

Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Acre



Nº 4

*Rio Branco - Acre
2004/2005*

SUMÁRIO

UNIDADE I – TESES

A Nova Ótica no Julgamento dos Recursos Excepcionais pelos Tribunais Superiores: Distinção entre Juízo de Admissibilidade e de Mérito.....	13
Híbrido de OSCIPS e OSS: Competência Legislativa dos Estados-Membros em Matéria de Direito Administrativo.....	33
Intervenção do Estado no Domínio Econômico por Participação: Sub-Regime Jurídico Funcional Interno das Empresas Estatais, sob a óptica da Dependência.....	59
O Licenciamento Ambiental de Posses Rurais na Amazônia.....	73
O Controle Interno de Constitucionalidade Exercido pelas Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal.....	88

UNIDADE II – MONOGRAFIAS

O Direito Civil Constitucional e os Princípios Norteadores do novo Código Civil como Pilares Fundamentais do Moderno Direito Privado: a Boa-Fé Objetiva e a Função Social.....	105
Prequestionamento no Recurso Extraordinário e Especial: Fundamentos Jurídicos para sua Exigência.....	119

UNIDADE III – ARTIGOS

O Novo Procedimento de Liquidação de Sentença e a Execução contra Fazenda Pública, com as modificações introduzidas pela Lei Federal n. 11.232 de 23.12.2005.....	155
Breves Comentários à Lei 11.187/05 Alterações na Sistemática do Recurso de Agravo.....	165
Análise das Diretrizes Curriculares do Curso Jurídico.....	175

UNIDADE IV - PALESTRA

O Desenvolvimento Econômico Sustentável do Estado do Acre e as Relações de Trabalho Decorrentes.....	185
Resenha sobre a palestra “Papel dos Juízes nas Democracias Constitucionais” segundo Ronald Dworkin.....	195

UNIDADE V – PARECER

Análise Interpretativa Acerca de Dispositivos da Lei de Licitações.....	203
---	-----

UNIDADE VI – PEÇAS

Reclamação Constitucional - STF - Constitucionalidade de Lei Estadual que Fixa o Valor para Fins de RPV.....	217
Embargos de Declaração, com Efeito Modificativo, e Prequestionatórios.....	229
Memorial para o STF – Incorporação de vantagens de cargo comissionado – Princípio da Estabilidade Financeira – Não existência de Direito Adquirido a Regime Jurídico.....	247

A Nova Ótica no Julgamento dos Recursos Excepcionais pelos Tribunais Superiores: Distinção entre Juízo de Admissibilidade e de Mérito

Marize Anna Monteiro de Oliveira Singui

Procuradora-Chefe do Centro de Estudos Jurídicos da PGE/AC; Diretora da Escola Superior do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública - IBAP/AC, Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Acre - UFAC, em convênio com a Universidade Federal de Minas Gerais e Pós-graduada "Latu Sensu" em Direito Público pela Faculdade Integrada de Pernambuco - FACIPE, em parceria com a Associação dos Procuradores do Estado do Acre - APEAC; Pós-Graduada pela Fundação Getúlio Vargas - FGV, em Poder Judiciário.

Maria Cesarineide de Souza Lima

Juiza do Tribunal do Trabalho da 14ª Região, Ex-Procuradora da PGE/AC; Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Acre - UFAC, em convênio com a Universidade Federal de Minas Gerais; Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Petrópolis; Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto Brasileiro em Direito Processual Civil; Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes-RJ e Pós-graduada "Latu Sensu" em Direito Público pela Faculdade Integrada de Pernambuco - FACIPE, em parceria com a Associação dos Procuradores do Estado do Acre - APEAC; Pós-Graduada pela Fundação Getúlio Vargas - FGV, em Poder Judiciário.

A NOVA ÓTICA NO JULGAMENTO DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES: DISTINÇÃO ENTRE JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE E DE MÉRITO

1 INTRODUÇÃO

1.1 JUSTIFICATIVA E RELEVÂNCIA DO TEMA

O presente estudo tem por escopo trazer à baila algumas reflexões em torno do procedimento peculiar que vinha sendo adotado pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, de não se distinguir o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito, na apreciação do recurso extraordinário e especial, no caso da letra “a”, inciso III, dos arts. 102 e 105 da CF, e as sérias conseqüências de ordem prática que gerava, porquanto só conhecia do recurso quando dava provimento a ele.

Vislumbra-se um feixe de luz nas recentes decisões proferidas no seio dessas Cortes Superiores, com a sinalização de mudança para um procedimento lógico e técnico, que ora se realiza, e a esperança de que nesse novo horizonte que se descortina se fortaleça de uma vez por todas a boa técnica processual e a moderna concepção do processo como um instrumento, e não um fim em si mesmo, mas um mero coadjuvante sendo o autor principal a efetividade processual.

É mister ressaltar que se trata de tema palpitante e de posta atualidade que, acreditamos, será útil ao operador do direito que milita perante as Cortes Superiores, pois não se trata de uma simples discussão terminológica, mas de importante questão do direito constitucional e processual, pelas graves conseqüências de ordem prática e jurídica a que ela conduz as partes recorrentes.

2 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE OS RECURSOS

2.1 ETIMOLOGIA DO VOCÁBULO

A palavra recurso é oriunda do latim *recursus*, que revela, segundo o magistério de Alcides de Mendonça Lima, a “idéia de voltar atrás, de retroagir, de curso ao contrário.”¹

Ensina Walter Vechiato Júnior, seguindo a orientação traçada por De Plácido e Silva, que o recurso tem dois sentidos no mundo jurídico: estrito e amplo, consoante se vê pela lição abaixo transcrita:

Em sentido amplo, recurso é toda ação fundada em lei, para proteger ou defender um direito ameaçado ou violentado. Ação é o direito de ver uma pretensão analisada em juízo (José Frederico Marques). Esta pretensão consiste na exigência de subordinação do direito alheio ao próprio. Assim violado um direito pessoal ou real, nasce a pretensão material contra o sujeito passivo, cuja recusa para atendê-la gera o direito de ação, com a qual o sujeito ativo provoca a intervenção estatal para a prestação da tutela jurisdicional (...).

