dos direitos do consumidor no Mercosul. *Indicadores Econômicos FEE*, Porto Alegre, RS, v. 25, n. 3, p. 220-231, dez. 2000. p. 225.

15 *Ibidem*. p. 226.

Por tais razões, as legislações de proteção do consumidor da Argentina, Paraguai e Uruguai devem evoluir para atingir o patamar de proteção conferido pelo Brasil, que é o país que possui a lei consumerista mais protetiva dentre os países do MERCOSUL e uma das mais protetivas do mundo.¹⁶ O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor deve servir de paradigma, a fim de operar um processo de ascensão no nível de proteção do consumidor com relação às legislações dos demais países do Bloco.

De qualquer forma, o reconhecimento da necessidade de proteção do consumidor como forma de proteção do indivíduo e como medida necessária para o processo de integração já é um grande passo para a evolução do integracionismo em matéria de direito do consumidor. E essa consciência dos quatro países do bloco se tornou evidente quando, admitindo que “a defesa do consumidor é um elemento indissociável e essencial do desenvolvimento econômico equilibrado e sustentável do MERCOSUL” e que “se devem realizar esforços no MERCOSUL a favor da harmonização das legislações nacionais de defesa do consumidor”, os governadores dos países membros do Bloco firmaram, em 15 de dezembro de 2000, na cidade de Florianópolis/SC, a Declaração Presidencial dos Direitos Fundamentais dos Consumidores do MERCOSUL. Embora sem força imperativa, esse diploma representa a vontade dos chefes de governo de avançar no sentido da proteção ao consumidor.

Malgrado as intenções expressas na Declaração, a resistência do Uruguai no avanço em relação à proteção do consumidor vem impedindo os demais países do MERCOSUL de evoluir nesta matéria, dificultando a harmonização legislativa dos países do bloco, pois esta pressupõe o consenso dos Estados membros. Ademais, o baixo protecionismo ao consumidor acaba sendo duplamente prejudicial aos seus consumidores, pois, além de gozarem de um baixo grau de proteção, ainda se tornam um receptáculo de todos aqueles produtos de baixa qualidade que estão proibidos de circular em outros países.

Portanto, se os países do MERCOSUL realmente almejam avançar no processo integracionista e proteger os seus cidadãos, devem harmonizar as suas legislações consumeristas, de forma a se aproximar do nível de proteção ao consumidor que é ofertado pela legislação brasileira.

16 op. cit., p. 222.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O surgimento de uma sociedade de massa alterou substancialmente o conteúdo dos princípios que eram tradicionalmente aceitos, o que causou algumas disparidades no regramento da matéria pelos países em face dos distintos graus de evolução, não sendo diferente no âmbito do MERCOSUL.

Após uma análise comparativa das legislações consumeristas desses países, aquilata-se que elas possuem muitas assimetrias, o que não deve constituir obstáculo intransponível para o consumidor obter a tutela jurídica de que necessita. No entanto, adquirir produtos nos outros países acaba por ser um ônus para o consumidor, fator que culmina em obstaculizar o avanço nas relações de consumo entre os países do Bloco.

O rigorismo com que é tratada a questão da proteção do consumidor, como, por exemplo, a da responsabilidade civil dos fabricantes, seja pelo aspecto material ou processual, faz impor, com maior ou menor severidade, o dever de qualidade dos produtos colocados no mercado, com reflexo na segurança dos consumidores e na livre concorrência para as empresas.

Certamente, o ônus de elaborar produtos mais seguros e isentos de vícios, e de indenizar o consumidor em caso de ocorrência de danos, têm como corolário lógico o aumento no custo da produção e, por conseguinte, o aumento imediato no preço do produto. Assim, nos países onde há uma legislação mais protetiva ao consumidor, os fabricantes e os demais fornecedores lançam no mercado produtos com preço mais elevado.

Esse fator de desigualdade na concorrência entre as empresas dos Estados-Partes do MERCOSUL acaba por obstaculizar o processo de integração econômica, à medida que o Estado com maior rigorismo legislativo tem de intervir para assegurar que as suas empresas não sofram prejuízos em prol da qualidade e segurança dos produtos e da proteção ao consumidor.

O avanço dos países em relação ao nível de proteção ao consumidor, bem como a harmonização das legislações nesse ramo do direito, é, pois, uma necessidade premente tanto para os consumidores como para o recrudescimento do processo de integração do MERCOSUL. Se os países membros do Bloco realmente tencionam avançar no processo de integração, devem harmonizar suas legislações consumeristas, sempre aumentando o grau de proteção ao consumidor, com vista a proporcionar a livre circulação de mercadorias sem prejuízos para a saúde e integridade física dos cidadãos.

7 REFERÊNCIAS

ARRIGHI, Jean Michel. La protección de los consumidores y el MERCOSUR. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, SP, n. 2, p. 124-136, 1992.

BECKER M., Gustavo. Mercado común y la protección del consumidor: Paraguay: garantías constitucionales y la armonización de las legislaciones internas. In: MARQUES, Cláudia Lima. (Org.). **Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no MERCOSUL**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1994. p. 124-133.

BOGGIANO, Antonio. **Curso de Derecho Internacional Privado**. 2. ed. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 2000.

BRASILCON. Manifestação do BRASILCON sobre o Projeto de Protocolo, de 4 de dezembro de 1997. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 23-24, p. 536-560, julho-dezembro 1997.

CASTILHA, Gustavo Ordoqui. Algunas reflexiones sobre la protección al consumidor en la contratación por adhesión a condiciones generales. In: FACULTAD DE DERECHO, Montevidéo. *Cuaderno nº 17: Aspectos jurídicos de la defensa del consumidor*. Montevidéo: Facultad de Derecho, 1991. p. 47-78.

_____. (coord.). **Derechos del consumidor en el marco de la legislación nacional y la integración regional**. Montevidéo : Ingranusi, 2000.

CICERO, Nidia Karina. Estado actual de las negociaciones del proceso de armonización de la legislación en materia de defensa del consumidor en seno del Mercosur. **Revista de Derecho del Mercosur**, Buenos Aires, ano 3, n. 1, p. 50-59, feb. 1999.

DALL'AGNOL, Antonio. Integração econômica e defesa do consumidor: regulamento do MERCOSUL. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, SP, n. 22, p. 102-104, abr.-jun. 1997.

DARTAYETE, María Cristina. Armonización de normas en el Mercosur. **Revista de Derecho del Mercosur**, Buenos Aires, ano 3, n. 1, p. 63-80, feb. 1999.

DOBROWOLSKI, Sílvio. Harmonização, no âmbito do MERCOSUL, das garantias constitucionais e processuais dos direitos fundamentais e o acesso à Justiça. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, SP, ano 88, v. 759, p. 76-85, jun. 1999.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**: parte geral. 6. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro : Renovar, 2001.

FELLOUS, Beyla Esther. **Proteção do consumidor no Mercosul e na União Européia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GARAY, Carlos. **O Direito do Consumidor no Mercosul**. Revista Jurídica da Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, ano 1, n. 1, p. 19-24, maio 1997.

GHERSI, Carlos Alberto. **Teoría general de la reparación de daños**. 2. ed. atual. ampl. Buenos Aires : Astrea, 1999.

GRISARD FILHO, Waldyr. A defesa do consumidor no MERCOSUL. O paradigma brasileiro e o Protocolo de Montevideú: identidade e diferenças. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, RS, ano 49, n. 284, p. 35-49, jun. 2001.

LORENZETTI, Ricardo. La relación de consumo: conceptualización dogmática en base al Derecho del MERCOSUR. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, SP, n. 21, p. 09-31, jan.-mar. 1997.

LUNARDI, Fabrício Castagna. A responsabilidade civil do fornecedor por vícios dos produtos no Código de Defesa do Consumidor. **In Consulex**, Brasília, DF, ano 20, n. 18, p. 5-7, 2006.

RICHTER, Karina. **Consumidor & Mercosul**. Curitiba : Juruá, 2002.

STIGLITZ, Gabriel. Modificaciones a la Ley Argentina de Defensa Del Consumidor y su influencia en el Mercosur. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, SP, n. 29, p. 9-20, jan.-mar. 1999.

_____. **Protección jurídica del consumidor**. Buenos Aires : Depalma, 1986.

SZAFIR, Dora. **Consumidores**: análisis exegético de la Ley 17.250. 2. ed. atual. Montevideú : Fundación de Cultura Universitaria, 2002.

TERUCHKIN, Sônia Unikowsky. Os impasses na harmonização dos direitos do consumidor no Mercosul. **Indicadores Econômicos FEE**, Porto Alegre, RS, v. 25, n. 3, p. 220-231, dez. 2000.

DO VALOR PROBATÓRIO DA SENTENÇA TRABALHISTA NA RELAÇÃO JURÍDICA PREVIDENCIÁRIA.

Germano Bezerra Cardoso
Procurador Federal - PFE/INSS
Especialista em Direito Processual Civil

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Breves considerações acerca da filiação e da inscrição do segurado obrigatório no Regime Geral da Previdência Social; 3 Do valor probatório da sentença trabalhista; 4 A sentença trabalhista como início razoável de prova material; 5 Conclusão; 6 Referências.

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo analisar o valor probatório da sentença proferida pela Justiça do Trabalho, que reconhece o vínculo empregatício, para o fim de comprovação do tempo de serviço e os seus reflexos perante a Previdência Social, à luz do posicionamento da doutrina e da jurisprudência.

PALAVRAS-CHAVE: Previdenciário. Sentença Trabalhista. Prova Material. Tempo de Serviço.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por escopo analisar o valor probatório da sentença proferida pela Justiça do Trabalho no âmbito da relação jurídica previdenciária, para o fim de comprovação do tempo de serviço perante a Previdência Social, nos termos do art. 55, § 3º, Lei 8.213/91.

Inicialmente, dissertou-se a respeito dos institutos da filiação e da inscrição dos segurados obrigatórios ao RGPS e os respectivos meios de comprovação, especialmente a situação dos segurados obrigatórios que se vinculam ao sistema pelo mero exercício de atividade remunerada prevista em lei (segurado empregado, empregado doméstico e trabalhador avulso).

O ajuizamento de reclamatória trabalhista na Justiça do Trabalho, visando o reconhecimento do vínculo de emprego, tem sido o meio de prova mais comum, almejado pelos segurados obrigatórios que possuem a filiação automática ao RGPS pelo mero exercício de atividade remunerada, tendo em vista que as definições utilizadas pela legislação previdenciária para os segurados empregado, doméstico e trabalhador avulso são as mesmas utilizadas pelo Direito do Trabalho.

Sem a pretensão de exaurir o tema, mas de estimular o debate, destacou-se o entendimento da doutrina e da jurisprudência a respeito do valor probatório do vínculo de emprego reconhecido por força de sentença trabalhista perante a Previdência Social, ressaltando os requisitos para a comprovação do tempo de serviço, que exige a conjugação do início de prova material e prova testemunhal.

Em que situações a sentença trabalhista servirá como meio de prova do vínculo do empregado perante a Previdência Social? A sentença terá eficácia plena em face do Instituto Nacional do Seguro Social como prova da filiação do segurado empregado ao RGPS e do respectivo tempo de serviço prestado?

2 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA FILIAÇÃO E DA INSCRIÇÃO DO SEGURADO AO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL .

Os segurados obrigatórios da previdência social são divididos em cinco classes: empregado, empregado doméstico, contribuinte individual, trabalhador avulso e segurado especial, nos termos do art. 11 da Lei 8.213/91. São ditos obrigatórios os referidos segurados, em razão de que a previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, de acordo com o *caput* do art. 201 da Constituição Federal.

A filiação ao Regime Geral de Previdência Social poderá decorrer do exercício de atividade remunerada tipificada em lei¹ e/ou do recolhimento das contribuições previdenciárias. Para os segurados empregado, empregado doméstico, trabalhador avulso e segurado especial, a filiação decorre do exercício de atividade remunerada prevista em lei, que assegura ao indivíduo a sua vinculação independentemente da sua vontade, em face do caráter compulsório do regime previdenciário. De outro turno, em relação ao contribuinte individual, a sua filiação não decorre só do mero exercício de atividade remunerada tipificada em lei, mas também do recolhimento das respectivas contribuições. Excepcionalmente a lei afasta a obrigatoriedade de filiação em relação ao segurado facultativo, devido ao fato de que ele não exerce atividade remunerada, de modo que é facultada a sua vinculação ao RGPS mediante a inscrição e o pagamento da primeira contribuição.

Simone Barbisan Fortes² sintetiza as regras de filiação dos segurados ao RGPS:

1 “No caso dos segurados obrigatórios, o fato que opera a vinculação ao Regime Previdenciário é o *exercício de atividade laborativa elencada na lei previdenciária*. O simples exercício de uma dada profissão – fato para o que é relevante a presença da vontade do exercente – determina o vínculo obrigatório com a Previdência Social, operando-se uma filiação *ope legis* – cuja ocorrência e cujos efeitos não dependem da vontade do segurado.

Em outras palavras, se uma atividade profissional for elencada na legislação previdenciária, com previsão de que seu exercício torna o trabalhador segurado obrigatório do regime previdenciário, a filiação ocorre por fora da lei, que também dispõe sobre seus efeitos. O exercente da atividade laborativa – agora segurado – não tem ao seu alvedrio nem a possibilidade de escolher filiar-se ou não, nem tampouco dispor sobre o conteúdo da relação previdenciária” (*Direito da Seguridade Social: prestações e custeio da previdência, assistência e Saúde*. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2005, p. 57-58).

2 FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. **Direito da Seguridade Social**: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 85.

A natureza da filiação é obrigatória (segurados obrigatórios) ou facultativa, nos termos da lei. Assim, como regra geral, a filiação do segurado obrigatório é automática, dependendo apenas do exercício da atividade laborativa legalmente prevista, conforme explicita o art. 20, parágrafo único, do Decreto 3.048/99. Já para os segurados facultativos, a filiação ocorre com a inscrição e pagamento da primeira contribuição.

É importante lembrar, todavia, que, para os contribuintes individuais, tão-somente a filiação operada pelo exercício da respectiva atividade profissional não é suficiente para que possam fazer jus aos benefícios previdenciários, sendo também necessário que recolha as respectivas contribuições. O exercício da atividade laborativa faz nascer, diretamente, o vínculo obrigacional contributivo, porém o vínculo previdenciário propriamente dito, protetivo, com direito de acesso às prestações do sistema (benefícios e serviços) somente se perfectibiliza na medida em que o segurado vier a pagar as contribuições. Tal fato decorre do fato de que, para tal classe, a incumbência de recolhimento de contribuições previdenciárias é própria, e não de terceiros³.

O artigo 20 do Decreto 3.048/99, que trata do Regulamento da Previdência Social, define a filiação como sendo:

3 No julgamento do Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal, n. 200572950133107, Relator Juiz Federal Marcos Roberto Araújo dos Santos, DJU 21/05/2007, a Turma Nacional de Uniformização decidiu pela impossibilidade dos dependentes de contribuinte individual falecido, que perdeu a qualidade de segurado na data do óbito, efetuar o pagamento das contribuições em atraso, para o fim de regularizar a situação do segurado perante a previdência: "PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. CONTRIBUINTE INDIVIDUAL. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. INSCRIÇÃO POST MORTEM. REGULARIZAÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES APÓS O ÓBITO. IMPOSSIBILIDADE. I – O contribuinte individual está obrigado a recolher a contribuição aos cofres da previdência por iniciativa própria, sendo certo que a qualidade de segurado decorre exclusivamente, no caso dos citados contribuintes individuais, da prova do recolhimento das referidas contribuições previdenciárias nos moldes do art. 30, II da Lei 8.212/91. II - O simples exercício da atividade remunerada não mantém a qualidade de segurado do de cujus, sendo necessário, no caso, o efetivo recolhimento das contribuições respectivas pelo próprio segurado quando em vida para que seus dependentes façam jus ao benefício de pensão por morte. III - Não é possível a concessão do benefício de pensão por morte aos dependentes do segurado falecido, contribuinte individual, que não efetuou o recolhimento das contribuições respectivas à época, não havendo amparo legal para a dita inscrição post mortem ou para que sejam descontadas as contribuições pretéritas, não recolhidas pelo de cujus, do benefício da pensão por morte percebido pelos herdeiros". No mesmo sentido: PU 200670950069697, Rel. Juíza Federal Daniele Maranhão Costa, DJU 24/01/2008 e EREsp 263.005/RS, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24.10.2007, DJ 17.03.2008 p. 1.

[...] o vínculo que se estabelece entre pessoas que contribuem para a previdência social e esta, do qual decorrem direitos e obrigações”. Por sua vez, o parágrafo único do citado artigo estabelece que “A filiação à previdência social decorre automaticamente do exercício de atividade remunerada para os segurados obrigatórios e da inscrição formalizada com o pagamento da primeira contribuição para o segurado facultativo.

Por oportuno, importante destacar a diferença entre filiação e inscrição. Segundo o art. 18 do Regulamento da Previdência Social:

Considera-se inscrição de segurado para os efeitos da previdência social o ato pelo qual o segurado é cadastrado no Regime Geral de Previdência Social, mediante comprovação dos dados pessoais e de outros elementos necessários e úteis a sua caracterização.

A filiação não se confunde com a inscrição, que é o ato pelo qual o segurado ou dependente é cadastrado no Regime Geral de Previdência Social, isto é, o ato da formalização da sua filiação, que pode ser bastante anterior”⁴. “Em suma, enquanto a filiação é material, a inscrição é formal, é a sua documentação. Esta pressupõe aquela, sem a qual é inválida, segundo Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Júnior⁵.

Portanto, a filiação do segurado empregado, do empregado doméstico e do trabalhador avulso, decorre do exercício de atividade remunerada, sendo presumido o fato de que os seus empregadores efetuaram o recolhimento das contribuições, já que “*O desconto de contribuição e de consignação legalmente autorizadas sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa a isso obrigada*”, nos termos do art. 33, § 5º, da Lei 8.212/91. Assim, para estas espécies de segurados obrigatórios, “*a filiação ocorrida com o exercício das respectivas atividades laboradas, opera de plano o vínculo contributivo e o vínculo previdenciário, já que o ônus de recolhimento das contribuições compete a terceiros, e não aos próprios segurados*”, adverte Simone Barbisan Fortes⁶.

4 FORTES; PAULSEN, op. cit., p. 85.

5 ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 88.

6 FORTES, Ibid.

De qualquer sorte, cumpre destacar que, a despeito de a filiação dos segurados empregado, empregado doméstico e trabalhador avulso decorrer de mero exercício de atividade remunerada e não ser deles a obrigação de efetuar e comprovar o recolhimento das contribuições, caso não haja o registro de contribuições desses segurados nos cadastros da previdência social⁷ (inscrição), caberá a eles o ônus de provar perante o INSS a sua filiação e o correspondente tempo de serviço prestado, na forma do art. 55, § 3º, da Lei 8.213/91, de modo a ocasionar o surgimento da relação jurídica de proteção no âmbito previdenciário.

Assim, não havendo anotação dos dados do segurado referente ao contrato de trabalho na Carteira de Trabalho e Previdência Social, tampouco não constando no Cadastro Nacional de Informações Sociais – CNIS informações sobre contribuições sociais ou remunerações, perante a Previdência Social o vínculo ao regime geral não será reconhecido, restando aos referidos segurados o ônus de prová-lo junto ao INSS.

O meio mais comum para a comprovação da filiação dos segurados empregado, empregado doméstico e trabalhador avulso ao RGPS, é o ajuizamento de uma reclamação trabalhista perante a Justiça do Trabalho, nos termos do art. 114, inciso I, da Constituição da República. Nesta demanda, via de regra, o ônus da prova da relação de emprego caberá ao reclamante, no caso, o segurado empregado ou doméstico, por ser o fato constitutivo do seu direito, nos termos do art. 818 da CLT c/c art. 333, inciso I, CPC, podendo ser atenuado diante das peculiaridades da relação de trabalho, que visa proteger a parte hipossuficiente⁸.

7 O art. 19 do Decreto 3.048/1999, dispõe que “A anotação na Carteira Profissional ou na Carteira de Trabalho e Previdência Social e, a partir de 1º de julho de 1994, os dados constantes do Cadastro Nacional de Informações Sociais – CNIS valem para todos os efeitos como prova de filiação à Previdência Social, relação de emprego, tempo de serviço ou de contribuição e salários-de-contribuição e, quando for o caso, ser exigida pelo Instituto Nacional do Seguro Social a apresentação dos documentos que serviram de base à anotação **(Redação dada pelo Decreto nº 4.079, de 2002)**. [...] § 2º Não constando do CNIS informações sobre contribuições ou remunerações, o vínculo não será considerado, facultada a providência prevista no § 3º. **(Incluído pelo Decreto nº 4.079, de 2002)**. § 3º O segurado poderá solicitar, a qualquer momento, a inclusão, exclusão ou retificação das informações constantes do CNIS, com a apresentação de documentos comprobatórios dos dados divergentes, conforme critérios definidos pelo INSS. **(Incluído pelo Decreto nº 4.079, de 2002)**”

8 “Não obstante as regras atinentes à distribuição das provas entre as partes, doutrina e jurisprudência vêm, paulatinamente, admitindo em alguns casos, a denominada inversão do ônus da prova, transferindo a prova que, inicialmente seria do obreiro, para a empresa, com o claro intuito de proteger a parte hipossuficiente da relação jurídica trabalhista” (SARAIVA, Renato. Curso de Direito Processual do Trabalho, 3. ed. São Paulo: Método, 2006. p. 340).

Iniciada a relação jurídica processual trabalhista com o ajuizamento da reclamação trabalhista perante o juízo competente, a demanda obrigatoriamente deverá se desenvolver em sintonia com o cânone do devido processo legal, assegurando-se às partes envolvidas as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, nos termos do art. 5º, incisos LIV e LV, da Lei Maior, de maneira que as partes envolvidas participem efetivamente de todos os atos processuais praticados, bem como possam influenciar no conteúdo da decisão a ser prolatada incidentalmente e ao cabo da demanda⁹, dirimindo o conflito entre empregado e empregador. De outro lado, a demanda trabalhista pode ser resolvida a qualquer tempo por meio de acordo entre empregado e empregador, normalmente formalizado em audiência.

3 DO VALOR PROBATÓRIO DA SENTENÇA TRABALHISTA NA RELAÇÃO JURÍDICA PREVIDENCIÁRIA.

O principal óbice levantado para o aceiteamento da sentença trabalhista como meio de comprovação da filiação dos segurados empregado, doméstico e trabalhador avulso, reside nos limites subjetivos da eficácia da coisa julgada, previsto no art. 472, caput, do Código de Processo Civil, segundo o qual “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros”.

9 De acordo com a conclusão do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, no julgamento do MS 24268, a respeito do direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa: “*Dá afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5o LV, da Constituição, contém os seguintes direitos: 1) direito de informação (Recht auf Information), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; 2) direito de manifestação (Recht auf Ausserung), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; 3) direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berücksichtigung), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft) para contemplar as razões apresentadas (Cf. Pjeroth e Schlink, Grundrechte -Staatsrecht II, Heidelberg, 1988, p. 281; Battis e Gusy, Einführung in das Staatsrecht, Heidelberg, 1991, p. 363-364; Ver, também, Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 103, vol IV, no 85-99). Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (Recht auf Berücksichtigung), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (Beachtenspflicht), pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento (Kenntnisnahmepflicht), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (Erwägungspflicht) (Cf. Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 103, vol. IV, no 97). É da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões (Decisão da Corte Constitucional -- BVerfGE 11, 218 (218); Cf. Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 103, vol. IV, no 97)” (Informativo STF n. 343, 12 a 16 de abril de 2004).*

A coisa julgada sofre limitação no que diz respeito ao seu aspecto objetivo, de maneira que atinge apenas a parte dispositiva da sentença, nos termos do art. 469 do CPC, não alcançando: os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; a verdade dos fatos, estabelecida como fundamentos da sentença e; a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo¹⁰.

No que tange aos limites subjetivos da coisa julgada, asseveram Fredie Didier Jr., Rafael Oliveira e Paula Sarno Braga que:

A coisa julgada *inter partes* é aquela a que somente se vinculam as partes. Subsiste nos casos em que a autoridade da decisão passada em julgado só se impõe para aqueles que figuraram no processo como parte.

Em nosso sistema, é a regra geral, consagrada no art. 472, CPC, que dispõe que ‘a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros’. Este dispositivo do CPC inspirou-se nas garantias constitucionais da inafastabilidade da jurisdição, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, XXXV, LIV e LV, CF). Isso porque, segundo o espírito de sistema processual brasileiro, ninguém poderá ser atingido pelos efeitos de uma decisão jurisdicional transitada em julgado, sem que se lhe tenha sido garantido o acesso à justiça, com um processo devido, onde se oportunize a participação em contraditório¹¹.

Assim, diante das limitações subjetivas da coisa julgada impostas pela Lei Maior e a legislação processual, verifica-se que a sentença trabalhista não pode ser simplesmente transmutada para a relação jurídica previdenciária, como sendo prova absoluta da filiação dos

10 De acordo com a doutrina de Fredie Didier Jr., Rafael Oliveira e Paula Sarno Braga: “Somente se submete à coisa julgada material a norma jurídica concreta, contida no dispositivo da decisão, que julga o pedido (a questão principal, conforme o art. 468, CPC). A solução das questões na fundamentação (incluindo a análise das provas) não fica indiscutível pela coisa julgada (art. 469, CPC), pois se trata de decisão sobre questões incidentes. [...] Sucede que a questão prejudicial abordada e julgada em um decisum só fará coisa julgada se for colocada principaliter tantum – já na própria petição inicial ou por meio de ação declaratória incidental (art. 325 do CPC). Se for tratada como simples fundamento na demanda, incidentaliter tantum – em outras palavras, como questão incidental –, a solução da questão prejudicial não terá aptidão para ser acobertada pela coisa julgada material (art. 469, III, CPC)”. (Curso de Direito Processual Civil. v. 2, Salvador: Podium, 2006.p. 486-487).

11 BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. Salvador: Podium, 2006. p. 486-488.

segurados e do respectivo tempo de serviço prestado, já que o INSS não foi parte na relação jurídica processual trabalhista¹².

Portanto, a primeira conclusão que se extrai, é que a sentença trabalhista, por si só, não gera presunção absoluta acerca do período trabalhado e da remuneração recebida pelo trabalhador, declarados em sentença, como meio de prova da filiação do empregado e o respectivo tempo de serviço prestado, tendo em vista as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

4 A SENTENÇA TRABALHISTA COMO INÍCIO RAZOÁVEL DE PROVA MATERIAL.

De acordo com o § 3º do art. 55 da Lei 8.213/91:

a comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no artigo 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no regulamento.

O artigo 62 do Regulamento da Previdência Social, por sua vez, estabelece que a prova material do tempo de serviço “é feita mediante documentos que comprovem o exercício de atividade nos períodos a serem contados, devendo esses documentos ser contemporâneos dos fatos a comprovar e mencionar as datas de início e término”.

Com base na interpretação conferida à legislação previdenciária, o Superior Tribunal de Justiça vem se posicionando no sentido de que:

O início de prova material, de acordo com a interpretação sistemática da lei, é aquele feito mediante documentos que comprovem o exercício de atividade nos períodos a serem contados, devendo ser contemporâneos dos fatos que se pretende comprovar, indicando, ainda, o período e a função exercida pelo trabalhador. (RESP 335.300/SP, DJU 19/12/2002, p. 465).

¹² A propósito, dispõe a Orientação Jurisprudencial n. 57 da Seção de Direitos Individuais II do Tribunal Superior do Trabalho que: “Mandado de segurança. INSS. Tempo de serviço. Averbação e/ou reconhecimento. Conceder-se-á mandado de segurança para impugnar ato que determina ao INSS o reconhecimento e/ou averbação de tempo de serviço”.

Consolidou-se o entendimento de que a comprovação do tempo de serviço, considerado como tempo de contribuição, para o fim de recebimento da prestação previdenciária, deve estar fundamentado na conjugação de dois requisitos indissociáveis, quais sejam, início razoável de prova material e por idônea prova testemunhal¹³, nos termos da Súmula 149¹⁴ do Superior Tribunal de Justiça, que se aplica, por analogia, à comprovação do tempo de serviço na atividade urbana¹⁵. A dispensa

13 “PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ADMITIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. TRABALHADOR RURAL. APOSENTADORIA POR IDADE. INÍCIO DE PROVA MATERIAL NÃO CORROBORADO POR PROVA TESTEMUNHAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Embargos declaratórios admitidos como agravo regimental, em razão de seu manifesto caráter infringente. Aplicação do princípio da fungibilidade recursal. 2. A matéria dos autos não comporta maiores discussões no âmbito da terceira seção deste superior tribunal, havendo entendimento dominante no sentido de que, na ausência de depoimentos testemunhais idôneos a complementar o início de prova material, não há como reconhecer o direito da parte autora à concessão da aposentadoria por idade. 3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento”. (AgRg no REsp 796.464/PR, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 04.04.2006, DJ 24.04.2006 p. 456).

14 Súmula 149: “A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção de benefício previdenciário”. De igual modo, o Supremo Tribunal Federal tem entendimento consolidado no sentido de que: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 54 DO ADCT. PENSÃO MENSAL VITALÍCIA AOS SERINGUEIROS RECRUTADOS OU QUE COLABORARAM NOS ESFORÇOS DA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL. ART. 21 DA LEI Nº 9.711, DE 20.11.98, QUE MODIFICOU A REDAÇÃO DO ART. 3º DA LEI Nº 7.986, DE 20.11.89. EXIGÊNCIA, PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO, DE INÍCIO DE PROVA MATERIAL E VEDAÇÃO AO USO DA PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL. A vedação à utilização da prova exclusivamente testemunhal e a exigência do início de prova material para o reconhecimento judicial da situação descrita no art. 54 do ADCT e no art. 1º da Lei nº 7.986/89 não vulneram os incisos XXXV, XXXVI e LVI do art. 5º da CF. O maior relevo conferido pelo legislador ordinário ao princípio da segurança jurídica visa a um maior rigor na verificação da situação exigida para o recebimento do benefício. Precedentes da Segunda Turma do STF: REs nº 226.588, 238.446, 226.772, 236.759 e 238.444, todos de relatoria do eminente Ministro Marco Aurélio. Descabida a alegação de ofensa a direito adquirido. O art. 21 da Lei 9.711/98 alterou o regime jurídico probatório no processo de concessão do benefício citado, sendo pacífico o entendimento fixado por esta Corte de que não há direito adquirido a regime jurídico. Ação direta cujo pedido se julga improcedente”. (ADIN nº 2.555-4/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, unânime, DJ 05.05.2003).

15 AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. TEMPO DE SERVIÇO URBANO. COMPROVAÇÃO. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. NECESSIDADE. PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL. IMPOSSIBILIDADE. SUMULA 149 DO STJ. INCIDÊNCIA. ANALOGIA. “Inexistindo nos autos qualquer início de prova documental que venha a corroborar as provas testemunhais produzidas, estamos diante da incidência da Súmula 149/STJ, que, por analogia, aplica-se à comprovação de tempo de serviço em atividade urbana.” (REsp 476.941/RN, Relator Ministro Jorge Scartezzini, DJ 04.08.2003.) Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg nos EDcl nos EDcl no REsp 709.983/RN, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 04.10.2007, DJ 22.10.2007 p. 381).

da prova material só será possível na ocorrência de caso fortuito ou força maior, hipótese em que a comprovação do tempo de serviço poderá ser feita exclusivamente através de prova testemunhal, conforme ressalva do § 3º do art. 55 da Lei 8.213/91.

A doutrina tem sustentado que a anotação da CTPS por força de sentença trabalhista tem que ser analisada caso a caso, em virtude do desvirtuamento do ajuizamento de reclamationárias com o intuito de fraudar a Previdência Social, de modo que tem de haver provas documentais produzidas nos autos da reclamação em consonância com o disposto no art. 55, § 3º, Lei 8.213/91, para que seja considerada como início de prova material. Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Júnior assinalam que:

Na verdade, muitas reclamationárias trabalhistas são ajuizadas com desvirtuamento da finalidade, ou seja, não visam dirimir controvérsia entre empregador e empregado, mas sim obter direitos perante a Previdência Social. Em alguns casos há uma verdadeira simulação da reclamationária, com o reconhecimento do vínculo empregatício por parte do empregador, em acordo.

Sua admissibilidade como meio de prova de tempo de contribuição para fins previdenciários possui, a nosso ver, um óbice intransponível: a eficácia subjetiva da coisa julgada. Não tendo o Instituto integrado a lide, não poderá sofrer os efeitos da decisão nela proferida. Além disso, a competência para conhecer de questões relativas à contagem de tempo de serviço destinado à obtenção de benefícios é da Justiça Federal.

De todo modo, os documentos juntados ao processo trabalhista poderão servir como elementos de convicção a serem apreciados pela autoridade administrativa ou na ação previdenciária proposta perante a Justiça Federal. Isso será possível especialmente quando ajuizada a reclamationária antes de transcorrido o prazo prescricional, de modo que tenha havido ônus para o empregador. Em casos tais, é improvável que se cuide de reclamationária trabalhista simulada¹⁶.

Simone Barbisan Fortes, por sua vez, assevera:

As reclamationárias, quando apenas visam a declarar a relação de emprego, com o único propósito de uma ação previdenciária futura,

16 ROCHA; BALTAZAR JÚNIOR, *op. cit.*, p. 206-207.

não valem como início de prova material. Tal entendimento ampara-se na idéia de que em alguns casos há simulação entre empregado e empregador, apenas no intuito do reconhecimento do vínculo para a concessão de benefício junto à Previdência Social.

Tal circunstância deve-se, de um lado, ao fato de que, diversamente do que ocorre no âmbito trabalhista, a comprovação de tempo de serviço para efeitos previdenciários, nos termos do art. 55, § 2º, da Lei 8.213/91, demanda início de prova material, ou seja, impõe um tipo de prova tarifada, sem a qual, embora se conheça relação com efeitos trabalhistas, não opera ela somatório de tempo de serviço com vínculo previdenciário.

De outro lado, como o instituto previdenciário não participa da lide trabalhista, dada a limitação da eficácia subjetiva da coisa julgada, não pode sofrer os efeitos da sentença proferida na reclamatória trabalhista. Isso porque não lhe foi concedido o contraditório e ampla defesa, consoante assegurado pela CF/88.

Nada obstante, em havendo início de prova material a amparar o reconhecimento do tempo de serviço, bem como inexistindo o intuito fraudulento, por óbvio que o resultado das reclamações trabalhistas assumem, no âmbito previdenciário - em especial nas ações judiciais que versam sobre reconhecimento de tempo de serviço previdenciário - posição bastante privilegiada, configurando elemento bastante forte de convencimento¹⁷.

Nessa ordem de idéias, considerando que a sentença trabalhista não goza de presunção absoluta acerca da comprovação do período trabalhado pelo obreiro, em face da limitação da eficácia subjetiva da coisa julgada, importante destacar que a jurisprudência, em sintonia com a doutrina, tem conferido àquela sentença, o valor probatório de início razoável de prova material, *“desde que fundamentada em elementos que demonstrem o exercício da atividade laborativa na função e nos períodos alegados”*, sendo irrelevante o fato de que o INSS não tenha participado da lide¹⁸.

17 FORTES; PAULSEN, op. cit., p. 182-183.

18 “PREVIDENCIÁRIO. TEMPO DE SERVIÇO. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. SENTENÇA TRABALHISTA. CARACTERIZAÇÃO. ELEMENTOS QUE EVIDENCIEM LABOR. COMPROVAÇÃO. NECESSIDADE. ENTENDIMENTO DA TERCEIRA SEÇÃO. PRECEDENTES. RESSALVA DO POSICIONAMENTO PESSOAL DO RELATOR. AGRAVO DESPROVIDO.

Assim, para que a sentença trabalhista seja considerada início razoável de prova material, apta à comprovação do tempo de serviço, nos termos do art. 55, § 3º, Lei 8.213/91, é indispensável que nos autos da reclamação trabalhista tenham sido produzidas provas documentais contemporâneas ao período de serviço que se pretende demonstrar perante a Previdência Social, passíveis de serem enquadradas como “início razoável de prova material”. O § 2º do art. 62 do Regulamento da Previdência Social, Decreto 3.048/99, traz um rol de documentos que se qualificam como início de prova material¹⁹. A jurisprudência é firme no sentido de que este rol de documentos não é exaustivo, mas meramente exemplificativo, podendo ser complementado por outros documentos que levem à convicção do fato a comprovar²⁰.

Nesse sentido, decidiu o STJ que “A sentença trabalhista pode ser considerada como início de prova material se no bojo dos autos acham-se documentos que atendem o requisito do § 3º, do art. 55, da Lei 8.213/91, não constituindo reexame de prova sua constatação, mas valoração

I - A questão posta em debate restringe-se em saber se a sentença trabalhista constitui ou não início de prova material, pois as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS advieram por força desta sentença. II - Possuía entendimento no sentido de que, o tempo de serviço anotado na CTPS, através de sentença trabalhista, detinha força probante material, não devendo, assim, ser considerado simples prova testemunhal. III - Não obstante, a Eg. Terceira Seção pacificou entendimento de que a sentença trabalhista será admitida como início de prova material, apta a comprovar o tempo de serviço, caso ela tenha sido fundada em elementos que evidenciem o labor exercido na função e no período alegados pelo trabalhador na ação previdenciária. IV - Com base nestas inferências, considerando a natureza colegiada deste Tribunal, impõe-se prestigiar o posicionamento acima transcrito, ficando ressalvado o pensamento pessoal deste Relator. V - Agravo interno desprovido”. (AgRg no REsp 837.979/MG, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 10.10.2006, DJ 30.10.2006 p. 405).

19 “§ 2º Servem para a prova prevista neste artigo os documentos seguintes: I - o contrato individual de trabalho, a Carteira Profissional e/ou a Carteira de Trabalho e Previdência Social, a carteira de férias, a carteira sanitária, a caderneta de matrícula e a caderneta de contribuições dos extintos institutos de aposentadoria e pensões, a caderneta de inscrição pessoal visada pela Capitania dos Portos, pela Superintendência do Desenvolvimento da Pesca, pelo Departamento Nacional de Obras Contra as Secas e declarações da Receita Federal; II - certidão de inscrição em órgão de fiscalização profissional, acompanhada do documento que prove o exercício da atividade; III - contrato social e respectivo distrato, quando for o caso, ata de assembléia geral e registro de firma individual; IV - contrato de arrendamento, parceria ou comodato rural; V - certificado de sindicato ou órgão gestor de mão-de-obra que agrupa trabalhadores avulsos; VI - comprovante de cadastro do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, no caso de produtores em regime de economia familiar; VII - bloco de notas do produtor rural; ou VIII - declaração de sindicato de trabalhadores rurais ou colônia de pescadores, desde que homologada pelo Instituto Nacional do Seguro Social”.

20 REsp 608.007/PB, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 03.04.2007, DJ 07.05.2007 p. 350.

de prova”²¹. De outro turno, a 3ª Seção do STJ, em sede julgamento de embargos de divergência em recurso especial, decidiu que a anotação na CTPS proveniente de sentença trabalhista não fundamentada em provas documentais e testemunhais, não serve como início de prova material, pois se tratava da situação em que não houve nos autos produção de qualquer espécie de prova, em razão da realização de acordo entre as partes²².

Ressalte-se que não é pelo fato de a sentença trabalhista ser meramente homologatória de acordo que ela não servirá como início de prova material. Esta decisão terá o atributo de início de prova material, *“desde que fundada em documentos que comprovem o exercício da atividade laborativa nos períodos a serem contados, devendo ser contemporâneos dos fatos a comprovar”*, nos termos do art. 55, § 3º, Lei 8.213/91²³.

Deste modo, a sentença trabalhista tem que ser corroborada por idônea prova testemunhal na relação jurídica processual de natureza

21 AgRg no Ag 282549/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 15.02.2001, DJ 12.03.2001 p. 169.

22 “PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. CARTEIRA DE TRABALHO E PREVIDÊNCIA SOCIAL. ANOTAÇÕES FEITAS POR ORDEM JUDICIAL. SENTENÇA TRABALHISTA NÃO FUNDAMENTADA EM PROVAS DOCUMENTAIS E TESTEMUNHAIS. INÍCIO DE PROVA MATERIAL NÃO-CARACTERIZADO. 1. A sentença trabalhista será admitida como início de prova material, apta a comprovar o tempo de serviço, caso ela tenha sido fundada em elementos que evidenciem o labor exercido na função e o período alegado pelo trabalhador na ação previdenciária. Precedentes das Turmas que compõem a Terceira Seção. 2. No caso em apreço, não houve produção de qualquer espécie de prova nos autos da reclamatória trabalhista, tendo havido acordo entre as partes. 3. Embargos de divergência acolhidos”. (EREsp 616.242/RN, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28.09.2005, DJ 24.10.2005 p. 170).

23 “PROCESSO CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. AUSÊNCIA DO REQUISITO DA VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES. COMPROVAÇÃO. SENTENÇA TRABALHISTA HOMOLOGATÓRIA DE ACORDO. INEXISTÊNCIA DE INÍCIO DE PROVA MATERIAL. 1. Para a antecipação dos efeitos da tutela, devem ocorrer dois requisitos legais, quais seja: a verossimilhança das alegações fundada em prova inequívoca (*fumus boni juris*) e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*). 2. A sentença trabalhista meramente homologatória de acordo somente pode ser considerada início de prova material, desde que fundada em documentos que comprovem o exercício da atividade laborativa nos períodos a serem contados, devendo ser contemporâneos dos fatos a comprovar. 3. Na espécie, a sentença proferida pela Justiça do Trabalho nos moldes acima descritos não pode, sozinha, ser considerada prova capaz de demonstrar a presença da verossimilhança das alegações da parte agravada. Sendo assim, sem a comprovação da condição de segurado resta afastado o pressuposto supracitado, requisito indispensável à antecipação dos efeitos da tutela. 4. Agravo de instrumento provido”. (TRF - 5ª R., AG - Agravo de Instrumento – 63063/RN, Desembargador Federal Paulo Machado Cordeiro, Data da decisão: 20/10/2005, DJ - Data::30/11/2005 - Página:1052 - N°:229).

previdenciária, nos termos da Súmula 149 do STJ²⁴. Daí por que não se mostra cabível, por exemplo, o ajuizamento de mandado de segurança para o reconhecimento de tempo de serviço, já que a sentença trabalhista, por si só, não tem a natureza de direito líquido e certo, de modo que tem que ser corroborada por idônea prova testemunhal na demanda previdenciária, não sendo possível a dilação probatória no procedimento deste remédio constitucional²⁵.