Em sentido estrito, recurso é o prolongamento do exercício do direito de ação e defesa que provoca o reexame dos autos no mesmo juízo ou em outro órgão jurisdicional, com fito de um novo pronunciamento jurisdicional sobre o mesmo tema, que anula ou reforma aquele anteriormente proferido (recurso propriamente dito).²

2.2 CONCEITO

O Código de Processo Civil, malgrado estabeleça conceitos de institutos jurídicos processuais diversos, o que é impróprio³, não fornece a definição de recursos.⁴

¹ Cf. Sistema de normas gerais dos recursos cíveis, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A, 1963, p. 121.

² In Tratado dos Recursos Cíveis (2000). São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, p. 9.

³ Diz Nelson Nery Jr., op. cit., p. 168, que Savigny já alertava “do perigo representado pela codificação completa do direito com as respectivas definições, no sentido de que isto representaria o pensamento atual da ciência jurídica, impedindo, por assim dizer, a evolução material e progressiva dessa mesma ciência.”

⁴ Cf. Nelson Nery Jr., op. cit. p.168-169.

Entretanto, na doutrina, encontramos diversos conceitos fornecidos pelos autores de escol, sendo oportuno, aqui, transcrever os ensinamentos mestres a seguir citados.

Com peculiar maestria o Professor Barbosa Moreira conceitua o recurso da seguinte forma: “(...) pode-se conceituar recurso, no direito processual civil brasileiro, como remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna.”⁵

Por sua vez, Walter Vechiato Júnior tem a seguinte conceituação de recurso:

Recurso é o ato processual voluntário praticado na mesma relação jurídica processual que enseja o reexame do pronunciamento jurisdicional impugnado, obsta a preclusão ou o trânsito em julgado e prorroga o exercício do direito de ação e defesa em superior grau de jurisdição.⁶

Pelas conceituações transcritas, vislumbra-se que o recurso é instrumento processual voluntário, destinado a provocar o reexame de um *decisum* e, por conseguinte proceder à correção do desvio jurídico porventura existente, pela autoridade competente, obstando ou retardando ao trânsito em julgado ou à preclusão da decisão guerreada.

2.3 FUNDAMENTOS

Por sua vez, o interesse que impulsiona a parte vencida a recorrer, de modo geral, pode dar-se pela falibilidade humana – já que a difícil arte de julgar não é realizada por máquina infalível de produzir decisões perfeitas e corretas, mas por ser humano, passível de erros e falhas; pela irresignação natural do homem de insurgir-se contra uma decisão que lhe seja desfavorável ou, ainda, pela busca incansável de justiça, pois é alimentada a crença de que quanto mais for analisada uma decisão, maior é a probabilidade de uma justiça perfeita, como diz Ada Pellegrini Grinover.⁷

Entrementes, na doutrina, tanto no decorrer do tempo como nos dias atuais, os recursos sempre foram alvos de calorosas discussões no tocante a sua adoção ou não pelas legislações, dada a dificuldade de estabelecer-se um ponto de equilíbrio entre a rápida solução dos conflitos e a segurança na entrega da prestação jurisdicional.

A alternativa adotada pelos ordenamentos jurídicos, segundo Barbosa Moreira, foi propiciar remédios, restringindo, no entanto, “os casos e as oportunidades”⁸, já que não é possível afastar-se a possibilidade de erro. O que se tem que buscar, como observa o ilustre processualista, é “o justo ponto de equilíbrio.”⁹

2.4 MEIOS DE IMPUGNAÇÃO

A parte interessada pode impugnar as decisões judiciais por intermédio dos recursos e das decisões autônomas de impugnação. Estas, em regra, dirigem-se contra decisões transitadas em julgado, como por exemplo, a ação rescisória. Os recursos, ao contrário, voltam-se contra decisões que ainda não transitaram em julgado.

A principal diferença entre eles, todavia, reside no fato de que as ações impugnativas originam uma nova relação jurídica processual, instaurando, portanto, processo diverso daquele em que a decisão hostilizada foi proferida. Ao passo que os recursos são propostos endoprocessualmente, ou seja, dentro da mesma relação jurídica processual, não sendo, assim, necessária a instauração de novo processo.¹⁰

⁵ Comentários ao Código de Processo Civil, v. 5, 9. ed., Forense, 2001, p. 233.

⁶ In Tratado dos Recursos Cíveis (2000). São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, p. 161.

⁷ Cf. O Processo em evolução, p. 64, Apud. Maria Cesarineide Souza Lima. Monografia intitulada Medida Judicial Cabível para dar efeito suspensivo ao recurso especial e ao recurso extraordinário, publicado na Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Acre, 1ª edição, 2001, p.91.

⁸ Cf. Seus Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, Ed. Forense, v. 5, p. 97 e 227.

⁹ Cf. José Carlos Barbosa Moreira. Reformas do CPC em matéria de recursos, Temas de Direito Processual, Oitava série, S. Paulo: Saraiva, 2004, p. 143.

¹⁰ Cf. Barbosa Moreira, op. cit., p. 230. Nelson Nery Jr., Princípios fundamentais – Teoria geral dos recursos, Revista dos Tribunais, p. 175, 189 e 190.

2.5 CLASSIFICAÇÃO

Os recursos são classificados de diferentes modos e critérios pelos doutrinadores. Para fins deste trabalho se abordará apenas a classificação dos recursos de fundamentação livre, fundamentação vinculada, ordinários e extraordinários.¹¹

Como se sabe, é imprescindível que os recursos sejam fundamentados. Fundamentar a decisão é tecer críticas à mesma.¹² Em certas situações, a Lei limita as críticas feitas à decisão recorrida, em outros casos, não.

Assim, no recurso de fundamentação livre, a Lei não restringe a liberdade da parte de dirigir quaisquer críticas à decisão hostilizada, por não terem elas nenhuma influência para a admissão do recurso.¹³

No tocante ao recurso de fundamentação vinculada, as críticas contra a decisão combatida são aquelas elencadas taxativamente pela Lei, pois o cabimento do recurso bem como a sua admissibilidade depende de erro típico.¹⁴ A Lei também exige outros pressupostos, *v.g.* recurso extraordinário.

No que tange aos recursos “ordinários” ou “comuns”¹⁵ são uma garantia do duplo grau de jurisdição. Para serem admitidos basta que haja sucumbência, pois não requerem pressupostos específicos, nem possuem forma procedimental muito rígida. Permitem discussão de matéria fática e de direito. O objeto imediato desses recursos é proteger o direito subjetivo das partes contra decisão judicial, injustiça ou que contenha algum vício.¹⁶

Já os recursos extraordinários, denominados, também, de recursos de direito estrito, “especiais” ou “excepcionais”, não se constituem em terceiro ou quarto grau de jurisdição, visto que além da sucumbência, apresentam exigências especiais todas previstas na Lei Maior, para serem admitidos. Eles não são, portanto, considerados como uma garantia do duplo grau de jurisdição, nem adequados para se discutir matéria de fato¹⁷, ou corrigir possíveis injustiças. A forma desses recursos é bastante rígida. Têm por objeto imediato resguardar o direito objetivo, especificamente a Constituição, tratados e leis infraconstitucionais. Somente de forma indireta é que protegem o direito subjetivo da parte. São incluídos nessa classe, o recurso extraordinário, o especial e os embargos de divergência, estes por serem considerados uma extensão dos dois primeiros recursos citados.

2.6 DOS EFEITOS DECORRENTES DOS RECURSOS

Na doutrina não há unanimidade no que tange a descrição dos efeitos decorrentes dos recursos, exceto no ponto em que eles obstam ou retardam ao trânsito em julgado ou à preclusão da decisão guerreada.¹⁸ Nelson Nery Júnior, todavia, entende que a interposição do recurso, em verdade, retarda e adia a coisa julgada, “**pois esta circunstância é consequência do princípio da inevitabilidade.**”¹⁹ Este efeito decorre do próprio efeito devolutivo, estando, portanto, presente em todos os recursos.²⁰

A mais tradicional da classe dos efeitos é a do devolutivo e suspensivo. A mais recente é a dos efeitos: translativo, expansivo e substitutivo.

Para os limites deste estudo apreciaremos apenas o efeito suspensivo, devolutivo, translativo e substitutivo.

¹¹ Favorável a essa classificação: Nelson Luiz Pinto, *op. cit.*, p. 34. ver em contrário: Barbosa Moreira, *op. cit.*, p. 252.

¹² Barbosa Moreira, *op. cit.*, p. 250.

¹³ Cita-se, como exemplos: apelação; agravo de instrumento e recurso ordinário constitucional, conforme exemplifica Walter Vecchiato Júnior in *Tratado dos Recursos Cíveis* (2000). São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, p. 171.

¹⁴ *Ibid.*, p. 251.

¹⁵ Rodolfo Camargo Mancuso – Recurso extraordinário e recurso especial, p. 76.

¹⁶ Estão elencados no art. 496, inciso I a V, do CPC, quais sejam: apelação, agravo, embargos infringentes, embargos de declaração e recurso ordinário”, cf Nelson Luiz Pinto, *op. cit.*, p. 36.

¹⁷ Oreste Nestor de Souza Laspro, *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*, p. 158.

¹⁸ Barbosa Moreira, *op. cit.*, p. 254.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 176.

²⁰ Barbosa Moreira, “Recursos (Direito Processual Civil)”, verbete no *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, de Carvalho Santos, v. 45/100.

1º. Efeito suspensivo – antes da propositura do recurso, dá-se à manifestação deste efeito, pela simples expectativa de sua propositura, que por si só já inibe a produção de efeitos da decisão. A interposição do recurso torna duradouro esse efeito, que terminaria se acaso o recurso não fosse proposto no prazo legal.²¹

Nelson Nery Junior com muita propriedade assevera que a suspensividade diz respeito mais à recorribilidade, já que o efeito suspensivo tem seu início com a publicação da sentença e continua até que se esgote o prazo para interposição do recurso ou se prolonga até o julgamento do recurso efetivamente interposto, ao qual a lei confere efeito suspensivo.²²

No sistema do Código de Processo Civil Brasileiro, a regra geral é os recursos terem efeitos suspensivos. A não-suspensividade é expressa pela lei. Não só a execução provisória é impedida pelo efeito suspensivo como ainda toda eficácia da decisão, ressalvadas, no entanto, as situações especiais previstas em Lei.

2º. Efeito devolutivo - por meio deste efeito, a matéria impugnada no recurso é devolvida ao conhecimento do órgão judiciário superior àquele que a proferiu. Segundo Tereza Arruda Alvim Wambier²³ dá-se a devolutividade ainda que a matéria seja devolvida ao mesmo juízo que prolatou a decisão, como ocorre, por exemplo, nos embargos de declaração.²⁴ Este efeito é inerente a qualquer recurso.

Para Nelson Nery Junior o efeito devolutivo tem sua gênese no princípio dispositivo, ou seja, somente se devolve ao tribunal matéria que o recorrente efetivamente impugnou e sobre a qual pede nova decisão, não podendo o órgão *ad quem* julgar além do que lhe foi pedido na esfera recursal.²⁵

3º. Efeito translativo – quebra a regra do sistema processual recursal no sentido de restringir do órgão *ad quem* o julgamento além do que foi pedido no recurso, pois possibilita ao magistrado julgar fora do que consta das razões ou contra-razões do recurso, de ofício, questões de ordem pública a qualquer tempo e grau de jurisdição (CPC, arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC), por ser conseqüência dos princípios inquisitório e publicista do processo.

Por força do art. 515, parágrafos 1º e 3º do CPC, as questões de ordem pública não decididas pelo juízo *a quo*, ficam transferidas ao tribunal destinatário do recurso de apelação.

Os doutrinadores asseveram que, em regra, não há efeito translativo nos recursos excepcionais, posto que seus regimes jurídicos estão consignados no texto constitucional que diz serem cabíveis das causas decididas pelos tribunais inferiores. Na hipótese do tribunal não se manifestar sobre questão de ordem pública, somente mediante ação autônoma poderá ser alegada referida questão, por força das Súmulas do STF 282 e 356, que exigem o prequestionamento da questão constitucional ou federal.

4º. Efeito substitutivo – está previsto no art. 512, do Código de Processo Civil. Para que a substituição se configure é mister que o juízo *ad quem* aprecie o mérito do recurso.

Esclarecedora é a lição de Nelson Nery Junior sobre as hipótese de ocorrência do efeito substitutivo, conforme se vê abaixo transcrito:

No caso de provimento como no de improvimento, somente existe efeito substitutivo quando o objeto da impugnação for *error in iudicando* e, portanto, o tribunal *ad quem* tiver de manter ou reformar a decisão recorrida. Quando, ao contrário, se tratar de recurso com ataque *error in procedendo* do juiz, a substitutividade somente ocorrerá se negado provimento ao recurso, pois, se este for provido, anulara a decisão recorrida e por óbvio não poderá substituí-la.²⁶

²¹ Barbosa Moreira – Comentários ao Código de Processo Civil, p. 255. No mesmo sentido Arruda Alvim – Repró 48/22.