Por fim, importa ressaltar outras situações onde não tem sido aceita a sentença trabalhista como início de prova material: a que

24 “PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE URBANA. COMPROVAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. PROVA MATERIAL. RECLAMATÓRIA TRABALHISTA. [...] 2. A sentença proferida na reclamatória trabalhista serve como início de prova material apta a demonstrar tempo de serviço, devendo, no entanto, ser complementada por outras provas. 3. No caso dos autos, a ausência de apresentação ou mesmo requerimento da produção de prova testemunhal que corroborasse o alegado na sentença trabalhista, impede que se reconheça como tempo de serviço, para fins de concessão de aposentadoria por idade, o período compreendido entre 01/08/90 e 02/05/94. 4. Não comprovada a carência, descabe a concessão do benefício”. (TRF-4ª R., REO - REMESSA EX OFFICIO, Processo: 200104010871437/RS, 6ª Turma, Rel. RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA Data da decisão: 28/09/2005, DJU DATA: 05/10/2005 - p. 979).

25 “PREVIDENCIÁRIO. TEMPO DE SERVIÇO URBANO. VÍNCULO DE EMPREGO. RECONHECIMENTO POR SENTENÇA TRABALHISTA. UTILIZAÇÃO. INOBSERVÂNCIA AO DISPOSTO NO ARTIGO 55, PARÁGRAFO 3º, DA LEI Nº 8.213/91. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. INDISPENSABILIDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE RECEPÇÃO PELO RGPS. AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. INDEFERIMENTO.

1. A Quinta e a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça já se manifestaram no sentido de que a: “A sentença trabalhista pode ser considerada como início de prova material se no bojo dos autos acham-se documentos que atendem o requisito do § 3º, do art. 55, da Lei 8.213/91 [...]”, o que não se vislumbra na hipótese vertente (AgRg no REsp nº 282.549-RS, Quinta Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJU de 12-03-2001; e Resp nº 616389-CE, Sexta Turma, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJU de 28-06-2004).

2. Tratando-se de comprovação de tempo de serviço, é indispensável a existência de um início razoável de prova material da atividade urbana, contemporânea à época dos fatos, corroborada por prova testemunhal idônea e consistente. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte.

3. A anotação na CTPS do impetrante, decorrente de acordo celebrado em reclamatória trabalhista, não faz prova plena do vínculo previdenciário, o que impede, no caso concreto, a utilização da via mandamental, em vista da imprescindibilidade de produção de prova para a comprovação do exercício da atividade urbana.

4. Sem honorários advocatícios, de acordo com as Súmulas nº 512 do Supremo Tribunal Federal e nº 105 do Superior Tribunal de Justiça.

5. Custas processuais pelo impetrante, a teor do disposto no artigo 14, incisos I e II, da Lei nº 9.289, de 04-07-1996. 6. Apelação do impetrante improvida”. (TRF-4ª R., AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA, 6ª Turma, Rel. RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA, Processo: 199904011328169/RS, 6ª Turma, data da decisão: 14/09/2005, DJU DATA:21/09/2005 PÁGINA: 833).

reconhece o vínculo de emprego *post mortem* do obreiro²⁶; a sentença que tem efeito meramente declaratório, quando não gera efeitos concretos para o reclamante²⁷; quando houver prescrição da pretensão trabalhista²⁸; e a sentença trabalhista proferida em decorrência da revelia do empregador²⁹.

26 TRF - 1ª R., 2ª Turma, AC - APELAÇÃO CIVEL - 200201990357002, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL NEUZA MARIA ALVES DA SILVA, DJ DATA: 16/4/2007 PAGINA: 51.

27 PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE APOSENTADORIA. RECONHECIMENTO DE RELAÇÃO DE EMPREGO EM SENTENÇA PROFERIDA PELA JUSTIÇA DO TRABALHO. EFEITO MERAMENTE DECLARATÓRIO. AUSÊNCIA DE INÍCIO DE PROVA MATERIAL. ART. 55, § 3º, DA LEI 8.213/91. 1. A sentença proferida pela Justiça do Trabalho, em ação meramente declaratória, que reconhece a relação de emprego do segurado, somente constitui prova do tempo de serviço para fins de revisão de aposentadoria quando gera efeitos concretos contra o empregador ou quando a Autarquia Previdenciária tenha participado da lide trabalhista. 2. Impossibilidade de se reconhecer o tempo de serviço indicado na inicial diante da ausência de início de prova material, corroborado com prova testemunhal, nos termos do § 3º do art. 55 da Lei 8.213/91. 3. Apelação e remessa oficial providas. (TRF - 1ª Região, AC - APELAÇÃO CIVEL - 200001001091736, Processo: 200001001091736/DF, 1ª Turma, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTÔNIO SÁVIO DE OLIVEIRA CHAVES, Data da decisão: 28/08/2006, DJ DATA: 18/9/2006 PAGINA: 15).

28 "PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. PENSÃO POR MORTE. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. NÃO OCORRÊNCIA. ANOTAÇÃO NA CTPS MEDIANTE DETERMINAÇÃO DA JUSTIÇA DO TRABALHO APÓS O PRAZO PRESCRICIONAL DE 2 ANOS. AUSÊNCIA RAZOÁVEL DE INÍCIO DE PROVA MATERIAL. 1. [...]. 2. Não constitui prova plena material de tempo de serviço, para fins previdenciários, a anotação na CTPS mediante determinação na Justiça do Trabalho, quando a ação trabalhista correspondente tenha sido ajuizada 30 anos após o término do prazo prescricional próprio para Reclamatórias Trabalhistas, com a única pretensão de produzir, indiretamente, efeitos previdenciários. Ausência, ademais, de qualquer tipo de início de prova material nos autos da mencionada reclamatória, cuja sentença ancorou-se exclusivamente na prova testemunhal e depoimento do réu. Precedentes desta. Corte. 3. Apelação e remessa oficial a que se dá provimento. (TRF-1ª R., APELAÇÃO CIVEL - 199801000124468, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ AMILCAR MACHADO, 1ª Turma, data da decisão: 29/3/2006, DJ Data: 15/5/2006, p. 10). "PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. COMPROVAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO POR SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DE ACORDO TRABALHISTA TRANSITADA EM JULGADO, APÓS O PRAZO PRESCRICIONAL DA PRETENSÃO RECLAMATÓRIA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. INEXISTENTE. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO. 1. A sentença proferida pela Justiça do Trabalho homologando acordo firmado entre o Reclamante e a Reclamada, após o decurso do prazo de dois anos contados da extinção da suposta relação de trabalho, não pode, sozinha, ser considerada prova material para fins de concessão de aposentadoria por tempo de serviço. 2. Correta a decisão judicial que nega pedido de Antecipação de Tutela em tal hipótese porque ausente a verossimilhança da alegação, conforme previsto no art. 273 do CPC. 3. Agravo improvido" (AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 200001001396140, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL EUSTAQUIO SILVEIRA, Data da decisão: 2/9/2003, DJ DATA: 15/9/2003 - p. 29).

29 "PREVIDENCIÁRIO. COMPROVAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. AVERBAÇÃO PARA FINS DE APOSENTADORIA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE INÍCIO DE PROVA MATERIAL. SENTENÇA TRABALHISTA. REVELIA DO EMPREGADOR. INEXISTÊNCIA DE DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DO VÍNCULO. 1. Para que a sentença trabalhista que

Cumprе ressaltar, por fim, a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais firmou entendimento “*A anotação na CTPS decorrente de sentença trabalhista homologatória constitui início de prova material para fins previdenciários*”, consubstanciado na Súmula 31³⁰. Não obstante, importa ressaltar que esta orientação tem que ser aplicada de acordo com as peculiaridades do caso concreto, levando-se em consideração a existência de documentos nos autos da reclamatória, que se enquadrem como prova material, nos termos do art. 55, § 3º, Lei 8.213/91, não podendo ser aplicada de forma indistinta à demanda previdenciária, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, sob pena de violação à legislação previdenciária, podendo causar, em certas situações, fraudes na concessão de benefícios previdenciários.

5 CONCLUSÃO

O vínculo de emprego reconhecido no âmbito da relação jurídica processual trabalhista não gera presunção do tempo de serviço prestado pelo trabalhador perante a Previdência Social. Somente aquelas decisões proferidas com base em provas documentais contemporâneas ao vínculo que se pretende comprovar, é que podem ser consideradas como início razoável de prova material, nos termos do art. 55, § 3º, CPC e da Súmula 149 do Superior Tribunal de Justiça, que se aplica à comprovação da atividade urbana por analogia.

O STJ vem decidindo que a sentença trabalhista, inclusive a homologatória de acordo, só serve como início razoável de prova material, quando estiver fundamentada em documentos que atendam ao disposto no § 3º do art. 55 da Lei 8.213/91, sendo, portanto, contemporâneos ao tempo de serviço a ser averbado nos registros do INSS. Logo, não será qualquer sentença proferida na Justiça do Trabalho reconhecadora de vínculo de emprego, que resultará na averbação do tempo de serviço na autarquia previdenciária.

declarou a existência de vínculo empregatício pudesse servir como elemento de prova para a averbação previdenciária do vínculo nela declarado, seria imprescindível que ela tivesse sido proferida com base em início de prova material da existência do referido vínculo. 2. Todavia, tal situação é incorrente na espécie, visto que o decisum trazido aos autos decorreu, única e expressamente, da revelia do então empregador. 3. Desatendida, assim, a regra inserta no art. 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91, não se pode dar guarida à pretensão recursal do impetrante, facultando-se, contudo, o socorro das vias ordinárias. 4. Precedentes. 5. Apelação a que se nega provimento”. (TRF – 1ª R., AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 200133010005713/BA, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL NEUZA MARIA ALVES DA SILVA, Data da decisão: 16/11/2005, DJ DATA: 13/1/2006, p. 5).

30 Data do julgamento: 12/12/2005, DJ 12/02/2006, p. 1043.

6 REFERÊNCIAS

BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**, Salvador: Podium, 2007. v. 2.

FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. **Direito da Seguridade Social**: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social**, 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARAIVA, Renato. **Curso de Direito Processual do Trabalho**, 3. ed. São Paulo: Método, 2006.

CONTROLE EXTERNO, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E TRANSPARÊNCIA ADMINISTRATIVA

Helton Roseno Lima
Servidor na Procuradoria da União - TO
Bacharel em Direito.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 A transparência na Administração Pública; 3 Transparências e sua importância como ferramenta de controle; 4 O controle externo como instrumento de transparência; 5 O Sistema de Controle Externo na Constituição de 1988; 6 Lei de Responsabilidade Fiscal- Da transparência, controle e fiscalização; 7 Considerações finais; 8 Referencias.

RESUMO: O presente artigo é resultado de uma pesquisa realizada com o objetivo de responder a seguinte pergunta: “Como o Sistema de Controle Externo da Administração Federal trabalha para permitir a transparência na gestão dos recursos públicos?”. O trabalho é bibliográfico, fundamentado no Direito Administrativo, tendo o limite temporal da Constituição Federal de 1988 e da Lei de Responsabilidade Fiscal. Com embasamento teórico em DI PIETRO (2000), GUERRA (2003), MARTINS JÚNIOR (2004), MEIRELLES (2004), entre outros, pôde-se concluir que o governo, tem a função de efetivar o princípio da publicidade e estimular a participação dos cidadãos no julgamento das contas públicas e que o Tribunal de Contas da União é o órgão fiscalizador que coíbe eventuais desvios de recursos, visando a transparência administrativa. Os documentos analisados reforçam a importância da transparência como resultante do trabalho efetivo do sistema de controle externo.

PALAVRAS-CHAVE: Administração Pública, Controle Externo, Transparência.

1 INTRODUÇÃO

O terreno das políticas de controle tem sido explorado sucessivamente nos últimos anos. Tanto que a sociedade começa a reconhecer que os agentes públicos devem ser responsabilizados por suas atividades e prestar contas de seus atos aos cidadãos ou a instituições especializadas. Isso constitui uma característica fundamental dos sistemas democráticos, no quais os mecanismos de controle se situam.

Essa inquietação moderna sobre a gestão pública levou o legislador brasileiro a adotar, no mundo jurídico, as bases para o atual Estado Democrático de Direito da Constituição Federal de 1988, modificando a estrutura das relações entre a Administração Pública e os administrados.

Nesse quadro, a pesquisa sobre o tema “Controle externo da Administração Federal como instrumento para alcançar transparência” encontrou terreno fértil para mostrar esse momento em que o cidadão está mais consciente de seu papel e encontra ferramenta para apoiá-lo na fiscalização da atividade do governo.

Partindo desse postulado, iniciamos o presente estudo, buscando dissecar os meandros, conceitos e fundamentações dos controles externos, com ênfase na transparência administrativa no trabalho da instituição Tribunal de Contas da União – TCU, alcançando, por esse caminho, o administrador público em sua práxis, observando, também, o liame necessário entre o comando constitucional/legal e a gestão efetiva da coisa pública.

Importa destacar a imposição de um limite temporal, ou seja, a Constituição Federal de 1988, como ponto base para o estudo, ainda que se valha de outro marco como a o Decreto Lei 200, a Lei de Responsabilidade Fiscal, tudo para melhor situar o controle externo e trazer um histórico da Instituição do Tribunal de Conta da União, como executor do poder/dever de fiscalizar a aplicação dos recursos da União, ainda que sob a batuta do Poder Legislativo nessa missão constitucional.

Tendo em vista os princípios norteadores da administração pública, a saber: os da legalidade, legitimidade, economicidade e transparência, parâmetros constitucionais que limitam o gestor público quando ao tomar e executar suas decisões, este não poderá ultrapassar a barreira imposta pelo ordenamento jurídico, sob pena de responsabilização.

Dentre esses princípios os mais importantes são, sem dúvida, o da legalidade – que busca a verificação da obediência dos atos administrativos aos mandamentos preconizados em lei; e o da legitimidade – que afere a regularidade do ato, tratando-se tais sujeições de fundamento do Estado Democrático de Direito.

A pesquisa é bibliográfica, tem seus fundamentos jurídicos no Direito Público, com raízes no Direito Administrativo e está voltada para aclarar os conceitos de transparência administrativa, aqui muitas vezes tratada como transparência pública, e também para realçar o que se conhece do Sistema de Controle Externo, como ele atua, e verificar se os resultados desse controle produzem a transparência.

Desenvolvem-se reflexões sobre o princípio da transparência na administração pública, seus conceitos mais usuais, o entendimento doutrinário sobre a temática. Em seguida tem-se um capítulo sobre o controle externo como instrumento de transparência, em que aborda normas constitucionais sobre a atuação do TCU na execução de suas atribuições. Traz-se ainda, um capítulo sobre a efetivação do controle externo e sua relação com a transparência; passando-se em seguida às considerações finais sobre o tema, numa análise que permita apresentar à sociedade o modo como está sendo fiscalizado o emprego do dinheiro do contribuinte na gestão pública.

Objetiva-se, com este trabalho, a elaboração de uma referência que contribua para a orientação dos administradores públicos, agentes políticos, assessores, servidores, advogados, acadêmicos e, quiçá, do cidadão comum, no entendimento e implementação do controle social.

2 A TRANSPARÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Constituição Federal de 1988 consagrou a constitucionalização dos preceitos básicos do Direito Administrativo ao prever 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; além dos preceitos básicos distribuídos nos 21 incisos e 10 parágrafos do art. 37 e das demais regras previstas nos art. 38 a 42 daquele instituto.

A constitucionalização do Direito Administrativo, que formula diretrizes para a Administração Pública, foi objeto de pesquisa do

Professor Alexandre de Moraes, em que mostrou a remota origem, “ao final do século XVIII, início do século XIX”, o nascimento do Direito Administrativo como ramo autônomo do Direito, cindindo-se do Direito Civil, ramo que estabelecia até então esparsas normas administrativas a serem desempenhadas pelo Poder Público, bem como as funções, os cargos e a estrutura administrativa.

Isso trouxe para a Lei Maior a afirmação do Estado Democrático de Direito, que lançou novos rumos sobre a estrutura do relacionamento entre Administração Pública e os seus administrados, possibilitando assim caminhos mais nítidos para um novo entendimento sobre o princípio da legalidade na execução da atividade administrativa.

Os princípios ali consagrados são altamente relevantes para se alcançar uma clara definição de interesse público e afirmam que a busca por uma Administração eficiente não é mais privilégio exclusivo da própria Administração. O cidadão quer, e tem o direito de participar mais ativamente das decisões, não como simples espectador distanciado do poder, mas como destinatário da atuação das entidades e órgãos administrativos.

Com a abertura desse caminho ficou mais clara a possibilidade de participação do povo na tomada de decisões administrativas, o que permite um maior grau de correspondência entre as demandas sociais e as ações administrativas. Diante desse esforço, foi indispensável proceder a uma maior importância da publicidade das ações da Administração, incrementando os níveis de conhecimento e fiscalização, e uma suficiente explicação dos motivos que orientam as decisões. Com isso, cria-se maior visibilidade do governo perante a sociedade, e permite-se o conhecimento e a aceitação de atos legítimos, bem como a reação imediata aos atos imorais e ou desproporcionais.

A utilização dos princípios da publicidade, motivação e participação popular apontam para a existência do princípio da transparência a orientar as atividades da Administração Pública que, no ensinamento do professor Martins Júnior (2004), tem como elemento mais caracterizador facilitar o exame da observância dos princípios que regem a administração pública quais sejam: da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da eficiência, da proporcionalidade, além de tratar-se de um processo que incide sobre a própria legitimidade do uso do poder.

Esses princípios, aliados às tecnologias da informação, permitem o que se convencionou chamar de transparência pública. Isso faz com que o cidadão acompanhe os processos decisórios e que o próprio administrador, ou responsável, tenha uma visão do valor financeiro de determinado projeto, dos recursos de que disporá efetivamente, sem falar da impressionante flexibilidade no uso final dos recursos. Assim, tanto a sociedade adquire capacidade de controle, como o responsável tem instrumentos adequados de gestão físico-financeira.

Em comentário sobre transparência, Evandro Martins Guerra¹ afirma:

Importante notar que a transparência aparece na lei como mecanismo mais amplo que o já previsto princípio da publicidade, posto que este prevê a necessidade de divulgação das ações governamentais, ao passo que aquele determina, além da divulgação, a possibilidade de compreensão do conteúdo, ou seja, a sociedade deve conhecer e entender o que está sendo divulgado.

A constitucionalização das regras básicas da Administração Pública buscou a neutralidade do aparelho estatal, a fim de coibir, sobretudo o Poder Executivo de manipulá-lo com descabimento capaz de comprometer objetivos do Estado de Direito. Isso porque na vivência prática dos direitos fundamentais, é o Poder Executivo, ou melhor, o administrador público que tem o papel de vilão.

Poder-se-ia afirmar ainda que a atual Constituição da República trouxe para seu texto as principais normas do Direito Administrativo prevendo normas de gerência, contratação, publicidade, entre outras; além do Estatuto do Servidor Público e de mecanismos de controle da Administração.

A codificação constitucional das normas administrativas visa a dar uma orientação mais segura aos rumos da condução da Administração Pública, tendo como finalidade limitar o poder estatal, prevendo instrumentos de controle e meios de responsabilização dos agentes públicos, para garantia de transparência, probidade administrativa para o combate à corrupção. Como informa Alexandre de Moraes²:

1 GUERRA, Evandro Martins. **Os Controles Externo e Interno da Administração Pública e os Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p.91.

2 MORAIS, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002. p.99.

a constitucionalização dos princípios básicos da Administração Pública tem a mesma finalidade: garantir a honestidade na gerência da *res* pública e possibilitar a responsabilização dos agentes públicos que se afastarem dessas diretrizes obrigatórias.

Dessa forma, diante do crescimento e modernização do Estado na prestação de serviços, a constitucionalização do Direito Administrativo representa verdadeiro instrumento de combate à corrupção em todos os níveis da Administração Pública, em defesa da legitimidade do regime democrático. Portanto, as regras trazidas pela Constituição de 1988 apontam para uma regência profissional da Administração Pública e responsabilização maior de seus agentes.

3 TRANSPARÊNCIA E SUA IMPORTÂNCIA COMO FERRAMENTA DE CONTROLE

O conceito de transparência abrange mais que o princípio da publicidade previsto na Carta de 1988. Um elemento que se mostra importante para caracterizar a transparência é a possibilidade de participação do cidadão nas decisões, permitindo que se conheça como se gasta os recursos obtidos da sociedade.

Outro elemento a ela relacionado é a obrigação que o governo tem de prestar contas sobre seus atos, sobretudo os que envolvem gastos. Essa prestação de contas permite à sociedade sintetizar as informações sobre o governo e emita um juízo de valor sobre as ações governamentais. Para isso, cada vez mais o governo deve utilizar-se dos meios de comunicação, sobretudo os eletrônicos, que tendem a facilitar a oficial divulgação.

Como as ações do governo são pautadas exclusivamente por leis, os gastos públicos não fogem à regra. As leis orçamentárias direcionam os gastos do governo; com isso, a participação popular no processo orçamentário é de extrema importância, visto que o governo se subsume desses instrumentos jurídicos para executar seus objetivos.

O entendimento de que a Administração Pública atual reflete os anseios da sociedade por uma especialização no prestamento dos serviços e uma racionalização dos recursos é o que se afere do ensinamento do Professor Luis Carlos Bresser Pereira³:

3 PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Estratégia e estrutura para um novo Estado. *Revista do Serviço Público/Fundação Escola Nacional de Administração Pública* – v.1. n.1- ano 48 (jan-abr/1997). Brasília: ENAP, 1997.

Dentre as reformas cujo objetivo é aumentar governança ou capacidade de governar — a capacidade efetiva de que o governo dispõe para transformar suas políticas em realidade — as que primeiro foram iniciadas, ainda nos anos 80, foram aquelas que devolvem saúde e autonomia financeira para o Estado: particularmente o ajuste fiscal e a privatização. Mas igualmente importante é a reforma administrativa que torne o serviço público coerente com o capitalismo contemporâneo, que permita aos governos corrigir as falhas do mercado sem incorrer em falhas maiores. Este tipo de reforma vem recebendo crescente atenção nos anos 90.

Há uma explicação para isto: os cidadãos estão tornando-se cada vez mais conscientes de que a administração pública burocrática não corresponde às demandas que a sociedade civil apresenta aos governos por ela eleitos, no capitalismo democrático contemporâneo. Sabemos que os cidadãos tendem a exigir do Estado muito mais do que o Estado pode fornecer. Esta lacuna entre demandas e possibilidade de oferta por parte do Estado está na origem não apenas da crise fiscal, como observou O'Connor (1973), e da crise de governabilidade, como destacou Huntington (1968), mas também da crise da administração pública burocrática. Os recursos econômicos e políticos são, por definição, escassos em relação à demanda, e se tornam ainda mais escassos quando a administração pública é ineficiente. Entretanto, quando não se pode contar com o mercado, i.e., quando a alocação de recursos pelo mercado não é solução factível, dado seu caráter distorcido ou dada sua incompletude, a existência de uma administração pública eficiente passa a ter valor estratégico ao reduzir a lacuna que separa a demanda social e a satisfação desta demanda.

O Professor Bresser Pereira⁴ segue afirmando:

A participação de usuários na gestão e controle de instituições públicas é um instrumento que pode resolver problemas da relação principal-agente entre políticos e burocratas. Os usuários dos serviços públicos podem auxiliar os políticos na supervisão e garantir a implementação eficiente das políticas por eles definidas, pois detêm informações sobre o desempenho dos burocratas.

⁴ PEREIRA, op. cit.

No entanto, os cidadãos, para os quais os serviços públicos são prestados, têm informações sobre o desempenho dos burocratas na implementação de políticas públicas que podem ser utilizadas pelos políticos para resolver os problemas da relação principal-agente com os burocratas. Com base nas informações dos usuários dos serviços públicos, o principal (político) pode controlar o agente.

Note-se que há uma preocupação dos doutrinadores sobre as demandas sociais de ajuste entre o que se arrecada e a aplicação razoável desses recursos, com vista a um maior aproveitamento social.

O controle oficial, o sistema de controle estabelecido na Constituição, é o principal veículo de visibilidade do governo e a divulgação dos gastos contribui para o alcance da transparência administrativa, sendo o meio eletrônico o que universaliza melhor as informações sobre os entes públicos que ultrapassem os limites dos gastos orçados.

Esse conhecimento é sintetizado pela sociedade que reage conforme o grau de insatisfação com a gestão pública, o que é sadio no regime democrático. Isso reflete no conceito que se tem dos gestores públicos contribuindo, seguramente, para o processo em que o controle social se apresenta como eficiente regulador dos atos do administrador público. Confirma-se o preceito na lição de Trosa⁵.

A pressão para prestar contas cresce [...] Ela pode vir do poder político. Há uma preocupação dos governos em ver seus objetivos efetivamente realizados, o corolário é a obrigação organizada de prestar contas Ela pode vir dos próprios funcionários. A crise de legitimidade do Estado favorece a transparência: as administrações preferem prestar contas a se verem constantemente atacadas. Ela pode vir do orçamento. Os mecanismos orçamentários recaem cada vez mais amiúde, sobre as comparações de desempenho e de resultado. Pode o serviço público desenvolver o ajuste sem ficar obrigado a uma maior transparência? Que os agentes públicos possam prestar contas em termos qualitativos e quantitativos sem medo de serem censurados, se seu procedimento no caso tiver sido razoável.

5 TROSA, Sylvie. **Gestão Pública por Resultado**: quando o Estado se compromete. trad. Maria Luíza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan; Brasília, DF: ENAP, 2001.

Inferese-se que a cobrança para que haja uma administração confiável tem diversas origens na sociedade, e cabe ao gestor, que espera aprovação para seus atos, apresenta seus feitos demonstrando o seu grau de comprometido com a coisa pública, com isso, contribuir cada vez mais com a consolidação do estado democrático de direito, no qual o povo é o legítimo titular do poder.

Com efeito, os princípios jurídicos são os principais indutores das atividades administrativas, com base no alcance da dimensão principiológica que pode ser caracterizada tanto pela função negativa (proibição de uma conduta) quanto pela função positiva (imposição de determinado comportamento para verificação prático-jurídica de sua finalidade). Ambas servem à invalidação de ato jurídico transgressor, no benefício da relativa dose de indeterminação da função positiva, se concebida com a influência exercida sobre o conteúdo da regulação de sucessivas decisões.

Para se entender transparência como princípio, recorre-se à análise da positivação ou não dos princípios, nas questões de princípios implícitos e explícitos no ordenamento jurídico, tanto é que a validade e aplicação dos princípios jurídicos independem de consagração pelo legislativo (positivação). A obrigatoriedade de serem respeitados habita na harmonia desses princípios com a consciência coletiva e no reconhecimento deles como fonte do direito, da qual se originam as normas mais elementares, independentemente de positivação e de regulamentação. Assim, leciona Wallace Paiva Martins Júnior⁶:

A força dos princípios repousa, mercê de sua obrigatoriedade e da presencialidade normativa, na necessidade de serem observados pela interpretação e aplicação das regras jurídicas, já que as regras conferem-lhes concreção, isto é, são aplicações dos princípios, ainda que independentes de consagração específica em qualquer preceito particular. Ademais, os princípios jurídicos vinculam a atividade estatal, implicando por sua função fundamentadora a perda de eficácia de regras contrapostas e atos administrativos contrários, podendo ser invocados como supedâneos imediatos de pretensões jurídicas deduzidas em juízo. Com efeito, a dimensão determinante dos princípios jurídicos é caracterizada tanto pela função negativa (proibição de uma conduta) quanto pela função positiva (imposição

6 MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência Administrativa**: publicidade, motivação e participação popular. São Paulo: Saraiva, 2004. p.12.

de determinado comportamento para verificação prático-jurídica de sua finalidade). Ambas servem à invalidação de ato jurídico transgressor, mercê da relativa dose de indeterminação da função positiva, se concebida como a influencia exercida sobre o conteúdo da regulação de sucessivas decisões.

Com isso, vê-se que a normatizar os princípios jurídicos transita pela concretização, processo em que se densificam normas portadoras de grande abertura, diluindo a indeterminação por meio de regulamento, e que o princípio transparência administrativa enquadra-se nos padrões dos princípios de menor densidade, propondo-se a orientar padrões de comportamento da Administração Pública em diversas situações.

As afirmações de que os princípios podem estar explícitos ou implícitos, coadunam com os escritos de Martins Júnior⁷, com se vê a seguir:

Sem prejuízo das regras legais que incorporam prescrições mais concretas da transparência administrativa, a abertura que sua própria compreensão como princípio jurídico proporciona e o maior grau de abstração, de generalidades e de indeterminações que ostenta têm forte carga para alterações ou reformulações de comportamentos administrativos tradicionais marcados pela histórica opacidade, de maneira que, diante de situações reveladoras de zonas cinzentas, a tendência deve ser a afirmação do princípio da transparência e da ampliação de seus graus de concretização.

O mesmo autor⁸ apresenta o entendimento de que o princípio da transparência administrativa como sendo um super princípio do qual decorrem três subprincípios quais sejam: publicidade, motivação e participação popular, senão vejamos:

A identificação do princípio da transparência administrativa palmilha esse percurso, ligada, em última essência, à idéia-base do Estado Democrático de Direito. Em escala decrescente, o princípio da transparência administrativa é inerente do princípio democrático (princípio fundamental estruturante) e, à minguia de clara e precisa denominação normativo-constitucional, resulta como o valor impresso e o fim expresso pelos princípios da publicidade, da motivação e

7 MARTINS JÚNIOR, op. cit., p. 16.

8 Ibid., p. 17.

da participação popular, como princípios constitucionais especiais ou subprincípios que a concretizam, uma vez que todos (isolada ou cumulativamente) apontam para a visibilidade da atuação administrativa e inspiram a produção de regras como o direito de petição, o direito de certidão e o direito à informação, tidos como mecanismos constitucionais essenciais no controle jurisdicional da transparência, legalidade, moralidade e proporcionalidade na gestão da coisa pública.

Seja qual for o grau de transparência administrativa em um ordenamento jurídico, esta é considerada um dos alicerces básicos do Estado Democrático de Direito e da moderna Administração Pública pelo acesso à informação e pela participação na gestão da coisa pública, diminuindo os espaços reservados ao caráter sigiloso da atividade administrativa – ponto de partida para nichos da ineficiência, do arbítrio e da imunidade do poder.

Nesse passo, presume-se que transparência não se resume a um ou dois termos como conceito, mas em uma série de assuntos e ações que possam resultar em uma forma de visibilidade do governo pela sociedade. A forma como a população avalia determinada ação é resultado daquilo que o próprio governo deseja mostrar. Isso faz com que o controle externo contribua muito para essa visão social sobre o governo.

Ressalte-se, porém, que a transparência mostrada pelo governo pode não atender ao que a sociedade espera. Essa maneira de se mostrar para a sociedade também serve de instrumento de legitimidade, principalmente nos dias atuais em que o governante já não se submete de divindades para se justificar, retira da própria sociedade, a quem deve prestar contas, sua legitimidade de poder.

A transparência elevada ao grau de princípio possibilitou que a doutrina a reconheça como pertencente a essa categoria de instituto jurídico. Sua aplicabilidade ganha forma e lugar cada vez mais definido no controle social. Transparência e participação popular na gestão pública são fatores determinantes para o controle efetivo da sociedade sobre a gestão dos recursos públicos, atente-se para a lição de Guerra⁹:

Transparência, no sentido alcançado pela lei, é a qualidade exigida do administrador público pela qual deixa-se evidenciar o sentido desejado em suas ações governamentais; caracteriza-se pela

9 GUERRA, op. cit., p. 91.

possibilidade efetiva participação da sociedade, além de ampla publicidade da informações referentes à administração da coisa pública.

Vejam-se, ainda, os ensinamentos de Martins Júnior¹⁰ que explica seu conceito de transparência administrativa e os mais variados institutos concretizadores desse instituto tão importante para o Estado Democrático de Direito:

O princípio da transparência administrativa colima, em apertada síntese, a preservação da visibilidade e do caráter público da gestão dos negócios públicos e a atribuição de legitimidade material à Administração Pública (além de juridicização, ética, conhecimento público, crítica, validade ou eficácia jurídica, defesa dos administrados e respeito aos seus direitos fundamentais, controle e fiscalização, convencimento, consenso, adesão, bom funcionamento, previsibilidade, segurança jurídica), sendo instrumental de suas finalidades os subprincípios da publicidade, motivação e participação popular. Seu reconhecimento proporciona a reformulação das relações entre Administração Pública e administrados e é sinal de ruptura com o seu tradicional modelo autoritário, hermético, isolado, unilateral, reservado e sigiloso.

Assim, confirma-se a importância da transparência como parte essencial do controle sobre a Administração Pública pelos administrados, ressaltando-se os elementos do Estado Democrático formadores do Estado de Direito.

4 O CONTROLE EXTERNO COMO INSTRUMENTO DE TRANSPARÊNCIA

O legislador brasileiro criou um sistema de acompanhamento das atividades administrativas vinculado ao Poder Legislativo com a função precípua de fiscalizar as ações do Poder Executivo na aplicação dos recursos públicos. Nesse sistema inclui-se o Tribunal de Contas da União, órgão especializado na fiscalização contábil, financeira e orçamentária, como auxiliar do Poder Legislativo.

Para se adequar aos reclames sociais na prestação de contas, na exigência de transparência administrativa e no profissionalismo dos serviços, a Administração Pública brasileira vem desenvolvendo um processo de gerenciamento voltado para resultados, que impõe ao

10 MARTINS JÚNIOR, op. cit., p35.

executor do controle externo mais dinamicidade e maior interação social, e sem o qual não se chega a bom termo naquilo que propôs o legislador para o controle externo.

O controle é função essencial na verificação dos resultados, pois sua intervenção inibe o abuso de poder, fazendo com que a autoridade administrativa paute a sua atuação em defesa do interesse coletivo, mediante a fiscalização orientadora, corretiva e até punitiva. É, ainda, indispensável para acompanhar a execução de programas de governo e apontar suas falhas e desvios, verificar a correta aplicação das normas e princípios adotados e constatar a veracidade das operações realizadas.

Doutrinariamente, usando dos conceitos da Ciência da Administração, *o controle é reconhecido entre as funções administrativas essenciais, a saber: planejamento, organização, direção e controle*¹¹. Planejamento e controle devem estar em sintonia, pois o planejamento sem controle da execução dificilmente obterá sucesso, assim como o controle sem padrões e objetivos previamente estabelecidos não atuará por falta de objeto.

Nesse sentido, o controle exerce um papel fundamental no desempenho eficaz de qualquer entidade, no que diz respeito à possibilidade da adoção de medidas corretivas para que o processo se reorganize na direção dos objetivos traçados pela organização.

A função controle tem especial aplicação nas entidades públicas, tornando-se mecanismo imprescindível para a consecução dos fins a que se destinam, tendo em vista que os bens e recursos por elas geridos pertencem a toda a sociedade, a qual fez um investimento de forma compulsória e isso faz maior a exigência de resultados satisfatórios às demandas sociais. Assim Guerra ensina:¹²

Controle da Administração Pública é a possibilidade de verificação, inspeção, exame, pela própria Administração, por outros poderes ou por qualquer cidadão, da efetiva correção na conduta gerencial de um poder, órgão ou autoridade, no escopo de garantir atuação conforme os modelos desejados anteriormente planejados gerando uma aferição sistemática.

11 CHIAVENATO, Idalberto. *Introdução à teoria geral da administração*. 6. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

12 GUERRA, op. cit., p. 23.

A Administração Pública vem se profissionalizando na prestação de serviços e essa evolução pode ser compreendida como a evolução da Administração Pública, que retira sua força da própria Constituição Federal e seus conceitos da Ciência da Administração inspirada na administração dos empreendimentos privados.

Na segunda metade do século XIX, surgiu o modelo de Administração Pública Burocrática que se apresentou como forma de estruturar as organizações, combater a corrupção e o nepotismo característico da anterior - Administração Pública Patrimonialista - que não distinguia o que era patrimônio público e os bens dos administradores. O novo modelo trouxe consigo idéias de desenvolvimento profissional, hierarquia funcional, impessoalidade, formalismo e principalmente a adoção de controles administrativos das rotinas.

Os parâmetros da Administração Burocrática, evoluíram para a Administração Pública Gerencial como resposta à expansão das funções econômicas e sociais do Estado, tornando-se essencial reduzir custos e aumentar a qualidade dos serviços, priorizando o cidadão como beneficiário. Esse modelo constituiu em um avanço, pois buscou maior eficiência da Administração Pública, na execução de suas serventias aos cidadãos.

A função administrativa controle constitui elemento fundamental para que a Administração Pública alcance seus objetivos, com vistas ao cidadão. Essa função mostra-se útil para garantir a aplicação correta, atender aos planos e políticas aprovadas para o setor público por meio dos orçamentos e programas de governo. Com isso, buscar a efetividade dos serviços públicos.

Desse modo, é na Administração Pública Gerencial que se guarda o conceito de “cliente” cidadão, o destinatário dos serviços públicos e quem busca maior transparência administrativa e eficácia das políticas públicas, com ênfase no controle dos resultados.

Na definição de Meirelles¹³ “controle, em tema de administração pública, é a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro”. Assim, impedindo o abuso de poder por parte da autoridade administrativa e fazendo com que esta pautar sua atuação em defesa

13 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 639

do interesse coletivo, mediante a fiscalização orientadora, corretiva e até mesmo punitiva.

Essa fiscalização administrativa, orientada na defesa do interesse público, visa coibir e corrigir distorções administrativas, conforme ensina Di Pietro¹⁴:

A finalidade do controle é assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade; em determinadas circunstâncias, abrange também o chamado controle de mérito e que diz respeito aos aspectos discricionários da atuação administrativa.

Embora o controle seja atribuição estatal, o administrado participa dele na medida em que pode e deve provocar o procedimento de controle, não apenas na defesa de seus interesses individuais, mas também na proteção do interesse coletivo.

Didaticamente, o controle recebe classificações. Nesse ponto, Guerra¹⁵ afirma também que controle da administração é gênero, de onde se pode retirar várias espécies e, partindo dessa assertiva, chega-se a classificações do controle na Administração Pública quanto aos órgãos que exercita, ao objeto, ao momento de sua realização e quanto ao posicionamento do órgão controlador.

Da classificação de espécies de controle que leciona Lima¹⁶, pode-se depreender os seguintes ensinamentos:

- a) Quanto ao órgão que o exercita: administrativo, legislativo ou judicial. Controle Administrativo - corresponde ao exame que a Administração Pública faz sobre a sua conduta, quanto à legalidade ou ao mérito de seus atos, por iniciativa própria ou mediante provocação.

14 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 575.

15 GUERRA, op. cit., p. 23.

16 LIMA, Luiz Henrique. **Controle Externo**: teoria, legislação, jurisprudência e questões de concursos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 4-6.

Controle Legislativo, dois tipos de controle: 1) controle político: analisa aspectos de legalidade e de mérito; 2) controle financeiro: art. 70 a 75 – fiscalização contábil, financeira e orçamentária a cargo do Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

Controle Judicial - monopólio da função judicial nas mãos do Poder Judiciário - art. 5º, XXXV, da CF – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” 5.2 Limites: análise da legalidade (art. 5º, LXXIII e 37, da CF). Poder Judiciário não pode invadir o mérito do ato administrativo, determinado pela Administração Pública. Controle para movimentar o Poder Judiciário: Remédios constitucionais: Habeas Corpus – art. 5º, LXVIII; Habeas Data – art. 5º, LXXII; Mandado de Injunção – art. 5º, LXXI; Mandado de Segurança individual – art. 5º, LXIX; Mandado de Segurança coletivo – art. 5º, LXX; Ação Popular – art. 5º, LXXIII; Ação Civil Pública – art. 129, III; Controle de constitucionalidade.

- b) Quanto ao objeto da atividade administrativa a ser controlada: 1) controle de legalidade: exercido pelos três Poderes; 2) controle de mérito: exercido pela própria Administração.
- c) Quanto ao momento em que se efetua: 1) controle prévio (a priori) – controle preventivo, pois busca impedir a expedição de ato ilegal ou contrário ao interesse público; 2) controle concomitante – exercido ao mesmo tempo em que se realiza a atividade; 3) controle posterior – busca reexaminar atos já praticados, para corrigi-los, desfazê-los ou apenas confirmá-los.
- d) Quanto à localização do órgão controlador: 1) controle interno: controle que cada um dos Poderes exerce sobre sua própria atividade administrativa; 2) controle externo: controle exercido por um dos Poderes sobre o outro ou controle da Administração.

O artigo 71 da Constituição Federal, prever a fiscalização contábil, financeira e orçamentária a cargo do Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

Note-se que na Constituição de 1988, quis-se um Controle Externo capaz de se comunicar diretamente com a sociedade, uma vez que a estrutura nela exposta traduz um meio de acompanhamento das atividades administrativas do Estado Brasileiro, com vista à cidadania que representa idealmente a vontade da população.

5 O SISTEMA DE CONTROLE EXTERNO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Notadamente a “Constituição Cidadã”, ampliou a matéria de controle externo sobre a administração pública, inserindo na Seção IX – Da Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária, os arts. 70 e 71, detalhadamente as atribuições do Tribunal de Contas da União.

Com isso, foi autorizada a fiscalização sobre o poder executivo na administração direta e indireta e demais órgãos e instituições que recebam recursos públicos para as finalidades mais diversas.