²² “Essa condição suspensiva, portanto, se opera mesmo antes da interposição do recurso. Para os recursos previstos sem efeito suspensivo, o raciocínio não se aplica e a decisão, tão logo é publicada, passa a produzir efeitos, ensejando inclusive sua execução provisória (CPC 587)” (In Teoria geral dos recursos (2004). 6ª ed. Atualizada e reformada. São Paulo : Revista dos Tribunais, p. 446).

²³ O novo regime do agravo, 2. ed., p. 191-192. Teoria geral dos recursos, Repró 58, p. 150-156.

²⁴ No mesmo sentido Nelson Nery Jr., Princípios Fundamentais, p. 177. Contrário: José Carlos Barbosa Moreira, em seus comentários ao CPC, p. 257.

²⁵ Segundo Nelson Nery Junior, o efeito devolutivo prolonga o procedimento, pois faz com que o processo fique pendente até que a decisão judicial não mais seja impugnada, que pela inércia da parte em não interpor recurso, quer pelo esgotamento da instância recursal (in Teoria geral dos recursos (2004). 6ª ed. Atualizada e reformada. São Paulo : Revista dos Tribunais, p.432).

²⁶ In Teoria geral dos recursos (2004). 6ª ed. Atualizada e reformada. São Paulo : Revista dos Tribunais, p.489.

Assim, se o recurso não for conhecido inexistirá o efeito substitutivo, prevalecendo a decisão prolatada pelo juízo *a quo*.

3 JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE E JUÍZO DE MÉRITO

Preleciona Barbosa Moreira que todo ato processual postulatório deve ser visto sob dois prismas: no primeiro deve-se verificar se estão presentes as exigências estabelecidas pela lei para que o órgão judicial possa apreciar o conteúdo da pretensão formulada, num segundo passo, analisa se há fundamento ou não, para acolhê-la ou rejeitá-la.

Para a propositura de recurso, imprescindível se faz o preenchimento dos requisitos extrínsecos e intrínsecos.²⁷ O exame desses requisitos é denominado de juízo de admissibilidade ou prelibação.²⁸

Para Humberto Theodoro Júnior subordina-se a admissibilidade do recurso a determinados requisitos: subjetivos e objetivos. O primeiro requisito diz respeito às pessoas legitimadas a recorrer. O segundo diz respeito aos pressupostos do recurso: a) a recorribilidade da decisão; b) a tempestividade do recurso; c) a singularidade do recurso; d) a adequação do recurso; e) preparo; f) motivação; e g) a forma.²⁹

Juízo de admissibilidade é aquele que antecede cronológica e necessariamente o juízo de mérito e passa por um duplo controle, primeiro pelo juízo *a quo* e, em seguida, pelo juízo *ad quem*, que deve declarar a presença ou ausência dos requisitos imprescindíveis ao julgamento do mérito do recurso.

O efeito desse juízo de admissibilidade varia de acordo com o órgão que a examina e o sentido da decisão. Sendo positivo – recebido, portanto, o recurso pelo juízo *a quo* - o efeito dessa decisão é apenas

de encaminhá-lo para o juízo *ad quem* que poderá reexaminá-la. Se este segundo juízo também se pronunciar pelo conhecimento do recurso³⁰, aberta estará a via de acesso para a apreciação do seu mérito. Porém, se este for negativo, esgota-se o acesso ao mérito.

Assim, juízo de admissibilidade positivo é aquele pelo qual o juízo recorrido “recebe” ou o tribunal de destino “conhece” o recurso interposto, por estarem presentes todos os requisitos de admissibilidade; já o negativo, implica, respectivamente, o não recebimento³¹ ou não conhecimento do recurso, tendo em vista a ausência de um ou mais requisitos de prelibação.

A decisão sobre o juízo de admissibilidade positivo ou negativo é interlocutória e tem cunho declaratório; o juiz declara a admissão ou a inadmissão do recurso.³²

O juízo primeiro de admissibilidade é provisório, não vincula o segundo juízo de admissibilidade, que dará seu pronunciamento definitivo sobre a matéria.

A passagem do juízo de admissibilidade para o juízo de mérito, como se sabe, não significa que o recurso será acolhido. No juízo de mérito é que se verifica se o recorrente tem ou não razão, ou seja, se há existência ou inexistência do fundamento postulado.

Sendo conhecido o recurso, mas tendo o juízo *ad quem* entendido ser infundada a impugnação, significa que se negou provimento ao recurso, prevalecendo, via de consequência, a decisão prolatada no juízo *a quo*. Na hipótese, porém, do órgão *ad quem* entender ser fundada a impugnação, dá-se o provimento ao recurso.

²⁷ Requisitos intrínsecos são atinentes à própria existência do poder de recorrer: o cabimento, a legitimação, o interesse e a inexistência de fato impeditivo ou extintivo, enquanto que os requisitos extrínsecos referem-se ao modo de exercê-lo: a tempestividade, a regularidade formal e o preparo, como preleciona acertadamente Barbosa Moreira. Cf. Comentários ao Código de Processo Civil, v. 5, 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 262/263.

²⁸ Prelibação ou admissibilidade são denominações dadas por Walter Vechiato Júnior, in Tratado dos Recursos Cíveis (2000). São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, p. 199.

²⁹ In Curso de Direito Processual Civil (1997). São Paulo: Editora Forense, volume I, 20ª edição, p.555/6.

³⁰ Segundo Barbosa Moreira: “conhece-se do recurso”, quando positivo o resultado, isto é, quando o órgão entende concorrerem todos os requisitos necessários para tornar o recurso admissível; “não se conhece do recurso” quando, diversamente considera o órgão que algum (ou mais de um) daqueles requisitos. Já o resultado do juízo de mérito acha expressão noutra par de fórmulas: “dá-se provimento” ao recurso, quando se apura que assiste razão ao recorrente (isto é, que sua impugnação é fundada); na hipótese contrária, “nega-se provimento” ao recurso.” Temas de Direito Processual, Sexta Série, S. Paulo: Saraiva, 1997, p.125 e seguintes.

³¹ Tranca a possibilidade do recurso ser encaminhado à instância superior, obstando a análise do mérito recursal.

³² Segundo, Walter Vechiato Júnior, in Tratado dos Recursos Cíveis (2000). São Paulo : Editora Juarez de Oliveira, p.200.

É importante observar que a decisão do juízo *ad quem*, ao apreciar o mérito do recurso, substitui a decisão recorrida. Isso deixa de ocorrer, porém, se o recurso não for admitido/conhecido.

4 O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL E DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Os pressupostos gerais do recurso especial e do recurso extraordinário são os mesmos pertinentes aos demais recursos, quais sejam: legitimação, competência, tempestividade, sucumbência, regularidade formal, inexistência de fato extintivo ou impeditivo do poder de recorrer e preparo. A estes, entretanto, acrescentam-se os pressupostos específicos, de natureza constitucional, previstos nos arts. 102 e 105 da Carta Política Brasileira.

O manejo desses recursos excepcionais, nas hipóteses previstas nas alíneas “b” e “c” dos citados dispositivos, não oferecem maiores dificuldades práticas na sua admissibilidade pelo STJ e STF, estando preenchidos, logicamente, os demais requisitos exigidos pela lei, dada a redação técnica delas ser adequada ao fixar os pressupostos de cabimento, sendo indiferente que a decisão recorrida seja certa ou errada.

À guisa de ilustração é oportuno trazer à baila exemplo fornecido por Barbosa Moreira quando ele afirma que, no caso da propositura de recurso especial, pela letra “c”, III, do art. 105, da CF:

(...) acórdão que deu à lei federal interpretação divergente da adotada por um outro tribunal não é, necessariamente, acórdão errado: sua interpretação será talvez preferível à do acórdão do outro tribunal. A presença da característica apontada na letra c não implica que o recorrente tenha razão em pleitear a reforma ou a anulação do do acórdão recorrido, a fim de que prevaleça a interpretação dada à lei federal pelo acórdão de que aquele divergiu. É perfeitamente possível que a divergência haja de resolver-se em favor do acórdão recorrido, que interpretou a norma de maneira correta.³³

De fato, nessas hipóteses basta que o recorrente demonstre³⁴ que a decisão recorrida, no caso do recurso extraordinário, declara à inconstitucionalidade de tratado ou lei local e julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição. No tocante ao recurso especial deve a decisão vergastada julgar válida a lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal, e dar à lei federal interpretação diversa da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Desse modo, o que ele precisa demonstrar, para a admissibilidade do recurso, é que a decisão hostilizada coincida com as situações previstas nas letras “b” e “c”, III, dos arts. 102 e 105, do Texto Maior, não tendo, desse modo, necessidade de provar que elas têm fundamento ou não, porque isso é matéria para ser apreciada no juízo de mérito do recurso.

Nesse diapasão, manifesta-se, com muita propriedade, Barbosa Moreira:

(...) nas letras “b” e “c” se usou técnica bem adequada à fixação de pressupostos de cabimento recurso extraordinário, isto é, de circunstâncias cuja presença importa para que dele se conheça, mas cuja relevância não ultrapassa esse nível, deixando intacta a questão de se saber se ele deve ou não ser provido.³⁵

Todavia, essas espécies “axiologicamente neutras”³⁶ das letras acima mencionadas não ocorrem no caso da letra “a”, III, dos arts. 102 e 105, da Carta Política, que traz em seu bojo um “juízo de valor” em virtude da má redação técnica. Isto porque o termo contrariar a

³³ Cf. José Carlos Barbosa Moreira. Juízo de admissibilidade e juízo de mérito no julgamento do recurso especial. Temas de Direito Processual. Quinta Série, S. Paulo: Saraiva, 1994, p.131.

³⁴ Nelson Nery Júnior e Rosa Nery entendem que por demonstração do cabimento deve se entender que “não é preciso discutir o mérito do recurso, bastando o recorrente sustentar a existência dos requisitos constitucionais para o cabimento do RE ou Resp. A efetiva violação da CF ou da lei federal é o mérito do recurso”. Cf. Comentários do Cód. P. Civil, 5. ed., 2001, nota 6 ao art. 541 do CP.

³⁵ Cf. Comentários ao Código de Processo Civil, 10. ed., v. 5, 2002, p. 577.

³⁶ Expressão usada por Barbosa Moreira.

Constituição, tratado ou lei federal contempla um juízo valorativo, constatado por Barbosa Moreira desde a Constituição anterior, o que “implica por si só que o recorrente tem razão em pleitear a reforma ou a anulação do acórdão recorrido.”³⁷

Trata-se, portanto, de uma situação paradoxal: se o STF e STJ entendem que houve contrariedade estarão em sede de juízo de mérito e, se entenderem que a simples afirmação da contrariedade basta, o constituinte teria usado de uma expressão por demais ampliativa.³⁸

Entendemos que se adiantar o juízo de mérito, sem examinar o juízo de admissibilidade, não é razoável, já que este antecede logicamente aquele. Dessa forma, correta é a solução apontada por Barbosa Moreira para esse equívoco terminológico:

Requisito de admissibilidade será, então, a mera ocorrência hipotética (isto é alegada) do esquema textual: não se há de querer, para admitir o **recurso extraordinário** pela letra a, que o recorrente prove desde logo a contradição real entre a decisão impugnada e a Constituição da República; bastará que ele a argua. Do contrário, insista-se, estaremos exigindo, ao arrepio da técnica e da lógica, que o recurso seja procedente para ser admissível (...).³⁹

No mesmo sentido, se manifesta-se o ilustre autor, no tocante ao juízo de admissibilidade do recurso especial, interposto com fulcro na letra “a”, III, do art. 105 da Lei Fundamental:

A solução não parece difícil. Basta que se abandone o apego à literalidade - aqui talvez mais funesto que alhures - na interpretação da letra “a” do art. 105, nº III. Deve ler-se o texto de tal maneira que se reduza à sua dimensão própria o elemento valorativo introduzido na descrição do “tipo”. A leitura correta é a seguinte: compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, *quando o recorrente alegar* que a decisão recorrida contrariou lei federal. Semelhante entendimento é o único suscetível de arrumar logicamente o sistema e de livrar do pesadelo o Superior Tribunal de Justiça.⁴⁰

Constata-se, assim, que basta a simples alegação de contrariedade à Constituição ou Lei Federal para a admissão dos recursos excepcionais, estando presentes os demais requisitos necessários, como preleciona, mais uma vez, o eminente mestre:

Todo recurso especial em que o recorrente alegue que o acórdão recorrido contrariou tratado ou lei federal é, por esse aspecto, admissível; e, se não lhe faltar outro requisito de admissibilidade, dele deve conhecer o Superior Tribunal de Justiça, para em seguida, examinar-lhe o mérito, provendo-o ou desprovendo-o conforme entenda, respectivamente, que o acórdão recorrido na verdade contrariou ou não o tratado de lei federal.⁴¹

O caminho indicado por Barbosa Moreira, trilhado por outros processualistas de escol,⁴² foi confirmado na nova redação dada ao art. 541, do estatuto processual civil, pela Lei nº 8.950/94, ao exigir, na propositura do recurso especial e do recurso extraordinário, que o recorrente demonstre o cabimento da impugnação ao Presidente ou vice-Presidente do juízo *a quo*, que poderá admiti-lo ou não. Em sendo admitido, o recurso subirá a uma das Cortes Superiores, conforme o caso, para apreciação.