Observa-se que o Controle Externo em sede constitucional visa em linhas gerais, o cumprimento dos princípios expressos no art. 37. “legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”,

O Tribunal de Contas da União - TCU deverá se pronunciar sobre matérias quando solicitado pela comissão mista do Congresso Nacional, pois assim dispõe o art. 72 e parágrafos, da Constituição de 1988, *in verbis*:

Art. 72. A comissão mista permanente a que se refere o art. 166, § 1.º, diante de indícios de despesas não autorizadas, ainda que sob a forma de investimentos não programados ou de subsídios não aprovados, poderá solicitar à autoridade governamental responsável que, no prazo de cinco dias, preste os esclarecimentos necessários.

§ 1.º Não prestados os esclarecimentos, ou considerados estes insuficientes, a comissão solicitará ao Tribunal pronunciamento conclusivo sobre a matéria, no prazo de trinta dias.

§ 2.º Entendendo o Tribunal irregular a despesa, a comissão, se julgar que o gasto possa causar dano irreparável ou grave lesão à economia pública, proporá ao Congresso Nacional sua sustação.

O TCU, em muitas de suas auditorias desenvolve-se sobre os trabalhos efetuados pelos controles internos mantidos em cada Poder, que integram uma mesma finalidade é o que se depreende da leitura do art. 74, do Comando Constitucional:

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

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

IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

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

§ 2º - Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

Nos parágrafos desse artigo lê-se que os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária, e qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

O plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais são objetos de leis complementares de iniciativa do Poder Executivo, cujos projetos serão apreciados pelas duas casas do Congresso Nacional. E uma comissão mista permanente de senadores e deputados deverá examinar e emitir parecer sobre tais projetos, bem assim sobre

eventuais emendas, e relativas às contas apresentadas anualmente pelo Presidente da República (arts. 165 e 166 CF/88).

Todo esse aparato de normas, busca precipuamente a moralidade administrativa que tem assento constitucional como um dos princípios da Administração Pública. A probidade igualmente é uma forma que a moralidade assume na prática. Ainda no texto constitucional, a imoralidade administrativa constitui razão plausível para a nulidade do ato inquinado de vício. Nesse sentido, preleciona Silva (2007 p. 668) que a moralidade administrativa não é a moralidade comum, mas jurídica: o ato legal nem sempre é honesto ou moral.

Portanto, a principiologia a que está submetido o Controle Externo busca tutelar as primazias da moralidade administrativa, cidadania, e participação popular, que são fundamentos da legitimidade do Estado Moderno a que o Brasil está submetido enfaticamente pela Carta Magna.

A compreensão de controle externo na contemporânea concepção de Administração Pública tem por fundamento a visibilidade do exercício do poder, exigência da legitimidade formal-material da atividade administrativa no quadro do Estado Democrático de Direito e Meirelles¹⁷ assim declara:

O controle externo visa a comprovar a probidade da Administração e a regularidade da guarda e do emprego dos bens e valores e dinheiros públicos, assim como a fiel execução do orçamento. É, por excelência, um controle político de legalidade contábil e financeira, o primeiro aspecto a cargo do Legislativo; o segundo, do Tribunal de Contas.

O entendimento comum que se tem de transparência é de algo que alude a um sentimento de justiça na aplicação dos recursos públicos, e é esse mesmo sentimento que a Constituição apregoa por meio do Sistema de Controle Externo.

O Legislador Constitucional criou normas para dar visibilidade à aplicação dos recursos públicos e atribuiu ao Poder Legislativo, com auxílio do Tribunal de Contas da União, a verificação técnica dos números que compõem os relatórios administrativos de prestação de conta pelos agentes públicos.

17 MEIRELLES, op. cit., p. 677.

Note-se que ao imaginar transparência administrativa a idéia liminar que vem à tona é a publicidade veiculada nos meios de comunicação. No entanto, numa análise mais apurada do tema, percebe-se que não é só isso, requer conhecer sua estrutura e seu conteúdo. Nessa lógica, não se permite compreender transparência como simples divulgação dos atos administrativos.

No mesmo raciocínio, não se pode entender controle externo como simples análise dos relatórios apresentados pelos agentes públicos para justificarem os gastos da administração. É necessário uma compreensão maior, com vistas à finalidade que propôs o legislador ao instituir o sistema de controle.

Os efeitos dessa dimensão cognitiva de controle e transparência se externaliza na aplicabilidade dos princípios constitucionais previstos no art. 37, da CF/88, e isso, no entendimento comum, é a transparência administrativa. Essa afirmação pode ser depreendida da lição de Martins Júnior¹⁸ na pesquisa que concluiu sobre Transparência Administrativa, onde se depreende que a publicidade e a participação popular são componentes do conceito de transparência; convém, para o aperfeiçoamento da pesquisa que se monta, conceituar esses princípios constitucionais - “a publicidade é um dos expoentes mais qualificados da transparência”, - pondera o autor citado, e segue afirmando que “é o primeiro estágio da transparência”, diz ainda que a transparência não é instrumento de participação, e sim, o contrário.

A doutrina do mestre Hely Lopes Meirelles¹⁹ conceitua publicidade com as seguintes palavras:

Publicidade é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos. Daí por que as leis, atos e contratos administrativos que produzem conseqüências jurídicas fora dos órgãos que os emitem exigem publicidade para adquirirem validade universal, isto é, perante as partes e terceiros.

A publicidade não é elemento do ato; é requisito de eficácia e moralidade.

Transparência consiste na explicação do porquê o governo atua dessa ou daquela maneira e na avaliação do grau de influência do

18 MARTINS JÚNIOR, op. cit., p.19.

19 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 93.

próprio povo no processo de tomada de decisão, compreendido a partir das informações expostas para a comunidade.

É importante observar que o princípio da motivação, embora expresso na CF/88, está voltado para as decisões judiciais - art. 93, inciso X -, que devem ser motivadas. Para a Administração Pública, no que se refere à transparência, “denomina-se motivação a exposição ou a indicação por escrito dos fatos e dos fundamentos jurídicos do ato”, observa Meirelles:²⁰

O princípio da motivação dos atos administrativos, após a Constituição de 1988, está inserido no nosso regime político. É, assim, uma exigência do Direito Público e da legalidade governamental.

Pela motivação o administrador público justifica sua ação administrativa, indicando os fatos (pressupostos de fato) que ensejam o ato e os preceitos jurídicos (pressupostos de direito) que autorizam sua prática. Claro está que em certos atos administrativos oriundos do poder discricionário a justificação será dispensável, bastando apenas evidenciar a competência para o exercício desse poder e a conformação do ato com o interesse público, que é pressuposto de toda atividade administrativa. Em outros atos administrativos, porém, que afetam o interesse individual do administrado, a motivação é obrigatória, para o exame de sua legalidade, finalidade e moralidade administrativa. A motivação é ainda obrigatória pra assegurar a garantia da ampla defesa e do contraditório prevista no art. 5º, LV, da CF de 1988. assim, sempre que for indispensável para o exercício da ampla defesa e do contraditório, a motivação será constitucionalmente obrigatória.

A motivação, portanto, deve apontar a causa e os elementos determinantes da prática do ato administrativo, bem como o dispositivo legal em que se funda.

Notadamente, a CF/88 está voltada para os direitos sociais, convidando sempre à participação social, e atribuindo ao agente público o dever de prestação de contas.

Toda a administração pública—já o dissemos—fica sujeita à fiscalização hierárquica, mas, certamente por sua repercussão imediata no erário,

20 MEIRELLES, op. cit., p. 97-151.

a administração financeira e orçamentária submete-se a maiores rigores de acompanhamento, tendo a Constituição da República determinado o controle interno pelo Executivo e o controle externo pelo Congresso Nacional, auxiliado pelo TCU.²¹

Quando a sociedade utiliza instrumentos legais como: denúncias e representações dirigidas às Cortes de Contas e ações populares exerce o papel de agente controlador e o governo deve oferecer condições informativas que subsidiem a cobrança popular dos resultados efetivos. Isso pode ser aduzido da afirmação de Martins Júnior:²²

A participação é decorrente da transparência, que, por seu turno, deriva da democracia. Por ela, o administrado conhece a intenção administrativa e suas razões; participa da gestão pública, influenciando no respectivo processo. O princípio da participação política constitui verdadeira ampliação juspolítica da cidadania, pela definição constitucional do Estado Democrático de Direito e pela declaração da origem do poder político no povo pela representação e pela participação, cujas formas (direta e semidiretas) se ampliam à Administração Pública.

É através do pensamento apontado no ordenamento jurídico, com fundamento nos subprincípios da publicidade, da motivação dos atos da Administração Pública e da participação popular que se efetiva a transparência da gestão pública.

Notadamente, a Administração e administrados formam um ciclo em que a sociedade cobra mais eficácia nas ações públicas e os gestores se comprometem mais com os objetivos sociais. Tal participação deve incluir os mais diversos setores da sociedade, sobretudo os de maior poder de formação da opinião pública. Nesse sentido nos ensina Bruno Wilhelm Speck:²³

Além da introdução de mecanismos típicos da democracia direta, como plebiscito, referendo e iniciativa popular (art.14, respectivamente incisos I,II e II da Constituição Federal), a nova Carta constitucional não só consagrou a ampliação dos direitos

21 MEIRELLES, op. cit., p. 677.

22 MARTINS JÚNIOR, op. cit., p.294.

23 SPECK, Bruno Wilhelm. **Caminhos da transparência**: análise dos componentes de um sistema nacional de integridade. Campinas, SP: Unicamp, 2002. p. 79.

referentes à informação, ao exercício eleitoral dos analfabetos e dos maiores de 16 anos, como também manteve e inovou diversos direitos voltados para o controle do Estado e para a participação popular, entre os quais cabe mencionar: a) direito de participar dos colegiados dos órgãos públicos em que interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação (art.10); b) direito de enviar petições, reclamações, representações ou queixas contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas para as comissões do Congresso Nacional e suas casas (art. 58 § 2º, IV); c) direito de denunciar irregularidades ou ilegalidades praticadas por órgãos ou agentes públicos ao Tribunal de Contas da União (art.74, § 2º); d) direito de participar do planejamento e execução da política agrícola (art. 187, *caput*); e) direito de participar da gestão administrativa da saúde pública (art.198, III); f) direito de participar do sistema nacional de educação (art.205, VI); g) direito de participar da promoção e defesa do patrimônio cultural brasileiro (art. 216, § 1º h) e direito de participação nas políticas públicas de promoção e preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado (art.215*caput*).

Com o mesmo sentido de ampliar o processo político pela entronização institucionalização de espaços públicos de controle e participação, esses dispositivos demonstram, tal como o contido no artigo 37.

A Constituição Federal de 1988 destaca o Sistema de Controle Externo como atribuição do Poder Legislativo na atuação da função fiscalizadora como representante do povo, sendo o Tribunal de Contas da União, órgão especializado em contas de natureza técnico-administrativa na esfera federal, incumbido de auxiliá-lo nas funções de controle através da verificação da probidade na administração, guarda e legal emprego dos recursos públicos.

Os mecanismos de participação popular foram magistralmente estudados por José Afonso da Silva.²⁴ O autor lembra que democracia é, sobretudo, um conceito histórico, que não se revela como um valor-fim, senão “como um valor-meio e instrumento de realização de valores essenciais da convivência humana, que se traduzem basicamente na vigência dos direitos fundamentais do homem[...]”, para concluir que “[...] a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no decorrer da história”.

24 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

Assim, não há dúvidas de que são variados os meios de se executar a transparência administrativa, e o Controle Externo se amolda a esses meios de dar publicidade aos feitos dos agentes administradores.

É sabido que a consciência de cidadania faz com que haja maiores cobranças de resultados nas políticas públicas. Isso mostra que na medida em que a sociedade participa mais dos negócios do governo, fortalece as instituições públicas, cria um compromisso maior dos dirigentes com a coisa pública. Essa participação pode respaldar ou desaprovar atos de gestão, dependendo do socorro às demandas sociais.

A análise do Professor José Afonso da Silva,²⁵ apresenta:

O Controle Externo, é pois, função do Poder Legislativo, sendo de competência do Congresso Nacional no âmbito federal, das Assembléias Legislativas nos Estados, da Câmara Legislativa no Distrito Federal e das Câmaras Municipais nos municípios com o auxílio dos respectivos Tribunais de Contas. Consiste, assim, na atuação da função fiscalizadora do povo, através de seus representantes, sob a administração financeira e orçamentária. É, portanto, um controle de natureza política, no Brasil, mais sujeito à prévia apreciação técnico-administrativa do Tribunal de Contas competente, que, assim, se apresenta como órgão técnico, e suas decisões são administrativas, não jurisdicionais.

Observa-se também que a Constituição de 1988 acrescentou um importante instrumento de controle, que está à disposição dos tribunais de contas, como mostram as seguintes palavras encontradas na doutrina:

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe significativas alterações referentes a matéria de controle da Administração Pública. Algumas atribuições destinadas aos tribunais de contas foram introduzidas, ao passo que outras restaram majoradas, na ânsia de se garantir a melhor utilização pelo governo dos recursos disponibilizados pela sociedade. [...] Dentre os mecanismos postos à disposição dos tribunais de contas, para que estes possam exercer a missão institucional a eles outorgada pela Constituição, destaca-se um poderoso instrumento de fiscalização, fortalecido ao longo das últimas décadas: a auditoria. Nesta, são

²⁵ SILVA., op. cit., p.752.

examinados e averiguados os controles, os sistemas e o cumprimento das metas anteriormente planejadas.²⁶

Do ponto de vista Constitucional e, sobretudo do controle externo técnico, aquele exercido pelos tribunais de contas, destacam-se as auditorias executadas como meio de comprovação da conformidade com os princípios legais regentes na Administração Pública.

A Lei Maior em seu artigo 70 aponta as matérias objeto do trabalho do Controle Externo: fiscalização contábil, financeira, orçamentária, patrimonial e operacional da Administração Pública. Ainda, estabelece que essa fiscalização fica a cargo do Congresso Nacional que a realizará mediante controle externo e pelo Sistema de Controle Interno de cada Poder. Ou seja, controle interno e controle externo atuam sob os mesmos objetos, diferenciando-se apenas por que o controle interno é vinculado a uma entidade ou órgão, enquanto o controle externo atua de forma mais independente, pela própria hierarquia constitucionalmente estabelecida.

Tais atividades de fiscalização são de fundamental importância para a convalidação dos atos administrativos, principalmente quanto aos aspectos da legalidade, legitimidade e economicidade. Veja-se alguns fatores conceituais do tipo de fiscalização:

- a fiscalização contábil diz respeito aos procedimentos necessários para a avaliação e certificação, daquilo que a contabilidade do órgão registra, adequada e fidedignamente, os atos e fatos que envolvem os sistemas orçamentário, financeiro e patrimonial, assim como a validação das transações registradas, os registros autorizados por quem de direito e os valores exatos. Sendo a contabilidade a peça fundamental do sistema de informações econômico-financeiras, é sem dúvida um instrumento indispensável em todos os enfoques do controle;

- a fiscalização financeira ocupa-se em verificar se a administração dos recursos financeiros está sendo realizada de acordo com as normas e princípios da administração pública, não só com relação à arrecadação, gerenciamento e aplicação dos recursos, mas também em relação à regularidade das renúncias de receitas e concessões de auxílios e subvenções. Nesse aspecto a Lei de Responsabilidade Fiscal confere grande relevância ao acompanhamento e à fiscalização financeira, impondo severas penalidades aos administradores descuidados;

²⁶ GUERRA, op. cit., p. 102.

- quanto à fiscalização orçamentária, deve-se observar se as despesas realizadas estão previstas no orçamento anual – LOA, e se foram fielmente executadas, confrontando-as com a Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO e o Plano Plurianual – PPA, a fim de assegurar o cumprimento dos programas traçados pelos representantes do povo;

- a fiscalização operacional diz respeito ao acompanhamento e avaliação das ações empreendidas pelos órgãos para alcançar seus objetivos institucionais, em especial quanto aos aspectos de economia, eficiência e eficácia. Observa-se a busca de indicadores para correta avaliação desses resultados; e,

- a fiscalização patrimonial que diz respeito não só ao controle de bens móveis ou imóveis, mas também de créditos, títulos de renda, participações e almoxarifados, além das dívidas e demais fatos que possam afetar o patrimônio.

O artigo 70, em seu parágrafo único, relaciona quem deve prestar “contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos” bem como os dinheiros “pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.” Em suma, onde houver bens e recursos públicos envolvidos há necessidade de controle e de prestação de contas à sociedade, pois trata-se de uma exigência fundamental do regime democrático.

Uma competência específica atribuída ao Tribunal de Contas da União é mencionada no art. 71. Assim, a titularidade do controle externo é do Poder Legislativo, mas conforme topografia constitucional existem atribuições típicas exclusivas da Corte de Contas.

As inspeções e auditorias ficam a cargo do Tribunal de Contas, podendo ter duas origens: por iniciativa própria ou por solicitação do Congresso Nacional.

Como se pode notar existe a previsão legal de ocorrer fiscalizações nas unidades administrativas dos três poderes, bem como nas entidades da administração indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal. Essa definição constitucional é de suma importância, pois enfatiza a autonomia auferida ao TCU, não estabelecendo nenhuma exceção ou imunidade em relação a sua competência.

O Poder Legislativo, titular do poder fiscalizatório constituído, se quiser fazer auditorias e inspeções deve provocar o Tribunal para que ele o faça, ou seja, é uma forma de controle parlamentar indireto. Observa-se que a artigo 72 dá competência ao Tribunal para, se provocado pelo Poder Legislativo, emitir um parecer sobre a despesa, competindo ao parlamento tomar a iniciativa de susta-lá-, se entender necessário.

A possibilidade de exercício da auditoria governamental decorre da Constituição, que elenca, dentre as diversas competências de controle e fiscalização reservadas aos colegiados de contas, atribuição de realizar, por iniciativa própria ou por solicitação do poder legislativo, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, com fins de verificação da legalidade, legitimidade e economicidade dos atos da Administração.

As auditorias realizadas pelos tribunais de contas, a partir de solicitação de órgão do poder legislativo, possuem caráter instrutório, isto é, visam subsidiar os trabalhos de controle exercidos no âmbito deste Poder, exaurindo-se a competência daqueles com a finalização do procedimento através da emissão de relatório técnico e prestação de informações solicitadas, conforme competência prevista no artigo 71, III, da Constituição.²⁷

Portanto, conforme atribuição constitucional e, com vistas na efetivação de suas funções institucionais, o Tribunal de Contas da União realiza atividades fiscalizatórias específicas como o exame das prestações de contas, análise da documentação comprobatória dos atos e fatos administrativos, confirmação da existência física de bens e outros valores, verificação da eficiência dos sistemas de controle administrativo e contábil, avaliando a eficácia e a economicidade dos resultados, bem como o cumprimento da legislação existente, com intuito de defender o interesse coletivo da malversação do dinheiro público, da corrupção, e qualquer outra improbidade que possa afetar o patrimônio público.

O Regimento Interno do Tribunal de Contas da União- RITCU, o levantamento - art. 238; auditoria - art. 239; inspeções - art. 240; acompanhamento - art. 241 e 242; e monitoramento art. 243 como instrumentos de fiscalização utilizados pelo Tribunal da seguinte forma:

²⁷ GUERRA, op. cit., p. 104.

Art. 238. Levantamento é o instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para:

I - conhecer a organização e o funcionamento dos órgãos e entidades da administração direta, indireta e fundacional dos Poderes da União, incluindo fundos e demais instituições que lhe sejam jurisdicionadas, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais no que se refere aos aspectos contábeis, financeiros, orçamentários, operacionais e patrimoniais;

II - identificar objetos e instrumentos de fiscalização; e

III - avaliar a viabilidade da realização de fiscalizações.

Art. 239. Auditoria é o instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para:

I - examinar a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos a sua jurisdição, quanto ao aspecto contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial;

II - avaliar o desempenho dos órgãos e entidades jurisdicionados, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais, quanto aos aspectos de economicidade, eficiência e eficácia dos atos praticados;

III - subsidiar a apreciação dos atos sujeitos a registro.

Art. 240. Inspeção é o instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para suprir omissões e lacunas de informações, esclarecer dúvidas ou apurar denúncias ou representações quanto à legalidade, à legitimidade e à economicidade de fatos da administração e de atos administrativos praticados por qualquer responsável sujeito à sua jurisdição.

Art. 241. Acompanhamento é o instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para:

I - examinar, ao longo de um período determinado, a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos a sua jurisdição, quanto ao aspecto contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial; e

II - avaliar, ao longo de um período predeterminado, o desempenho dos órgãos e entidades jurisdicionadas, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais, quanto aos aspectos de economicidade, eficiência e eficácia dos atos praticados.

Art. 242. As atividades dos órgãos e entidades jurisdicionadas ao Tribunal serão acompanhadas de forma seletiva e concomitante, mediante informações obtidas:

I - pela publicação no Diário Oficial da União e mediante consulta a sistemas informatizados adotados pela administração pública federal:

- a) da lei relativa ao plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias, da lei orçamentária anual e da abertura de créditos adicionais;
- b) dos editais de licitação, dos extratos de contratos e de convênios, acordos, ajustes, termos de parceria ou outros instrumentos congêneres, bem como dos atos referidos no art. 259;

II - por meio de expediente e documentos solicitados pelo Tribunal ou colocados à sua disposição;

III - por meio de visitas técnicas ou participações em eventos promovidos por órgãos e entidades da administração pública.

Art. 243. Monitoramento é o instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para verificar o cumprimento de suas deliberações e os resultados delas advindos.

A averiguação de fatos, tendo em vista a regularidade do procedimento e resultados dos objetivos proposto na fase de planejamento, é na verdade uma comparação entre a situação real e um critério pré-estabelecido, que define um ideal desejado, a fim de se chegar a um juízo ou avaliação sobre a realidade encontrada.

Auditoria governamental é o exame técnico, analítico e pericial, desenvolvido pela corte de contas, mediante seus órgãos técnicos, que se segue ao desenvolvimento das operações governamentais. É o procedimento voltado à verificação e avaliação dos sistemas adotados, no escopo de minimizar os erros ou desvios cometidos na gerência da coisa pública. Cuida, com efeito, do exame da regularidade dos atos e transações e do desempenho operacional, apurando o grau

de cumprimento das normas, assim como a economia, eficiência e eficácia na utilização dos recursos.²⁸

Tal qual se observa, a atuação da auditoria governamental se dá mediante a aplicação de alguns procedimentos técnicos, com vistas ao controle na Administração Pública, como por exemplo: técnicas de indagação escrita ou oral; análise documental; conferência de cálculos e valores; confirmação externa; exame de registros; correlação das informações obtidas; inspeção física e rastreamento para a verificação da veracidade das informações.

Essas auditorias podem ser desencadeadas por provocação do cidadão, partido político, associação de classe ou sindicato, na forma do artigo 74, inciso IV, parágrafo 2º onde aponta a possibilidade de interposição de denúncias ao Tribunal de Contas da União. Assim, o controle não é apenas iniciativa do próprio governo, o chamado controle oficial, mas também pela sociedade sempre focada na primazia do comando Constitucional de que todo poder emana do povo, cabendo a ele o exercício desse poder, seja direta ou por meio de representantes, facultado que o cidadão conheça dos resultados das ações de governo pelo controle estatal.

Quando os mecanismos de controle tentam contrabalançar os lucros de arranjos corruptos com o preço a pagar no caso da descoberta, as medidas previstas, desde o início, visam aumentar os incentivos para o comportamento íntegro. O fortalecimento do comportamento ético inclui o esclarecimento e a educação, com o objetivo de aumentar o compromisso com o bem público. Frequentemente, a transparência é uma arma simples e mais eficiente para evitar arranjos antes tolerados sob o véu da desinformação.²⁹

A participação da sociedade no controle das funções estatais, seja por intermédio de instrumentos que provocam controles tradicionais, seja mediante participação nos chamados Conselhos Gestores de Políticas Públicas é fomentada pela Constituição da República nos diversos moldes, Isso acontece no âmbito da saúde, da educação, da criança e do adolescente em diversas áreas sensíveis da atividade estatal.

28 GUERRA, op. cit., p. 103.

29 SPECK, ,op. cit., p. 19.

Tem-se ainda a previsão Constitucional (art.74) da realização do controle pela própria administração, o autocontrole, exercido através do Sistema de Controle Interno que deve trabalhar conjuntamente com o Controle Externo nas fiscalizações dos atos da Administração, com o objetivo precípuo de resguardar o interesse público.

No sentido do autocontrole, há que se observar que no âmbito do Poder Executivo, existe a Controladoria Geral da União - CGU, cujo trabalho é de grande destaque no sistema de controle, pois trabalha com o chamado Controle Interno que fiscaliza os atos da administração. Difere-se dos serviços do TCU, basicamente pela hierarquização a que está submetido o Controle Interno, vez que o TCU, trabalha auxiliando o Poder Legislativo em seu controle político com previsão expressa na Constituição, mais precisamente na análise das contas públicas.

A Controladoria da União é órgão subordinado à Presidência da República. Enquanto instrumento de controle interno, direciona as diversas atividades em todos os órgãos da Administração Federal. Na observação da legalidade dos atos de dispêndio de recursos, seus trabalhos, por vezes, ficam prejudicados pelo fato que os agentes auditores são servidores do próprio órgão a que estão vinculados hierarquicamente, contudo, seus relatórios são extremamente importantes para inspeções de auditores do TCU, pois compõem o Controle Externo.

6 LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL - DA TRANSPARÊNCIA, CONTROLE E FISCALIZAÇÃO

No histórico administrativo brasileiro de controle, pode-se afirmar que houve três picos nos ajustes legais, a saber: o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, ainda em vigor, que classifica o controle como um dos princípios fundamentais da administração pública e, em seu artigo 13, dá a abrangência e a definição ao termo, senão vejamos; A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 70 a 75, tratam de controle; e a Lei de Responsabilidade Fiscal- LRF, Lei Complementar nº 101 de 2000. A LRF, além de tratar de controle, trouxe referência à transparência, tratando como algo a ser buscado pela divulgação de relatórios de fiscalização.

O capítulo IX da LRF refere-se à transparência, controle e fiscalização e estabelece regras e procedimentos para a confecção e divulgação de relatórios e demonstrativos de finanças públicas, a

fiscalização e o controle, visando permitir ao cidadão avaliar através da informação disponibilizada em relatórios, o grau de sucesso obtido pela administração das finanças públicas.

A mesma LRF estabeleceu em seu artigo 48 o seguinte dispositivo:

Art. 48. São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.

Parágrafo único. A transparência será assegurada também mediante incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e de discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos.

A transparência é, ainda, assegurada pelo incentivo à participação popular e pela realização de audiências públicas, tanto durante a elaboração como no curso da execução dos planos da lei de diretrizes orçamentárias e dos orçamentos. Todos os relatórios devem ser divulgados, em veículos de comunicação de amplo acesso público.

O Relatório Resumido da Execução Orçamentária (RREO) é exigido pela CF/88, que estabelece em seu art. 165, parágrafo 3º, que o Poder Executivo o publicará, até trinta dias após o encerramento de cada bimestre. A União já o divulga, há vários anos mensalmente. O objetivo dessa periodicidade é permitir que, cada vez mais, a sociedade, por meio dos diversos órgãos de controle, conheça, acompanhe e analise o desempenho da execução orçamentária dos governos.

A LRF especifica os parâmetros necessários à elaboração do Relatório Resumido da Execução Orçamentária. Sua elaboração e publicação são de responsabilidade do Poder Executivo. As informações deverão ser elaboradas a partir da consolidação de todas as unidades gestoras, no âmbito da administração direta, autarquias, fundações, fundos especiais, empresas públicas e sociedades de economia mista.

A Lei estabelece ainda que ao final de cada quadrimestre, será emitido o Relatório de Gestão Fiscal pelos titulares dos Poderes

Executivo, Legislativo (incluído o Tribunal de Contas), Judiciário e Ministério Público, prestando constas sobre a situação de tudo que está sujeito a limites e condições como, despesas com pessoal, dívida, operações de crédito, ARO, e medidas corretivas implementadas se os limites forem ultrapassados. Caso contrário, o órgão público ficará impedido de receber transferências voluntárias e contratar operações de crédito.

O art. 67 da Lei de Responsabilidade Fiscal diz:

Art. 67. O acompanhamento e a avaliação, de forma permanente, da política e da operacionalidade da gestão fiscal serão realizados por conselho de gestão fiscal, constituído por representantes de todos os Poderes e esferas de Governo, do Ministério Público e de entidades técnicas representativas da sociedade, visando a:

Observa-se que no artigo transcrito acima, a própria Lei cria um mecanismo de controle na forma de um Conselho de gestão fiscal, cuja competência é harmonizar e coordenar os entes da Federação, disseminar boas práticas fiscais, adotar normas de consolidação das contas públicas e divulgar estudos e análises.

A LRF expressamente ressalta a temática do controle e transparência na administração pública, aponta ainda para as chamadas tecnologias da informação, que podem proporcionar maior interação das instituições sociais e a administração pública.

Nesse ponto, com a rede de informação pela internet, o controle social e a transparência, podem ser construídos e com isso o Estado encontra reforço na sua nova forma de legitimação de poder. O Estado deve propor ao cidadão as maneiras para que se firme uma sociedade mais participativa e os instrumentos tecnológicos que carregam as informações devem ser de alguma forma, colocados à disposição da sociedade, pois só assim pode existir o controle social sobre a administração pública e se efetivará a transparência dos seus atos.

Essas novas demandas tecnológicas de controle devem pautar a sociedade para o fortalecimento das instituições democráticas e abrir caminhos mais definitivos para a participação popular. Norberto Bobbio as entende como novos direitos que o desenvolvimento da técnica, a transformação das condições econômicas e sociais, a ampliação dos conhecimentos e a intensificação dos meios de

comunicação podem produzir mudanças na organização da vida humana e das relações sociais.

O campo dos direitos sociais está em contínuo movimento: assim, como as mudanças de proteção social nasceram com a revolução industrial, é provável que o rápido desenvolvimento técnico e econômico traga consigo novas demandas que hoje não somos capazes nem de prever.³⁰

É nesse sentido que, mais do que em qualquer outra época se pode falar em novos direitos e isso inclui os relativos à relevância da transparência das ações públicas e iniciativas governamentais, por meios de instrumentos capazes de retratar e impulsionar o momento atual para aumentar a eficiência e eficácia governamental.

O custo reduzido de acesso a internet e os recursos tecnológicos disponíveis podem constituir fatores para consultas mais frequentes, viabilizando realmente a democracia participativa no País.

A internet, como efetivo controle social, tornou-se mais próxima da realidade na medida em que o próprio Tribunal de Contas da União passou a utilizar-se desse mecanismo. A atividade principal do Tribunal é o controle externo da administração pública e da gestão dos recursos públicos federais, sendo a sua missão assegurar a efetiva e regular gestão dos recursos públicos, em benefício da sociedade. A visão que norteia as atividades desse órgão busca torná-lo uma instituição de excelência no controle e contribuir para o aperfeiçoamento da administração.

A homepage do TCU oferece uma gama de informações que possibilitam o efetivo acompanhamento por parte da sociedade das ações administrativas executadas pelos órgãos do Estado.

Existe a possibilidade de que a própria sociedade auxilie o TCU na identificação da má aplicação dos recursos públicos, na medida em que ela é a destinatária primeira das ações do governo, na real exteriorização do princípio constitucional da participação popular na observância da moralidade administrativa, por meio de denúncia, atendendo plenamente aos objetivos de alcançar maior transparência. A denúncia deve se referir a alguém que seja responsável por recursos federais. Assim, é possível tomar conhecimento de que toda entidade

30 BOBBIO, apud, ROVER, Aires José. **Direito e informática**. Barueri, SP: Manole, 2004. p. 159.

gestora de recursos públicos está sujeita à fiscalização iniciada por meio de denúncia.

A Lei Nº 9. 755, de 16/12/1998, ao dispor sobre a criação de homepage na Internet, pelo Tribunal de Contas da União, para divulgação dos dados e informações, criou normas jurídicas necessárias para o cumprimento do previsto no Art. 37 da CF/88, no que diz respeito ao princípio da transparência e publicidade, neste novo modo de organização da sociedade e do Estado, qual seja, o modo informativo ou em rede.

A partir de 1995, concomitante com o crescimento da Internet no País, aumentou grandemente a quantidade de “sites” do Governo Federal na rede. Nos anos recentes, a variedade de informações aumentou, não somente no nível Federal, mas especialmente no nível estadual. Por outro lado, o acesso a tais informações, no âmbito do Governo Federal, foi sistematizado pelo Ministério do Planejamento, através do portal <http://www.redegoverno.gov.br>. Há ampla variedade de informações governamentais para o cidadão na Internet.

As principais linhas de ação do Poder Executivo Federal em tecnologia da informação e comunicação estão estruturadas caminhando em direção a um governo eletrônico promovendo a universalização do acesso aos serviços, a transparência de suas ações, a integração de redes e o alto desempenho dos seus sistemas. A meta é colocar o governo ao alcance de todos, ampliando a transparência das suas ações e incrementando a participação cidadã.

Com a Lei de Responsabilidade Fiscal, a Tecnologia da Informação se torna uma ferramenta de fiscalização dos atos praticados pela administração pública. Desde maio passado de 2002, os balanços com todas as despesas e receitas do Poder Público estão sendo divulgados na Internet, para acompanhamento pela sociedade.

A transparência requerida pela LRF, bem como o exíguo prazo de prestação de contas dos atos financeiros, exige não apenas controle, mas velocidade. Por outro lado, diante da natureza capilar de todos os passos que compõem o fluxo de recursos, o controle e acompanhamento com integração das informações em tempo real só são possíveis por meio da Tecnologia da Informação.³¹

31 ROVER, Aires José. **Direito e informática**. Barueri, SP: Manole, 2004. p. 172.

A intenção da LRF é justamente aumentar a transparência na gestão do gasto público, permitindo que os mecanismos de mercado e o processo político sirvam como instrumento de controle e punição dos governantes que não agirem de maneira correta.

Deve ser, então, vista como um instrumento forte e eficaz, para introduzir, na prática das finanças públicas, um comportamento mais dinâmico e coerente com os superiores interesses da população. As informações estão tratadas. Cabe agora a sua interpretação para a aprovação ou reprovação dos governantes.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante a investigação sobre a temática “o Sistema de Controle Externo da Administração Pública Federal” observou-se que há um empenho do legislador brasileiro em promover a transparência pública, seja como algo planejado, seja como resultado de produção legislativa que chegue a esse importante instrumento de cobrança social sobre a atuação do governo.

Notou-se que o Tribunal de Contas da União, historicamente, com a sua atuação, busca melhorias nos resultados da aplicação dos recursos públicos, com vistas aos princípios constitucionais atinentes à Administração Pública. Contudo, não somente o TCU trabalha no sentido de divulgar ações e coibir eventuais desvios de recursos públicos, pois, ao longo da pesquisa, e até pelo desempenho profissional, o pesquisador encontrou alguns sites de internet que difundem atividades do setor público com intuito de promover a transparência administrativa, e que são citados nesse trabalho.

Há que se fazer referência ao modo como o TCU divulga suas ações para fazer frente a sua missão constitucional. Possui na internet o site <https://www.tcu.gov.br>, onde mantém atualizações e informa avaliações de programas do governo; possui índices e indicadores de resultados, constituindo-se, um importante instrumento de efetivação de transparência, na divulgação de informações.

Contudo, sendo o TCU órgão técnico de apoio do Poder Legislativo na função de fiscalizador das ações do Poder Executivo, na manifestação do mecanismo de freios e contrapesos, característica da harmonia entre os poderes no Estado brasileiro, também o

Poder Executivo, por iniciativa própria, promove a visibilidade de suas ações. Tanto o é, que criou a Controladoria Geral da União-CGU, com vistas à transparência administrativa. Isso demonstra a vontade política do governo de viabilizar a concretude da transparência pública.

A CGU, de iniciativa do Poder Executivo, promove a fiscalização e orienta as equipes de controle interno de cada poder e órgão do governo, e possui o portal na internet <https://www.cgu.gov.br>, e <https://www.portaldatransparencia.gov.br>. Esses, são destinados a todo o governo federal para divulgarem suas ações. As páginas da internet do governo federal, seus órgãos, autarquias e fundações possuem um link que conduz ao portal em tela.

Muitas das auditorias realizadas pelos auditores do TCU são a partir do trabalho dos órgãos de controle interno na busca da transparência. O TCU tem mais liberdade na fiscalização pelo fato de não haver dependência funcional entre os órgãos fiscalizados e o TCU; enquanto o controle interno está subordinado ao agente fiscalizado, o que pode comprometer os trabalhos.

Durante a pesquisa pode-se observar que o TCU trabalha de forma que resulte em uma aplicação correta dos recursos, pois busca na sua finalidade que os agentes públicos gestores desses recursos trabalhem visando à probidade dos atos e o melhor resultado das políticas planejadas.

Destaca-se que a manifestação da sociedade civil organizada ou do cidadão, individualmente, em audiências públicas e em órgãos colegiados, é um meio de aprimoramento da participação social na Administração Pública.

Neste contexto se pode afirmar que o presente estudo poderá contribuir substancialmente no debate sobre os instrumentos de controle externo da gestão administrativa para o alcance da transparência na Administração Pública. A contribuição se efetivará no sentido de proporcionar as informações e ciência dos atos praticados pelos administradores, levando clareza aos interessados pelo assunto, que em sentido lato seria a própria sociedade.

Conforme explanado ao longo da pesquisa, a Administração Pública possui o Controle Externo, representado pelo Tribunal de Contas da União, como auxiliar do Poder Legislativo no controle das atividades do Poder Executivo, a quem cabe a Administração Pública. A fiscalização em forma de controle tem produzido resultados plausíveis na transparência administrativa, a exemplo das cobranças sociais da atualidade, e só é possível com a geração dos relatórios do TCU, que servem de base para a propositura de ações no Judiciário nas improbidades administrativas.

Ficou acentuado que Controle Externo feito pelo TCU não atende totalmente a demanda do controle com vista à transparência. Com isso, ao longo do trabalho, surgiu a figura do Controle Social feito pela participação popular nas decisões administrativas e resultante da percepção da efetividade de determinadas ações na vida dos usuários dos serviços, esse controle social tem importância crucial para legitimidade do poder dos governantes.

A pesquisa mostra, ainda: que os resultados alcançados desde a Constituição Cidadã; que o crescimento dos Controles na busca pela transparência é um caminho longo que se percorre a cada dia, tal como a própria afirmação democrática na história do País, e que os controles são importantes para o acompanhamento pelos contribuintes/cidadãos da aplicação, de eventuais desvios ou desperdícios do dinheiro público.

Na pesquisa, a transparência administrativa é resultante da percepção que a sociedade tem das ações do governo, medida pelos instrumentos de controle executados pelo TCU. São esses instrumentos que precisam evoluir. Existem entraves que dificultam a compreensão dos relatórios emitidos pelo TCU e pelos órgãos da Administração que dificultam a esperada transparência da administração.

Um desse entraves é a linguagem muito técnica para uma sociedade de leigos nas questões contábeis. Outro ponto fraco é a divulgação dos resultados das auditorias, pois se a utilização de instrumentos legais nos trabalhos feitos no órgão, onde os dados devem condizer com a verdade, então que se dê maior divulgação de forma institucionalizada. E a própria abertura do TCU para acesso das pessoas no que diz respeito às denúncias, para facilitar as investigações. Nesse País continental, em que o Governo Federal está

presente em todos os municípios com seus programas, é impossível para o TCU, conhecer os resultados da aplicação de recursos em municípios longínquos, sem que haja a participação da sociedade local na exigência da fiscalização.

Se, de todos esses eventos, os resultados são animadores, imagine-se toda a administração pública sendo vigiada pela sociedade no local de atuação, com um controle externo bem estruturado que possa intervir na aplicação das verbas destinadas desde o início de sua aplicação até o final da ação. Esse é o desejo de todo contribuinte: ver seu dinheiro bem aplicado e trazendo-lhe benefícios. Reside aí toda a importância do Controle Externo; no paradigma de que a sociedade visualiza o governo por meio dos instrumentos de controle, se eventualmente forem falhos ou não condizerem com a verdade a visão sobre o governo não retratar a verdade, e isso é um prejuízo político para o próprio governo no cumprimento de sua missão, diante da sociedade.

A administração pública deveria, por meio de seus órgãos de controle externo, efetivar o princípio da publicidade e estimular didaticamente a participação dos cidadãos no julgamento das contas públicas. Assim, o conhecimento prévio do conteúdo a julgar traria expectativas e vigilância.

A sociedade, no exercício do controle social, teria de ocupar o papel principal. Os demais segmentos, a União, o Estado e o Município, representados por seus órgãos de controle, seriam apenas coadjuvantes em auxílio técnico daquela.

Para tanto, seria bastante que toda a atividade estatal se contivesse atrelada ao exato cumprimento do princípio constitucional de publicidade. A notícia dessa natureza reuniria em interesses comuns os cidadãos como guardiões do erário público. Aos demais segmentos, e em suprimento ao controle social, caberiam as conformações técnicas exigidas em cada conteúdo de atividade pública.

Ademais, é preciso que discursos saiam do papel. Os tribunais de contas têm em mãos um “armamento pesado” que, se bem utilizado, romperia muitas resistências ao estabelecimento do controle social do Estado, em real benefício ao resguardo do erário público.

Tem-se que, um princípio válido para toda atividade pública é o princípio da boa fé, onde a eticidade seja (MAIA³², 2007, p.35) “um valor muito denso e profundo. Ela seja uma enorme árvore apta a dar bons frutos” entre o agente público administrador e o órgão de controle externo que deve buscar correção de rumos, detecção de faltas e propositura de soluções, porque hoje é necessário vislumbrar a atividade de controle não só como um controle de repressão, mas até mesmo como instrumento didático/ pedagógico para uma sociedade em desenvolvimento.