³⁷ Cf. José Carlos Barbosa Moreira, Juízo de admissibilidade e juízo de mérito no julgamento do recurso especial. Temas de Direito Processual, Quinta Série, S. Paulo Saraiva, 1994, p. 131 e seguintes.

³⁸ Cf. Rodolfo Camargo Mancuso, Recurso Extraordinário e Recurso Especial. 6. ed., S. Paulo: RT, 1999, p.149.

³⁹ Cf. Comentários, ob. e cits., 10. ed., 2002, p.578-579.

⁴⁰ Cf. Temas de Direito Processual, Sexta Série, S. Paulo: Saraiva, 1997, p. 128.

⁴¹ Cf. Juízo de admissibilidade e o juízo de mérito no julgamento do recurso especial.

⁴² Tereza Arruda Alvim Wambier, Nulidades da sentença, p. 171; Nelson Nery Júnior, Princípios fundamentais do processo – Teoria Geral dos recursos, p. 201-202; Rodolfo Camargo Mancuso, Recurso Extraordinário e recurso especial, p. 113-115. José Miguel Garcia Medina, O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial, p. 141. Gleydson Kleber Lopes de Oliveira, Recurso especial, p. 233. Entendendo que a contrariedade ter que ser razoável, Nelson Luiz Pinto, Recurso Especial para o STJ, p. 120 e Manual dos recursos cíveis, p. 121.

5 PROCEDIMENTO QUE VINHA SENDO ADOTADO PELO STF E STJ

Há vários anos o Supremo Tribunal Federal não vinha fazendo distinção entre o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito, na apreciação do recurso extraordinário proposto com fundamento em contrariedade à Constituição, por ter adotado um procedimento próprio, só conhecia do recurso quando dava provimento a ele.

Por outro lado, mesmo quando ele adentrava no mérito do recurso, mas se não o provia, deixava de conhecê-lo, o que gerava sérias conseqüências de ordem prática para a parte como, por exemplo, distinguir qual o juízo competente para apreciar uma possível ação rescisória.

Esse procedimento do STF também foi seguido pelo STJ na hipótese da alínea “a”. O STJ só conhecia do recurso se fosse para provê-lo, caso em que a decisão recorrida tenha contrariado tratado ou lei federal, ou lhe negado a vigência. Se não fosse para dar provimento, o STJ deixava de conhecer do recurso, simplesmente.⁴³

Tal entendimento, com a devida vênia, inverte a ordem lógica com que os juízos de admissibilidade e de mérito devem ser analisados. Ao invés de se apreciar primeiramente o juízo de admissibilidade, ultrapassa-se este para se examinar o de mérito. Examinado este, se não for constatado ofensa ao tratado ou lei federal, o Tribunal não conhece do recurso.

Cuida-se, assim, de uma situação paradoxal: o STJ, assim como o STF, além de inverter a ordem dos juízos, examinar se o recorrente tem ou não razão, diz que não conhece do recurso.

Com o devido respeito que merecem nossas Cortes Superiores, essa fórmula adotada destoa do comando estabelecido nos arts. 560 e 561 do CPC, que prescreve no julgamento de qualquer recurso há de observar-se à ordem lógica: o juízo de admissibilidade, preliminar de mérito, deve por força precedê-lo.

Assim sendo, conjugamos com o entendimento dos doutrinadores que apregoam, nessa hipótese, que os Tribunais Superiores realizam, em verdade, juízo de mérito. Dessa maneira, melhor seria se dar ou se negar provimento ao recurso interposto.

É importante enfatizar que a falta de distinção entre os juízos de admissibilidade e de mérito, não é uma simples questão terminológica ou “puro e simples escrúpulo técnico”, já que as “distinções conceptuais são importantes na medida em que geram conseqüências práticas de relevo”, como observa, com muita precisão, Barbosa Moreira:

Quando não se conhece do recurso, a decisão do órgão *ad quem* não substitui a do órgão *a quo*; nem se conceberia que a substituísse, pois uma e outra têm objetos diversos. Se o órgão *a quo* julgou o mérito da causa, é a sua decisão que produz coisa julgada material; a do órgão *ad quem*, não versando sobre o mérito, não possui aptidão para produzi-la. Se o órgão *a quo* proferiu condenação, é a sua decisão *a quo*, na falta de cumprimento voluntário pelo vencido, serve de título para a execução; a do órgão *ad quem* só assumirá tal qualidade, eventualmente, quanto a condenação acessória que porventura imponha (por exemplo, no tocante às custas do procedimento recursal), nunca em relação ao capítulo principal, que, nela, não é condenatório.⁴⁴

Assinala, outrossim, o conceituado processualista carioca, que nos termos do art. 485, *caput*, do Código de Processo Civil, jamais será cabível ação rescisória para desconstituir acórdão que não haja conhecido do recurso. “Rescindível será, caso contenha vício típico, previsto em algum dos incisos, a decisão recorrida. O ponto relevantíssimo, entre outras coisas, para a determinação da competência”.

De fato, a questão da competência nesse caso é bastante complicada, porque, em verdade, o STF e o STJ, na praxe que vinha sendo adotada pela jurisprudência deles, apreciavam o mérito do recurso e, ao constatar que não houve ofensa a Constituição ou a lei infraconstitucional, dele não se conhecia. Isso causava uma dúvida atroz ao operador do direito não só quanto ao objeto do pedido, como ao juízo competente para conhecer de uma possível ação rescisória.

⁴³ RSTJ 78/177.

⁴⁴ Barbosa Moreira. Temas de Direito Processual. Sexta Série, S. Paulo: Saraiva, 1997, p. 129.