O interesse sobre Sistema de Controle avança no mundo jurídico, quando a própria Constituição Federal de 1988 destinou vários artigos para delinear funções e órgão de controle, visando ao bom uso dos recursos públicos, na consecução da função primordial do Estado, o bem comum.

8 REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. tradução. Carlos Nelson Coutinho. 10.ed. Rio de Janeiro: Campus: 1992.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Brasília: Senado Federal, 2007

_____. **Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000** (Lei de Responsabilidade Fiscal). Estabelece normas públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em:<<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 14 abr. 2008.

_____. **Regimento Interno do Tribunal de Contas da União** (Resolução nº155/2002) Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 10 mai. 2008.

CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à teoria geral da administração**. 6. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

FERNANDES, José. **Técnicas de Estudo e Pesquisa**. 6. ed. Goiânia: Kelps, 2002.

GUERRA, Evandro Martins. **Os Controles Externo e Interno da Administração Pública e os Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

32 MAIA, Lauro Augusto Moreira, **Novos paradigmas do direito civil**. Curitiba-PR: Juruá, 2007.

LIMA, Luiz Henrique. **Controle Externo: teoria, legislação, jurisprudência e questões de concursos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

MAIA, Lauro Augusto Moreira, **Novos paradigmas do direito civil.** Curitiba-PR: Juruá, 2007.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência Administrativa: publicidade, motivação e participação popular.** São Paulo: Saraiva, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MEZZAROBBA, Orides e MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MORAIS, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo.** São Paulo: Atlas, 2002.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Estratégia e estrutura para um novo Estado. **Revista do Serviço Público/Fundação Escola Nacional de Administração Pública – v1. n.1- ano 48 (jan-abr/1997).** Brasília: ENAP, 1997.

ROVER, Aires José. **Direito e informática.** Barueri, SP: Manole, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. O sistema representativo, democracia semidireta e democracia participativa. **Revista do Advogado** nº 73, p 94

SPECK, Bruno Wilhelm. **Caminhos da transparência: análise dos componentes de um sistema nacional de integridade.** Campinas, SP: Unicamp, 2002.

TROSA, Sylvie. **Gestão Pública por Resultado: quando o Estado se compromete.** tradução: Maria Luíza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan: Brasília. DF: ENAP, 2001.

COMENTÁRIOS AO *CAPUT* DO NOVO ART. 475-J DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Mário Henrique Cavalcanti Gil Rodrigues.

Advogado da União. Concluinte do Curso Preparatório da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco (ESMAPE). Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

SUMÁRIO: 1 Considerações Preliminares; 2 Formas de Liquidação no Ordenamento Jurídico Brasileiro; 3 O Prazo de 15 dias para Pagamento; 3.1 Incidência da multa; 3.2 Honorários advocatícios; 3.3 Natureza jurídica da multa; 3.4 Termo inicial do prazo de 15 dias; 4 Requerimento do Credor e Realização da Penhora e da Avaliação; 5 Considerações Finais; 6 Referências; 7 Bibliografia Recomendada.

RESUMO: Com a vigência da Lei nº 11.232/05, houve a junção dos processos de conhecimento e de execução, com a instituição da nova fase de cumprimento da sentença. Nesta etapa, caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de 15 dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de 10%. Quanto a esse interstício legalmente previsto, deve prevalecer o entendimento segundo o qual ele é contado a partir da intimação pessoal da parte. Já a multa terá lugar somente depois de transitado em julgado o comando judicial, e terá natureza de coerção. Deve preponderar a opinião adepta da estipulação de honorários advocatícios na nova fase de cumprimento da sentença, onde será dispensada nova citação do devedor, bastando solicitação do credor para a expedição de mandado de penhora e de avaliação, que serão realizadas simultaneamente. Podem ser mencionados como objetivos salutareos a serem atingidos pela instituição do art. 475-J do CPC, dentre outros, a auto-executoriedade das sentenças condenatórias, a adequação ao modelo constitucional do processo, o fortalecimento da situação do credor em detrimento do enfraquecimento da posição do devedor, a efetividade, a eficácia, a economia, a celeridade e a justiça. Pelo exposto, o art. 475-J é o âmago da reforma implantada pela Lei nº 11.232/05, votada, aprovada e publicada com a finalidade de tornar realidade ou, ao menos, facilitar a concretização de uma razoável duração do processo e da celeridade de sua tramitação.

PALAVRAS-CHAVE: Lei nº 11.232/05. Cumprimento da sentença. *Caput* do art. 475-J.

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A insuficiência do aparelhamento forense e a deficiência do direito processual enquanto instrumento vinculado ao direito material é uma realidade no Brasil. A execução nos moldes da redação originária do Código de Processo Civil de 1973, por exemplo, beneficia o réu desprovido de razão em detrimento do autor. Existem problemas não apenas legais, mas também estruturais, políticos, financeiros, sociais etc. Todo o contexto se consubstancia em um impasse hábil a afetar a vida de toda a sociedade, sem exceção.

Com o escopo de amenizar a situação, a Emenda Constitucional nº 45/2004 acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal, assim prescrito: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Dentro destes critérios de razoabilidade e celeridade constitucionalmente previstos, passou a ser necessária a instituição de mecanismos tendentes a assegurar uma prestação jurisdicional substancialmente mais eficaz, com um intervalo mais curto entre a propositura da demanda e a realização do direito eventualmente existente.

Com este propósito, foram editados alguns instrumentos legislativos entre outubro de 2005 e dezembro de 2006.

Especificamente em relação ao processo de execução, devemos registrar o fato de o Instituto Brasileiro de Direito Processual ter engendrado dois esboços com a finalidade de reformulá-lo, sob a coordenação final dos eminentes Athos Gusmão Carneiro, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Petrônio Calmon Filho.

Um trata dos títulos extrajudiciais, recebeu o nº 4.497/2004 na Câmara dos Deputados e o nº 51/2006 no Senado Federal. Neste, o relator *ad hoc* na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) ofereceu parecer favorável em 08/11/2006, com as Emendas 1-CCJ a 21-CCJ. Ocasinou a Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006.

O outro se referia aos títulos judiciais, possuía o nº 3.253/2004 na Câmara dos Deputados e o nº 52/2004 no Senado Federal. Originou a Lei nº 11.232, publicada em 22 de dezembro de 2005, em vigor

no ordenamento jurídico brasileiro desde 23 de junho de 2006, com destaque para o art. 475-J por ela instituído, coração da reforma e motivo do estudo atualmente desenvolvido.

Ademais, também precisamos informar que serão atualizadas a execução fiscal e a execução contra a Fazenda Pública. Relativamente a esta, já existem propostas a serem apreciadas, com o propósito imediato de se transformarem em outro projeto de lei e o evidente objetivo mediato de se converterem em norma legal.

Proferidas essas considerações, podemos acrescentar que a Lei nº 11.232/2005 introduziu o Capítulo X no Título VIII do Livro I do CPC, intitulado “Do cumprimento da sentença”. Esta novel parte é composta pelos arts. 475-I a 475-R.

Eles disciplinam a execução relativa à obrigação por quantia certa apenas, de acordo com o disposto no art. 475-I. Este preceito e o art. 475-J se notabilizam por serem as reais novidades implantadas no referido capítulo X.

Com efeito, dispõe o art. 475-J: “Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação”.

Sua primeira grande modificação reside na reunião dos processos de conhecimento e de execução. Esta alteração vem a reparar uma antiga imperfeição existente no sistema processual brasileiro. Assim, nos dizeres de Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina,¹

[...] mesmo antes da Reforma ora comentada, a execução da decisão que antecipa efeitos da tutela realiza-se no mesmo processo em que a decisão foi proferida. Assim, nos casos em que se antecipavam efeitos da tutela em ação condenatória, tinha-se que, não obstante a liminar fosse executada no mesmo processo, a sentença que a confirmasse teria de ser executada em processo de execução, o que implicava em flagrante contra-senso.

1 WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil 2**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 143.

Realmente, não havia mais como manter uma separação procedimental entre o reconhecimento e a realização do direito, do ponto de vista da eficaz operacionalização da jurisdição. O processo é um instrumento a serviço do direito substancial e não pode criar embaraços à concretização deste.

Com a convergência entre a cognição e a execução, atenuam-se paulatinamente os princípios da autonomia e da tipicidade das medidas executivas originariamente aplicados ao Código de Processo Civil de 1973. Isso porque, mesmo antes da atual reforma, as ações executivas *lato sensu* já se constituíam em exceções à autonomia.

O art. 475-J constitui o âmago de toda a nova etapa da reforma do Código de Processo Civil Brasileiro. Por esta razão e sem pretensão de esgotamento, estudaremos o seu *caput* de maneira pormenorizada.

Quanto à necessidade do trânsito em julgado da condenação a que se refere o mencionado *caput* deste dispositivo legal, aduza-se que, nos termos do art. 475-O do CPC, aplicam-se as normas da execução definitiva à execução provisória, sempre que possível, e esta só pode ocorrer enquanto não houver passado em julgado o mencionado *decisum* de mérito.

Desse modo, o art. 475-J pode e deve ser aplicado também à execução provisória. Entretanto, neste caso, não é possível a imposição da multa de 10% (dez por cento), a qual não pode ser reclamada pelo credor.

Definitivamente, ela se constitui em montante que não pode ter cabimento nos casos de execução provisória, porque esta tem seu início atrelado à solicitação do credor, de acordo com sua opção e sob sua responsabilidade.

Já o aludido pagamento por quantia certa é a entrega definitiva de determinado valor em dinheiro (trata-se de retribuição monetária). É a modalidade de prestação com maior incidência no cotidiano, superando as demais previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

O conhecimento de seu conceito se faz necessário devido à redação do *caput* do art. 475-J (objeto em apreço neste trabalho) – e também por causa do *caput* do art. 475-I, no tocante às obrigações por quantia certa – do Código de Processo Civil.

2 FORMAS DE LIQUIDAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Lei nº 11.232/2005 revogou expressamente os arts. 603, 604, 607, 608, 609 e 610 do CPC, e instituiu, em seu art. 3º, o Capítulo IX no Título VIII do Livro I do diploma processual civil, denominado “Da liquidação de sentença”, formado pelos arts. 475-A a 475-H.

A liquidação deve ser realizada quando a sentença não estipular o valor devido. Com a recente alteração legal, ela deixou de ser processo autônomo e passou a ser um simples incidente processual. A decisão final nela decretada é interlocutória, desafiada pelo agravo de instrumento, nos termos do art. 475-H do CPC.

Não obstante o corrente esboço tratar da apreciação do art. 475-J do CPC, é fundamental tecermos breves observações sobre as espécies de liquidação previstas no sistema pátrio para propiciar uma melhor compreensão daquele novo dispositivo legal.

As modalidades de liquidação são: por cálculo do credor (art.475-B), por arbitramento (art. 475-C) e por artigos (art.475-E). A primeira não dá ensejo a incidente prévio à execução (por isso não é liquidação propriamente dita, *stricto sensu*, desde 1994). Já as espécies “por arbitramento” e “por artigos”, ao contrário, ocasionam incidente prévio à etapa de cumprimento da sentença e se materializam mediante ação de liquidação.

A liquidação por cálculo do credor, agora prevista no art. 475-B, sucedeu a ultrapassada e vagarosa liquidação por cálculo do contador. Dar-se-á quando o montante da condenação se encontrar na exclusiva dependência de cálculo aritmético. Não necessita de qualquer apuração sobre fatos discutíveis.

Exemplo é a condenação ao pagamento de R\$ 10.000,00 mais a taxa referencial (TR) do mês de junho, no percentual de 2,5%. Assim, o valor da obrigação é de R\$ 10.250,00.

Na verdade, rigorosamente e tecnicamente falando, a necessidade de efetivação de simples cálculos aritméticos não dá ensejo a uma liquidação propriamente dita, o que não nos impede de usar esta terminologia para efeitos didáticos, e também por força da tradição.

A liquidação por arbitramento, atualmente disposta no art. 475-C, ocorre quando determinado pela sentença, convencionado pelas partes ou exigido pela natureza do objeto da liquidação. Possui uma estreita ligação com a prova pericial.

Em caso de determinação do arbitramento pelo comando sentencial, quando houver o trânsito em julgado da respectiva sentença, o juiz da execução – hoje chamada de etapa executiva – ficará sujeito a esta espécie liquidatória na hipótese de apelação interposta somente pelo demandado, não podendo o órgão colegiado de segunda instância proceder à fixação do valor ainda na fase cognitiva, de acordo com entendimento jurisprudencial, conforme se deduz pelo teor da seguinte decisão:

Indenização por dano moral. Liquidação por arbitramento. Adstrição do juiz ao pedido da parte. Julgamento *extra petita*. Se o autor demandou o réu por indenização apurável em liquidação por arbitramento, e se a sentença, ao julgar procedente a ação, assim o determinou, dela apelando somente o réu, ao órgão julgador de segundo grau era defeso fixar desde logo o valor da indenização. “*Sententia debet esse conformis libello*” (REsp 41509/MA, 3ª T., Rel. Min. Nilson Naves, DJ 13/06/1994).

Na hipótese de o magistrado nada estabelecer, as partes podem convencionar o arbitramento, previamente ou incidentalmente, desde que não haja necessidade de alegação e prova de fato novo.

Também, esta modalidade terá lugar quando for imprescindível pela natureza do objeto da liquidação. Como exemplos, podem ser relacionados o pagamento dos lucros cessantes, da desvalorização de veículos em decorrência de acidentes, do preço de um cavalo, etc. Na lição de Ernane Fidélis dos Santos,²

Não basta que haja simples referência aos elementos do reconhecimento da obrigação nos autos para se justificar o arbitramento. É preciso que a sentença, explícita ou implicitamente, na sua parte dispositiva, os tenha considerado. Na fundamentação da sentença, por exemplo, pode o juiz fazer remissão, até em caráter concreto, a possíveis danos que a parte teria sofrido. Contudo, se, na sentença, não foi expresso sobre eles, limitando-se a estabelecer

² FIDÉLIS DOS SANTOS, Ernane. *As reformas de 2005 e 2006 do código de processo civil*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 20.

indenização por prejuízos sofridos, de forma tal que o preceito deixe duvidosa a determinação do objeto, a liquidação não se deve fazer por arbitramento, mas por artigos (art.475-E). Em determinada decisão reconheceu-se a obrigação de o réu indenizar danos causados, em razão da ruptura culposa de uma represa. Na fundamentação, a sentença faz alusão a construções e plantações que teriam sido destruídas, sem, no entanto, delimitar, com precisão, a extensão do objeto, falando também genericamente, na parte dispositiva; não se permite o arbitramento.

A liquidação por artigos, hoje estabelecida no art. 475-E, se aplica obrigatoriamente na hipótese de existir necessidade de alegar e provar fato novo, independentemente da natureza da obrigação. Fato novo “[...] é aquele evento ou ocorrência ainda não verificado, dentro do processo, quer por inexistir quando da instauração do mesmo (fato novo superveniente ao processo) quer por não ter sido objeto de alegação, discussão e prova dentro do processo (aqui a novidade decorre da não alegação, discussão e prova, embora o fato não seja necessariamente novo, quanto à sua existência)”.³

Para um fato poder ser reputado como “novo”, de acordo com a tendência doutrinária mais recente, não se deve levar em conta o instante em que ele surge no mundo dos fatos, mas o momento em que ele é levado ao processo.

Desse modo, é considerado fato novo, dando ensejo à liquidação por artigos, aquele despontado anteriormente à propositura da ação, mas não suscitado nela; aquele ocorrido durante a lide condenatória, mas que nela não tenha sido relatado; até mesmo aquele surgido após a sentença condenatória, seja antes ou depois do ajuizamento da fase de liquidação.⁴

Podem ser citados como exemplos de liquidação por artigos: condenação à entrega de coisas fungíveis, sem especificação de quantidade e qualidade; *quantum* dos danos ocasionados por crimes, em decorrência de sentenças penais condenatórias.

3 ARRUDA, Antônio Carlos Matteis de. **Liquidação de sentença (a lide de liquidação)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 99.

4 FREITAS CÂMARA, Alexandre. **Lições de direito processual civil**, vol. II. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 233-234.

3 O PRAZO DE 15 DIAS PARA PAGAMENTO

Uma grande inovação do art. 475-J do CPC é a estipulação do prazo de 15 (quinze) dias para o devedor consumir o adimplemento de sua dívida, após a condenação ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, sob pena da adição de multa de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação e de se encetarem as determinações delineadas na *caput* e nos parágrafos da supracitada norma legal.

Dessa maneira, o executado tem a obrigação de quitar seu débito, não mais sendo intimado para a efetivação do pagamento ou da nomeação de bens à penhora.

O magistrado, ao reconhecer judicialmente o débito de alguém perante outrem, está, ao mesmo tempo e implicitamente, a ordenar a entrega da importância referida no julgamento. A sentença passou a se constituir em um mandamento, e não mais uma mera declaração de dívida. Neste sentido, as palavras de Cássio Scarpinella Bueno:⁵ “não me parece despropositado, muito pelo contrário, que se entenda que há uma *ordem* contida, embutida mesmo, no *reconhecimento* (declaração) judicial de que alguém deve alguma prestação a outrem. [...] é mais do que hora que entendamos, todos, que o juiz *manda* quando decide; não *pede*, nem *faculta* nada” (grifos do autor).

Antes, o procedimento para adimplemento voluntário da dívida pelo devedor se perfazia conforme o disposto no art. 570 do CPC. Hoje, com a Lei nº 11.232/05, este pagamento foi bastante simplificado. Incumbe – e basta – a ele oferecer a quantia ao credor, sem a necessidade de intermediários, e a este emitir a quitação, a qual será colacionada aos autos. Se preferir, pode depositar em juízo o valor do débito, e, assim, o juiz extinguirá a dívida. Dito de outro modo e de forma mais minuciosa relativamente ao procedimento, tem-se a seguinte exposição:

não se cuida no novo art. 475-J da formalização necessária da prova de pagamento ao credor, de modo que seja empecilho ao prosseguimento do processo na fase executória. O meio mais eficaz será, naturalmente, o depósito pelo devedor, mas se o credor o recusar, não ficará impedido de requerer a execução, fundamentadamente, pelo restante, com a possibilidade de levantamento da parte depositada. O juiz, neste caso, poderá antecipar o julgamento e julgar

5 SCARPINELLA BUENO, Cássio. *A nova etapa da reforma do código de processo civil*, vol. I. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 72-73.

extinto o processo, reconhecendo a validade do pagamento. Porém, na dúvida, defere a execução pelo restante, determina a penhora e oferece oportunidade para impugnação, após o que, com ela ou sem ela, decide. Se a diferença, contudo, for pequena, o juiz, atendendo ao princípio da razoabilidade, poderá, certamente, dispensar a penhora e julgar conforme lhe parecer de direito. O pagamento direto ao credor impede a execução, mas a prova deverá vir aos autos, inclusive para a extinção do processo. Neste caso, sendo de acatar-se a informação precisa do credor, o que ocorrerá com mais frequência é que o devedor, pagando diretamente ao credor, colherá recibo circunstanciado e o juntará aos autos. Se não o fizer, corre o risco de se sujeitar à execução, com penhora necessária, para poder defender-se, impugnando com base no art. 475-L, VI.⁶

3.1 INCIDÊNCIA DA MULTA

O simples fato de o art. 475-J estipular a multa de 10% (dez por cento) para o caso de descumprimento da decisão judicial transitada em julgado, no prazo de 15 dias, estimulará os devedores à realização das obrigações de maneira voluntária.

Em outras palavras, ou o demandado paga no interregno acima aludido ou será compelido a solver o valor devido com adendo de 10% (dez por cento). Por outro lado, pode ocorrer de o inadimplente não dispor de qualquer condição para quitação do débito ou de não ser razoável esta exigência no tempo supra-referido, quando será inaplicável a multa, por absoluta inexigibilidade de cumprimento da sentença.

É conveniente rememorarmos que se trata de raciocínio análogo ao infligido para a execução de prestação alimentícia, onde o executado pode rechaçar a prisão civil ante a impossibilidade de efetuar o pagamento, consoante o art. 733 do CPC.

Entretanto, este caso específico de uso de medida coercitiva era exceção no ordenamento jurídico nacional. Com o advento do art. 475-J, o emprego da coerção se generalizou nas hipóteses de pagamento por quantia certa.

Após os 15 (quinze) dias, a multa sobrevém de imediato, independentemente de qualquer manifestação das partes ou do

6 FIDÉLIS DOS SANTOS, Ernane. *As reformas de 2005 e 2006 do código de processo civil*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 56-57.

magistrado. Destarte, será incluída na planilha constante do requerimento executivo.

A norma do art. 475-J do CPC impõe, de modo taxativo, a incidência da multa no caso de descumprimento da condenação, não podendo o juiz optar entre esta ou outra medida coercitiva. Incide, no caso, o *princípio da tipicidade das medidas executivas*, segundo o qual é a norma jurídica, e não o juiz, que estabelece *quais* as medidas executivas que devem incidir no caso, bem como o *modo* de atuação de tais medidas. [...] Aqui, as coisas se passam de modo diverso do que ocorre no caso do art. 461, §§ 5º e 6º, em que o juiz pode impor a multa *ex officio*, em periodicidade e valor a serem por ele arbitrados, valor este que poderá ser alterado, se se entender que a multa é insuficiente ou excessiva. Neste caso, opera o princípio da *atipicidade* das medidas executivas.⁷ (grifos do autor).

Nada impede a redução de sua importância mediante ajuste entre as partes, por se tratar de direito disponível.

O favorecido pela multa de 10% sobre a importância da condenação deverá ser o credor, enquanto o responsável pelo pagamento será a pessoa, física ou jurídica, considerada devedora pelo título executivo.

Sem sombra de dúvidas, esta mudança – inédita, nos termos em que instituída, no sistema brasileiro – acarretará uma substancial quantidade de pagamentos concretizados por devedores reacios da obrigação de adimplir suas dívidas com o acréscimo da referida multa legal (de dez por cento). Só o tempo dirá o grau de eficiência da recente norma no mundo dos fatos.

Com o mesmo pensamento relativo ao considerável aumento do número de quitações voluntárias em decorrência da nova regra legal, mas com entendimento antagônico ao adotado pelo art. 475-J no tocante à maneira ideal de incentivar o devedor a tanto, temos a lição de Araken de Assis:⁸ “O objetivo da multa pecuniária consiste em tornar vantajoso o cumprimento espontâneo e, na contrapartida, onerosa a execução para o devedor recalcitrante. Só o tempo ministrará subsídios que permitam avaliar o êxito da providência. À primeira

7 WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil 2**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 144-145.

8 ARAKEN DE ASSIS. **Cumprimento da sentença**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 213.

vista, pareceria mais conveniente conceder um incentivo econômico ao devedor, como sucede na ação monitoria”.

Do mesmo modo, entende Alexandre Freitas Câmara⁹ de forma discordante do legislador da presente reforma em relação ao melhor caminho a ser utilizado para impelir o inadimplente a acatar o comando judicial no prazo de 15 dias, nos seguintes termos:

Mais uma vez foi tímido o legislador. Essa multa de dez por cento só fará sofrer a classe média e a pequena empresa. Para os mais necessitados economicamente, que já cumpririam suas obrigações com muita dificuldade, um aumento de dez por cento sobre o valor do débito dificilmente assustará (afinal, quem já não tem como pagar o principal, certamente não terá como pagar o valor acrescido da multa). No extremo oposto, os economicamente poderosos certamente são capazes de pagar o que devem, e o fato de se submeterem a uma multa de dez por cento não os inibirá na sua busca por procrastinar a satisfação do crédito. Para uma pessoa de classe média, porém, ou para uma pequena empresa, esses dez por cento podem fazer muita diferença. A meu juízo, deveria o legislador ter previsto, aqui, a fixação de *astreintes*, com a multa diária atuando como mecanismo coercitivo sobre o devedor. Mais uma vez, porém, é preciso curvar-se à opção do legislador, ainda que com ela não se concorde.

Não custa lembrar: no caso da ação monitoria, se o réu cumprir o mandado de pagamento ou de entrega de coisa no prazo de 15 (quinze) dias estipulado pelo art. 1.102-B, ficará isento de custas processuais e honorários advocatícios, conforme disposto no art. 1.102-C, § 1º.

Louvamos a iniciativa do legislador de 1995 quanto à instituição deste dispositivo no Código de Processo Civil Brasileiro, o que, aliás, trouxe comprovados benefícios à celeridade, à eficácia e à justiça.

No entanto, discordamos dos apurados posicionamentos acima expostos pelos refinados mestres quanto ao mecanismo mais eficaz de encorajar o obrigado ao pagamento da quantia por ele devida. Entendemos que o melhor meio de estimulá-lo ao adimplemento se dá mediante a majoração de seu débito, consoante implantado pelas recentes modificações legais decorrentes da Lei nº 11.232/2005, concernentes

9 FREITAS CÂMARA, Alexandre. **A nova execução de sentença**. 3 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 116-117.

ao cumprimento da sentença, e não por intermédio da economia de despesas, opção da Lei nº 9.079/1995, referente à ação monitória.

Ressalte-se o fato de o *caput* do art. 475-J mencionar a incidência da multa sobre o montante da **condenação** e não sobre o *quantum* da **obrigação**. Logo, acreditamos que a jurisprudência deverá – com toda a razão – se firmar no sentido de a multa recair sobre todo o valor a ser pago pelo devedor (obrigação, correção monetária, custas etc.).

O cômputo da quantia devida será realizado pelo credor, no requerimento consignado na norma acima, em consonância com o art. 614, II, do CPC.

3.2 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Questão interessante é a respeitante à possibilidade de incidência de honorários advocatícios na fase de cumprimento da sentença, os quais seriam agregados àqueles determinados na condenação. Cuida-se de mais um assunto a ensejar o aguardado posicionamento dos tribunais pátrios.

Em sede doutrinária, o eminente jurista Humberto Theodoro Júnior¹⁰ defende a sua inadmissibilidade, basicamente por não mais existir um processo autônomo de execução e pelo fato de a atual impugnação ser julgada por decisão interlocutória, não adequada à aplicação da sucumbência prevista no art. 20 do CPC, nos termos abaixo:

As despesas processuais do cumprimento da sentença, naturalmente, correm por conta do executado, como consectário do inadimplemento. Não há, porém, como imputar-lhe nova verba advocatícia, uma vez que não há mais uma ação distinta para executar a sentença. Tudo se passa sumariamente como simples fase do próprio procedimento condenatório. E, sendo mero estágio do processo já existente, não se lhe aplica a sanção do art. 20, mesmo quando se verifique o incidente da impugnação (art. 475-L). Sujeita-se este a mera decisão interlocutória (art. 475-M, § 3º), situação a que não se amolda a regra sucumbencial do art. 20, cuja aplicação sempre pressupõe sentença. [...] No sistema, porém, do título judicial, o cumprimento (execução) da condenação não mais se faz por ação, mas por simples incidente do

10 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As novas reformas do código de processo civil*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 139-140.

próprio processo em que a sentença foi prolatada. Não há mais duas ações para justificar duas imposições de verba advocatícia.

No mesmo sentido, o pensamento de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery:¹¹ “somente em ação judicial são devidos honorários de advogado. Estão aqui compreendidas a ação principal (de conhecimento, de execução, cautelar, mandamental) e as ações secundárias, como por exemplo a denúncia da lide, o chamamento ao processo, a oposição, os embargos do devedor, os embargos de terceiro, a reconvenção, a ação declaratória incidental etc”.

Contudo, *data venia*, em nossa opinião a concepção acima não pode prosperar. Deve ser consolidado o entendimento segundo o qual são cabíveis os honorários advocatícios na mencionada fase procedimental, desde que se refiram aos atos executivos iniciados após o escoamento do prazo de quinze dias fixado para pagamento voluntário pelo devedor, e este não o tenha efetuado.

Não impressiona o argumento de que o art. 20, § 4º, do CPC não poderia incidir na hipótese por não se ter aí um processo executivo autônomo, mas mera continuação do mesmo processo em que se proferiu a sentença. A idéia de que havendo um só processo só pode haver uma fixação de verba honorária foi construída em uma época em que o Código de Processo Civil albergava o modelo liebmaniano da separação entre o processo de conhecimento e o processo executivo, e não pode simplesmente ser transplantada para os dias atuais como se nada tivesse mudado no CPC.¹²

Com efeito, pensamos que a mera transmutação da natureza da execução – de processo autônomo para uma simples etapa do processo de conhecimento – não deve ter o condão de alterar a disciplina respeitante à sucumbência.

De início, porque a opinião anteriormente exposta por Humberto Theodoro Júnior esbarra na exegese literal do art. 20, § 4º, e na interpretação teleológica do art. 475-J, *caput*, ambos do CPC.

11 NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 433.

12 FREITAS CÂMARA. *op. cit.*, p. 123.

A literalidade do primeiro dispositivo acima autoriza a estipulação de verba advocatícia “nas execuções”, de modo genérico, e não “nos processos de execução”, de maneira específica.

Em outras palavras, não há a exigência de um processo autônomo executivo para efeito de ser permitida a aludida fixação, e o novo art. 475-I dispõe que o cumprimento de sentença se fará “por execução, nos termos dos demais artigos deste Capítulo”, não deixando qualquer dúvida quanto ao fato de a nova fase do processo de conhecimento se tratar de uma execução.

Já a previsão da multa de 10% (dez por cento) sobre o montante da condenação, no art. 475-J, tem o escopo de estimular os devedores ao pagamento voluntário do valor da obrigação dentro do prazo de 15 dias, em caráter flagrantemente coercitivo.

Lado outro, se for adotada a corrente segundo a qual não são cabíveis os honorários na fase de cumprimento da sentença, restará reflexamente prejudicada a referida natureza coercitiva da mencionada multa, tendo em vista que o legislador, conquanto a tenha criado, haverá suprimido a verba honorária, normalmente determinada em semelhante percentual. Por conseguinte, caracterizar-se-á ofensa à finalidade do supracitado preceito legal.

É omissa a disciplina do “cumprimento da sentença” acerca do cabimento dos honorários advocatícios. No entanto, *harmoniza-se com o espírito da reforma, e, principalmente, com a onerosidade superveniente do processo para o condenado que não solve a dívida no prazo de espera de quinze dias* – razão pela qual suportará, a título de pena, a multa de 10% (art. 475-J, *caput*) –, a fixação de honorários em favor do exeqüente, senão no ato que deferir a execução, no mínimo na oportunidade do levantamento do dinheiro penhorado ou do produto da alienação dos bens. [...] E continua em vigor o art. 710: retornam as sobras ao executado somente após a satisfação do principal, dos juros, da correção, das despesas processuais e *dos honorários advocatícios*. Do contrário, embora seja prematuro apontar o beneficiado com a reforma, já se poderia localizar o notório perdedor: o advogado do exeqüente, às voltas com difícil processo e incidentes, a exemplo da impugnação do art. 475-L, sem a devida contraprestação¹³ (grifo nosso).

13 ARAKEN DE ASSIS.. op. cit., p. 264.

Demais disso, a não estipulação da remuneração em exame na fase de concretização do direito constituir-se-ia em um desrespeito ao princípio da isonomia, consagrado como cláusula pétrea no art. 5º, *caput*, da CF, porquanto seria dispensado tratamento igual a advogados inseridos em situações jurídicas distintas.

Imagine-se que dois credores (A e B) de um mesmo devedor (C) demandam, em um mesmo dia, a condenação deste a pagar dívidas de iguais valores (por exemplo, cem reais). Imagine-se, agora, que C é condenado, por sentenças proferidas no mesmo dia, a pagar cem reais (acrescidos de dez por cento de honorários) a cada um de seus credores. Intimado pessoalmente a cumprir tais sentenças, C paga os cento e dez que deve em função da condenação proferida no processo instaurado por demanda de A e nada paga em razão da condenação prolatada no processo iniciado por demanda de B. O advogado deste último, então, terá de atuar em um novo módulo processual, o executivo. Ora, a se considerar que neste módulo processual não há fixação de nova verba honorária, ter-se-á de admitir que os dois advogados recebam remunerações idênticas embora tenham atuado de forma diferente (já que um atuou em dois módulos processuais e outro em só um).¹⁴

Para fins de registro, a junção de multa com verba advocatícia não constitui novidade no sistema processual civil brasileiro, conforme se observa pelo preconizado na Súmula nº 616 do STF: “É permitida a cumulação da multa contratual com os honorários de advogado, após o advento do Código de Processo Civil vigente”.

Por todo o exposto, conforme nos parece, devem ser estabelecidos honorários em toda execução, seja mediante processo autônomo (títulos extrajudiciais), seja por intermédio da etapa de cumprimento da sentença (títulos judiciais), com fulcro no art. 20, § 4º, do CPC.

Assim, na hipótese de o obrigado não pagar o valor constante da condenação no já tão propalado prazo de quinze dias, será compelido à sua entrega acrescida de multa de 10% e novos honorários advocatícios.

Por fim, a título de recordação, mencionamos o teor da Súmula nº 256 do STF, igualmente aplicável à situação em exame: “É dispensável pedido expresso para condenação do réu em honorários, com fundamento nos artigos 63 ou 64 do Código de Processo Civil”.

14 FREITAS CÂMARA. op. cit., p. 124.

Atualmente, estes dois preceitos correspondem ao art. 20 do vigente diploma processual civil brasileiro.

3.3 NATUREZA JURÍDICA DA MULTA

A multa cominada no art. 475-J do CPC não pode ser considerada moratória pelo simples fato de o devedor já se encontrar em mora desde antes da propositura da demanda pelo requerente.

Também não é reparatória porque não possui o intuito de ressarcir, de reembolsar o credor pelo descumprimento do prazo de 15 (quinze) dias por parte do requerido. O demandante não tem qualquer prejuízo pecuniário além daqueles inerentes à delonga e já incorporados na condenação final, a título de atualização monetária, por exemplo.

A dúvida se limita a enquadrá-la como sancionatória ou coercitiva. Para alguns, a multa é uma sanção. Entretanto, imaginamos que este pensamento não deve se tornar majoritário, porquanto o objetivo do legislador de 2005 não foi a punição do inadimplente, mas a consagração, no texto da lei, de um instrumento apto a coagir, a compelir o demandado ao cumprimento do comando judicial externado na sentença transitada em julgado, com a finalidade de encurtar a concretização da obrigação por quantia certa.

Pelo exposto, perfilhamos o entendimento segundo o qual a multa prevista no art. 475-J do Código de Processo Civil possui cristalina natureza coercitiva.

Portanto, e conforme muito bem lembrado por Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina¹⁵, a multa do art. 475-J pode ser perfeitamente cumulada àquela do art. 14, V e parágrafo único, do mesmo diploma processual.

3.4 TERMO INICIAL DO PRAZO DE 15 DIAS

As normas instituídas pela Lei nº 11.232/05 não prevêm o instante a partir do qual o lapso temporal de 15 (quinze) dias terá início. Somente com o tempo se saberá a solução a ser adotada pela jurisprudência. Atualmente, existem três correntes difundidas doutrinariamente.

15 WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil 2**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 145.

A *primeira teoria* defende a abertura automática do prazo, a partir do começo da produção de eficácia, o que ocorre quando há o trânsito em julgado da sentença, quando se dá o recebimento de recurso sem efeito suspensivo contra a decisão definitiva (hipótese onde não é possível a exigência da multa) ou quando ocorre, na liquidação, a fixação da quantia a ser paga. A ela se filiam nomes como Araken de Assis, Athos Gusmão Carneiro, Humberto Theodoro Júnior e Ernane Fidélis dos Santos.

Neste sentido, Araken de Assis¹⁶ expõe seus fundamentos: “O prazo flui da data em que a condenação se tornar exigível. É o que se extrai da locução ‘condenado ao pagamento de quantia certa, ou já fixada em liquidação’”. A esta corrente aderiu, em recente julgado, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

A execução de sentença será definitiva quando não houver qualquer recurso em face dela interposto e provisória quando existir recurso recebido no efeito meramente devolutivo.

O segundo entendimento sustenta a inauguração do prazo em um momento posterior, começando a fluir a partir da intimação do advogado do suplicado. Mencionem-se como membros desta corrente Cássio Scarpinella Bueno, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, Carreira Alvim e Luciana Gontijo Carreira Alvim Cabral.

Para ela, não se pode aplicar a teoria anterior porque a determinação do instante a partir do qual a decisão se torna eficaz seria objeto de controvérsias em cada caso prático, provocando polêmicas suscetíveis de decisões díspares em juízos distintos, com inúmeros recursos eternamente interpostos nos casos concretos. Em outras palavras:

Como a **fluência de prazos não pode depender de dados subjetivos**, parece-me, com os olhos bem voltados para o dia-a-dia forense, que este prazo correrá do “cumpra-se o v. acórdão”, despacho bastante usual que, em geral, é proferido quando os autos do processo voltam do Tribunal [...]. Não há espaço, por isto mesmo, para que as partes se manifestem sobre o “*cumprimento* do v. acórdão”, como, em geral, observa-se na prática. [...] A decisão, tal qual proferida, já reúne, suficientemente, *força* (independentemente do nome que se dê a esta *força* ou a esta *eficácia*) para ser acatada e, por isto mesmo, cumprida

16 ARAKEN DE ASSIS. *Cumprimento da sentença*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 212.

independentemente da prática de qualquer outro ato, de qualquer outro comportamento do juízo ou de qualquer uma das partes. Assim, intimadas as partes, **por intermédio de seus advogados**, de que o “venerando acórdão” tem condições de ser cumprido, está formalmente aberto o prazo de 15 dias para que o “venerando acórdão” seja cumprido¹⁷ (grifo nosso).

Já a terceira opinião advoga a abertura do prazo com a intimação pessoal da parte, e não de seu procurador, para cumprimento da sentença. Com este pensamento, Alexandre Freitas Câmara, Misael Montenegro Filho e Henrique Mouta Araújo.

Em nosso sentir, essa linha de raciocínio é a que melhor se coaduna com o sistema processual civil brasileiro. Embasa-se no argumento segundo o qual o devedor sempre deve ser pessoalmente intimado quando o propósito da reportada notificação for a realização de uma conduta a ele incumbida, a exemplo do ato de cumprimento voluntário da sentença.

Ademais, prescreve o art. 240, *caput*, do CPC: “Salvo disposição em contrário, os prazos para as partes [...] contar-se-ão da intimação”. Ora, se não há qualquer determinação em sentido oposto no art. 475-J, é tecnicamente incorreta a aceitação da abertura automática do prazo de 15 dias. Portanto, a dilação tem de correr da intimação, e esta deve ser pessoal.

Outra alegação contra o início automático do prazo é a ofensa ao princípio do devido processo legal, mais especificamente à garantia constitucional do processo justo,

[...] uma vez que poderia acontecer de a multa incidir sem que a parte sequer soubesse que já se iniciara o prazo para o pagamento. Basta pensar nos casos em que o advogado não comunica à parte o momento inicial da eficácia da sentença ou, pior ainda, aqueles casos em que por alguma razão haja dificuldade em estabelecer com precisão a partir de que momento se deu o início da produção de efeitos da sentença. [...] Tal intimação deverá ser determinada pelo juiz, de ofício, a partir do momento em que a sentença tornar-se eficaz (ou por ter transitado em julgado ou por ter sido interposto – e recebido – recurso desprovido de efeito suspensivo). Atua o órgão jurisdicional aqui de ofício, por força

17 SCARPINELLA BUENO, Cássio. *A nova etapa da reforma do código de processo civil*, vol. I. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 78.

da regra do impulso oficial (art. 262 do CPC), já que a lei processual só exigiu o requerimento da parte para a expedição do mandado de penhora e avaliação (art. 475-J, *in fine*).¹⁸

Uma discussão pode surgir a respeito da hipótese na qual o valor da condenação depender de cálculo do credor (art. 475-B). Seguindo a diretriz adotada neste trabalho, o início do prazo se dá com a intimação do devedor após a decisão transitada em julgado ou apenas com a exibição dos cálculos pelo suplicante?

Neste caso, propugnamos pelo começo da contagem dos 15 (quinze) dias no momento da intimação do suplicado. Esta é a interpretação teleológica da Lei nº 11.232/05, especialmente do art. 475-J por ela implantado, porque se adequa com maior proveito aos princípios da celeridade, efetividade e economia processual, consoante esclarecimento abaixo.

Não obstante o art. 9º da Lei nº 11.232/05 ter revogado expressamente o art. 605 do CPC, que permitia ao requerido a realização de simples conta aritmética para determinação do *quantum* da condenação, ele ainda pode fazê-lo, haja vista a inexistência de qualquer dispositivo instituído pelo novo instrumento legislativo no sentido de proibir esta atividade.

Ora, no caso de este montante se encontrar vinculado à necessária efetivação de cálculo, nada impede que o próprio demandado realize esta operação aritmética, conforme explanado no parágrafo anterior, com a correspondente justificativa da quantia apurada.

Outrossim, o art. 475-J, *caput*, estabelece apenas duas circunstâncias nas quais se abrirá a contagem do intervalo de 15 dias: condenação ao pagamento de quantia certa ou à entrega de importância já fixada em liquidação.

Na hipótese em apreço, a consumação do reportado cálculo aritmético não é mais considerada uma espécie liquidatória no ordenamento jurídico brasileiro. Por conseguinte, o prazo somente poderá ser aberto após o trânsito em julgado da sentença condenatória, mais precisamente a partir da intimação do devedor para a concretização do cumprimento voluntário da obrigação.

18 FREITAS CÂMARA. op. cit., p. 115-116.

Em virtude de sua natureza processual, a contagem do interregno de 15 dias se realiza conforme determinado nas regras gerais e, em especial, no art. 184 do Código de Processo Civil. Portanto, exclui-se o dia do começo e inclui-se o do vencimento. Além disso, ele é prorrogado até o primeiro dia útil na hipótese de o término ocorrer em feriado ou em dia em que se der o fechamento do fórum ou o expediente forense se encerrar antes da hora normal. Os prazos se iniciam no primeiro dia útil após a intimação.

4 REQUERIMENTO DO CREDOR E REALIZAÇÃO DA PENHORA E DA AVALIAÇÃO

Uma grande novidade contida no *caput* do recentemente criado art. 475-J é a dispensabilidade de nova citação do devedor como condição para a abertura das atividades relativas ao cumprimento da sentença. Doravante, e apenas depois da efetivação da penhora e da avaliação, o executado será intimado somente para oferecer impugnação. A falta de oportunidade para ele nomear bens torna o começo da execução razoavelmente menos burocrático.

Após os 15 dias para adimplemento voluntário, basta – e se faz imprescindível – uma petição do credor com requerimento de penhora e avaliação dos bens do agora executado. Sem esta solicitação, não se adentrará na etapa de realização do direito, tendo em vista que o magistrado se encontra impossibilitado de perpetrar atos executivos de ofício. Assim, o procedimento expropriatório se inicia por intermédio de iniciativa da parte.

Trata-se de ocorrência do princípio dispositivo, haja vista a necessidade de requerimento do credor para a prática de condutas realizadoras do direito reconhecido na sentença, pois ele detém a disponibilidade da execução, de acordo com o disposto no art. 569 do CPC.

Dessa forma, o vencedor da demanda cognitiva pode optar pela não propositura da referida solicitação, em virtude do princípio da oportunidade. É verdade que, ordinariamente, se constata a sua escolha pelo início da execução. Entrementes, pode ocorrer de o credor tomar conhecimento da inexistência de bens em nome do vencido, hipótese na qual é bem provável que ele prefira se quedar inerte, não provocando a abertura da etapa executiva.

Especificamente no tocante à forma e ao conteúdo do mencionado requerimento do exequente, uma parcela da doutrina entende somente ser possível esta súplica na forma escrita e com o preenchimento de todos os requisitos exigidos no art. 282 para a petição inicial no rito ordinário do processo de conhecimento, fora aqueles previstos no art. 475-B c/c art. 475-R e art. 614, II. Exemplo de adepto desta teoria é Araken de Assis,¹⁹ cuja lição segue transcrita:

Em última análise, o art. 475-J, *caput*, mudou o rótulo aplicado à iniciativa do exequente, preferindo chamá-la, utilizando-se da margem de opções técnicas da legislação, de “requerimento” em lugar de “petição inicial”; porém, quanto à forma e ao conteúdo, inexistente mudança substancial. [...] Cabe ao exequente zelar, na elaboração do requerimento, quanto à forma e ao conteúdo, segundo o roteiro traçado no art. 282. Propõe-se a execução sempre através de requerimento escrito, obrigatoriamente redigido no idioma nacional (art. 156). Não há, no CPC de 1973, disposição similar ao art. 14, § 3º, da Lei nº 9.099/95, que autoriza à Secretaria reduzir a termo escrito o requerimento oral do exequente.

Uma outra linha doutrinária – majoritária e com a qual concordamos em virtude da falta de expressa exigência legal no tocante às imposições pretendidas pela corrente anterior e da impossibilidade de existência de petição inicial sem a ocorrência de uma posterior ação – defende a possibilidade de propositura do citado requerimento sem maiores formalidades, sem obediência aos pressupostos enumerados no art. 282.

Neste caso, a petição deve trazer a memória discriminada e atualizada do cálculo (art. 475-B c/c art. 475-R e art. 614, II, todos do CPC). Exemplos de seguidores desta idéia são Humberto Theodoro Júnior, Alexandre Freitas Câmara e Ernane Fidélis dos Santos. Para os dois últimos, a súplica pode ser elaborada até mesmo na forma oral, pensamento com o qual não concordamos por contrariar toda a lógica da execução e também por trazer insegurança às relações jurídicas, na medida em que, por exemplo, não haveria como o credor fazer prova no sentido de ainda não haver pleiteado a inauguração dos atos executivos.

19 ARAKEN DE ASSIS. op. cit., p. 243-244.

A seguir, o oportuno ensinamento de Humberto Theodoro Júnior:²⁰ “De maneira alguma o requerimento de expedição do mandado de penhora pode ser visto como uma petição inicial, já que, se inexistente a ação de execução de sentença, não se pode conceber uma petição inicial na espécie. Trata-se de simples petição com que se provoca o ofício do juízo, dentro de um processo que, enquanto não for cumprida a condenação, não estará findo”.

Outra notável inovação decorrente do art. 475-J é a realização da avaliação concomitantemente à penhora. Esta norma dispõe que “[...] a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação”.

Antes do advento da Lei nº 11.232/05, a avaliação se dava após a decisão final dos embargos (hoje, esta regra ainda é aplicável às execuções baseadas em títulos extrajudiciais), ocasionando uma dispensável nova parada do procedimento, prejudicial à celeridade, à efetividade e à economia processual.

Também na sistemática anterior, e em razão do teor do art. 680 do Código de Processo Civil, a avaliação deveria ser efetivada por avaliador oficial. Em caso de inexistência deste na comarca, seria realizada por perito nomeado pelo juiz. Apenas de modo extraordinário seria levada a cabo pelo oficial de justiça.

Agora, incumbe ao oficial de justiça, em regra, efetuar tanto a penhora (exceto na hipótese de ter sido emitido termo de penhora nos autos) quanto a avaliação. Qualquer divergência referente a esta passa a ser discutida na chamada impugnação.

O oficial de justiça deverá ponderar cuidadosamente o valor de mercado e amoldá-lo ao bem penhorado. O devedor poderá se contrapor no momento da impugnação. Por este motivo, ele deverá ser intimado para impugnar somente após materializada a avaliação. Já o credor poderá questioná-lo por simples petição.

A ordem de penhora e avaliação proveniente do magistrado se dá sem a ocorrência de qualquer intimação anterior do executado. A este não é mais dado o direito de nomear bens em etapa própria da

20 THEODORO JÚNIOR, Humberto. As novas reformas do código de processo civil. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 142-143.

execução, antes de eventual indicação por parte do exequente, mas isso não impossibilita sua designação ao oficial de justiça e ao juiz. Pode, até mesmo, demandar a troca em caso de lhe ser menos dispendiosa.

Esclarecedoras são as palavras de Cássio Scarpinella Bueno:²¹ “a *iniciativa* quanto à *indicação* do bem a ser penhorado, no entanto, não parte mais dele, devedor, mas do próprio juízo (por intermédio do oficial de justiça) ou do credor. [...]. O que se passa com a nova lei é que o que era *direito* seu passou a ser mera *faculdade*, que só prevalecerá na medida em que haja expressa concordância do credor” (grifos do autor).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo da presente pesquisa foi tecer comentários, principalmente, ao *caput* do art. 475-J do Código de Processo Civil, integrante da nova fase de cumprimento da sentença, introduzida no ordenamento pela Lei nº 11.232/2005.

O Código de Processo Civil Brasileiro de 1973 extirpou inúmeros desatinos do diploma anterior. No entanto, com o incremento da demanda pela jurisdição nos mais diversos foros e tribunais do país, cada vez mais a adotada divisão clássica entre processo de conhecimento e processo de execução se demonstrava nociva à celeridade e à eficiência.

Essa dicotomia feria o devido processo legal. Demais disso, causava um demorado e desnecessário intervalo entre a cognição e a execução, além de inúmeros prazos legalmente estipulados dentro desta etapa, de realização do direito, com flagrantes prejuízos para o credor e para a economia processual.

Com o advento da Lei nº 11.232/05, ocorreu a unificação dos processos de conhecimento e de execução. Agora, existe uma etapa inicial (de reconhecimento) e uma etapa ulterior (de cumprimento da sentença). As fases do processo de conhecimento passam a se constituir em seis: postulatória, ordinatória, instrutória, decisória, de liquidação e de cumprimento da sentença.

No labor em tela, já vimos que a citada lei acrescentou o Capítulo X no Título VIII do Livro I do CPC, com destaque para as

21 SCARPINELLA BUENO. op. cit., p. 90.

novidades dos arts. 475-I e 475-J. Aplicam-se somente nos casos de sentenças condenatórias referentes a obrigações por quantia certa.

O art. 475-J, essência da reforma e objeto deste artigo, também prevê a aplicação de multa de 10% (dez por cento) sobre o montante da condenação na hipótese de inadimplemento após o decurso do interregno de 15 (quinze) dias. Provavelmente, a aplicação desta multa se dará apenas depois do trânsito em julgado da decisão exequiênda. O favorecido deverá ser o credor e o responsável pelo pagamento será a pessoa física ou jurídica constante do título executivo.

Quanto aos honorários advocatícios, já nos posicionamos na análise em comento pela possibilidade de sua incidência na fase de cumprimento da sentença, basicamente devido à literalidade do art. 20, § 4º, e à finalidade do art. 475-J, *caput*, ambos do CPC, sem contar com o princípio da isonomia, que restaria afrontado se outra fosse a concepção adotada.

A natureza jurídica da multa aponta no sentido de tratá-la como coerção, porquanto a intenção do legislador da reforma de dezembro de 2005 foi estimular o executado ao cumprimento da sentença transitada em julgado, com vistas à diminuição do tempo entre a decisão definitiva e a efetivação do direito nela acolhido.

O termo inicial do prazo de 15 dias estipulado para concretização voluntária do comando judicial já citado, segundo opinião outrora aludida, deverá ocorrer após a intimação pessoal da parte.

Isto porque os prazos para as partes são contados da intimação, salvo disposição em sentido inverso, consoante o disposto no art. 240, *caput*, do CPC. Como não há qualquer determinação em contrário no art. 475-J, o prazo não pode ser aberto automaticamente.

Outro argumento contra o início automático é a ofensa ao devido processo legal, tendo em vista que seria possível o escoamento do prazo sem a ciência da parte relativa à sua inauguração.

Além do mais, o demandado sempre deve ser pessoalmente intimado quando o objetivo da mencionada comunicação for a prática de um ato a ele cabível.

Para o início dos atos executórios, não se faz mais necessária uma nova citação do devedor. Imprescindível é o requerimento do credor para a expedição do mandado de penhora e avaliação. Ressaltamos que estas, agora, são efetuadas simultaneamente, e a avaliação passa a ser realizada por oficial de justiça, exceto quando depender de conhecimentos especializados, hipótese na qual o magistrado nomeará, o mais rápido possível, avaliador para o desempenho dessa tarefa.

Como finalidades benéficas a serem alcançadas em virtude das modificações ocorridas com a implantação do art. 475-J do CPC, podemos citar a auto-executoriedade das sentenças condenatórias, o fortalecimento da posição do credor em detrimento do enfraquecimento da situação do devedor, a adequação ao modelo constitucional do processo, bem assim, o avanço da eficácia, da efetividade, da economia processual, da celeridade e da justiça, dentre outras.

Por todo o exposto neste trabalho, o art. 475-J do CPC deve ser considerado o cerne de toda a reforma empreendida pela Lei nº 11.232/2005, instituída com o propósito de contribuir para a “razoável duração do processo” e a “celeridade de sua tramitação”, ditames previstos pelo art. 5º, LXXVIII, da CF, dispositivo acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

Somente o tempo demonstrará o alcance das alterações recentemente estabelecidas, de acordo com os resultados práticos a serem observados no cotidiano dos foros e tribunais brasileiros.

6 REFERÊNCIAS:

ARAKEN DE ASSIS. **Cumprimento da sentença**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ARRUDA, Antônio Carlos Matteis de. **Liquidação de sentença (a lide de liquidação)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

FIDÉLIS DOS SANTOS, Ernane. **As reformas de 2005 e 2006 do código de processo civil**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

FREITAS CÂMARA, Alexandre. **A nova execução de sentença**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FREITAS CÂMARA, Alexandre. **Lições de direito processual civil**, vol. II. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SCARPINELLA BUENO, Cássio. **A nova etapa da reforma do código de processo civil**, vol. I. São Paulo: Saraiva, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **As novas reformas do código de processo civil**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil 2**. ed São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

7 BIBLIOGRAFIA RECOMENDADA:

BUZAID, Alfredo. **Exposição de motivos ao projeto do código de processo civil**. 1972.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, vol. III. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

GUSMÃO CARNEIRO, Athos. **Cumprimento da sentença civil**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GUSMÃO CARNEIRO, Athos. **Nova execução. Aonde vamos? Vamos melhorar**. Revista de Processo, v. 123, ano 30. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Cumprimento da sentença e outras reformas processuais**. São Paulo: Atlas, 2006.

AS CAUSAS DE VACÂNCIA DO CARGO PÚBLICO E O DIREITO DE RECONDUÇÃO DO SERVIDOR ESTÁVEL

*Paulo Álvares Babilônia, Advogado da União,
em exercício no Departamento de Assuntos Jurídicos Internos da AGU - DAJI;
Pós-graduado em Direito Processual Civil e em Direito Público.*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 As Causas de Vacância Previstas na Lei nº 8.112/90; 2.1 Comentários sobre as causas de vacância; 2.2 Causas de vacância não previstas no art. 33 da Lei nº 8.112/90; 3 Pronunciamentos da Advocacia-Geral da União - AGU, sobre o Direito de Recondução do Servidor Estável; 3.1 Da inexistência de ofensa ao Princípio Federativo; 4 Entendimentos do STJ E STF sobre o Tema; 5 Da Inexistência de Distingção Legal entre os cargos públicos pra Efeitos de Vacância por posse em cargo Público Inacumulável; 6 Da Possibilidade de o Servidor Público Adquirir Direitos Perante A Administração; 7 Conclusão; 8 Referências.

RESUMO: As causas de vacância do cargo público no âmbito da União estão previstos no art. 33, incisos I a IX, da Lei nº 8.112/90, devendo-se se somar às mesmas, as vacâncias causadas por “destituição de cargo em comissão”; “perda do cargo por sentença penal condenatória”; “perda do cargo do servidor estável”; e “anulação do ato de investidura”. A Lei nº 8.112/90 dispõe que a exoneração do cargo efetivo ocorre apenas em 2 (duas) situações (a pedido do servidor e de ofício). A exoneração a pedido, como o próprio nome indica, somente pode ocorrer a pedido do próprio servidor. Afronta o Princípio da Legalidade a Administração, sponte propria, exonerar, a pedido, o servidor, quando este pede vacância do cargo por posse em outro cargo inacumulável. A lei estatutária, ao prever a vacância de cargo público por posse em outro cargo inacumulável não restringiu esta possibilidade apenas aos cargos públicos federais, até porque se assim o fizesse estaria possibilitando a cumulação de cargos públicos federais, estaduais ou municipais, justamente o que se quer evitar. O direito de regresso do servidor da União, estável, não pode ser restrito apenas aos que tomam posse em outro cargo no âmbito da própria União, sendo totalmente irrelevante, sob o ponto de vista do interesse da norma, se o novo cargo é de regime jurídico diverso ou se encontra no âmbito de outro ente da federação; não podendo, o intérprete, restringir, para prejudicar, quando a própria lei não o faz. O direito de recondução do servidor da União não ofende, em nenhuma hipótese, o princípio da autonomia dos entes federados, já que é adquirido no âmbito da União e exercido perante ela própria.

PALAVRAS-CHAVE: Vacância. Cargo. Recondução.

1 INTRODUÇÃO

Instituto muito utilizado no dia a dia da administração pública e ao mesmo tempo ainda mal compreendido e aplicado, não só quanto à sua natureza jurídica, como também quanto aos efeitos jurídicos que suas modalidades acarretam, é o da Vacância do cargo público, entendido como sendo, em Direito Administrativo¹, “a situação do cargo que está sem ocupante”².

Temos presenciado uma grande perplexidade por parte de servidores públicos da União que, tendo sido aprovados em concursos para outros cargos públicos, solicitam vacância para posse em outro cargo inacumulável. Ocorre que a União somente vem concedendo tal espécie de vacância quando o requerente visa tomar posse em outro cargo inacumulável no âmbito da própria União e sujeito ao mesmo regime jurídico do cargo anterior. Nos demais casos – em que pese o requerimento do servidor ser o de “vacância para outro cargo inacumulável” – a União tem “exonerado, a pedido” o servidor, o que, não raras vezes, vem causando grandes descontentamentos e inúmeras ações judiciais em face da União.

Diante desse quadro, entendemos que seria necessário verificar, de forma mais crítica, os motivos dessa forma de agir da Administração Federal. Buscaremos, assim, através deste trabalho, identificar as causas de vacância, previstas na lei regedora da matéria – com especial enfoque na causa de vacância por posse em outro cargo inacumulável –, bem como os seus efeitos jurídicos, como forma de se propiciar uma maior elucidação do tema e, quem sabe, contribuir para uma melhor atuação dos entes públicos nos casos relacionados à matéria.

1 No Direito Sucessório, também se fala em vacância dos bens jacentes, quando não reclamados pelos herdeiros no prazo legal.

2 MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 266.

2 AS CAUSAS DE VACÂNCIA PREVISTAS NA LEI Nº 8.112/90

As causas de vacância do cargo público encontram-se previstas, em sua maioria, nos arts. 33 e segs. da Lei nº 8.112/90, nos seguintes termos:

Art. 33. A vacância do cargo público decorrerá de:

- I – exoneração;
- II – demissão;
- III – promoção;
- IV – (Revogado pela Lei 9.527/1997)³;
- V - Revogado pela Lei 9.527/1997)⁴;
- VI - readaptação;
- VII - aposentadoria;
- VIII - posse em outro cargo inacumulável;
- IX - falecimento.

Art. 34. A exoneração de cargo efetivo dar-se-á a pedido do servidor, ou de ofício.

Parágrafo único. A exoneração de ofício dar-se-á:

- I - quando não satisfeitas as condições do estágio probatório;
- II - quando, tendo tomado posse, o servidor não entrar em exercício no prazo estabelecido.

Art. 35. A exoneração do cargo em comissão e a dispensa de função de confiança dar-se-á:

- I - a juízo da autoridade competente;
- II – a pedido do próprio servidor.

Parágrafo único. (Revogado pela Lei 9.527/1997).

3 Trata-se, tal inciso, da "Ascensão", forma de provimento derivado vertical, muito comum, antes da CF/88. Consubstanciava-se em acesso a nova carreira (de nível inferior para outra de nível superior), sem concurso ou por meio de concurso interno. A ADIn nº 837-4/DF julgou inconstitucional, dentre outros, o Inciso IV do art. 33 da Lei nº 8.112/90.

4 Neste inciso, a causa de vacância prevista era a "transferência", forma de provimento derivado horizontal. No julgamento da ADIn nº 231-RJ, o STF deixou expresso que o provimento de cargo público mediante "transferência", que também se encontrava previsto no art. 8º, IV, e art. 23, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.112/90 é ofensivo ao Princípio do Concurso Público, já que se caracteriza como sendo a passagem do servidor estável de cargo efetivo para outro de mesmo nível e do mesmo Poder.

2.1 COMENTÁRIOS SOBRE AS CAUSAS DE VACÂNCIA

A primeira causa de vacância prevista na lei é a exoneração e, seguindo-se a boa técnica legislativa de não se adentrar no terreno pantanoso das conceituações, deixando tal tarefa à doutrina, a exoneração não foi conceituada, restringindo-se, a lei, a determinar os casos em que a mesma ocorrerá.

A lei prevê que poderá ocorrer exoneração nas 2 (duas) espécies de cargos públicos:

- a) de cargo efetivo (art. 34) e,
- b) de cargo em comissão (art. 35). Para as funções de confiança – que não são cargos – haveria mera dispensa (art. 35, segunda parte).

Assim, nos termos do art. 34 da lei estatutária, temos que a exoneração do cargo efetivo dar-se-á:

- a) “a pedido do servidor”, ou,
- b) “de ofício”.

Já o parágrafo único do art. 34 prevê os casos de exoneração de ofício, a saber:

- a) “quando não satisfeitas as condições do estágio probatório”; e
- b) “quando, tendo tomado posse, o servidor não entrar em exercício no prazo estabelecido”. Estes são, pois, os dois únicos casos de exoneração de ofício previstos na lei estatutária. E, fora desses dois casos de exoneração de ofício, temos apenas mais um caso de exoneração de cargo efetivo, que é a exoneração a pedido.

Quanto à exoneração de cargo em comissão, também chamados de “cargos de confiança”, a mesma pode ocorrer em duas hipóteses (art. 35):

- a) a juízo da autoridade competente, daí porque serem classificados como cargos de exoneração “*ad nuntum*”; e,
- b) a pedido do próprio servidor.

Vale lembrar que não há que se confundir os institutos da “exoneração” com os da “demissão” (pena expulsória aplicada ao servidor ocupante de cargo efetivo que comete ilícito administrativo) e da “destituição de cargo em comissão” (pena expulsória aplicada ao ocupante de cargo em comissão que comete ilícito administrativo), previstas nos incisos III e V do art. 127 da Lei 8.112/90, por terem, estes últimos, notória natureza punitiva ao contrário daquela. A semelhança entre “exoneração” e “demissão” é a de que ambas são causas de vacância do cargo público.

De outra parte, a relação que se faz entre “demissão” e “destituição de cargo em comissão” é a de que ambas são espécies de penas disciplinares, aplicadas após o devido processo administrativo disciplinar; mas enquanto a primeira se aplica aos detentores de cargos efetivos, a última se aplica aos ocupantes de cargos em comissão. Nesta espécie de vacância do cargo, o servidor rompe o vínculo jurídico-funcional com a Administração.

A promoção, causa mais corriqueira de vacância⁵, é espécie de provimento derivado, já que pressupõe existência de vínculo anterior com a Administração, e significa a progressão vertical na carreira, “*pela qual se passa de um cargo de classe inferior para um cargo de classe superior, da mesma natureza de trabalho*”⁶. Maria Sylvia Zanella Di Pietro observa que a “*Promoção é, ao mesmo tempo, ato de provimento no cargo superior e vacância no cargo inferior*”⁷.

A readaptação, causa de vacância prevista no inciso VI do art. 33, é a “*investidura do servidor em cargo de atribuições e responsabilidades compatíveis com a limitação que tenha sofrido em sua capacidade física ou mental verificada em inspeção médica*”, devendo ser efetivada em cargo de atribuições afins, respeitada a habilitação exigida, nível de escolaridade e equivalência de vencimentos e, na hipótese de inexistência de cargo vago, o servidor exercerá suas atribuições como excedente, até a ocorrência de vaga; notando-se, ainda, que, caso julgado incapaz para o serviço público, o readaptando será aposentado, conforme disciplinado pelo art. 24 e seus §§ 1º e 2º. A Readaptação é causa de vacância, uma vez que, neste caso, o servidor por passar a sofrer limitações de ordem física ou mental não pode continuar exercendo as atribuições do cargo que vinha ocupando, devendo ocupar outro cargo, com atribuições

5 Isto porque um mesmo servidor pode ter, durante sua vida funcional, várias promoções.

6 MEDAUAR, op. cit, p. 267.

7 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 585.

compatíveis com o seu novo estado físico ou mental. Note-se que, nesta modalidade de vacância, o servidor não se desvincula da Administração, passando a ocupar, apenas, outro cargo.

A aposentadoria, que figura entre as causas mais comuns de vacância, prevista no inciso VII do art. 33, é, no dizer de Hely Lopes Meirelles⁸, “a garantia de inatividade remunerada reconhecida aos servidores que já prestaram longos anos de serviço, ou se tornaram incapacitados para suas funções”.

Para Marçal Justen Filho⁹, “a aposentadoria é o ato estatal unilateral e complexo que investe o ocupante de cargo público de provimento efetivo na condição de inativo, assegurando-lhe a percepção vitalícia de proventos em valor determinado e produzindo a vacância do cargo público.

A seguir, temos a posse em outro cargo inacumulável (inciso VIII do art. 33). Marçal Justen Filho¹⁰, ao tratar das causas de vacância¹¹, pondera que a Lei nº 8.112/90 teria incorrido em equívoco ao qualificar a posse em outro cargo inacumulável como hipótese de vacância, sob o argumento de que, por si só, a ausência de possibilidade de acumulação de cargos conduz à impossibilidade de posse em outro cargo. Assim, no entendimento do abalizado administrativista, o servidor, antes de ocupar o novo cargo, deveria pedir exoneração a pedido; sendo inócua, portanto, a previsão de tal hipótese de vacância.

Já para Aloísio Zimmer Júnior¹², “a posse em outro cargo inacumulável é forma de vacância aplicada, por exemplo, nas ocasiões em que o servidor público estável, aprovado em novo concurso público, igualmente sob as regras da Lei nº 8.112/90, desejar preservar a possibilidade da recondução. [...] A exoneração rompe, em definitivo, o vínculo anterior, porém a declaração de posse em outro cargo inacumulável viabiliza a sua posterior recondução. [...]”

8 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 21. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1996. p. 391.

9 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 654-658.

10 *Ibid.*, p. 658.

11 Para Marçal Justen Filho (obra citada, p. 655), as causas de vacância se classificam em 2(dois) grupos: 1) vacância por extinção do vínculo (exoneração, perda do cargo estável, demissão, anulação do ato de investidura, falecimento); e, 2) vacância por modificação do vínculo (promoção, readaptação e aposentadoria).

12 ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. **Curso de Direito Administrativo**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 281.

Por fim, como última causa de vacância prevista no rol do art. 33 da Lei nº 8.112/90, encontra-se o falecimento do servidor em atividade (inciso IX). Tal causa, por óbvio, não suscita maiores dúvidas quanto a se tratar de causa de vacância do cargo público, observando-se que, quando ocorre com o servidor já aposentado, não há que se falar em vacância, uma vez que esta já ocorrera quando da concessão da aposentadoria.

2.2 CAUSAS DE VACÂNCIA NÃO PREVISTAS NO ART. 33 DA LEI Nº 8.112/90

Creemos que por mero esquecimento, o art. 33 da Lei 8.112/90 não previu a destituição de cargo em comissão como sendo, também, uma das causas de vacância do cargo público (no caso, cargo em comissão), já que o Capítulo II (Da vacância) trata não somente dos cargos efetivos, como, também, dos cargos em comissão.

*Alex Muniz Barreto*¹³ também cita como causa de vacância, não prevista no art. 33 da lei estatutária, a perda do cargo por sentença penal condenatória, que se caracteriza como o efeito decorrente da condenação criminal, nas situações do art. 92, I, do Código Penal.

Também *Marçal Justen Filho*¹⁴ aponta outras 2 (duas) causas não previstas no rol do art. 33 da lei sob comento, quais sejam, a *perda do cargo do servidor estável* e a *anulação de ato de investidura*.

A *perda do cargo do servidor estável* é hipótese assemelhada à exoneração, autorizada pelo art. 169, § 4º da Constituição Federal e é utilizada, apenas, como instrumento de redução de despesas totais com pessoal, respeitando-se o princípio da impessoalidade e proporcionalidade. Pressupõe a edição de normas gerais, destinadas a assegurar o tratamento isonômico¹⁵. É, ainda, medida de caráter excepcional, na medida em que a administração deve demonstrar que nenhuma outra providência poderia produzir o fim buscado.

Quanto à *anulação do ato de investidura*, esta ocorre quando se verifica que o ato de investidura do servidor padece de defeito insuperável; devendo, assim, ser anulado o ato, respeitando-se o devido processo legal.

13 BARRETO, Alex Muniz. **Direito Administrativo Positivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 210.

14 JUSTEN FILHO, op. cit., p. 656.

15 A Lei nº 9.801/99 disciplinou a matéria no âmbito federal.

3 PRONUNCIAMENTOS DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO – AGU SOBRE O DIREITO DE RECONDUÇÃO DO SERVIDOR ESTÁVEL

Sobre o tema, merecem comentários alguns pronunciamentos da Advocacia-Geral da União – AGU, uma vez que orientam a atuação de toda a Administração Pública Federal em relação aos casos da espécie.

Conforme já assentado, a AGU vem concedendo “exonerações, a pedido”, quando o servidor solicita “vacância para posse em outro cargo inacumulável”. O entendimento da AGU é de que somente caberia “vacância para posse em outro cargo público inacumulável” na hipótese em que esse “outro cargo inacumulável” pertence à própria União e sujeito ao mesmo regime jurídico da Lei nº 8.112/90.

O entendimento acima sobre a matéria – do qual discordamos – *data venia*, encontra-se sustentado na Nota Nº AGU/MC-11/2004, cujos trechos transcrevemos abaixo:

A posse em outro cargo inacumulável, de qualquer dos Poderes da União, sem romper o vínculo provoca a vacância, mas, porque no mesmo âmbito funcional, não impede (em caso de insucesso no estágio) a eventual recondução ao cargo anterior (art. 20, § 2º e art. 29, II L. 8.112/90) e por isto dispensa a exoneração. Já na hipótese de posse em cargo inacumulável de outra entidade de direito público interno ou da sua Administração Indireta, se inacumulável, determina a vacância daquele mas não resguarda os eventuais efeitos de recondução anterior porquanto a vinculação entre o servidor e a Administração, neste caso, estabeleceu-se com *pessoa distinta, não se podendo, então, compelir pessoa diversa por ato de outra, pena de infração à autonomia constitucional ou legal*. Daí a necessidade formal da exoneração e, então, a justificação lógica dela (art. 20, § 2º Lei 8.112). (grifo nosso).

Para esse efeito, portanto, o vínculo com a Administração esgota-se nos limites da autonomia da pessoa jurídica à qual o servidor presta sua colaboração, tanto quanto os direitos daí decorrentes que a lei não tenha expressamente ressalvado.

Mais adiante, a referida Nota aborda, em especial, a possibilidade de retorno do servidor na hipótese de passagem para outro cargo regido

por regime jurídico diverso do anterior, mas no âmbito da própria União Federal, quando defende que:

Respondendo às eventuais dúvidas, parece certo afirmar que [...] c) a posse em cargo inacumulável no mesmo ou outro Poder da União, da mesma ou pessoa diversa, *com regime especial ou estatuto próprio*, acarreta a vacância do cargo anterior, *com ruptura do vínculo* e instituição de outro novo vínculo, e com as vantagens, direitos e prerrogativas da legislação especial própria, *sem possibilidade de recondução*, hipótese em que *é sempre necessária a exoneração* do cargo anterior *a pedido* do servidor (é o caso da magistratura e do MP cujo regime funcional é próprio).” (grifo do autor).

Nesse sentido, do ponto de vista prático, servidor da União que vai exercer cargo inacumulável de *natureza ou regime especial*, com estatuto próprio, ou que se desliga do serviço da União, ressalvadas as expressas exceções legais (cargo comissionado, cargo eleitoral, promoção), *terá de exonerar-se* sem prejuízo da posse importar na vacância do anterior. (grifo nosso).

A referida Nota procura buscar respaldo no r. Parecer AGU/WM-1/2000, que examinou pedido de restabelecimento de incorporação de quintos adquiridos por servidor quando ocupou cargo no âmbito da União. Entendeu, tal parecer, que:

a investidura de titular de cargo de Estado-membro, do Distrito Federal ou de Município em cargo federal inacumulável não restabelece direitos que tenham sido adquiridos em decorrência de cargo anteriormente exercido na União e extintos com a desvinculação. O tempo de contribuição ou de serviço prestado às primeiras unidades federativas é considerado para efeito de aposentadoria.

No entendimento do r. parecer acima, a posse de servidor da União em outro cargo inacumulável, pertencente a estado-membro ou a carreira regida por regime jurídico próprio, faz romper o vínculo jurídico com a União, e com isto restariam perdidos, em definitivo, eventuais direitos adquiridos em face da mesma. Ressalta, o r. parecer, ratificando a Nota Técnica CAJ/DGA-AGU/Nº 507/99, que analisou caso semelhante, que não ocorrerá perda de direitos, se a migração ocorrer entre cargos públicos no âmbito dos Poderes da União (Executivo, Legislativo e Judiciário), por não haver, nestes casos, “quebra do vínculo jurídico

com o ente estatal União”, continuando ser regido pelo mesmo regime jurídico dos servidores públicos da União, Autarquias e Fundações Públicas Federais, ou seja, a Lei nº 8.112/90.

O caso analisado pelo d. Parecer N. AGU/WM-1/2000, no entanto, não pode servir de paradigma para o pedido de recondução, por várias razões, a saber:

- 1) tratam de pedidos de natureza jurídica distinta. Enquanto o pedido de incorporação de quintos é de natureza patrimonial¹⁶, o de recondução é de natureza não patrimonial. Tal circunstância possui relevância, haja vista que cada ente federativo possui o seu próprio orçamento e suas próprias obrigações pecuniárias;
- 2) o referido parecer sustenta que as incorporações de vantagens (tais como a incorporação de quintos) obtidas no âmbito de um ente da federação, não vinculam, nem obrigam outro ente ao reconhecimento de tais vantagens. Já o direito de recondução é adquirido no âmbito da União e deve ser reconhecido por ela própria, não havendo, na espécie, qualquer obrigação para que um ente reconheça tal direito adquirido em face de outro;
- 3) o mencionado parecer entende que a posse em outro cargo inacumulável pertencente a outro ente da federação acarreta a quebra do vínculo com a Administração Federal, fazendo extinguir direito de incorporação de quintos ocorrido em seu âmbito. Ocorre que o direito de recondução, de natureza peculiar, pressupõe, justamente, a quebra do vínculo com o cargo anterior (que poderá, inclusive, ser ocupado por outra pessoa), e, por conseqüência com a União. Tivesse a manutenção do vínculo jurídico com a União relevância para o exercício do referido direito de recondução, a lei, por certo, teria mencionado tal condição.

Deve-se frisar, sobretudo, que a conduta da AGU que “exonera, a pedido” o servidor que requer “vacância para ocupar outro cargo

16 ARAÚJO, Edmir Netto de. *In Curso de Direito Administrativo*, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 332, classifica os direitos adquiridos pelos servidores em face da Administração em 2 (dois) grupos: 1) direitos ou vantagens de ordem pecuniária; e, 2) direitos e vantagens de ordem não pecuniária.

inacumulável” ofende, frontalmente, um dos princípios basilares do Direito Administrativo pátrio, qual seja, o Princípio da Legalidade.

Isto porque os casos de vacância do cargo público - comentados no item II.1, desta peça - , estão disciplinados pela Lei nº 8.112/90; não podendo, a Administração, negar vigência aos dispositivos legais.

De sorte que, não tendo o servidor pedido a exoneração, não pode a administração, arbitrariamente, considerar que se trata de “exoneração a pedido”; não sendo, ainda, hipótese de exoneração de ofício, nos termos do art. 34, parágrafo único, da lei sob análise.

3.1 DA INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO FEDERATIVO

Ademais, ao contrário do que defendido na Nota Nº AGU/MC-11/2004, com a devida vênia, não cabe alegar ofensa ao Princípio Federativo ao se possibilitar o direito de regresso do servidor que pede vacância para ocupar cargo pertencente a outro ente federativo ou para cargo regido por outro regime jurídico, pois o fato de reconhecer um direito ao ex-servidor de recondução ao cargo somente fortalece o Princípio Federativo e a harmonia entre os entes federados e os órgãos públicos.

Observe que a natureza desta possibilidade de recondução é totalmente diferente da situação de um ex-servidor de algum ente da federação (estados, DF e municípios), que tendo adquirido algum direito no âmbito de tal unidade federativa, pleiteia que a União reconheça tal direito, após tomar posse em cargo da Administração Federal. Ora, neste caso, estar-se-ia, realmente, pretendendo que a União reconhecesse um direito devido por outro ente federativo e não por ela, e, nesta hipótese, haveria, pelo menos, em princípio, ofensa à autonomia dos entes federativos. Atenta-se que, no exemplo dado, o servidor teria adquirido o seu direito no âmbito do Estado-membro, DF ou município, e não no âmbito da União.

4 ENTENDIMENTOS DO STJ E STF SOBRE O TEMA

Cabe observar que o eg. Superior Tribunal de Justiça –STJ, em julgamento do Mandado de Segurança nº 12.107-DF¹⁷, acolheu a tese da União, no sentido de que a vacância por posse em outro cargo

17 MS nº 12.107-DF, Relator: Ministro Felix Fischer, Terceira Seção, Data do Julgamento: 22.11.2006.

inacumulável somente seria viável quando não ocorresse diversidade de regime jurídico entre os cargos.

Anota-se, todavia, que o impetrante interpôs Recurso Ordinário (RMS nº 26.644-2-DF) em face do julgamento acima para o eg. Supremo Tribunal Federal – STF, e, em que pese a referida matéria estar aguardando julgamento, o d. Ministério Público Federal, por meio de r. parecer da lavra do Exmo. Sr. Subprocurador-Geral da República *Franciso Adalberto Nóbrega*, manifestou-se pelo provimento do recurso, nos seguintes termos, *verbis*:

[...]

Para o recorrente a exoneração dá-se a pedido do servidor ou de ofício (art. 34 da Lei 8.112/90), não restando alternativa à administração que não declaração de vacância do cargo.

Há de prosperar a irresignação do recorrente, vez que o ato praticado pela autoridade coatora não se encontra respaldado pelo princípio da legalidade que deve reger todos os atos dos agentes públicos.

É que a exoneração, hipótese de desinvestidura de cargo ou emprego público, só pode ocorrer nas hipóteses traçadas no art. 34 do diploma mencionado.

Nos termos lecionados por Hely Lopes Meirelles:

Exoneração é desinvestidura:

- a) a pedido do interessado – neste caso, desde que não esteja sendo processado judicial ou administrativamente;
- b) de ofício, livremente (ad nutum), nos cargos em comissão; e
- c) motivada, nas seguintes hipóteses:
 - c.1) do servidor não estável no conceito do art. 33 e da EC 19, para os fins previstos pelo art. 169, § 4º, II, da CF;
 - c.2) durante o estágio probatório (CF, art. 41, § 4º);

c.3) do servidor estável, por insuficiência de desempenho (CF, art. 41, § 1º, III) ou para observar o limite máximo de despesa com pessoal ativo e inativo (CR, art. 169, § 4º).

Em verdade, não foi o pedido do servidor que motivou a exoneração, de modo que ela não poderia ser enquadrada na hipótese de “exoneração a pedido.”

Também não se enquadra na hipótese ad nutum, vez que não se trata de cargo em comissão e sendo efetivo no cargo, tal hipótese só teria respaldo legal se precedido de processo administrativo ou judicial:

[...]

Também não se enquadra o servidor na última hipótese de exoneração. Hely Lopes Meirelles nos ensina que, para que ocorra a exoneração do estável por iniciativa da Administração Pública, exige-se que seja motivada por insuficiência de desempenho ou para observância do limite de despesa com pessoal previsto no art. 169 da Constituição Federal.

Por fim, o art. 33 da Lei 8.112/90, prevê a ocorrência de vacância decorrente de posse em outro cargo inacumulável. E não é esse o caso dos autos?

Desta feita, não resta outra alternativa ao administrador que não a efetivação da vacância pleiteada, sob pena de se violar o princípio da legalidade.

Ante o exposto, a manifestação ministerial é pelo provimento do presente recurso ordinário. (grifo nosso).

A propósito, o eg. STF analisou caso semelhante, no julgamento do Mandado de Segurança nº 22.933-0, que tratou de pedido apresentado por Agente da Polícia Civil do Distrito Federal, que pretendia ser reconduzido ao anterior cargo na União Federal. Neste caso, a corte suprema julgou procedente o pedido do autor, concedendo a sua recondução, por entender que não haveria infringência ao Princípio da Autonomia dos entes federativos, levando-se em conta que a Polícia Civil do Distrito Federal é mantida pela União. Ressalte-se, contudo, que o STF, por entender imbricada a questão, preferiu não aprofundar a análise sobre o cabimento da recondução no caso de o cargo pertencer a outro ente da federação, que não o Distrito Federal. Foi o que deixou expresso o em. Ministro Relator Sepúlveda Pertence, *verbis*:

De incício, impressionou-me o problema da diversidade das esferas federativas, *que deixo para examinar se e quando surgir efetivamente*. Sabidamente, na matéria, sou mais radical do que o próprio advogado do impetrante: tendo a concluir que, aí, no mínimo, é ociosa a lei distrital que manda aplicar, no que toca aos policiais, a lei federal: a legislação federal se aplica à Polícia do Distrito Federal, porque se trata de serviço federal, embora de âmbito local.

5 DA INEXISTÊNCIA DE DISTINÇÃO LEGAL ENTRE CARGOS PÚBLICOS PARA EFEITOS DE VACÂNCIA POR POSSE EM CARGO INACUMULÁVEL

Frisa-se: a Lei nº 8.112/90 não faz qualquer outra exigência para que o ex-servidor possa regressar aos quadros da Administração Federal, sendo certo que se deve aplicar, na espécie, a regra de hermenêutica segundo a qual “*onde a lei não distingue não cabe ao intérprete fazê-lo*”. Até porque, se restringisse esta forma de vacância somente aos cargos da União, estaria possibilitando a cumulação de cargos federais, estaduais ou municipais, justamente o que se quer evitar.

A propósito, nessa linha de interpretação, já se manifestou a d. Consultoria-Geral da República por meio do Parecer nº SR-004, da lavra do eminente *José Saulo P. Ramos*, do qual extraem-se os seguintes trechos:

[...] Ora, as disposições legais favoráveis se interpretam favoravelmente. Não se podem estabelecer, pela exegese, restrições que a lei não consagra. Carlos Maximiliano, em *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, formula ensinamentos que vale a pena trazer à colação: *cumpra atribuir ao texto um sentido tal que resulte haver a lei regulado a espécie a favor, e não em prejuízo de quem ela evidentemente visa proteger* (op. cit. 9. ed. p. 156); [...] as circunstâncias extrínsecas revelam uma idéia fundamental mais ampla ou mais estreita e põem em realce o dever de estender ou restringir o alcance do preceito (p. 199); O legislador declara apenas um caso especial, porém a idéia básica deve ser aplicada na íntegra, em todas as hipóteses que na mesma cabem (p. 199); O texto menciona o que é mais vulgar, constante. Já afirmara Juliano: ‘Nem as leis, nem os senatu-consultos podem ser escritos de modo que compreendam todos os casos suscetíveis de ocorrer em qualquer tempo; será bastante abrangerem os que sobrevêm com frequência maior’ (p. 200); *Tanto a exegese rigorosa como a liberal se inspiram na letra e no espírito e razão da lei: tomam*

cuidado com os males que o texto se propôs evitar ou combater, e com o bem que deveria proporcionar (p. 203). E finalmente lembra o brocardo latino: *Odiosa restringenda, favorabilia amplianda. Restrinja-se o odioso; amplie-se o favorável. [...]* A lei não consagra restrições, mas garantias. É à luz desse espírito que deve ser interpretada, não cabendo o estabelecimento aleatório de supostas circunstâncias em que suas disposições não se aplicariam.