Nesse ponto, o STF, quando era competente, para conhecer de recurso em sede de legislação infraconstitucional, buscando contornar esse problema, editou a súmula 249: “É competente o Supremo Tribunal Federal para ação rescisória quando, embora não tenha conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida.”

Essa súmula foi criticada por Barbosa Moreira, haja vista que a apreciação de questão federal controvertida era – e é - a mesma coisa que julgar o mérito do recurso extraordinário. Como disse o processualista: “tentou-se corrigir um erro por meio de outro!”⁴⁵

Outro problema processual criado, em virtude da confusão entre o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito pelos Tribunais superiores, afeta diretamente ao recurso extraordinário adesivo, pois este não é conhecido se o recurso principal não o for, conforme preceitua o art. 500, caput, inciso III, do CPC.

Em decorrência de todos esses problemas jurídicos substanciais e relevantes, a doutrina, iniciada por Pontes de Miranda⁴⁶ e capitaneada por Barbosa Moreira, inconformada com o procedimento criado pelos Tribunais Superiores, assim se insurgia:

Em hipótese alguma é dado à Corte deixar de observar a necessária precedência do juízo de admissibilidade sobre o juízo de mérito, e menos ainda misturá-los. Sempre é de rigor, primeiro, apurar se o recurso é ou não admissível (que dizer cabível e revertido dos outros pressupostos de admissibilidade), e por conseguinte se dele se há ou não de conhecer, no caso afirmativo, depois, já no plano de mérito, investigar se o recurso é ou não procedente (em outras palavras: se o recorrente tem ou não razão em impugnar a decisão do órgão inferior), e por conseguinte se lhe deve dar ou negar provimento. Não obstante a técnica peculiar (e imprópria) usada pelo legislador constituinte ao redigir a letra a do artigo 102, n. III, e os dispositivos correspondentes em constituições anteriores (cf., supra, o comentário n. 319 ao art. 541), o julgamento dos recursos nela fundados à de obedecer a mesma sistemática se desprezar a distinção entre as duas etapas. É inadequada a maneira porque o Supremo Tribunal Federal costuma pronunciar-se a cerca desses recursos, dizendo que deles ‘não conhece’ quando entende inexistir a alegada infração. Desde que se examine a federal *question* suscitada pelo recorrente, isso significa que se julga o recurso de *meritis*, pouco importado que se acolha ou se repila a impugnação feita decisão recorrida; em casos tais, o que se deve dizer é que se conheceu do recurso e, respectivamente, que se lhe deu ou negou provimento.”⁴⁷

No âmbito do próprio Supremo houve oposição a essa prática singular. Vale aqui destacar o voto prolatado pelo ministro Edmundo Lins no julgamento dos Embargos no Recurso Extraordinário nº 1.337, de 21-9-1921, onde ele coloca, com muita coerência, que conhece de todo recurso proposto naquela Corte Maior, com fundamento em dispositivo constitucional, que o admita, bem como naqueles casos tomados por termo e que tenha sido protocolado em tempo hábil. Diz o Ministro: “Tudo o mais já não é questão preliminar, mas mérito da causa. Com efeito, preliminar, como a própria palavra o está a dizer, é a questão que se resolve antes de se examinar e resolver a relativa matéria principal, sobre que versou a ação, deduzida e Juízo, ou sobre que recai o recurso: é o que se resolve antes desse exame, por se delle, *in totum* independente.”⁴⁸ (*ipsis litteris*)

Mais adiante, indaga o Ministro, em seu voto:

Si, porém, a parte invocar um caso, e que, em tese, caiba o recurso, mas, nessa tese se não compreender a hipótese ainda assim conhecerei o mesmo recurso!
É claro, claríssimo, que sim; porquanto, sem examinar a litis-contestação e a sentença, não poderei decidir a questão ventillada; isto é, si a these se adapta ou não ao caso concreto.

⁴⁵ Cf. Questões de Técnica de Julgamento nos Tribunais. Revista Dialética de Direito Processual nº 12, p. 63.

⁴⁶ Cf. Comentários ao Código de Processo Civil, t. 8, Rio de Janeiro-S. Paulo, 1975, p.196 e seguintes, e Tratado da Ação Rescisória, 5. ed., Rio de Janeiro, 1976, p. 154.

⁴⁷ Cf. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. 5, 11ª edição, forense: Rio de Janeiro, 2003, p. 613.

⁴⁸ Revista do Supremo Tribunal Federal, v. XXXVIII, março de 1922, Rio de Janeiro, p.72 e seguintes.

É essa uma das questões “do mérito” do feito, e é, até, no recurso extraordinário, a única juridicamente possível.

Não ha, de facto, nenhum outro, absolutamente nenhuma, atinente “ao mérito”, que se possa decidir.

De acordo com essa regra, tenho eu, preliminarmente, conhecido do recurso, si, pelo exame dos autos, chegar á conclusão de que não é procedente a allegação do recorrente, negarei, “de méritis”, provimento ao recurso; como, no caso contrário dar-lhe-ei, para á espécie aplicar a Lei Federal invocada.⁴⁹(*ipsis litteris*)

O pensamento expendido no voto anterior é ratificado pelo Ministro Edmundo Lins no Recurso Extraordinário nº 1.384.⁵⁰

Deve-se adicionar, por outra margem, que o STF, no recurso 1.039, usou da boa técnica processual: conheceu do recurso, mas no tocante ao mérito, negou-lhe provimento. O voto vencedor foi do Ministro Edmundo Lins.⁵¹

Entrementes, o entendimento da boa técnica processual defendida correta e corajosamente pelo Ministro acima citado, infelizmente, não vingou no seio daquela Corte Maior.

Dada a persistência da doutrina, a matéria tem recebido a merecida atenção, notadamente pelo Mestre dos Mestres Barbosa Moreira que, vem alertando sobre inadequada técnica de não se distinguir os juízos de admissibilidade e de provimento, visto que não se cuida de questão terminológica, mas que desencadeia graves conseqüências práticas.