Portanto, se o servidor cumpriu os requisitos legais para se adquirir o direito à recondução, quais sejam, ser servidor estável e não ser aprovado no estágio probatório do novo cargo (ou desistir do mesmo, durante o prazo de aquisição da estabilidade), e não fazendo, a lei, qualquer distinção entre cargos públicos de entes federativos diversos ou de regimes diversos, não pode, a Administração, cercar o seu direito de regresso, impondo condições que a própria lei não impõe.

6 DA POSSIBILIDADE DE O SERVIDOR PÚBLICO ADQUIRIR DIREITOS PERANTE A ADMINISTRAÇÃO

Muito se tem discutido sobre a possibilidade de o servidor vir a adquirir direitos perante a Administração Pública. Tem-se, quanto a tal questão, que o fato de se encontrar o servidor regido por um estatuto não lhe retira, por óbvio, direitos que a própria lei o confere. *Marçal Justen Filho*¹⁸ assevera, a propósito, que, *verbis*:

A afirmativa de que o regime estatutário é incompatível com o surgimento de direito adquirido não encontra fundamento jurídico em dispositivo jurídico algum. Assim não está firmado na Constituição, e nenhuma lei poderia impor determinação dessa ordem. Afinal, o art. 5º, XXXVI, não excluiu a relação estatutária da proteção outorgada [...]. É perfeitamente possível o surgimento de direito adquirido no âmbito de relação estatutária. Tal se passará quando uma lei subordinar o reconhecimento de certo direito ao preenchimento de requisitos precisos e determinados.

Os exemplos concretos facilitam o entendimento.

Suponha-se regra legal de que será computado em dobro, para fins de aposentadoria, o tempo de trabalho efetivo em condições determinadas de insalubridade. O sujeito que preencher os requisitos legais terá direito

18 JUSTEN FILHO, op. cit., p. 631.

adquirido. Poderá computar em dobro, para efeito de aposentadoria, o tempo de trabalho insalubre. Nenhuma lei posterior poderá estabelecer em contrário. Será inconstitucional uma lei determinar que o tempo de trabalho insalubre do sujeito não será computado em dobro.

Mas isso não impede que a lei nova estabeleça que, a partir de uma data futura, cessará de existir o regime. Ou seja, a contagem em dobro do tempo de serviço prevalecerá enquanto a lei assim o dispuser. Não se afetará o passado nem os efeitos do passado. O sujeito poderá obter sua aposentadoria, mediante a contagem em dobro do tempo de serviço insalubre, mesmo depois de revogada a lei que concedia o benefício. Mais precisamente, o sujeito poderá invocar, depois de revogado o regime de contagem em dobro, o tempo de serviço prestado antes da revogação. E essa invocação poderá ocorrer a qualquer tempo, pois o direito à contagem em dobro já fora adquirido [...].

Daí a formulação tradicional, no sentido de que não é juridicamente possível adquirir direito ao regime jurídico. A natureza estatutária do vínculo significa que o Estado pode introduzir alterações, ampliando ou reduzindo a órbita de deveres e de direitos do servidor, mas tal produz efeitos quanto aos fatos verificados depois do início da vigência da lei nova. Os fatos passados estarão sujeitos ao regime jurídico então vigente e produzirão os efeitos jurídicos previstos nas leis sob cuja égide se aperfeiçoaram. [...].

Deve-se considerar que a possibilidade de retorno do servidor ao cargo anterior, no qual era estável, se deve, sobretudo, em razão de um direito individual do servidor público que adquiriu estabilidade no cargo que ocupou perante a União Federal. Não se afasta, aqui, o interesse da própria Administração de ter, de volta, o servidor, já que o mesmo já provara sua aptidão para exercer o cargo público para o qual fora aprovado em estágio probatório, mas, sem dúvida, tal possibilidade se nos apresenta muito mais como tendo sido estabelecida em benefício do próprio servidor do que propriamente da Administração. Seria, assim, uma garantia que teria o servidor da União de buscar a ocupação de melhor cargo sem o risco de perder o direito ao anterior. Não existisse tal regra, o servidor, por certo, teria relevante dúvida se se aventuraria a ocupar novo cargo, mesmo sendo de maior importância e lhe trazendo maiores benefícios ou se permaneceria no atual, para o qual já fora aprovado em estágio probatório.

Pois bem, não reconhecendo tal direito ao servidor que toma posse em outro cargo inacumulável, mesmo que este último seja regido por regime jurídico diverso ou pertencente a outro ente federativo, seria, ainda, atentar contra a *mens legis* acima identificada e, também, contra o princípio da isonomia entre os servidores da União, por não haver qualquer motivo essencial para se negar ao servidor, em tal situação, o direito de regresso. O objetivo da norma somente será alcançado, plenamente, se a mesma for aplicada em toda situação em que servidor, já estável, toma posse em outro cargo inacumulável, pertença este a qualquer esfera de poder ou ente federativo.

Portanto, se por um lado o Estado tem todo o direito de mudar as normas estatutárias – daí porque se dizer que não possui, o servidor, direito adquirido a regime jurídico – por outro, ao servidor é garantido o reconhecimento de seus direitos, que foram adquiridos segundo as próprias normas estatutárias.

7 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, podemos concluir que:

- a) as causas de vacância do cargo público no âmbito da União estão previstos no art. 33, incisos I a IX, da Lei nº 8.112/90; devendo-se se somar às mesmas, outras 4 (quatro) causas, a saber: 1) “*destituição de cargo em comissão*”; 2) “*perda do cargo por sentença penal condenatória*”; 3) “*perda do cargo do servidor estável*”; e, 4) “*anulação do ato de investidura*”.
- b) a lei estatutária prevê que a exoneração do cargo efetivo ocorrerá apenas em 2 (duas) situações: a) *a pedido do servidor* e, b) *de ofício*. Por sua vez, a mesma lei prevê que a exoneração do cargo efetivo “de ofício” somente ocorrerá quando: a) *o servidor, tendo tomado posse, não entra em exercício no prazo legal* e, b) *quando for reprovado em estágio probatório*;
- c) a lei estatutária, ao prever a vacância de cargo público por posse em outro cargo inacumulável não restringiu esta possibilidade apenas aos cargos públicos federais, até porque se assim o fizesse estaria possibilitando a cumulação de cargos públicos federais, estaduais ou municipais, justamente o que se quer evitar;

- d) a lei estatutária também não prevê como causa de exoneração a ocupação de outro cargo público fora do âmbito da União, sendo certo, pois, que em tal situação, o servidor poderá solicitar vacância por posse em outro cargo inacumulável;
- e) o direito de regresso dado ao servidor da União, estável, não pode ser restrito apenas àqueles servidores que tomam posse em outro cargo no âmbito da própria União, já que o intuito da lei foi, justamente, possibilitar o retorno do servidor estável, que intenta ocupar melhores cargos, no caso de insucesso na ocupação do novo cargo, sendo totalmente irrelevante, sob o ponto de vista do interesse da norma, se o novo cargo é da própria União ou de outro ente da federação. Caso contrário, não possibilitando ao servidor tal direito, a Administração estaria desmotivando ou inibindo o servidor a buscar o seu crescimento profissional;
- f) atenta contra o princípio da legalidade, a Administração, *sponte propria*, conceder exoneração de ofício, ou “a pedido”, quando o servidor requer vacância por posse em outro cargo público inacumulável;
- g) o reconhecimento do direito de recondução do servidor da União que requer vacância para ocupar cargo inacumulável em outro ente da federação não ofende o princípio da autonomia dos entes federados, haja vista que tal direito foi adquirido no âmbito da própria União e é exercido perante ela própria; em nada interferindo ou comprometendo o outro ente, já que não lhe gera qualquer natureza de obrigação.

8 REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Edmir Neto. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARRETO, Alex Muniz. **Direito Administrativo Positivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São PAULO: ATLAS, 2006.

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

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**, 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. **Curso de Direito Administrativo**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 281.

A RESPONSABILIDADE DO PARECERISTA NA ANÁLISE DAS MINUTAS DE EDITAIS E CONTRATOS¹

Ronny Charles Lopes de Torres
Advogado da União, Mestrando em Direito Econômico,
Pós-graduando em Direito Tributário, Pós-Graduado
em Ciências Jurídicas, Professor universitário.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Contexto Fático; 3 Elementos de Questionamento; 3.1 Da competência dos Tribunais de Contas e a natureza da atividade jurídica do parecerista; 3.2 Parecer jurídico como manifestação do órgão; 3.3 Compreensão do direito como processo de investigação de uma ciência inexata; 3.4 Da inviolabilidade do advogado; 3.5 Do caráter opinativo do parecer jurídico; 3.6 Da crítica ao argumento de irrazoabilidade da manifestação jurídica; 4 A Posição Atual do STF; 5 Conclusão. 6 Referências.

¹ Texto da palestra ministrada no Seminário Regional sobre Advocacia Pública Federal na 5ª Região, realizado entre os dias 23 a 25 de abril de 2008.

RESUMO: O presente trabalho buscou analisar o tema da responsabilização dos advogados pareceristas pelas Cortes de Contas, notadamente naquilo que se insere no cerne da atividade jurídica de aprovação das minutas de editais e contratos, conforme atribuição dada pelo parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 8.666/93.

Sem a pretensão de esgotar o tema, merecedor de profundas reflexões, almeja-se apontar elementos de questionamentos que, em nossa opinião, fragilizam a tese de responsabilização do parecerista, pelos Tribunais de Contas, em sua atividade jurídica.

De forma sucinta, também são analisadas as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, ponderando a necessidade de maior aprofundamento sobre o tema.

Assim, acreditamos contribuir para uma melhor intelecção sobre a atribuição positivada pelo estatuto licitatório, fortalecendo esse importante instrumento de combate preventivo contra a corrupção.

PALAVRAS-CHAVE: Advogado. Parecerista. Análise de editais. Responsabilização pelos Tribunais de Contas. Impossibilidade. Questionamentos.

1 INTRODUÇÃO

O tema proposto é abrangente, permitindo vários enfoques, para os quais poderíamos chegar a conclusões diferentes.

Se perguntássemos: o advogado parecerista pode ser responsabilizado pelos atos que pratica? A resposta, acredito, seria positiva.

Se acrescentássemos um elemento à frase e questionássemos: o advogado parecerista pode ser responsabilizado pelos atos que pratica, no exercício da advocacia? A resposta, embora positiva, permitiria algumas ressalvas e ponderações.

Mas se indagássemos: o advogado parecerista pode ser responsabilizado pelos atos que pratica, no exercício da advocacia, pelo TCU? Nesse caso, acredito, e é essa convicção que aqui procuro defender, a resposta deve ser negativa.

Se parece correto que qualquer agente público que permita ou silencie acerca de ilegalidades no procedimento e falte com o dever de apontar os vícios de legalidade existentes seja responsabilizado por atos ilícitos que pratique, não se pode olvidar que nosso ordenamento prevê regras de competências e atribuições que exigem respeito e obediência, mesmo pelos órgãos de controle. Em nossa opinião, o disciplinamento apontado pelo nosso ordenamento não autoriza a responsabilização do parecerista, pelo TCU, em razão da manifestação técnico-jurídica que realiza ao analisar minutas de editais, contratos ou convênios.

2 CONTEXTO FÁTICO

Para entendermos os motivos que levaram o Tribunal de Contas da União a estabelecer a responsabilização dos advogados, é importante delinear o contexto fático enfrentado pelo Tribunal, na análise das contas de gestores públicos.

É cediço que muitos gestores, quando da apresentação de suas defesas, em processos que investigam eventuais atos ilegais de gestão praticados, usam como preliminar a escusa de que agiram em razão da orientação dada pela assessoria jurídica. Nesse enfoque, o gestor argumenta que não tem, nem teria obrigação de ter, o conhecimento jurídico adequado, indicando a orientação dada pelo parecerista como um pálio, um escudo que impediria a caracterização do dolo, da vontade de praticar o ato investigado pelo órgão de controle.

Essa situação fática, por certo, levou à construção do raciocínio que aponta a necessária responsabilização do parecerista, pelo TCU, quando da apreciação das contas de gestores, nas situações em que a manifestação jurídica orienta à prática do ato ilícito ou conduz à crença de que realmente o gestor não poderia ser responsabilizado quando seguisse as orientações do órgão jurídico.²

Na prática, essas compreensões permitiram a construção de um ambiente previamente criado para a fuga de responsabilidades, em que gestores, cientes da ressalva que poderão usar em eventuais problemas junto aos órgãos de controle, montam, através do preenchimento de cargos em comissão, uma assessoria jurídica subserviente e totalmente despida de autonomia, muitas vezes formada por profissionais sem qualquer vínculo efetivo com a Administração, cuja principal finalidade não é assessorar, mas justificar as ilegalidades já dantes intencionadas.

Em outras palavras, em órgãos assim formados, o parecer não é confeccionado para orientar, mas para justificar a ação previamente tentada pelo gestor.

Noutro diapasão, essa compreensão despreza a importância do controle preventivo feito pela advocacia pública, enfraquecendo-a e desestimulando a atuação de alguns de seus melhores quadros,

² CAMMAROSANO, Márcio. *Da responsabilidade de autoridades governamentais por atos que expedem tendo por suporte pareceres jurídicos, e dos autores destes*. ILC n. 37, mar. 1997, p. 229.

notadamente na atividade de análise prévia de minutas de editais, contratos e convênios, atuação que impede, diariamente, sem alardes ou sirenes, a realização de atos administrativos ilícitos ou prejudiciais ao erário e o desvio de milhões dos cofres públicos, de forma muito mais barata e eficiente do que o controle repressivo e posterior, que goza de espaços cada vez mais freqüentes nos noticiários, mas peca por atingir apenas um pequeno percentual das ocorrências reais e por não conseguir a efetiva recuperação dos valores desviados ou reversão dos efeitos jurídicos causados pela ilegalidade.

Sinceramente, acreditamos que o contexto fático com o qual se deparou o Egrégio Tribunal de Contas da União, no julgamento dos gestores sob sua fiscalização, não justifica a responsabilização fomentada. Primeiro, porque, como já vimos, criou uma espécie de justificativa para a prática de atos ilegais, camuflada pela gestão de cargos em comissão e montagem de equipes jurídicas de confiança do gestor; em segundo, pelo enfraquecimento que essa atitude tem proporcionado a um importante setor, responsável pelo controle preventivo da legalidade, criando constrangimentos que em nada auxiliam o aprimoramento da gestão administrativa, ao revés, afastam bons quadros do exercício de tal mister,³ priorizando, de forma míope, um pensamento que se preocupa com a responsabilização do parecerista, mas esquece de resguardar a autonomia necessária ao real controle preventivo da legalidade, fazendo com que esse instrumento torne-se meramente um procedimento burocrático.

Além disso, apresentamos algumas ponderações que, acreditamos, demonstram a incorreção da responsabilização imposta, pelo TCU, ao advogado parecerista.

3 ELEMENTOS DE QUESTIONAMENTO

Além das ponderações práticas e de gestão que, acreditamos, fundamentam o erro da opção de responsabilização do parecerista, existem vários elementos que parecem justificar a incorreção do pensamento que autoriza tal responsabilização, pelo TCU, quando do exercício do assessoramento advocatício. Dentre os principais, nos concentraremos nos seguintes elementos:

3 SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Responsabilização de advogado ou procurador por pareceres em contratação direta de empresa.** RPGE, Porto Alegre, v. 30, n. 64, p. 21-32, jul./dez. 2006

3.1 DA COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS E A NATUREZA DA ATIVIDADE JURÍDICA DO PARECERISTA.

Inicialmente, entendemos que há um elemento que claramente impede a imputação de responsabilidades ao parecerista, pelo TCU, que é a própria limitação constitucional de suas competências.

A Constituição Federal, notadamente em seu artigo 71, indica as competências do Tribunal de Contas da União. Naquele dispositivo, verifica-se a competência para julgar contas (inciso II) e aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário (inciso VIII).

Nos dispositivos mencionados, fica claro que o objeto de tal competência restringe-se às contas analisadas e seus responsáveis.

Em síntese, seja em relação aos administradores, demais responsáveis ou àqueles que deram causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público, vincula-se a competência do TCU ao julgamento da prestação de contas.

Responsável pelas “Contas”, conforme já deixava claro o Decreto-Lei nº 200/67, é o ordenador de despesa, sendo esta a autoridade que apresenta suas contas para avaliação pelo órgão auxiliar do controle externo.

O advogado parecerista de forma alguma se apresenta como “responsável por contas”, não é ordenador de despesas e em sua atividade não pratica ato de gestão, mas sim uma aferição técnico-jurídica que se restringe a uma análise dos aspectos de legalidade que envolve as minutas previstas no parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 8.666/93, aferição que, inclusive, não abrange o conteúdo de escolhas gerenciais específicas ou mesmo elementos que fundamentaram a decisão contratual do administrador, em seu âmbito discricionário.

Não sendo gestor, nem responsável por contas, está o parecerista distante do alcance da competência do Egrégio TCU para o julgamento de contas e aplicação de sanções previstas na legislação, conforme estabelecido na Constituição Federal.

Mas seria justificável compreender que, em função de uma alegada proteção do que é público, poder-se-ia entender que pode o Tribunal de Contas atuar em campo não autorizado pelo Constituinte, aferindo a legalidade e aplicando sanções em relação a outros atos da Administração que não aqueles relacionados aos gestores e suas contas?

Pensar dessa forma permite um raciocínio que coloca como responsável pelas contas, perante o TCU, qualquer um que, por ação ou omissão, der causa a perda, extravio ou outra irregularidade que resulte prejuízo ao erário público.

Tal interpretação poderia implicar em absurdos. Provoquemos: Um juiz singular que proferisse sentença, posteriormente reformada por Tribunal Superior, mas que houvesse causado prejuízo ao erário público, pela liberação de uma verba posteriormente tida como indevida e ilegal, poderia ser responsabilizado pelo TCU, já que falhou ao não verificar tal ilegalidade, permitindo ou até ordenando um pagamento posteriormente tido como ilegal, numa apreciação de contas? Um Procurador da República que, por conta de uma improcedência de ação civil pública ajuizada, levasse a União ao pagamento de altas custas sucumbenciais, poderia ser responsabilizado pelo TCU, já que pela sua incorreta compreensão jurídica sobre o êxito da demanda, deu azo a prejuízos ao erário? Os próprios membros do TCU, ao aprovar contas de gestores, nas quais posteriormente fossem identificadas irregularidades por investigações de membros do *Parquet* ou da Polícia Federal, poderiam ser responsabilizados pelo próprio TCU, já que também falharam ao não detectar ilegalidades quando da “aprovação” das respectivas contas, permitindo prejuízo aos cofres públicos? Poderia também ocorrer responsabilização dos membros de uma Câmara do Tribunal de Contas, quando estes apresentassem entendimento posteriormente tido como equivocado pelo Plenário? Da mesma forma, seria tal imputação justificável, quando aquele Tribunal mudasse suas concepções sobre determinadas contratações, exigindo rigores antes não estabelecidos, situação comum em qualquer Corte?

Tais elucubrações parecem esdrúxulas, mas utilizam o mesmo raciocínio de extensão de responsabilidades pretendido por aqueles que defendem a responsabilização do advogado parecerista, pelo Tribunal de Contas da União, em função do argumento sofismático de defesa da coisa pública.

O respeito à ordem jurídica não é alcançado através de mera retórica, é necessário investigar os limites permitidos pelo ordenamento, como plano para o equilíbrio do sistema constitucional. Estabelecer a imputação de débitos a outras pessoas, que não aquelas estipuladas pela Constituição, ou criar competências para os Tribunais de Contas que exorbitam de suas prerrogativas constitucionais deturpa a ordem estabelecida. Nesse ponto, vale a lembrança das palavras cristalizadas por Norberto Bobbio, ao asseverar que “reivindicar a ordem significa exigir que a aplicação do direito respeite as regras fundamentais estabelecidas em nosso ordenamento”.⁴

Tanto advogados públicos, procuradores, juízes e promotores podem e devem ser responsabilizados nas situações em que praticarem ilícitos administrativos, contudo, isso apenas poderá ocorrer nos limites de competência e de responsabilidade dispostos pela Constituição, que, acreditamos, não permite a responsabilização do parecerista pela sua manifestação jurídica.

No caso da advocacia, o órgão responsável pela apuração administrativa de eventuais irregularidades no exercício dessa atividade será a Corregedoria própria (Ex: Corregedoria da Advocacia Geral da União) ou a Ordem dos Advogados do Brasil, quando inexistir o respectivo órgão de correição.

Além da punição administrativa, revela-se possível a aplicação da responsabilização civil, penal e por atos de improbidade, havendo expressa previsão da Lei nº 8.429/92, para situações envolvendo processos licitatórios, contratações e utilização de verbas públicas. Mas em todos esses casos, falece competência aos Tribunais de Contas para realizar tal julgamento.

Apurando o TCU a existência de aparente ato de improbidade por advogado parecerista ou dano causado ao erário ou a terceiros, deve representar o fato aos órgãos competentes, para que sejam tomadas as medidas cabíveis para apuração e determinação das responsabilidades pertinentes, perante o Poder Judiciário e órgãos de correição.

3.2 PARECER JURÍDICO COMO MANIFESTAÇÃO DO ÓRGÃO

Outro elemento relacionado à atividade do parecerista envolve a análise das características de sua manifestação. Quem pratica o ato, o advogado ou o órgão?

⁴ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito** (trad.). Ícone, 2006. p. 230.

O próprio parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 8.666/93 parece dar a resposta, fazendo remissão ao exame e aprovação das minutas como atribuição da assessoria jurídica (órgão) e não do assessor jurídico (indivíduo).

A redação anterior,⁵ inclusive, fazia expressa referência ao “órgão de assessoria jurídica”, criando, contudo, uma vinculação à unidade responsável pela licitação, realidade desfeita, em nível federal, após a criação da Advocacia-Geral da União, já que, nos termos do artigo 131 da Constituição Federal, é essa instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Não obstante, com a nova redação, parece ainda evidente que a atribuição de exame prévio indica a atuação de um órgão, obviamente representado por seus membros ou agentes, algo natural, diante da realidade de nosso Direito Administrativo. Noutro prisma, merece reflexão que a alteração, desvinculando a assessoria jurídica da unidade responsável pela licitação, visa fortalecer um controle preventivo feito por órgão diferente do responsável pela gestão, alteração singela, mas que permite a autonomia necessária ao controle preventivo da legalidade.

No ambiente federal, pelo próprio texto constitucional, resta evidente que cabe à AGU, enquanto órgão, a atividade de consultoria e assessoramento do Poder Executivo, motivo pelo qual apenas seus membros devem exercer tal atribuição.

Conforme explica MELLO,⁶ órgãos são unidades abstratas que sintetizam os vários círculos de atribuições do Estado, que necessitam da atuação de seus agentes para manifestar suas vontades. Vejamos o que ensina o autor:

[...] Então, para que tais atribuições se concretizem e ingressem no mundo natural é necessário o concurso de seres físicos, prepostos à condição de agentes. O querer e o agir destes sujeitos é que são, pelo Direito, diretamente imputados ao Estado[...] de tal sorte que

5 Modificada posteriormente pela Lei Federal nº 8.883, de 08 de junho de 1994.

6 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 19. ed. São Paulo. Malheiros, 2005. p. 128.

, enquanto atuam nesta qualidade de agentes, seu querer e seu agir são recebidos como o querer e o agir dos órgãos componentes do Estado; logo, do próprio Estado.

Adiante, ao citar as relações entre órgãos, o autor,⁷ fazendo alusão aos ensinamentos de Oswaldo Aranha,⁸ traz assertiva que merece nossa reflexão:

Por isto, as chamadas relações interorgânicas, isto é, entre os órgãos, são, na verdade, relações entre os agentes, enquanto titulares das respectivas competências, os quais, de resto – diga-se de passagem –, têm direito subjetivo ao exercício delas e dever jurídico de expressarem-nas e fazê-las valer, inclusive contra intromissões indevidas de outros órgãos.

CUNHA JÚNIOR lembra que decorre do princípio da impessoalidade também a conclusão de que os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao agente que os pratica, mas ao órgão ou entidade da Administração Pública, em nome dos quais o agente atua.⁹

De tais assertivas doutrinárias, comungadas com o texto da Constituição, parece-nos que a atividade de assessoramento jurídico do Poder Executivo Federal é competência constitucional da Advocacia-Geral da União, prerrogativa que deve ser defendida, quando conspurcada pela intromissão indevida de outros órgãos.

Nesse sentido, o Advogado-Geral da União agiu corretamente ao entremeter petição de esclarecimento nos autos de representação¹⁰ formulada por equipe de auditoria da Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação do Tribunal de Contas da União, que apontava suposta irregularidade na autorização para repactuação do Contrato nº 19/2005, por parte de Advogados da União lotados em órgão da AGU, chamando-os à responsabilidade.

O acerto deriva não apenas do fato de que, no mérito, os argumentos da auditoria eram equivocados e de forma alguma justificariam a responsabilização suscitada, como pelo fato de que, por uma questão de competência constitucional, falecia legitimidade aos pareceristas para

7 MELLO, op. cit.

8 Idem. **Princípios gerais de direito administrativo**, v. II, Rio de Janeiro, Forense, 1974, ns. 14.3, p. 89, e 17.7, p. 115.

9 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007. p. 39.

10 TCU Processo de nº 027.946/2007-5,

responder a tais acusações, já que, ao atuarem, o fizeram em nome do órgão de assessoramento jurídico, a AGU.

Fugindo à seara institucional, eventuais ilícitos ou irregularidades praticados individualmente pelos membros da advocacia pública, devem ser apurados perante o órgão competente, seja na esfera cível, penal ou administrativa, conforme já explanado anteriormente.

3.3 COMPREENSÃO DO DIREITO COMO PROCESSO DE INVESTIGAÇÃO DE UMA CIÊNCIA INEXATA

Aspecto importante que caracteriza a atividade do jurista é o fato de que ele atua numa ciência inexata, que permite compreensões contraditórias sobre o mesmo fato jurídico ou sobre o verdadeiro alcance e sentido da norma correlata, sem que a aceitação de uma das compreensões resulte na invalidade das demais.

Quando atua na análise de minutas de editais e contratos, o parecerista se vê diante de registros formais de atos dos quais ele não participou, realizando uma espécie de auditoria jurídica, com prazos efêmeros, sobre os elementos apresentados no modelo provisório do edital do certame, da relação negocial ou de ambos. Tais minutas envolvem mais de uma centena de páginas e um número ainda maior de cláusulas e sub-cláusulas que precisam ser lidas e interpretadas juridicamente pelo advogado, de acordo com nosso ordenamento, já que tal função não permite sua inserção em análise técnica ou de gestão, restrita que está tal competência à avaliação jurídica sobre o documento.

Consagra-se que o cerne dessa atividade se circunscreve ao exame de compatibilidade entre a opção adotada pelo gestor e a interpretação da norma jurídica vislumbrada pelo parecerista. Pensando assim, ele atua no campo da dogmática jurídica e da interpretação, avaliando o conteúdo e a aplicação da norma ao caso concreto, atividade que implica imaginação e criatividade.¹¹

Esse trabalho de compreensão do Direito, através da hermenêutica ou da interpretação, utilizadas para revelar o sentido e o alcance das normas aplicáveis,¹² ou através dos métodos de resolução das aparentes

11 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 324-325.

12 NÁDER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

antinomias do ordenamento,¹³ exige, como explica Bobbio,¹⁴ uma atividade de pesquisa (e não apenas a conservadora aplicação das normas dadas), criadora de regras e entendimentos que podem transformar o sistema dado.

Não parece admissível limitar o parecerista a um repetidor das decisões catalogadas pelos órgãos de controle, por vezes até contrárias às prolatadas por órgãos do Poder Judiciário ou defendidas pela doutrina. Ao revés, ele deve primar pela pesquisa, buscando, nos limites da legalidade estabelecida, criativamente assessorar o gestor, analisando a compatibilidade da opção administrativa ao ordenamento e coibindo atos administrativos ilícitos ou prejudiciais ao interesse público.

Deve-se atentar que esse trabalho jurídico envolve a convicção do parecerista sobre aquilo que entende como lícito, sua compreensão ou interpretação do ordenamento.

O Ministro Eros Grau,¹⁵ do Supremo Tribunal Federal, no papel de doutrinador, ilustra bem a complexidade da atuação do intérprete:

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

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

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

13 BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Editora UNB, 1999 (reimpressão 2006). p. 34.

14 Idem, **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri. São Paulo: Manole, 2007.

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

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

Esse raciocínio mostra que o trabalho do jurista não pode ser equiparado ao de um mero técnico, limitado à utilização das peças e ferramentas indicadas. A Ciência do Direito permite a criação de novos parâmetros e a construção de paradigmas capazes de demonstrar uma nova concepção do ordenamento sobre a relação jurídica em questão.

Avaliar a interpretação dada pelo advogado a uma norma ou a sua compreensão acerca da legalidade de uma proposição disposta na minuta do edital ou do contrato significa, em última análise, questionar sua convicção jurídica e tolher sua liberdade intelectual, algo incompatível com a atividade a que se dispõe.

3.4 DA INVIOABILIDADE DO ADVOGADO

Sobre outro enfoque, o tolhimento da liberdade intelectual do advogado é flagrantemente inconstitucional, pois conspurca uma justa e merecida garantia dada à advocacia, reconhecida pelo constituinte como função essencial à Justiça, que se consagrou como um instrumento de resguardo e defesa de direitos e garantias fundamentais.

O artigo 133 da Constituição Federal estabelece que o advogado é indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Já o § 3º, do artigo 2º da Lei nº 8.906/94, conhecida como Estatuto da OAB, estipula que, no exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações.

Inequivocamente, quando atua na confecção do parecer jurídico, o advogado age no exercício da profissão, uma vez que, nos termos do inciso II do artigo 1º, também da Lei nº 8.906/94, as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídica são privativas da advocacia.

O próprio estatuto da OAB assevera que, mesmo no caso do advogado empregado, sua subordinação empregatícia não lhe retira a isenção técnica nem reduz sua independência profissional, em relação à advocacia.

Parece evidente que existe uma garantia constitucional que resguarda a inviolabilidade do exercício da atividade jurídica pelo advogado.

Essa garantia não permite uma inviolabilidade genericamente permissiva de ilícitos ou a liberalidade na prática de atos danosos a terceiros. O que ela resguarda é a autonomia jurídica do advogado, sua capacidade de compreender o direito e defender esse entendimento, sem submissão ou subordinação de suas convicções jurídicas a outro órgão, que não aquele responsável pela aferição de seus atos de indisciplina.

Suprimir essa capacidade de compreender o direito, essa faculdade de poder inovar na sua inteligência do verdadeiro sentido e alcance da norma jurídica, na tarefa de identificar qual a norma do ordenamento aplicável ao caso concreto, conspurca o núcleo dessa inviolabilidade garantida pela Constituição ao advogado, positivada em razão da essencialidade da advocacia para a consecução da Justiça, mesmo quando percebe o Direito de forma diversa daquela imposta por algum órgão do aparelho estatal.

Cometendo ilícito ou causando dano a outrem, o advogado poderá ser responsabilizado, como qualquer cidadão, pelo órgão constitucionalmente competente, que é o Poder Judiciário. Mas, no exercício de sua atividade, dentro de sua autonomia para compreender o direito, mesmo que de forma diferente da pretendida pelos órgãos de controle, encontra-se inviolável, nuance que depõe contra a tentativa de responsabilização pela opinião dada, já que, em última análise, ela encerrará um julgamento sobre a convicção jurídica do advogado, conspurcando a inviolabilidade garantida pelo constituinte.

3.5 DO CARÁTER OPINATIVO DO PARECER JURÍDICO

Um argumento muito usado por aqueles que defendem a responsabilização do parecerista é o de que seu parecer é vinculante, já que a redação do parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 8.666/93 estabelece a atribuição de exame e “aprovação” das minutas.

Esse foi o entendimento exarado no MS 24.584/DF, pelo relator, Ministro Marco Aurélio, em seu voto:

Não há o envolvimento de simples peça opinativa, mas de aprovação, pelo setor técnico da autarquia, de convênio e aditivos, bem como de ratificações. Portanto, a hipótese sugere a responsabilidade

solidária, considerado não só o crivo técnico implementado, como também o ato mediante o qual o administrador sufragou o exame e o endosso procedidos.

O ilustre Ministro parece assimilar a compreensão de que o exame e a aprovação previstos no parágrafo único do artigo 38 do estatuto licitatório são vinculantes. Assim, uma vez ofertado o parecer, vincular-se-ia o gestor a sua obediência irrestrita.

Tal pensamento parece-nos se fundamentar em premissa equivocada. O parecer emitido pelo órgão de assessoramento jurídico, definitivamente, não é vinculante.

Em primeiro lugar, vale lembrar que próprio TCU admite que o gestor pode se contrapor ao parecer jurídico, necessitando apenas motivar sua discordância.¹⁶ Recentemente, inclusive, aquele importante Tribunal determinou à Companhia Energética de Alagoas que fizesse constar manifestação formal e fundamentada, nos casos de eventual discordância da autoridade administrativa ao parecer da área jurídica,¹⁷ do que denota-se a possibilidade, admitida pelo próprio TCU, de que o gestor desatenda a orientação jurídica, desde que fundamente sua manifestação. Frisamos também que o parecer, conforme o § 1º do artigo 50 da Lei nº 9.784/99, pode ser usado como motivação, a critério da decisão da autoridade competente para a prática do ato administrativo, que, por uma interpretação lógica, pode entender por bem não utilizá-lo como tal, caso dele discorde.

Em segundo lugar, necessário constatar, como defendido pela melhor doutrina, que a ausência do parecer jurídico não acarreta anulação do procedimento, podendo apenas ensejar a apuração de responsabilidade pelo gestor.¹⁸

Essa assertiva é confirmada pela prática administrativa, já que ocorrem contratações ou publicações de editais que desrespeitam a remessa prévia dos autos ao órgão competente pelo assessoramento

16 Acórdão 462/2003 – Plenário do TCU e Acórdão 147/2006 – Plenário do TCU.

17 Acórdão nº 2.446/2007 - 1ª Câmara do TCU.

18 MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos**: estruturas da contratação, concessões e permissões, responsabilidade fiscal, pregão – parcerias público/privadas. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 327.

jurídico,¹⁹ para emissão de parecer, sem que isso cause necessariamente a anulação ou invalidação dos atos administrativos, pelos órgãos de controle.

Sob esse prisma, o parecer se caracteriza como obrigatório, mas não vinculante, conforme denota a leitura do artigo 42 da Lei nº 9.784/99, senão vejamos:

Art. 42. Quando deva ser obrigatoriamente ouvido um órgão consultivo, o parecer deverá ser emitido no prazo máximo de quinze dias, salvo norma especial ou comprovada necessidade de maior prazo.

§ 1º Se um parecer obrigatório e vinculante deixar de ser emitido no prazo fixado, o processo não terá seguimento até a respectiva apresentação, responsabilizando-se quem der causa ao atraso.

§ 2º Se um parecer obrigatório e não vinculante deixar de ser emitido no prazo fixado, o processo poderá ter prosseguimento e ser decidido com sua dispensa, sem prejuízo da responsabilidade de quem se omitiu no atendimento.

Se admitíssemos o parecer jurídico como vinculante, seria inequívoca a constatação de que todas as licitações, contratações, aditamentos e alterações contratuais que prescindiram de tal manifestação, seriam inválidas. Mais ainda, significaria, a teor do §1º acima transcrito, que todos esses procedimentos apenas poderiam ter continuidade após a emissão do parecer jurídico, imposição abundantemente desmentida pela realidade fática, sendo, infelizmente, comum a realização de aditamentos contratuais sem a prévia oitiva ao órgão de assessoramento jurídico.

Com muita razão, citando o professor Adilson Abreu Dallari, MOTTA lembra a incongruência de tentar dar a característica de “vinculante” a um parecer, pelo raciocínio lógico de que parecer vinculante não é parecer, é decisão.²⁰

19 Cite-se, como exemplo, várias contratações de órgãos federais que não submetem a análise de suas minutas de editais e contratos aos órgãos consultivos da AGU, sem que seja declarada a nulidade de tais contratações, rotineiramente observadas pelos órgãos de controle.

20 MOTTA, op. cit., p. 330.

O autor lembra ainda que o parecer jurídico não se constitui como ato administrativo, representando apenas uma manifestação opinativa, que pode ser agregada como elemento de fundamentação do ulterior ato administrativo, nos termos permitidos pelo § 1º do artigo 50 da Lei nº 9.784/99.²¹

Essa correta compreensão foi adotada pelo STF no Mandado de Segurança 24.073-3/DF, de relatoria do Ministro Carlos Mário Velloso, mas esquecida pela maioria votante, no julgamento do MS-24584/DF, em 2007.

Quando na atuação estabelecida pelo parágrafo único do artigo 38, a atividade do corpo jurídico é a de verificar, dentro das limitações de sua competência e na pressa exigida pela necessidade administrativa, a legalidade das previsões do edital, contrato e suas minutas, cláusula a cláusula. Nessa atuação, fogem ao âmbito de análise do parecerista os aspectos de gestão propriamente dita, a escolha discricionária do administrador e os elementos técnicos não jurídicos, como os aspectos de engenharia de uma obra ou a compatibilidade e a eficiência de determinado software ou produto de interesse da Administração, essas lacunas *per se* já indicam a falta de identidade entre a manifestação da assessoria jurídica e o eventual ato administrativo praticado.

Estabelecer caráter vinculativo à manifestação prevista no parágrafo único do artigo 38 representa ignorar a realidade das contratações públicas de nosso país e transferir ao parecerista uma competência gerencial estranha a suas atribuições.

3.6 DA CRÍTICA AO ARGUMENTO DE IRAZOABILIDADE DA MANIFESTAÇÃO JURÍDICA

Ainda em 2003, após a anterior decisão do STF, no MS 24.073-3/DF, o TCU já havia cristalizado em suas manifestações o argumento de que era cabível sim a responsabilização do parecerista, embora esta devesse ocorrer apenas em situações de confecção de um “parecer desarrazoado, omissivo ou tendencioso”.²²

O raciocínio apresentado pelo ilustre Ministro Walton Alencar Rodrigues, relator do Acórdão nº 462/2003, do Plenário do TCU, é fortalecido pelo aparente senso comum de que eventual

²¹ MOTA, op. cit., p. 332.

²² TCU Acórdão 462/2003.

manifestação jurídica irrazoável não poderia restar impune, merecendo pronta reprimenda.

Entendemos tal raciocínio. Embora ponderemos que o TCU não é o órgão competente para tal responsabilização, pela leitura do artigo 32 da Lei nº 8.906/94, ao estatuir que o advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa, parece-nos evidente que eventual erro grosseiro pode caracterizar o ato doloso ou culposo gerador de responsabilidades, motivo pelo qual é possível sim a responsabilização, contudo, esta deve sempre ser realizada perante o respectivo órgão competente.

Mas, diante da natureza específica da atividade do parecerista, qual o limite para a aferição da irrazoabilidade da manifestação jurídica?

É inequívoco que tal aferição envolve uma sobreposição de compreensão jurídica. Em última análise, no âmbito da Administração Pública, analisar a razoabilidade de uma manifestação jurídica impõe a preponderância da opinião de um órgão sobre outro. Mas quando isso poderia ocorrer sem que fosse frontalmente ferida a inviolabilidade do advogado? Quais os parâmetros para tal aferição? Qual órgão tem competência superior para “dizer o direito”, de maneira que sua opinião seja “superior” à de outro órgão da Administração, com incumbência de assessoramento jurídico?

Além da questão da falta de competência do TCU para a aplicação de tal punição, em detrimento do parecerista e o enfrentamento aprofundado sobre qual núcleo intelectual é protegido pela inviolabilidade da atividade advocatícia, parece necessário provocar indagações acerca da falta de critérios para a caracterização da irrazoabilidade na manifestação jurídica.

O que seria irrazoável? Uma manifestação que contrarie opinião tida pelo TCU? Um parecer curto ou que deixe de apontar fundamentos doutrinários?

Parece fácil abraçar a tese de que irrazoável seria aquele parecer desprovido de fundamentação adequada ou que contrariasse claramente o ordenamento estabelecido, contudo, a prática demonstra que, sob o pretexto de irrazoabilidade, pode-se oprimir manifestações intelectuais divergentes daquelas preconizadas pelo órgão fiscalizador.

Parece ilustrativa a situação ocorrida no Processo nº 027.946/2007-5, que tramita perante o Tribunal de Contas da União, relacionada à representação formulada pela equipe de auditoria da Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação do TCU, em que foi apontada suposta irregularidade na autorização para repactuação do Contrato nº 19/2005, por parte de Advogados da União lotados na Consultoria Jurídica do Ministério dos Transportes.

De acordo com o petição de esclarecimentos apresentados pela Advocacia Geral da União ao ilustre Ministro Relator do Tribunal de Contas da União, Dr. Benjamin Zymler, a equipe de auditoria ofertou a respectiva representação em virtude de autorização supostamente irregular de despesa retroativa relacionada a uma repactuação contratual.

Como é cediço para aqueles que atuam com a matéria licitatória, o tema repactuação é objeto de várias divergências doutrinárias, já tendo motivado opiniões divergentes até no Colendo TCU. No caso representado, os pareceristas opinaram pela inexistência de óbices ao pagamento retroativo pleiteado por uma empresa que, em fevereiro de 2007, havia requerido o pagamento das diferenças relacionadas à repactuação que deveria ter ocorrido ainda em maio de 2005, devido ao reajuste salarial da data-base da categoria envolvida.

De acordo com o petição, para os analistas do TCU, embora o direito da empresa à repactuação do Contrato datasse de 01/05/2005, seus efeitos financeiros somente poderiam iniciar a partir da data de 06/02/2007, dia em que foi solicitado o ajuste contratual pela empresa ao Ministério dos Transportes.

Ou seja, em síntese, embora nascido o direito subjetivo à repactuação, em 2005, a Administração apenas poderia reconhecê-lo quando da realização do pedido formal pela empresa, em 2007, limitando o reconhecimento financeiro a partir da data desta petição. Exemplificando, caso o direito à repactuação nascesse no dia 01 de maio de 2008, mas a empresa apenas confeccionasse a devida planilha e apresentasse o pedido de repactuação no dia 01 de julho de 2008, ela não teria reconhecido seu direito às diferenças da repactuação em relação aos pagamentos dos meses de maio e junho, pois o termo inicial estaria atrelado à apresentação do pedido formal!

Tal posição da auditoria envolve, acreditamos, pelo menos três equívocos: Primeiramente, ignora o poder de autotutela administrativa e os princípios de probidade e moralidade, ínsitos à Administração Pública; em segundo, gera um locupletamento ilícito por parte do órgão, o que afronta a indisponibilidade do interesse público, já que a Administração reconhece o direito subjetivo, mas nega-se ao cumprimento do dever jurídico, no período anterior ao pedido, atentando contra o princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira; por fim, na prática, tal intenção, de condicionar o reconhecimento e seu período ao pedido formal apresentado, cria uma espécie de prescrição/preclusão de incidência e fulminação imediata, já que cada dia de atraso na apresentação do pedido significará a perda dos respectivos créditos diários, algo não previsto em nosso ordenamento.

Essa compreensão é obtusa e, perdoem-me a ironia, “irrazoável”, não tendo amparo em qualquer dispositivo e muito menos nos princípios que regem a Administração Pública, já que o direito subjetivo ao pagamento das diferenças pecuniárias surge com a incidência de aumento dos custos abrangidos pelo instituto da repactuação e não com a formalização do pedido administrativo.

Falando sobre situação semelhante, explica GASPARINI:²³

[...] o desbalaceamento da equação econômico-financeira ocorreu na vigência do contrato. E o que me dá direito a receber a indenização ou o reajustamento não é o meu pedido; o meu pedido é meramente um ato formal, é um ato que desencadeia um processo; quem me assegura o direito é a Constituição. Por outro lado eu poderia também dizer que se o Poder Público celebrou um contrato comigo, e ocorreu desequilíbrio na equação econômico-financeira em meu prejuízo, a Administração Pública obteve um locupletamento sem causa, e isto está proibido pelo ordenamento jurídico. Por essa razão também teria que pagar. Por esta razão me parece que deve prevalecer a tese segundo a qual deve ser pago, ainda que não requerido o reajustamento no momento oportuno. Eu ressalvaria aqui a hipótese de prescrição. Vamos supor que depois de dez anos seja pedido o reajustamento. Ai espera, senão nós teríamos uma dificuldade medonha para manter a segurança

23 GASPARINI, Diógenes. **Repactuação, Reajuste, Revisão e Reequilíbrio Econômico-Financeiro nos Contratos Administrativos**. Boletim de Direito Municipal, Paineis e Debates nas Jornadas de Estudos NDJ de Direito Administrativo, São Paulo, p. 97-102, 2007.

das relações jurídicas. Então dentro do prazo prescricional eu poderia pedir sem maiores preocupações

Conforme defendido no petição de esclarecimentos, subscrito pelo Advogado-Geral da União, Ministro José Antonio Dias Toffoli, e pelos Advogados da União Rafaelo Abritta e Juliana Helena Takaoka Bernardino, “o pedido de reajustamento é um ato meramente formal, que desencadeia o processo, não se confundindo com o direito material do contratante”.

Sem aprofundar-nos no mérito da questão, o fato é que parece claro que a manifestação jurídica, entendida como irrazoável, possuía sua razão de ser e seus fundamentos, não obstante tenha, para a auditoria do TCU, justificado a aplicação de penalidades aos advogados pareceristas. Tal situação preocupa e ressalta o perigo da sobreposição de entendimentos jurídicos e da censura ao trabalho intelectual do advogado.

Parece-nos que o elemento irrazoável é subjetivo demais para fundamentar a responsabilização do parecerista jurídico, embora repitamos, essa poderá ocorrer, em virtude da prática de ato ilícito ou quando, no exercício profissional, o parecerista praticar atos com dolo ou culpa (que envolve elementos específicos), causadores de lesão ao erário, conforme preconiza o já citado artigo 32 da Lei nº 8.906/94, sempre, em qualquer dessas situações, diante do órgão competente para tal aferição.

4 A POSIÇÃO ATUAL DO STF

Em meados de 2007, o Supremo Tribunal Federal emitiu decisão que causou certa agitação no meio jurídico.

No julgamento do MS-24584/DF, a maioria do Tribunal seguiu o voto do relator, Ministro Marco Aurélio, que denegou mandado de segurança impetrado contra ato do Tribunal de Contas da União, que determinara a audiência de procuradores federais, para apresentarem, como responsáveis, as respectivas razões de justificativa sobre ocorrências apuradas na fiscalização de convênio firmado pelo INSS, em virtude da emissão de pareceres técnico-jurídicos no exercício profissional.

Entendeu-se que a “aprovação” ou ratificação de termo de convênio e aditivos, a teor do que dispõe o artigo 38 da Lei nº 8.666/93, e diferentemente do que ocorre com a simples emissão de parecer opinativo, possibilita a responsabilização solidária, já que

o administrador decide apoiado na manifestação do setor técnico competente. Como fundamento de tal diferenciação, o relator suscitou o termo aprovação e uma eventual repercussão que essa palavra teria na atividade do parecerista.

Na ocasião, foram vencidos os Ministros Eros Grau, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia, que deferiam a ordem, mesma opinião apresentada pelo parecer do Ministério Público.

É importante observar, contanto, que a decisão não confirmou a correção da responsabilização dos pareceristas, mas sim considerou a impossibilidade do afastamento da responsabilidade dos impetrantes em sede de mandado de segurança, impedindo sua oitiva pelo TCU, ficando ressalvado, contudo, o direito de acionar o Poder Judiciário, na hipótese de declaração de responsabilidade dos pareceristas, quando do encerramento do processo administrativo em curso no Tribunal de Contas da União.

Em suma, o que o STF declarou é que não cabe Mandado de Segurança para impedir que o parecerista fosse notificado pelo TCU para justificar sua atividade advocatícia.

Ocorre que, como corretamente ponderou o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto-vista, ao notificar os vários procuradores que apresentaram manifestação nos autos administrativos do convênio analisado, o TCU fundamentou tal convocação nos termos do art. 43, II, da Lei nº 8.443/92 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União), para que aqueles apresentassem justificativas, no prazo de 15 (quinze) dias, como responsáveis, em relação a atos considerados irregulares pelo Tribunal de Contas da União. Ou seja, embora não conclusivamente, o TCU já indicava uma eventual possibilidade de responsabilização dos procuradores pareceristas.

Outrossim, no voto do relator restam apontados elementos que aparentemente indicam a posição favorável do Ministro Marco Aurélio em relação à responsabilização, em tese, do advogado parecerista. Senão, vejamos trecho de sua manifestação:

Não há o envolvimento de simples peça opinativa, mas de aprovação, pelo setor técnico da autarquia, de convênio e aditivos, bem como de ratificações. Portanto, a hipótese sugere a responsabilidade solidária,

considerado não só o crivo técnico implementado, como também o ato mediante o qual o administrador sufragou o exame e o endosso procedidos. Cumpre frisar ainda que, na maioria das vezes, aquele que se encontra na ponta da atividade relativa à Administração Pública não possui condições para sopesar o conteúdo técnico-jurídico da peça a ser subscrita, razão pela qual lança mão do setor competente. A partir do momento em que ocorre, pelos integrantes deste, não a emissão de um parecer, mas a aposição de visto, a implicar a aprovação do teor do convênio ou do aditivo, ou a ratificação realizada, constata-se, nos limites técnicos, a assunção de responsabilidade.

O curioso é que, conforme lembra no início de seu voto, o Ministro Marco Aurélio já havia apresentado posicionamento pela impossibilidade de responsabilização do advogado parecerista, nos autos do MS-24.073-3, somando seu voto ao do relator da ocasião, o Ministro Carlos Velloso. Vejamos a ementa daquela decisão:

EMENTA:CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. CF, art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX. I. - Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, "Curso de Direito Administrativo", Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377. II. - O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32. III. - Mandado de Segurança deferido. (STF - MS 24073 / DF - DISTRITO FEDERAL - Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO - Julgamento: 06/11/2002 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno - Publicação: DJ 31-10-2003)

Ou seja, em resumo, pela análise das duas manifestações, caberia responsabilização quando fossem suscitadas incorreções na análise

jurídica da minuta do edital licitatório, contrato ou convênio, contudo, não seria possível tal imputação quando o advogado parecerista opinasse peremptoriamente pela desnecessidade de licitação, permitindo ou sugerindo a contratação direta!

Na recente decisão do STF, o eminente Relator, Ministro Marco Aurélio, justificou a mudança em virtude de que, na nova ocasião, os pareceristas teriam “aprovado” minuta de convênio, nos moldes previstos no parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 8.666/93, o que daria novos contornos ao parecer, pela natureza de “aprovação” estabelecida no dispositivo.

Em primeiro lugar, vale lembrar que no caso concreto que originou o MS 24.073/DF, o STF julgava uma situação em que o parecerista admitiu uma contratação direta, sem licitação. Se entendêssemos como correta a justificativa apresentada pelo Relator, teríamos uma situação em que erros cometidos na apreciação do edital seriam mais relevantes que a permissiva ilícita para que a contratação se dê sem licitação. Ou seja, diante de um edital de licitação, seria mais conveniente ao parecerista opinar pela desnecessidade do certame e do respectivo edital, idéia da qual não resultaria qualquer responsabilização, do que analisá-lo e eventualmente se submeter a uma responsabilização solidária.

Essa ponderação vem sendo feita recentemente pelo TCU que, após o MS 24.584/DF, tem concretizado seu entendimento de possibilidade de responsabilização do parecerista, mesmo em situação de contratação direta, ao arrepio da decisão unânime, outrora consagrada pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, no Acórdão 343/2008, do Plenário do TCU, o ilustre Relator Valmir Campelo, citando o voto do Ministro Marco Aurélio, destacou em seu relatório que:

[...] se, ao examinar os atos da licitação, a assessoria jurídica assume responsabilidade pessoal solidária pelo que foi praticado, seria escusável a exclusão da responsabilidade dessa mesma assessoria nos casos de ausência de licitação, ou seja, na contratação informal? Decerto que não.

Noutro prumo, não se encontra, no texto constitucional, qualquer paralelo que admita a interpretação de que a expressão “aprovar” encerra a substituição de responsabilidades. Quando a Constituição Federal usa

tal termo, em vários dispositivos, jamais sobrepõe, compartilha ou transfere responsabilidades, utiliza o vocábulo para indicar uma necessária análise do ato, por órgão diferente do responsável pela medida, conforme se verifica nos incisos IV, XIV e XVII, do artigo 49, e III, IV, e XI, do artigo 52.

Entender que a “aprovação” impõe transmissão ou compartilhamento de responsabilidades significa que, havendo, por exemplo, cometimento de crime de responsabilidade, por um prefeito, pelo atraso no repasse ao Poder Legislativo (Inc. II, § 2º, art. 29, da CF), tal imputação seria transmitida a todos os Conselheiros do Tribunal de Contas que eventualmente “aprovassem” suas contas?

Acreditamos que não. Menores ainda os motivos para que ocorra essa transmissão de responsabilidades ao advogado parecerista, que analisa a fria letra da minuta editalícia, muito antes de eventuais irregularidades na execução do convênio ou contrato.

Noutro diapasão, convém reiterar que a decisão do STF, conforme já defendido, partiu de uma premissa falsa, de que há vinculação entre a opinião do parecerista e a decisão do ordenador de despesas, responsável pelo contrato e respectivas contas. O próprio TCU admite que o gestor pode se contrapor ao parecer jurídico, como se firmou no Acórdão nº 2.446/2007, da 1ª Câmara daquele Tribunal.

Ademais, voltando às duas manifestações do Supremo, usadas aqui como paradigmas controversos e incompatíveis, devemos reiterar e ressaltar que a situação anterior, discutida nos autos do MS 24.073/DF, em que o STF decidiu pela impossibilidade de responsabilização do advogado parecerista, relacionou-se a uma autorização de contratação direta, sem licitação. Imaginar que num eventual prejuízo à legalidade, erros cometidos na apreciação do edital sejam mais relevantes que a permissiva para que a contratação se dê sem licitação, parece algo desproporcional.

Na verdade, seja opinando sobre uma consulta jurídica ou emitindo parecer acerca de minuta de contrato ou convênio apresentada para sua análise, em ambos os casos, o advogado parecerista apresenta um parecer opinativo, em que avalia contornos jurídicos da situação ou do instrumento posto à sua análise.

Com correção, o Ministro Gilmar Mendes, mesmo vencido no julgamento do Acórdão MS-24584/DF, ponderou em seu voto-vista:

[...] pretendo deixar claro que, em nenhum momento, asseverei a ausência absoluta de responsabilidade de agentes públicos no exercício de suas funções institucionais. Pelo contrário, apenas busquei afirmar que, como regra geral, no âmbito da Administração Pública, as manifestações técnico-jurídicas de caráter opinativo não demandam, por si só, a necessária responsabilização de procurador ou advogado público que, instado a se manifestar, exare parecer jurídico-opinativo para orientar a atuação administrativa do Estado.

Sendo um ato opinativo, a manifestação jurídica não se constitui como ato administrativo em si, podendo apenas ser usada como elemento de fundamentação de um ato administrativo posteriormente praticado.

Essa compreensão foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal, por unanimidade de votos, no Mandado de Segurança 24.631-6, conforme trecho de sua ementa:

III. É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa.

Mandado de segurança deferido. (STF - MS 24.631-6 - DISTRITO FEDERAL - Relator(a): Min. Joaquim Barbosa - Julgamento: 09/08/2007 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno - Publicação: DJ 01-02-2008).

O relator, Ministro Joaquim Barbosa, em seu voto, apresentou o entendimento de que a responsabilização do parecerista jurídico apenas pode ocorrer quando a “lei estabelece efetivo compartilhamento do poder administrativo de decisão...”, assertiva que gerou questionamentos e ponderações por parte de alguns dos Ministros, não obstante todos tenham comungado com o deferimento da segurança.

Tal manifestação, contemporânea ao entendimento apresentado pelo excelso Tribunal, quando da prolação do MS-24584/DF, demonstra que ainda há uma zona cinzenta em relação ao tema responsabilidade do parecerista, que merecerá nova análise pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

5 CONCLUSÃO

Acreditamos que a avaliação do tema merece maior reflexão por nossas autoridades. Temos convicção de que a atividade do parecerista, notadamente na análise de minutas de editais e contratos, representa um controle eficiente e preventivo da legalidade que, embora não gere notícias televisivas, a um custo baixo impede irregularidades e desvios de recursos públicos, com a retirada de cláusulas que restringem a competitividade do certame ou que criam situações prejudiciais à disputa e, em última análise, ao próprio Poder Público.

Essa tarefa do parecerista deve ser protegida, como instrumento contra a corrupção e como elemento de inovação nas burocráticas ações administrativas, sempre visando à defesa do interesse público. Seu enfraquecimento apenas privilegia a transformação de seu controle jurídico num procedimento meramente burocrático, com a perda de bons quadros, em detrimento da formação de órgãos de assessoramento formado por agentes sem experiência e, muitas vezes, sem qualquer independência e vinculação efetiva com os quadros da Administração.

É comum, por incrível que isso possa parecer, que tal atividade seja realizada por ocupantes de cargos em comissão ou mesmo advogados terceirizados, despidos de vínculo efetivo com a Administração, sem qualquer repúdio por parte de alguns órgãos de controle. Por melhores e mais qualificados que sejam aqueles que exercem tal mister, através de cargos em comissão ou contratos precários, e temos convicção que muitos buscam se portar de maneira proba e retilínea, falta-lhes a autonomia necessária para contrariar os interesses daquele que os nomeiam, normalmente o interessado na aprovação jurídica do ato administrativo ou negócio jurídico analisado.

Mais importante do que o anseio pela responsabilização deve ser o fortalecimento da autonomia desses órgãos de assessoramento, de forma que o parecer jurídico prévio seja efetivamente um instrumento de controle preventivo da legalidade e não um justificador de atitudes ilegais perante os Tribunais de Contas.

Quanto à responsabilização do parecerista, sendo sua análise estritamente jurídica, permitir a imputação de multa, pelo TCU, em razão da atividade advocatícia de assessoramento jurídico, além de extrapolar a competência daquele nobre órgão de controle externo, permite-lhe

uma opinião superior e vinculante sobre qual o direito aplicável, já que, em última análise, essa eventual responsabilização ocorreria porque o Tribunal de Contas definiu que a compreensão jurídica do parecerista está errada ou é irrazoável.

Tal situação é intelectualmente escravizadora, tolhe qualquer inviolabilidade da atividade advocatícia, prejudicando a garantia constitucional prestada ao advogado de ter como inviolável sua compreensão sobre o direito e a capacidade de defender seu entendimento, além de conspurcar, no caso da advocacia pública, suas atribuições constitucionais.

Eventual irregularidade, apurada pelo TCU, no exercício da atividade advocatícia pelo parecerista, como a prática de erro grosseiro ou indícios de conluio com outros agentes para prática de atos de corrupção, deve ser informada às autoridades competentes para apuração de práticas funcionais irregulares, ilícitos ou atos de improbidade, que são os órgãos de corregedoria, o Ministério Público e o próprio órgão da Advocacia Pública interessada.

6 REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007.

_____. **O positivismo jurídico** – Lições de filosofia do direito (trad.). 2006, Ícone. p. 230.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: UnB, 1999. (reimpressão 2006). p. 34.

CAMMAROSANO, Márcio. Da responsabilidade de autoridades governamentais por atos que expedem tendo por suporte pareceres jurídicos, e dos autores destes. **ILC n. 37**, mar. 1997. p. 229.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007. p. 39.

GASPARINI, Diógenes. Repactuação, Reajuste, Revisão e Reequilíbrio Econômico-Financeiro nos Contratos Administrativos. **Boletim de Direito**

Municipal, Paineis e Debates nas Jornadas de Estudos NDJ de Direito Administrativo, São Paulo, p. 97-102, 2007

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

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, 19. ed. São Paulo. Malheiros, 2005. p. 128.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**, v. II, Rio de Janeiro: Forense, 1974, ns. 14.3, p. 89, e 17.7, p. 115.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos: estruturas da contratação, concessões e permissões, responsabilidade fiscal, pregão – parcerias público/privadas**. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 327.

NÁDER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Responsabilidade de advogados pela emissão de pareceres jurídicos para a Administração Pública. **Informativo de Licitação e Contratos**. Curitiba: Zênite, 2004. 1024-1029.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 324-325.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Responsabilização de advogado ou procurador por pareceres em contratação direta de empresa. **RPG**, Porto Alegre, v. 30, n. 64, p. 21-32, jul./dez. 2006

PARECER

SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIA ENTRE O BANCO CENTRAL DO BRASIL E A SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL

*Sávia Maria Leite Rodrigues Gonçalves
Advogada da União - Conciliadora CCAF*

PARECER n° AGU/SRG-01/2008
PROCESSO n° 00407.001676/2007-22
Anexo 00400.000857/2007-00

ASSUNTO: Solução de controvérsia entre o Banco Central do Brasil e a Secretaria da Receita Federal do Brasil, diante da cobrança de contribuição previdenciária incidente nas remunerações pagas ou creditadas a profissionais autônomos que prestam serviços médicos a beneficiários do Programa de Assistência à Saúde dos servidores do Banco Central do Brasil (PASBC).

EMENTA: I. A conciliação entre Órgãos e/ou Entidades da Administração Federal, pela Advocacia-Geral da União, decorre da previsão contida no art. 131, da Constituição Federal, estando inserida entre “as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.”

II. A atuação da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal - CCAF, integrante da Consultoria-Geral da União, pressupõe a observância dos princípios declarados no art. 37, da Constituição Federal.

III. Encerramento, por Parecer, de controvérsia jurídica entre a Secretaria da Receita Federal do Brasil e o Banco Central do Brasil, com a definição sobre a existência de obrigação tributária, do último, em relação à primeira, no tocante à cota patronal da contribuição previdenciária incidente nas remunerações pagas ou creditadas a profissionais autônomos que prestam serviços médicos a beneficiários do Programa de Assistência à Saúde dos Servidores do Banco Central - PASBC.

I RELATÓRIO

1 A Exma. Sra. Ministra de Estado Chefe da Casa Civil encaminhou o Aviso nº 351-CCivil, de 19 de abril de 2007, ao Exmo. Sr. Advogado-Geral da União, através do qual solicita seja dirimida, administrativamente, a controvérsia jurídica estabelecida entre o Banco Central do Brasil e a Secretaria da Receita Federal do Brasil, diante da cobrança de contribuição previdenciária incidente nas remunerações pagas ou creditadas a profissionais autônomos que prestam serviços médicos a beneficiários do Programa de Assistência à Saúde dos servidores do Banco Central do Brasil (PASBC).

2 Elaborada a Nota CAM/CGU/AGU nº 004/2007-SMLRG, em 9 de maio de 2007, e considerada sua aprovação, foram encaminhados os expedientes às Entidades envolvidas, solicitando o fornecimento dos dados necessários à instalação e ao funcionamento da Câmara de Conciliação, observando o regramento existente na oportunidade, vale dizer, a Portaria nº 118-AGU, de 1º de fevereiro de 2007.

3 Em seqüência, a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal - CCAF recebeu expedientes do Banco Central e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, contendo os requeridos elementos – indicação de representantes, entendimento jurídico sobre o cerne da controvérsia e respectivos documentos comprobatórios, de onde se aferiu a convicção, de uma parte, quanto à inexigibilidade da contribuição previdenciária demandada, e, de outra, a ratificação quanto à pertinência do crédito tributário em apreço.

4 Demais disso, interessando especialmente ao presente deslinde, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional trouxe a relevo algumas questões prejudiciais ao prosseguimento dos trabalhos da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal - CCAF, assim recém-denominada, no curso deste processo administrativo, em observância da Portaria nº 1.281-AGU, de 27 de setembro de 2007.

5 Cingiam-se as argumentações referidas quanto à: 1. impossibilidade de matéria tributária ser objeto de um procedimento conciliatório; e 2. falta de competência da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF para coordenar o feito.

6 As questões preliminares foram relatadas, analisadas e encaminhadas através da Nota nº 84/2007-CCAF/CGU/AGU-SRG e do Parecer nº AGU/SRG-01/2007, concluindo quanto à possibilidade de conciliação em matéria tributária, firme no fundamento do art. 37, da Constituição Federal.

7 Realizaram-se reuniões, visando à conciliação, em 11 de dezembro de 2007, 18 e 25 de janeiro de 2008 e foram esgotadas as tentativas de solução conjunta da controvérsia firmada entre a Secretaria da Receita Federal do Brasil e o Banco Central do Brasil, motivando o encaminhamento do processo à alternativa da arbitragem, que se consubstancia, nos termos da Portaria nº 1.281, de 27 de setembro de 2008, na emissão do presente Parecer, pela Advocacia-Geral da União, na forma do art. 40, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

É o relatório.

II HISTÓRICO DA CONTROVÉRSIA ATÉ A SOLICITAÇÃO DE INTERVENÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

8 A origem da controvérsia administrativa remonta a 4 de novembro de 2004, quando o Departamento de Administração Financeira do Banco Central encaminhou ao Chefe da Divisão da Receita Previdenciária no Distrito Federal – Gerência Executiva do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, o Ofício DEAFI/DEPESW 2004/090, respondido pelo Ofício INSS/DARREP nº 413/04, de 8 de novembro de 2004.

9 Em seguida, em 7 de dezembro de 2004, o Banco Central do Brasil dirigiu o Ofício DEAFI/2004/103 (fls. 07/09), à Secretaria da Receita Previdenciária do Ministério da Previdência Social, diante da impossibilidade de obtenção de uma certidão de negativa de débitos – CND, decorrente da existência de uma dívida concernente à falta de recolhimento da cota patronal, em relação à contribuição previdenciária devida em face de pagamentos efetuados aos contribuintes individuais por serviços prestados ao amparo do Programa de Assistência à Saúde dos Servidores do Banco Central – PASBC.

10 A Unidade Descentralizada no Distrito Federal da Secretaria da Receita Previdenciária (fls. 11/16), ao apreciar a solicitação de esclarecimento, promoveu análise que teve por uma das conclusões a seguinte:

17. Sendo assim, o Banco Central do Brasil é o responsável pela contribuição previdenciária, cota patronal, incidente sobre as remunerações pagas ou creditadas aos profissionais em questão, a teor o art. 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 84, de 18.11.96, no período de 05/99 a 02/2000, e nos termos do art. 22, inciso III, da Lei nº 8.212/91, com redação dada pela Lei nº 9.876/99, a partir de 03/2000.

11 Diante do posicionamento adotado pela Secretaria da Receita Previdenciária, o Banco Central houve por entabular um procedimento de consulta, dirigido à Divisão de Consultas da Assessoria de Estudos Tributários e Normatização da Secretaria da Receita Previdenciária do Distrito Federal, então Delegacia da Receita Previdenciária, cuja definição, no sentido de ratificar o exposto no parágrafo precedente, motivou a interposição de Recurso Voluntário – Petição 2005/09298/PGBCB/GABIN, em 28 de julho de 2005, (fls. 46/74) à Coordenação de Gerenciamento em Normatização.

12 Um primeiro procedimento de consulta findou por ser anulado, diante da fundamentação do art. 4º, § 5º, da Medida Provisória nº 258/05, pela Coordenação de Tributação em Matéria Previdenciária, integrantes da Coordenação-Geral de Estudos e Tributação Previdenciária da Receita Federal do Brasil, necessitando a consulta ser renovada, pelo advento de rejeição à medida provisória vigente no período de sua tramitação.

13 A segunda instância de consulta deliberou de forma alinhada à esfera recorrida, mantendo a afirmação da existência de obrigação tributária atribuída ao Banco Central, conforme deliberação nos autos do processo nº 37284.014479/2004-74, ref. SIPPS 22580559. No interregno, houve necessidade de restauração de autos administrativos, diante de extravio decorrente de incêndio nas instalações do INSS, providência encampada pelo Banco Central através do Ofício PGBC-2543/2006, de 18 de maio de 2006 – extraído nos autos do PT nº 9600585685, conforme SIPPS 16262981 e 20232631.

14 A decisão final do procedimento de consulta consignou-se como 23.401.4 – Serviço de Análise de Defesas e Recursos, em 04/01/2005 – Processo 37284.014479/2004-74, fls. 185 s 191 do PT nº 9600585685:

15 No PARECER/2005/00171/DEJUR/GABIN, de 12 de maio de 2005, observa-se no item 10 a sinalização de que sete anos antes o problema em apreço já fora objeto de manifestações jurídicas internas

perante o Banco Central do Brasil. E o PARECER/2000/00442/DEJUR/PRADM (fls. 175/180), de 15 de junho de 2000, é demonstrativo desta constatação.

16 Em 23 de fevereiro de 2005, o Banco Central, sem possibilidade de obtenção da CND, já impetrara Mandado de Segurança nº 2005.34.00.004596-5, em virtude do qual lograra imediato provimento liminar para concretização de seu desiderato, nada obstante, em 8 de agosto de 2006, a sentença tenha revogado aquele comando inicial, findando pela denegação da segurança, decisão que atingiu o trânsito em julgado e arquivamento perante a Primeira Instância.

17 Na vigência do procedimento de consulta, a Secretaria da Receita Previdenciária inaugurou procedimento fiscalizatório no âmbito do Banco Central, gerador da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito nº 35.805.142-8, de 8 de agosto de 2005, que veio a ser anulada, em Decisão Notificação nº 23.401.4/398/2006 (fls. 81/89), com fundamento no art. 48, do Decreto nº 70.235/72, que veda a instauração de procedimento fiscal contra consulente, relativamente à matéria objeto da consulta, a partir da apresentação da mesma até o trigésimo dia subsequente à data da ciência da decisão definitiva. Fez-se constar da parte dispositiva da decisão a imposição de remessa do processo ao Serviço de Fiscalização da delegacia da receita Previdenciária no Distrito Federal para a imediata emissão de NFLD substituta.

18 Acompanham os autos do presente Processo nº 00407.001676/2007-22, além da primeira autuação recebida, com a numeração 00400.000857/2007-00, cancelada, em cumprimento ao despacho de fl. 123, cinco volumes encadernados de documentos originários do Banco Central do Brasil, constando registros históricos dos fatos aqui noticiados, três volumes são a cópia do PT nº 0501306933, relativo à NFLD DEBCAD nº 35.805.142-8, e os outros dois volumes são a cópia do PT nº 9600585685, que documenta o iter procedimental através do qual está firmada a controvérsia de natureza tributária sob exame.

19 À fl. 1.386 do processo DEBCAD nº 35.805.142-8, restou esclarecido que integravam a NFLD, posteriormente substituída pela de número 37.039.771-1 (10/07/2007), além daquele Relatório Fiscal, os seguintes documentos: a) Instruções para o Contribuinte – IPC; b) Discriminativo Analítico do Débito – DAD; c) Discriminativo Sintético do Débito – DSD; Discriminativo Sintético por Estabelecimento – DSE;

e) Relatório de Lançamentos – RL; f) Fundamentos Legais do Débito – FLD; g) Relatório de Documentos Apresentados – RDA; h) Relatório de Apropriação de Documentos Apresentados – RADA; i) Relação de Co-Responsáveis – CORESP; j) Relação de Vínculos – Vínculos; k) Termo de Intimação para Apresentação de Documentos (TIAD); l) Termo de Encerramento da Ação Fiscal (TEAF); m) Mandados de Procedimento Fiscal – MPF.

20 Importante ressaltar que se encontra no primeiro volume do PT nº 9600585685 o Regulamento do PASBC e, no segundo volume do PT nº 9600585685, os seguintes documentos relevantes: a cópia da petição inicial do MS nº 2005.34.00.004596-5, os formulários utilizados para a documentação do PASBC, o pedido de restauração dos autos do processo de consulta e o PARECER PGBC 31/2007, de 12 de fevereiro de 2007, com a proposta de encaminhamento da controvérsia, para solução pela Advocacia-Geral da União.

III PROCEDIMENTO DA CÂMARA DE CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL – CCAF/CGU/AGU

21 Quando encaminhada, à Advocacia-Geral da União, a controvérsia jurídica, através da Casa Civil da Presidência da República, pedia de decisão a irresignação apresentada pelo Banco Central perante a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, tendo sido lavrado, em 11 de março de 2008, o Acórdão 03-24.441 – 6ª Turma da DRJ/BSA, comunicada por intermédio da Carta/DRFB/DF/DICAT nº 62/2008, de 28 de março de 2008, recebida pelo Banco Central em 7 de abril de 2008, com o seguinte teor:

Estamos encaminhando cópia do Acórdão nº 03-24.441 da 6ª Turma da DRJ/BSA de 11/03/2008 que conclui pela procedência do referido lançamento.

Informamos que caso seja de interesse do contribuinte poderá ser interposto recurso voluntário ao 2º Conselho de Contribuintes no prazo de 30 (trinta) dias a contar da data do recebimento desta. Transcorrido o prazo sem qualquer manifestação do interessado, o débito será encaminhado para cobrança judicial, e o mesmo poderá ter o seu nome incluído no CADIN – Cadastro de Inadimplentes do Banco Central, conforme o prazo previsto no § 2º, do art. 2º, da Lei nº 10.522, de 19.07.02.

22 Quanto a advertência final na correspondência parcialmente transcrita, convém consignar o dispositivo referido, sendo indispensável sua complementação com a redação do art. 3º:

Art. 2º O Cadin conterà relação das pessoas físicas e jurídicas que:

I - sejam responsáveis por obrigações pecuniárias vencidas e não pagas, para com órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta;

II - estejam com a inscrição nos cadastros indicados, do Ministério da Fazenda, em uma das seguintes situações:

a) suspensa ou cancelada no Cadastro de Pessoas Físicas – CPF;

b) declarada inapta perante o Cadastro Geral de Contribuintes – CGC.

§ 1º Os órgãos e as entidades a que se refere o inciso I procederão, segundo normas próprias e sob sua exclusiva responsabilidade, às inclusões no Cadin, de pessoas físicas ou jurídicas que se enquadrem nas hipóteses previstas neste artigo.

§ 2º A inclusão no Cadin far-se-á 75 (setenta e cinco) dias após a comunicação ao devedor da existência do débito passível de inscrição naquele Cadastro, fornecendo-se todas as informações pertinentes ao débito.

§ 3º Tratando-se de comunicação expedida por via postal ou telegráfica, para o endereço indicado no instrumento que deu origem ao débito, considerar-se-á entregue após 15 (quinze) dias da respectiva expedição.

§ 4º A notificação expedida pela Secretaria da Receita Federal ou pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, dando conhecimento ao devedor da existência do débito ou da sua inscrição em Dívida Ativa atenderá ao disposto no § 2º.

§ 5º Comprovado ter sido regularizada a situação que deu causa à inclusão no Cadin, o órgão ou a entidade responsável pelo registro procederá, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, à respectiva baixa.

§ 6º Na impossibilidade de a baixa ser efetuada no prazo indicado no § 5º, o órgão ou a entidade credora fornecerá a certidão de regularidade do débito, caso não haja outros pendentes de regularização.

§ 7º A inclusão no Cadin sem a expedição da comunicação ou da notificação de que tratam os §§ 2º e 4º, ou a não exclusão, nas condições e no prazo previstos no § 5º, sujeitará o responsável às penalidades cominadas pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho).

§ 8º O disposto neste artigo não se aplica aos débitos referentes a preços de serviços públicos ou a operações financeiras que não envolvam recursos orçamentários.

Art. 3º *As informações fornecidas pelos órgãos e entidades integrantes do Cadin serão centralizadas no Sistema de Informações do Banco Central do Brasil – Sisbacen, cabendo à Secretaria do Tesouro Nacional expedir orientações de natureza normativa, inclusive quanto ao disciplinamento das respectivas inclusões e exclusões.*

Parágrafo único. As pessoas físicas e jurídicas incluídas no Cadin terão acesso às informações a elas referentes, diretamente junto ao órgão ou entidade responsável pelo registro, ou, mediante autorização, por intermédio de qualquer outro órgão ou entidade integrante do Cadin.(grifo nosso)

23 Preliminarmente à análise do que seria o mérito da controvérsia, vem a ser indispensável que se rememore a competência e o objetivo da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF, ou seja, o deslinde, em sede administrativa, de controvérsias de natureza jurídica entre órgãos e entidades da Administração Federal, por meio de conciliação ou arbitramento, no âmbito da Advocacia-Geral da União, prevista no art. 1º, da Portaria nº 1.281, de 27 de setembro de 2007, que tem como motivação legal os seguintes dispositivos: no art. 4º, incisos I, X, XI, XIII, XVIII e § 2º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, no art. 8º-C da Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995, e no art. 11 da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001.

24 No caso sob comento, caso não seja solucionada a controvérsia já delineada, outra poderia advir, quando o Banco Central estivesse instado a praticar um ato administrativo paradoxal de se inscrever no CADIN.

25 Ademais, contemplando a Advocacia-Geral da União o princípio da eficiência, e sob a efetiva égide da legalidade, houve por estabelecer um mecanismo interno, na Administração Federal, com a finalidade de estabelecer uma forma pacífica, rápida e com finalidades concretas de solucionar os conflitos gerados pela diversidade de interpretação de dispositivos normativos no espectro de atuação das diversas especialidades do Serviço Público Federal, porque, outrossim, a função institucional e constitucional da Advocacia-Geral da União é, *ex vi*:

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

§ 1º - A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 2º - O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

§ 3º - Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

26 Dentre as Carreiras que integram a Advocacia-Geral da União, por força constitucional, está a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, com a competência para a *execução da dívida ativa de natureza tributária*, cujos Membros são sempre convidados para a atuação em processos de conciliação, quando a matéria versada guarda pertinência com a competência tributária, especialmente em cotejo à imposição da Lei nº 11.457, de 17/03/2007, cautela que se mantém, igualmente, quanto a qualquer outra esfera de atuação do Poder Público Federal, de acordo com as especialidades do mister administrativo, forte em que *as*

atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo não exclui qualquer vertente do Serviço Público Federal.

27 Naturalmente, o exercício das *atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo* pressupõe que sejam expedidas orientações sobre o cumprimento normativo, decorrência da atuação jurídica, até para o melhor resguardo dos interesses públicos em face de outro Poder, como o Judiciário, perante o qual, na lição dos grandes administrativos, está a segunda oportunidade de controle de constitucionalidade dos atos administrativos.

28 A primeira oportunidade de controle de constitucionalidade dos atos administrativos está, naturalmente, no âmbito interno do sistema administrativo, sendo despicando, nesta instância, detalhar todas as formas, mas, fundamental referir a modalidade jurídica, subsistema afeito à Advocacia-Geral da União, que apresenta como uma das suas espécies o procedimento conciliatório, incitante do estabelecimento do diálogo institucional, para que a Administração Federal não obstrua a máquina judiciária com o que pode e deve ser solucionado internamente, até, como já mencionado, em prevalência de um encaminhamento célere e definitivo.

29 Antes de cuidar do caráter definitivo da conciliação, convém observar a regra do procedimento da CCAF, no estímulo ao diálogo, é o incentivo a que os Órgãos e Entidades revejam as posições administrativas adotadas, nos limites, inclusive, da Súmula nº 473¹, do Supremo Tribunal Federal, e passem a contemplar, dentre as alternativas legais, a eleição de uma que dirima o conflito, ou, retifiquem uma interpretação jurídica, com a melhor interpretação do direito administrativo, em termos gerais, independentemente da especialidade de prestação estatal. Nada obstante, excepcionando a regra e não havendo sucesso do procedimento conciliatório, emerge a alternativa tradicional da emissão de Parecer. Observe-se o art. 9º, da Portaria AGU nº 1.281/2007:

1 STF Súmula nº 473

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Art. 9º O conciliador e os representantes dos órgãos e entidades em conflito deverão, utilizando-se dos meios legais e observados os princípios da Administração Pública, envidar esforços para que a conciliação se realize.

30 Não é excesso consignar que o analisado trabalho administrativo contempla a prevalência dos interesses públicos primários, sendo sua decorrencial limitação dos interessados, enquanto entes públicos federais e a limitação da solução administrativa de contornos jurídicos, à qual ficarão subsumidas todas as questões fáticas, diante do raciocínio de que à norma deve estar adequado o fato e não o oposto, como razão de ser do Direito.

31 E o efeito definitivo do procedimento conciliatório está previsto no Título V, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, regulamentado pelos arts. 10 e 11, da Portaria AGU nº 1.281/2007, todos adiante transcritos:

Lei Complementar nº 73

TÍTULO V

Dos Pareceres e da Súmula da Advocacia-Geral da União

Art. 39. É privativo do Presidente da República submeter assuntos ao exame do Advogado-Geral da União, inclusive para seu parecer.

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

§ 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.

§ 2º O parecer aprovado, mas não publicado, obriga apenas as repartições interessadas, a partir do momento em que dele tenham ciência.

Art. 41. Consideram-se, igualmente, pareceres do Advogado-Geral da União, para os efeitos do artigo anterior, aqueles que, emitidos pela

Consultoria-Geral da União, sejam por ele aprovados e submetidos ao Presidente da República.

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

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

§ 1º O enunciado da Súmula editado pelo Advogado-Geral da União há de ser publicado no Diário Oficial da União, por três dias consecutivos.

§ 2º No início de cada ano, os enunciados existentes devem ser consolidados e publicados no Diário Oficial da União.

Art. 44. Os pareceres aprovados do Advogado-Geral da União inserem-se em coletânea denominada “Pareceres da Advocacia-Geral da União”, a ser editada pela Imprensa Nacional.

Portaria AGU nº 1.281/2007

Art. 10. Havendo a conciliação, será lavrado o respectivo termo, que será submetido à homologação do Advogado-Geral da União.

Parágrafo Único. O termo de conciliação lavrado pelos órgãos referidos nos incisos II e III do art. 1º e homologado pelo Advogado-Geral da União será encaminhado à CCAF.

Art. 11. A Consultoria-Geral da União, quando cabível, elaborará parecer para dirimir a controvérsia, submetendo-o ao Advogado-Geral da União nos termos dos arts. 40 e 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

32 Estabelecidos todos estes indispensáveis pressupostos para contextualizar o presente Parecer, considerada sua inovação na estrutura da CCAF-CGU-AGU, fixada após a Portaria nº 1.281/2007, merece ser promovida a análise do caso concreto.

IV SOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA ADMINISTRATIVA

33 Está afastada, na presente análise, a questão relativa à necessidade de integrar a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS este processo de conciliação, suscitada pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, através do Parecer de fls. 143/171, quanto à aplicação da Lei nº 9.56, de 1998, diante do recebimento, na CCAF, no Ofício nº 284/2007/GECON/PROGE, de 6 de dezembro de 2007 (fls. 235236), que atendeu a solicitação de esclarecimentos contida no Ofício nº 421/2007-CGU/AGU, de 9 de novembro de 2007.

34 A divergência administrativa emergida em novembro de 2004 significa, em valores atualizados até 25 de janeiro de 2008, data da segunda reunião da CCAF, R\$ 26.112.381,03 (vinte e seis milhões, cento e doze mil, trezentos e oitenta e um reais e três centavos).

35 A controvérsia está cingida a ser devida, ou não, pelo Banco Central do Brasil, ao Instituto Nacional do Seguro Social, sucedido pela União – Secretaria da Receita Federal do Brasil, na conformidade da Lei nº 11.457/2007, a obrigação tributária decorrente do pagamento da contribuição previdenciária, prevista no art. 22, inciso III, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, com a seguinte redação, colhida junto ao sítio eletrônico² da Presidência da República, que mantém o texto com a redação original e suas alterações:

Capítulo IV

DA CONTRIBUIÇÃO DA EMPRESA

Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de: (Vide Lei nº 9.317, de 1996)

[...]

III - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas ou creditadas a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados contribuintes individuais que lhe prestem serviços; (Incluído pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)

² Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br>>

36 E o fato gerador alegado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil estaria vinculado aos pagamentos efetuados pelo Banco Central do Brasil a título de remuneração de profissionais autônomos que prestam serviços de natureza médica aos beneficiários, e respectivos dependentes, do Programa de Assistência aos Servidores do Banco Central do Brasil – PASBC.

37 Em necessária síntese, são os principais argumentos jurídicos em que se amparam a Secretaria da Receita Federal do Brasil e o Banco Central do Brasil:

a) Secretaria da Receita Federal do Brasil:

i. O Banco Central mantém relação jurídica para com os prestadores de serviços de saúde – pessoas físicas, trabalhadores autônomos - que atendem beneficiários e dependentes do PASBC, devendo, em decorrência promover a retenção da cota individual e o pagamento da cota patronal referente à contribuição previdenciária referente ao contribuinte individual;

ii. O Banco Central é mantenedor e gestor das ações do PASBC, auferindo, assim, a condição de sujeito passivo da obrigação tributária; e

iii. A nulidade formal de um primeiro procedimento fiscal, materializado na NFLD nº 35.805.142-8 não traz qualquer prejuízo para a autuação subsequente, NFLD nº 37.-39.771-1, sendo mantidas, inclusive, todas as condições apropriadas da primeira para a segunda autuação.

b) Banco Central do Brasil:

i. O Banco Central atua na condição de integrante paritário do PASBC, no mesmo nível que a composição dos seus servidores, inclusive em nível gerencial, decisório e jurídico;

ii. Aplicabilidade do Parecer nº 107-MPS;

iii. Os formulários de execução dos serviços do PASBC consignam que a sua gerência é paritária e que o serviço prestado

pelos profissionais autônomos tem como exclusivos beneficiários os seus servidores e dependentes;

O enquadramento do Banco Central como empresa, pela Administração tributária se consubstancia em analogia inadequada, nos termos do § 1º, do art. 108, do Código Tributário Nacional;

O fato de o Banco Central promover a retenção da cota individual é o bastante para o cumprimento da legislação previdenciária, insurgindo-se contra a vinculação imediata que o sistema informatizado concernente gera, em relação à GFIP no sentido de impingir a confissão de débito quanto à cota patronal, pois sempre buscou a retificação no sistema, no particular;

Nada obstante a concepção de inexistência de obrigação tributária, seria inaplicável a regra de decadência decenal do art. 45, da Lei nº 8.212/91, eis que seria o caso de imposição da previsão decadencial quinquenal, estipulada no art. 173, do Código Tributário Nacional.

38 Com efeito, a primeira observação a ser produzida deve estar vinculada à regra legal a ser observada para aferir a caracterização, ou não, da obrigação tributária.

39 Na redação originária do art. 22, da Lei nº 8.212/91, já havia a previsão de pagamento de contribuição previdenciária – cota patronal –, por parte de pessoa jurídica – empresa –, diante da remuneração auferida por trabalhadores autônomos que lhe prestassem serviço:

Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de: (Vide Lei nº 9.317, de 1996)

I - 20% (vinte por cento) sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados empregados, empresários, trabalhadores avulsos e autônomos que lhe prestem serviços;

40 Com as alterações normativas, houve detalhamento da disciplina, já imposta e a elevação da correspondente alíquota, de quinze para vinte por cento, esta diante do advento da Lei Complementar nº 84, de 18 de janeiro de 1996.

41 Atualmente, a regra contempla os seguintes termos – com a redação alterada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99:

Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

[...]

III - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas ou creditadas a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados contribuintes individuais que lhe prestem serviços;

42 A incidência da mencionada disciplina ao Banco Central do Brasil decorre da configuração da condição de empresa, para os termos fiscais, responsável pelo pagamento dos trabalhadores autônomos que lhe prestam serviço decorrentes de estarem credenciados para o atendimento de saúde vinculado ao PASBC.

43 Não é possível sustentar o argumento de que ocorre indevida aplicação do art. 108, do Código Tributário Nacional, pois não se está a interpretar para exigência de tributo não previsto em lei: a uma, a contribuição previdenciária cogitada detém previsão legal; a duas, a aplicabilidade ao Banco Central está no fato de que é esta a pessoa jurídica que promove o pagamento da remuneração dos trabalhadores autônomos que atendem as necessidades do PASBC, conceituado como “empresa”, por estrita previsão legal – art. 15, da Lei nº 8212/91 e não por interpretação ampliativa da legislação de regência:

Art. 15. Considera-se:

I - empresa - a firma individual ou sociedade que assume o risco de atividade econômica urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem como os órgãos e entidades da administração pública direta, indireta e fundacional;

II - empregador doméstico - a pessoa ou família que admite a seu serviço, sem finalidade lucrativa, empregado doméstico.

Parágrafo único. Equipara-se a empresa, para os efeitos desta Lei, o contribuinte individual em relação a segurado que lhe presta serviço, bem como a cooperativa, a associação ou entidade de qualquer natureza

ou finalidade, a missão diplomática e a repartição consular de carreira estrangeiras. (grifo nosso)

44 Cabe, na hipótese, observar o contido nos artigos 121 e 122, do Código Tributário Nacional:

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

Art. 122. Sujeito passivo da obrigação acessória é a pessoa obrigada às prestações que constituam o seu objeto.

Art. 123. Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

45 Não prevalecem as considerações quanto à configuração paritária do Programa de Assistência, diante da observação de que todos os formulários utilizados pelo PASBC evidenciam a ascendência administrativa do Banco Central. Os modelos de correspondência para solicitação de credenciamento, solicitação de atendimento médico e confirmação de credenciamento são dirigidos e expedidos em nome e interesse do Banco Central.

46 O Regulamento do PASBC, por outro prisma, é demonstrativo deste raciocínio, diante das consignações mantidas, por exemplo, nas alíneas “a” e “b”, do art. 8º, no parágrafo único do art. 12, 16, 18, alínea “b” do art. 26, 28, 38, 46, 47 (“A gestão estratégica e operacional do PASBC é de responsabilidade do Departamento de Gestão de Recursos Humanos (DEPES), (...)”, parágrafo único do art. 48, 50, 52, 57, 58, 59, 60 e 61.

47 Exposta a existência da obrigação tributária e a configuração do Banco Central como sujeito passivo, resta aferir a incidência da obrigação, vinculando-os, ou seja, demonstrando que a obrigação tributária em apreço encontra como sujeito passivo, ao ser o promotor do pagamento da remuneração dos trabalhadores autônomos que servem na assistência à saúde do PASBC, inclusive por ser o mesmo Banco Central que promove a retenção da cota individual, contemplada sua responsabilidade respectiva. Para tal finalidade, a consignação doutrinária³ ultima o esclarecimento:

16. Incidência

16.1. Costuma-se designar por incidência o fenômeno especificamente jurídico da subsunção de um fato a uma hipótese legal, como conseqüente e automática comunicação ao fato das virtudes jurídicas prevista na norma.

16.2. Com as cautelas que as comparações impõem, é fenômeno parecido com uma descarga elétrica sobre uma barra de ferro. Recebendo a descarga, a barra passa a ter a força de atrair metais. Substancialmente, a barra persistirá sendo de ferro. Por força, entretanto, da descarga, adquirirá a propriedade de ser pata a produzir esse específico efeito de ímã. Incidência é a descarga elétrica.

16.3. A incidência do preceito normativo torna jurídico um fato determinado, atribuindo-lhe conseqüências jurídicas. Como o diz Pontes de Miranda, tratando do suporte fático, terminologia que introduziu oportunamente na nossa doutrina: 'Para que os fatos sejam jurídicos, é preciso que regras jurídicas, isto é, normas abstratas, incidam sobre eles, desçam e encontrem os fatos colorindo-os, fazendo-os, 'jurídicos' (*Tratado de Direito Privado*, v. I, 2ª ed., p. 6, Borsoi, 1954).

48 Não soerguem à condição de empecilho ao argumento trazido as considerações de que o Banco Central não é o beneficiário do atendimento médico, estes são os servidores e dependentes, mas o Banco Central é o promotor do pagamento pelo serviço, na qualidade, dentre outras, de operador (DEPES) do Programa.

3 ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. São Paulo: Malheiros Editores, 6. ed. 8ª tiragem, 2006, p. 45-46

49 Quando se pronuncia que o Banco Central, como operador do PASBC, retém o tributo, na cota individual, a eventual condicionante do sistema informatizado, geradora de uma suposta confissão de dívida passa ao largo desta apreciação, ou seja, a “automaticidade” do sistema informatizado responsável pela aferição dos recolhimentos previdenciários, que condiciona o registro da informação sobre o recolhimento da cota individual da contribuição previdenciária do trabalhador autônomo à indicação do valor da cota patronal, posteriormente retificada pelo Banco Central, no mesmo sistema, por, até o presente momento, não ser entendido devedor desta segunda obrigação é irrelevante nesta apreciação, de conotação jurídica (normativa), independentemente de formatação de sistema ou da eventual alteração do Regulamento do PASBC, para excluir a gerência do Banco, conquanto restando mantida a obrigação legal.

V SOBRE A DECADÊNCIA

50 Uma vez firmada a obrigação e o seu sujeito passivo, resta definir, aos termos desta manifestação, que a regra no tocante à decadência, enquanto já alçada à condição de matéria de repercussão geral perante o Supremo Tribunal Federal:

RE 559943 RG / RS - RIO GRANDE DO SUL

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA

Julgamento: 23/10/2007

Publicação:

DJE-157 DIVULG 06-12-2007 PUBLIC 07-12-2007

DJ 07-12-2007 PP-00016

EMENT VOL-02302-08 PP-01589

Parte(s):

RECTE.(S): INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL
- INSS

ADV.(A/S): PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA
NACIONAL

RECDO.(A/S): ABDALLA HUSEIN HUMAD MEEmenta

EMENTA: Repercussão geral: exigência de lei complementar para dispor sobre prescrição e decadência tributárias aplicáveis às contribuições sociais (art. 146, inc. III, da Constituição) para constituição do crédito tributário e da respectiva ação de cobrança.

Decisão: O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencidos os Ministros Cezar Peluso e Eros Grau.

Ministra Relatora: CÁRMEN LÚCIA

Assunto:

DIREITO TRIBUTÁRIO | Crédito Tributário | Extinção do Crédito Tributário | Decadência | Constitucionalidade do artigo 45 da Lei 8212/91

51 Efetivamente, a Administração Pública Federal, na atual contexto, há de aplicar a regra da legislação tributária, com a especialidade própria da contribuição previdenciária, mediante a prevalência do art. 45, da Lei nº 8.212/91, quanto à decadência decenal, e a observância da alteração de alíquotas do art. 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 84, de 18/01/1996, para a do art. 1º, da Lei nº 9.876, de 26/11/1999, que deu nova redação ao art. 22, da Lei nº 8.212/91.

IV CONCLUSÃO

52 Diante do exposto, proponho o encerramento do processo submetido à solução da controvérsia administrativa, diante da definição sobre a existência da obrigação tributária de natureza previdenciária do Banco Central do Brasil, ou seja, cota patronal dos pagamentos efetuados ou creditado aos trabalhadores autônomos a serviço de assistência médica do PASBC, devendo a Administração Federal adotar

as medidas necessárias à promoção das medidas necessárias à satisfação creditícia que contemplará aporte orçamentário em relação ao período pretérito de incidência do encargo previdenciário.

Este é o parecer que submeto à consideração de V. Exa.

Brasília, 25 de abril de 2008.

SÁVIA MARIA LEITE RODRIGUES GONÇALVES

Advogada da União - Conciliadora CCAF

Portaria AGU nº 1.276, de 27/09/2007 – DOU nº 188, de 28/09/2007

Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal

Consultoria-Geral da União

De acordo com o **PARECER** nº AGU/SRG-01/2008.

Submeto à apreciação do Exmo. Sr. Consultor-Geral da União.

Brasília, 25 de abril de 2008.

HELIA MARIA BETTERO

Consultora da União

Diretora

Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF

Consultoria-Geral da União

DESPACHO DO CONSULTOR-GERAL DA UNIÃO Nº 175/2008

PROCESSO Nº 00407.001676/2007-22

PROCEDÊNCIA: BANCO CENTRAL DO BRASIL E SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL

ASSUNTO : Controvérsia entre Banco Central do Brasil e Secretaria da Receita Federal do Brasil a respeito da contribuição previdenciária incidente nas remunerações dos profissionais que prestam serviço ao Programa de Assistência à saúde dos servidores do BACEN.

Sr. Advogado-Geral da União,

- 1 Tratam os presentes autos de controvérsia jurídica entre o Banco Central do Brasil e Secretaria da Receita Federal do Brasil encaminhada a esta Advocacia-Geral da União por Aviso da Exm^a Sr^a Ministra de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República.
- 2 O cerne da controvérsia é a incidência ou não da contribuição previdenciária – cota patronal - sobre a remuneração paga aos profissionais autônomos que prestam serviços no âmbito do Programa de Assistência à Saúde dos servidores do BACEN.
- 3 Durante o processo de conciliação, iniciado ainda sob a égide das normas que previam as câmaras “*ad hoc*” no âmbito da AGU, ponderou a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional não ser possível a conciliação em matéria tributária e, ainda que fosse superado tal obstáculo, falecia competência à CCAF – Departamento da CGU/AGU já sob o manto do Ato Regimental nº 5, de 2007 e da Portaria nº 1.281, de 2007 – para proceder à conciliação.
- 4 Essas questões foram superadas por parecer elaborado pela própria conciliadora, a Advogada da União, Dr^a Sávia

Gonçalves, aprovado por mim e acolhido por V. Ex^a. Assim, o procedimento visando à conciliação pôde prosseguir.

- 5 Contudo, ao final das reuniões em que se tentou obter a conciliação, constatou-se o impasse. De um lado, a PGFN, que maneja os argumentos jurídicos em defesa da tese da incidência da contribuição previdenciária defendida pela SRFB, e, de outro, a Procuradoria-Geral do Banco Central que sustentava a não-incidência.
- 6 Evidenciada a impossibilidade de conciliação, passou-se, consoante o disposto no art. 11, da Portaria nº 1.281, de 2007, ao arbitramento, manifesto no PARECER Nº AGU/SRG-01/2008, de autoria da Dr. Sávia Gonçalves que havia atuado como conciliadora.
- 7 A análise empreendida pelo Parecer em tela do art. 22, III da Lei nº 8.212, de 1991, define a obrigação tributária consistente no pagamento de contribuição previdenciária a cargo da empresa no percentual de 20% sobre o total das remunerações pagas aos prestadores de serviços.
- 8 A caracterização do Banco Central como empresa, segundo o Parecer, decorre de expressa previsão legal, vale dizer, o art. 15, inciso I da Lei nº 8.212, de 1991.
- 9 Afasta-se, ainda, o argumento de que a gestão do Programa de Saúde dos Servidores do Banco Central possuía gestão paritária, a partir de diversos elementos contidos nos autos que demonstram a ascendência administrativa do BACEN.
- 10 Além de demonstrar a existência da obrigação tributária e a caracterização do BACEN como sujeito passivo, o Parecer demonstra a incidência da obrigação.
- 11 Sustenta, ainda, que a regra de decadência a ser aplicada é a específica – decenal – de que cuida o art. 45 da Lei nº 8.212, de 1991.
- 12 Em face dos argumentos expostos que, com base na legislação previdenciária e tributária, ponderaram os argumentos

trazidos à baila pelo BACEN e pela SRFB/PGFN, ponhomo de acordo com o PARECER Nº AGU/SRG-01/2008 e com suas conclusões lançadas no item 52, às fls. , no sentido de considerar existente a obrigação tributária de natureza previdenciária do Banco Central do Brasil, consistente na obrigatoriedade de arcar com a contribuição – cota patronal - de que trata o inciso III do art. 22 da Lei nº 8.212, de 1991, sobre os pagamentos efetuados ou creditados aos profissionais que prestam serviços no âmbito do Programa de Assistência à Saúde dos servidores do BACEN.

- 13 Caso V. Ex^a acolha o presente despacho, sugiro seu encaminhamento, por cópia, juntamente com o PARECER Nº AGU/SRG-01/2008, de autoria da Advogada da União, Dr^a Sávía Gonçalves, com o aprovo da Diretora da CCAF e com a manifestação de V. Ex^a ao Sr. Procurador-Geral do Banco Central, ao Sr. Procurador-Geral da Fazenda Nacional e ao Sr. Secretário da Receita Federal da Brasil para ciência e adoção das providências cabíveis.

À consideração.

Brasília, 30 de abril de 2008

RONALDO JORGE ARAUJO VIEIRA JUNIOR

Consultor-Geral da União

DESPACHO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

REFERÊNCIA: Processo nº 00407.001676/2007-22

Aprovo, nos termos do Despacho do Consultor-Geral da União nº 175/2008, o PARECER nº AGU/SRG-01/2008..

Encaminhem-se cópia do Parecer e do Despacho mencionados, ao Procurador-Geral do Banco Central, ao Procurador-Geral da Fazenda Nacional e ao Secretário da Receita Federal para ciência e adoção das providências cabíveis.

Em 5 de maio de 2008.

JOSÉ ANTONIO DIAS TOFFOLI

**MEDIDA CAUTELAR NA ADC Nº 04
– A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL SOBRE CABIMENTO
DE RECLAMAÇÃO CONTRA TUTELA
ANTECIPADA CONCEDIDA EM SENTENÇA**

*Rodrigo de Souza Aguiar
Advogado da União*

1 Introdução; 2 da ofensa à adc nº 4/mc nas tutelas antecipadas proferidas em sentença; 3 Do precedente da Reclamação nº 1.459/RS e das Tutelas Antecipadas Confirmadas em Sentença; 4 Conclusão; 5 Referências.

1 INTRODUÇÃO

A reclamação constitui-se como mecanismo constitucional vocacionado à proteção da competência das Cortes Superiores – Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça – e à preservação da eficácia das decisões por elas proferidas (CF, art. 102, I, “f” e art. 105, I, “f”) . Embora haja grande controvérsia doutrinária a respeito de sua natureza jurídica, prevalece o entendimento de que se trata de uma *ação*¹.

Considerado o desenvolvimento, seja em sede legislativa seja em doutrinária, das ações de controle concentrado de constitucionalidade – e o conseqüente incremento das manifestações do Supremo Tribunal Federal em tais ações –, tem-se assistido vertiginoso crescimento quantitativo na utilização da ação de reclamação constitucional, em especial junto à Corte Suprema.

Isso porque as decisões em processos de índole objetiva são revestidas de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, possibilitando a qualquer interessado o ajuizamento de reclamação perante o Supremo Tribunal Federal², sustentando que a inobservância de decisão revestida de caráter vinculante por parte de outra autoridade judiciária – ou administrativa – traz prejuízo a seu direito.

1 Conforme noticia Leonardo Lins Morato: “*A doutrina ainda não é pacífica quanto à natureza jurídica da reclamação, havendo vozes recentes no sentido de que a reclamação seria uma modalidade de ação, corroborando a tese de Pontes de Miranda e de José da Silva Pacheco. Exemplo disso é a opinião de Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, de Alexandre Moreira Tavares dos Santos e de Gleydson Kleber Lopes de Oliveira. Há, no entanto, outros vários posicionamentos: para Orozimbo Nonato, remédio incomum; para Moniz de Aragão, incidente processual; para Frederico Marques, medida de desdobramento das atribuições jurisdicionais conferidas ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça; para Ada Pellegrini Grinover, garantia especial, decorrente do direito de representação e de petição, baseando-se na opinião do Min. Nelson Hungria; para Dinamarco, remédio processual.*” (Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante. São Paulo: RT, 2007, p. 83/84).

2 Interessante registrar que até o precedente do Agravo Regimental na Reclamação nº 1.880 (rel. Min. Maurício Corrêa – DJ 07.11.2002), o Pretório Excelso sustentava que apenas as partes que participassem do processo – inclusive os de índole objetiva – seriam legitimadas ao ajuizamento de reclamação. A partir do mencionado julgamento, reconheceu-se a qualquer interessado a possibilidade de ajuizar esta ação. Nas palavras do Min. Maurício Corrêa: “*Enfim, o importante, a meu ver, é garantir aos jurisdicionados a possibilidade de fazer cumprir a eficácia vinculante dos julgados da Corte, sob pena, inclusive, em determinadas circunstâncias, de tornar-se inócuo o controle constitucional realizado. Diante dessas considerações, proponho, resolvendo questão de ordem, que todos aqueles que forem atingidos por decisões contrárias ao entendimento firmado por esta Corte, em julgamento final proferido no âmbito de ação direta de inconstitucionalidade, sejam considerados parte legítima para a propositura de reclamação.*”

As estatísticas oficiais confirmam a percepção de que a reclamação tem-se mostrado como instrumento bastante útil. Enquanto no ano de 1990 foram distribuídas, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, apenas 13 (treze) reclamações, em 2005 registrou-se o aforamento de 933 (novecentos e trinta e três) demandas.³ A edição de súmulas vinculantes – e a previsão constitucional de que a reclamação constitui-se como mecanismo processual adequado ao cumprimento do seu comando – apresenta-se, atualmente, como elemento capaz de fazer com que o ajuizamento dessa espécie de ação tenha crescimento exponencial.

É importante a referência ao elevado crescimento quantitativo do número de reclamações, na medida em que tal comportamento apresenta-se na contramão das aspirações e das providências adotadas pelas Cortes Superiores no sentido de diminuir a carga de processos a serem julgados.

Nesse sentido, tem-se observado que a evolução jurisprudencial do Pretório Excelso a respeito do cabimento da reclamação caracteriza-se pela imposição de inúmeros pressupostos – não previstos na Constituição Federal, na legislação de regência⁴ e no regimento interno da Corte –, a fim de frear a utilização maciça dessa ação.

A título de exemplo, cabe consignar que a doutrina tem sustentado o desacerto do entendimento, já sumulado⁵, de ser incabível reclamação em face de decisão já transitada em julgado. Digno de registro o ensinamento de Alexandre Moreira Tavares dos Santos:

[...] O instituto da coisa julgada, de outro lado, não pode servir de fundamento para que uma decisão nula de instância ordinária que afronte uma decisão válida do STF ou do STJ, muitas vezes transitada em julgado, ou que usurpe suas respectivas competências, prevaleça com eficácia no mundo real, sem que as cortes superiores possam fazer valer sua decisão ou preservar sua competência. Além disso, bem decidiu o Pleno do STF no julgamento da Rcl. 221, ao

3 Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse>>. Acesso em: 11 out. .09.2008.

4 Lei nº 8.038/90.

5 Supremo Tribunal Federal: Súmula 734: “*Não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal.*”

seguir o voto condutor do Min. Célio Borja, ‘não pode haver trânsito em julgado contra trânsito em julgado.’⁶

Com relação às demandas de interesse das pessoas jurídicas de direito público, importante noticiar que a Suprema Corte tem limitado o ajuizamento de reclamações que visam assegurar a força vinculante da decisão cautelar proferida no âmbito da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 04/DF, que atesta a legitimidade das restrições legais à concessão de medidas de urgência em face do Poder Público. Registre-se, desde logo, o texto do enunciado sumular nº 729, do Supremo Tribunal Federal: *“A decisão na Ação Direta de Constitucionalidade nº 04 não se aplica à antecipação de tutela em causas de natureza previdenciária.”*

Na mesma linha, entendimento que vem se consolidando – de modo insustentável – é o que afirma que as decisões passíveis de impugnação através de reclamação são apenas as que concedem antecipação de tutela de modo incidente no processo, não se aplicando àquelas medidas de urgência concedidas ou confirmadas por sentença. Registre-se, a esse respeito, os precedentes das Reclamações nº 5.014 (Min. Cármen Lúcia), nº 5.207 (rel. Min. Ricardo Lewandowski) e nº 4.981 (rel. Min. Cármen Lúcia).

Esta matéria – antecipação de tutela concedidas em sentença e ADC nº 04 –, que se coloca no narrado contexto defensivo já noticiado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em relação à reclamação, é a que se pretende focar neste estudo.

2 DA OFENSA À ADC Nº 4/MC NAS TUTELAS ANTECIPADAS PROFERIDAS EM SENTENÇA

A fim de analisar os corretos contornos da questão jurídica em debate, é imperioso destacar que a decisão cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 04 afirma a legitimidade constitucional do artigo 1º da Lei nº 9.494/97, que estabelece:

Art. 1º - Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu

⁶ Da reclamação. RT 808, p. 136. No mesmo sentido, Leonardo Lins Morato (*ob. cit.*, p. 150).

§ 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.⁷

Pode-se afirmar que o supracitado diploma legal realizou a unificação da disciplina relativa à tutela de urgência em face do Poder Público, estendendo a aplicabilidade das vedações legalmente expressas à concessão de liminares em ações de mandado de segurança e em ações cautelares às tutelas antecipadas, uniformizando o regramento conferido à matéria.

Desde a edição da mencionada norma, muito se discutiu a respeito de sua constitucionalidade, uma vez que estabelecia vedação à satisfação

7 Para melhor compreensão, vale a transcrição dos dispositivos referidos pelo citado artigo:

Lei n.º 4.348/64. "Art. 5º. Não será concedida medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens. Parágrafo único: Os mandados de segurança a que se refere este artigo serão executados depois de transitada em julgada a respectiva sentença.

Art. 7º. O recurso voluntário ou "ex officio", interposto de decisão concessiva de mandado de segurança que importe outorga ou adição de vencimento ou ainda reclassificação funcional, terá efeito suspensivo."

Lei n.º 5.021/66: "Art. 1º. O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual e municipal, somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial. [...] § 4º. Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias."

Lei n.º 8.437/92: "Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal. § 1º. Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via do mandado de segurança, à competência originária de tribunal. § 2º. O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos processos de ação popular e de ação civil pública. § 3º. Não será cabível liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação. § 4º. Nos casos em que cabível medida liminar, sem prejuízo da comunicação ao dirigente do órgão ou entidade, o respectivo representante judicial dela será imediatamente intimado. § 5º. Não será cabível medida liminar que defira compensação de créditos tributários ou previdenciários.

Art. 3º. O recurso voluntário ou ex officio, interposto contra sentença em processo cautelar, proferida contra pessoa jurídica de direito público ou seus agentes, que importe em outorga ou adição de vencimentos ou de reclassificação funcional, terá efeito suspensivo.

Art. 4º. Compete ao Presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas."

plena e imediata de alguns interesses individuais nas hipóteses em que a Fazenda Pública figurasse como demandada. O julgamento cautelar da ADC nº 4/DF pôs fim à discussão, atestando a plena compatibilidade do artigo 1º da supracitada lei com o sistema constitucional. Decisão que contrarie esse comando está por afirmar, implicitamente, a inconstitucionalidade das normas que regulamentam a concessão de liminares em face do Poder Público.

Nessa linha de compreensão, ao proferir despacho monocrático nos autos da Reclamação nº 1.858/CE, o Ministro Celso de Mello assinalou as hipóteses em que o deferimento de medidas antecipatórias em face de pessoas jurídicas de direito público estaria vedado pela norma do art. 1º da Lei nº 9.494/97:

(a) reclassificação ou equiparação de servidores públicos; (b) concessão de aumento ou extensão de vantagens pecuniárias; (c) outorga ou acréscimo de vencimentos; (d) pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público ou (e) esgotamento, total ou parcial, do objeto da ação, desde que tal ação diga respeito, exclusivamente, a qualquer das matérias acima referidas.

Com efeito, a preocupação revelada pelo Plenário da Suprema Corte ao deferir medida cautelar nos autos da ADC nº 4/DF foi a de evitar a execução provisória das decisões proferidas em face da Fazenda Pública, tudo em ordem a respeitar a sistemática constitucional dos precatórios. Nesse julgado, em nenhum momento se faz referência a entraves ao deferimento de medidas de urgência que decorram da inobservância do contraditório ou da ampla defesa comum às decisões derivadas de cognição sumária ou mesmo sobre alguma limitação a respeito do momento em que a decisão é exarada. O fundamento do acórdão é, sem dúvida, a manutenção da eficácia do artigo 100 da Constituição Federal.

No ponto, vale citar trecho da ementa do referido acórdão:

[...] 7. Está igualmente atendido o requisito do ‘periculum in mora’, em face da alta conveniência da Administração Pública, pressionada por liminares que, apesar do disposto na norma impugnada, determinam a incorporação imediata de acréscimos de vencimentos, na folha de pagamento de grande número de servidores e até o pagamento imediato de diferenças atrasadas. *E tudo sem o precatório*

exigido pelo art. 100 da Constituição Federal, e, ainda, sob as ameaças noticiadas na inicial e demonstradas com os documentos que a instruíram.

Assim, o que se tem em evidência é a preocupação em evitar o desequilíbrio orçamentário potencialmente gerado pela concessão de grande número de medidas judiciais de natureza precária que não observem a regra de igualdade veiculada pelos precatórios.

Não é demais recordar que, a partir da promulgação da Emenda Constitucional de nº 30, ocorrida em 13 de setembro de 2000, a Carta da República exigiu que toda obrigação de pagar derivada de comando judicial deveria se submeter ao regime de precatório, a ser emitido apenas após o trânsito em julgado da sentença condenatória.⁸

A respeito da necessidade do trânsito em julgado para que as pessoas jurídicas de direito público possam satisfazer suas condenações judiciais pecuniárias, sustenta Leonardo José Carneiro da Cunha: *“Daí a referida Emenda Constitucional nº 30/2000 exigir o prévio trânsito em julgado, com vistas, inclusive, a resguardar o interesse público no pagamento de verbas orçamentárias, evitando-se o desvio despropositado de destinações mais úteis e vantajosas à consecução de finalidades igualmente públicas.”*⁹

Analisando as hipóteses de cabimento de tutela antecipada em face do Poder Público, Celso Scarpinella Bueno entende que tal providência seria legalmente permitida nas hipóteses em que *“a medida jurisdicional não implicasse saída de dinheiro do erário, isto é, que não significasse a concessão de ordem judicial de pagamento contra a Fazenda Pública”*¹⁰.

8 CRFB. Art. 100. “À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica da apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. § 1º. É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.”

9 In A fazenda pública em juízo. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 220.

10 Tutela antecipada e ações contra o Poder Público (Reflexão quanto ao seu cabimento como consequência da necessidade de efetividade do processo). In *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 1997, p. 63.

O regime jurídico da tutela antecipada instituído pelo Código de Processo Civil contempla a possibilidade de que tal providência seja concedida a qualquer tempo no processo, desde que estejam atendidos os requisitos necessários ao seu deferimento. Desse modo, é possível que esta medida de urgência seja concedida liminarmente, no curso do processo, no corpo da sentença, no curso do julgamento de recurso, no acórdão etc.

Assim – e para o que aqui interessa –, nos casos em que a medida antecipatória for concedida em sentença, não se apresentam justificativas plausíveis para que o referido comando legal seja desconsiderado, uma vez que a medida de urgência possibilitará a execução imediata do julgado, contrariando a unidade e a lógica instituída pelo sistema constitucional dos precatórios, de resto ratificada pelas disposições legais que instituem restrições ao deferimento das tutelas de urgência em face do Poder Público.

Não é demais lembrar que antecipar a tutela significa deferi-la ao jurisdicionado antes do momento oportuno, o qual, no caso das demandas condenatórias movidas em face do Poder Público, somente ocorre com o trânsito em julgado da decisão de mérito.

Importa consignar, ainda, que o artigo 1º da Lei nº 9.494/97 não estabelece qualquer tipo de restrição quanto ao momento de concessão da tutela antecipada. O óbice ali contido destina-se a impedir, nos casos em que especifica, o deferimento de medidas antecipatórias, pouco importando a fase processual na qual a lide se encontre.

É de se destacar que o mencionado dispositivo estende às antecipações de tutela a proibição contida no artigo 5º e parágrafo único da Lei nº 4.348/64, que proíbe a execução de sentença em mandados de segurança antes do trânsito em julgado da decisão de mérito, nos casos que importem em pagamento. Eis o seu teor:

Art. 5º - Não será concedida medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens.

Parágrafo único. Os mandados de segurança a que se refere este artigo serão executados depois de transitada em julgado a respectiva sentença.

Desse modo, sendo a medida antecipatória deferida a fim de conceder extensão de vencimentos ou de vantagens pecuniárias a servidor público, independente do momento processual em tal situação se verificar, tal provimento não encontra amparo na legislação de regência, a qual teve sua presunção de constitucionalidade reafirmada e protegida pela eficácia *erga omnes* e pelo efeito vinculante da decisão proferida por essa Egrégia Corte na ADC nº 4/DF.

Portanto, é de se ver que a ofensa à decisão cautelar na ADC nº 4/DF se faz presente – e viabiliza a reclamação – em todos os casos em que provimentos de urgência forem deferidos contra o Poder Público fora da regra do art. 1º da Lei nº 9.494/97, independente do momento processual em que ocorrer. Com todas as licenças, revela-se equivocado o entendimento propugnado pelo Supremo Tribunal Federal que nega vigência à norma legal – de indubitosa constitucionalidade – ao não reconhecer, obstando o seguimento e julgando improcedentes ações de reclamação, que as medidas de urgência concedidas em sentença se submetem ao regime próprio dos provimentos dessa natureza concedidos em face do Poder Público.

3 DO PRECEDENTE DA RECLAMAÇÃO Nº 1.459/RS E DAS TUTELAS ANTECIPADAS CONFIRMADAS EM SENTENÇA

A respeito do tema tutelas antecipadas em face do Poder Público e a sua concessão no corpo de sentenças, é importante analisar, ainda, a hipótese em que a medida de urgência tenha sido deferida no curso da demanda e, depois, confirmada em sentença. Nessas hipóteses, o Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento da Reclamação nº 1.459/RS¹¹, tem atestado o prejuízo da reclamação em face da superveniência da sentença que ratifica a medida de urgência.

Afigura-se relevante a análise acurada da questão versada no precedente em referência, na medida em que este constitui o parâmetro jurisprudencial invocado em inúmeras decisões do Supremo Tribunal Federal, a justificar a impossibilidade de que seja atestada a ofensa à decisão cautelar proferida no âmbito da ADC nº 04 quando haja decisão confirmando o deferimento de tutela antecipada no corpo de sentença.

Com efeito, na hipótese dos autos do mencionado precedente, a reclamação foi ajuizada em face de decisão proferida pelo Tribunal

11 Rel. p/ o acórdão Min. Sepúlveda Pertence.

de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que concedeu antecipação de tutela a policiais civis estaduais, de modo que os mesmos pudessem receber, de imediato, reajuste de vencimentos. Diante disso, o Estado do Rio Grande do Sul ajuizou reclamação, tendo como causa de pedir o descumprimento da ADC-MC nº 4, sendo a liminar deferida pela Suprema Corte para sustar os efeitos da decisão local.

Por ocasião do julgamento de mérito da reclamatória, reconheceu-se que o *decisum* liminar concedido pelo TJRS não havia produzido qualquer efeito prático em função da liminar anteriormente concedida pelo relator no âmbito do Supremo Tribunal Federal, já que a sentença prolatada na demanda originária julgou improcedente o pedido, cassando os efeitos da medida de urgência objeto da reclamação. Desse modo, julgou-se prejudicado o pleito formulado na reclamação pela superveniência da sentença de mérito, já que o provimento antecipatório não mais subsistia e não havia produzido qualquer efeito que caracterizasse ofensa ao acórdão da ADC nº 4/DF.

Como bem observou, no ponto, o Ministro Cezar Peluso, “*o julgamento da reclamação teria efeito prático, se não tivesse sido concedido efeito suspensivo da liminar; mas o foi, de modo que a liminar não atuou. Assim, não há o que preservar em termos de reclamação.*”

A despeito de ser essa a hipótese fática contida nas razões de decidir consignadas no acórdão da reclamação em análise, a ementa do julgado restou assim vazada:

A Ação Declaratória de Constitucionalidade 4 examinou hipótese de tutela antecipada: se há sentença de mérito - contra ou a favor da Fazenda Pública - não há o que preservar pela via da reclamação. A sentença de mérito prejudica a reclamação que se fundamenta na afronta à decisão da ADC ⁴.

Com efeito, a citada ementa parece não retratar com fidelidade a questão fático-jurídica versada no julgamento da reclamação, limitando-se a atestar a prejudicialidade da reclamação pela superveniência de provimento de mérito. De fato, para o caso narrado no precedente, a correção da solução jurídica assumida pelo Supremo Tribunal Federal é irrefutável.

Contudo, o raciocínio parece não ser procedente para os casos em que a tutela antecipada seja confirmada na sentença de mérito.

Embora seja inegável, pela lógica processual, que as decisões fundadas em cognição exauriente absorvam as de conhecimento sumário, o provimento de urgência permanece incólume, viabilizando ao beneficiário a execução provisória do comando judicial que o favorece. Se tal decisão versar sobre ordem de pagamento a ser cumprida pela Fazenda Pública, não se pode deixar de reconhecer, também pelas razões destacadas no item antecedente, que permanece a afronta ao que decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADC nº 4/DF e, por conseguinte, o interesse processual para a reclamação.¹²

Assim sendo, a solução jurídica que se orienta pelo reconhecimento da prejudicialidade das reclamações nesses casos é apegada, unicamente, a questões processuais, em prejuízo da utilidade do bem jurídico tutelado por esta ação constitucional, qual seja, a unidade e a legitimidade constitucional do sistema de tutelas de urgência legalmente concebido para as ações movidas em face do Poder Público.

Dessa forma, presente a lesão ao direito material das pessoas jurídicas de direito público, tal óbice processual poderia ser facilmente ultrapassado se o Supremo Tribunal Federal, diante da absorção de uma liminar por decisão de mérito que a ratifica – e diante do princípio da instrumentalidade das formas –, pudesse oportunizar à parte interessada o aditamento do pedido inicial de modo a redirecionar o objeto da demanda para o novel título judicial.

Outra solução possível seria a de se reconhecer que o vício imputado à decisão objeto da reclamação permanece incólume e que, portanto, mesmo diante de sua absorção pela sentença, ainda subsiste provimento judicial que afronta a autoridade da decisão com efeito vinculante, legitimando a procedência da reclamação. Tal hipótese não se constitui em absurdo processual, sendo, *v.g.*, assimilada pela jurisprudência dos Tribunais nos casos de *habeas corpus*, mandados de segurança e ações possessórias.¹³

12 A possibilidade de execução provisória da sentença de mérito que confirma a antecipação de tutela é reforçada pela regra insculpida no inciso VII do art. 520 do Código de Processo Civil, que afirma não ser dotada de efeito suspensivo a apelação interposta contra sentença com essas características.

13 Para as mencionadas ações constitucionais, registre-se a possibilidade de que os mesmos sejam conhecidos mesmo que impetrados, inicialmente, de modo preventivo e, no curso do feito, o ato que se reputa ilegal tenha se concretizado, remanescendo o interesse na anulação do mesmo, em caráter repressivo. Para o caso das ações possessórias, recorde-se a clássica lição sobre a *fungibilidade* das ações de manutenção e reintegração de posse com a de interdito proibitório (CPC, art. 920).

Em suma, diante de toda a argumentação expendida, o que não se pode conceber é que a força vinculante das manifestações do Supremo Tribunal Federal seja minimizada por exacerbado formalismo processual, em prejuízo da necessária unidade das manifestações do Poder Judiciário a respeito da constitucionalidade das leis.

Como se observa, a utilização pouco criteriosa do precedente da Rcl nº 1.459/RS tem imposto dificuldades às pessoas jurídicas de direito público, na medida em que, mesmo diante da indubitosa afronta ao acórdão da ADC nº 4/DF, têm seus pleitos reclamatórios afastados, de modo injustificado, pela Suprema Corte.

4 CONCLUSÕES

As altas atribuições conferidas pela Constituição da República ao Supremo Tribunal Federal – e a imperiosa necessidade da observância das decisões por ele proferidas – justificam e legitimam a utilização da reclamação constitucional como célere e eficaz mecanismo apto a assegurar a autoridade de suas decisões.

Nessa perspectiva, uma vez atestada pela Suprema Corte a legitimidade constitucional das restrições legais impostas à concessão de liminares em face do Poder Público, revela-se indispensável, a bem da eficácia, da unidade e da segurança que se espera das manifestações do Poder Judiciário, que não se imponham injustificáveis óbices processuais ao conhecimento das ações de reclamação, sob pena de, como já advertia o Min. Maurício Corrêa, em voto proferido no Agravo Regimental na Reclamação nº 1.880, “*tornar-se inócuo o controle constitucional realizado.*”

Como visto, presente a possibilidade de ser executada provisoriamente ordem condenatória fundada em tutela antecipada, em face do Poder Público, é indiscutível a violação à eficácia vinculante da decisão cautelar na ADC nº 4, abrindo espaço para a utilização de reclamação.

Todos esses argumentos estão a indicar que as conclusões externadas pelo Supremo Tribunal Federal a respeito do tema merecem revisão.

5 REFERÊNCIAS

BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela antecipada e ações contra o Poder Público (Reflexão quanto ao seu cabimento como consequência da necessidade de efetividade do processo)*. Integrante da obra coletiva *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **Reclamação constitucional no direito brasileiro**. Porto Alegre: Fabris, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003.

MORATO, Leonardo Lins. **Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SANTOS, Alexandre Moreira Tavares dos. Da reclamação. **RT 808/121-166**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.