6 DAS RAZÕES POLÍTICAS QUE LEVARAM O STF A ADOPTAR PROCEDIMENTO SINGULAR. E A SUA NOVA SINALIZAÇÃO.

É de fundamental importância realçar que, no Supremo Tribunal Federal, o decano da Corte, Min. Sepúlveda Pertence, lançou poderoso facho de luz sobre este intricado tema, em outubro de 2003, ao apreciar o recurso extraordinário nº 298.695-SP, que fixa importante precedente. Esclarece, o mencionado Ministro, em seu voto, as razões políticas que levaram o STF a criar procedimento impróprio:

Essa máxima de que o RE pela letra “a”, “conhecido a de ser provido”, eu sempre a recebi *cum grano Salis* até pela fonte histórica da jurisprudência do Tribunal, que foi uma dessas tantas jurisprudências em legítima defesa: em priscas eras, conhecido o recurso extraordinário, cabia embargos infringentes. Daí, essa fórmula de que, se não houvesse violação – o que, a rigor, é o mérito do recurso extraordinário pela letra ‘a’ - dele não se conhecia. (*ipsis litteris*)

O Ministro Relator externa o seu entendimento divergente do procedimento que vinha sendo adotado pela Corte, e, mais adiante em seu voto, declara, com coragem e grandeza intelectual, a necessidade de sua revisão: “Ouso, entender, chegada à hora de rever a máxima, construída por motivos pragmáticos, que tenho recordado.”

Esse voto ousado - e há muito esperado pela comunidade jurídica - foi acompanhado não só pelas vozes experientes dos Ministros Maurício Correa, Celso de Mello, Marco Aurélio e Gilmar Mendes, como também pelos Ministros Cezar Peluzo e Carlos Brito. Ausentes, justificadamente, os Ministros: Carlos Velloso, Nelson Jobim e Ellen Gracie. Essa decisão do plenário do STF foi por maioria, vez que o Ministro Moreira Alves, antes de sua aposentadoria, limitava o conhecimento do extraordinário apenas no tocante ao direito adquirido.

Para uma melhor compreensão da decisão em tela, que conheceu do recurso proposto pelo Município de São Paulo e no mérito negou-lhe provimento, entendemos oportuno transcrever sua ementa:

⁴⁹ Revista do Supremo Tribunal Federal, v. XXXVIII, março de 1922, Rio de Janeiro, p.74.

⁵⁰ Revista do Supremo Tribunal Federal, v. XXVII, abril de 1921, Rio de Janeiro, p.74-76.

⁵¹ Revista do Supremo Tribunal Federal, v. XXVII, abril de 1921, Rio de Janeiro, p.73.-74.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 298.695-0 SÃO PAULO
Relator: Min. Sepúlveda Pertence
RECORRENTE: Município de São Paulo
ADVOGADA: MARIA TEREZA TAVARES A.E.PREUSS
RECORRIDOS: NEIDE ANUSIEWICZ E OUTROS
ADVOGADOS: ALEXANDRE DE OLIVEIRA CASTILHO E OUTROS

EMENTA: I. Recurso extraordinário: letra a: possibilidade de confirmação da decisão recorrida por fundamento constitucional diverso daquele em que se alicerçou o acórdão recorrido e em cuja inaplicabilidade ao caso se baseia o recuso extraordinário:manutenção, lastreada na garantia da irredutibilidade de vencimentos, da conclusão do acórdão recorrido,não obstante fundamentado este na violação do direito adquirido.

II. Recurso extraordinário: letra a: alteração da tradicional orientação jurisprudencial do STF, segundo o qual só se conhece do RE, a, se for para dar-lhe provimento: distinção necessária entre o juízo de admissibilidade do Re, a – para o qual é suficiente que o recorrente alegue adequadamente a contrariedade pelo acórdão recorrido de dispositivos da Constituição nele prequestionados – e o juízo de mérito, que envolve a verificação da compatibilidade ou não entre a decisão recorrida e a Constituição, ainda que sob prisma diverso daquele em que se hajam baseado o Tribunal *a quo* e o recurso extraordinário.

III. Irredutibilidade de vencimentos: garantia constitucional que é modalidade qualificada da proteção do direito adquirido, na medida em que sua incidência pressupõe a licitude da aquisição do direito e determina a remuneração.

IV. Irredutibilidade de vencimentos: violação por lei cuja aplicação implicaria reduzir vencimentos já reajustados conforme a legislação anterior incidente na data a partir da qual se prescreveu a aplicabilidade retroativa da lei nova.

De igual forma, decidiu-se no RE nº 299.799:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 299.799 – 4 SÃO PAULO
RELATOR: MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE
RECORRENTE: MUNICIPIO DE SÃO PAULO
ADVOGADO: MARIA EUGÊNIA DE CARVALHO SALGADO
RECORRIDOS: SATOKO FUKUTI E OUTROS
ADVOGADOS: ELVECOR FORTES SALZANO E OUTROS

EMENTA: I. Recurso extraordinário: letra a: possibilidade de confirmação da decisão recorrida por fundamento constitucional diverso daquele em que se alicerçou o acórdão recorrido e em cuja inaplicabilidade ao caso se baseia o recurso extraordinário: manutenção, lastreada na garantia da irredutibilidade de vencimentos, da conclusão do acórdão recorrido, não obstante fundamentado este na violação do direito adquirido.

II. Recurso extraordinário: letra a: alteração da tradicional orientação jurisdicional do STF, segundo a qual só se conhece do RE, a, se for para dar-lhe provimento: distinção necessária entre o juízo de admissibilidade do RE, a – para o qual é suficiente que o recorrido alegue adequadamente a contrariedade pelo acórdão recorrido de dispositivos da Constituição nele prequestionados – e o juízo de mérito, que envolve a verificação da compatibilidade ou não entre a decisão recorrida e a Constituição, ainda que sob prisma diverso daquele em que se hajam baseado o Tribunal *a quo* e o extraordinário.

III. Irredutibilidade de vencimentos: garantia constitucional que é modalidade qualificada da proteção ao direito adquirido, na media em que a sua incidência pressupõe a licitação da aquisição do direito a determinada remuneração.

IV. Irredutibilidade de vencimentos: violação por lei cuja aplicação implicaria reduzir vencimentos já reajustados conforme a legislação anterior incidente na data a partir da qual se prescreveu a aplicabilidade retroativa da lei nova.

7 O NOVO ENTENDIMENTO DO STF E O EFEITO TRANSLATIVO

A decisão prolatada no RE acima mencionado, além de ter feito distinção entre os juízos de admissibilidade e mérito do recurso extraordinário interposto com fulcro na letra a,

III, do art. 102, da Lei Fundamental, também deu efeito translativo ao recurso excepcional, quebrando assim outro paradigma que vinha sendo adotado pelo STF, no sentido de que no RE o efeito devolutivo era restritivo. Registrou-se no acórdão do recurso em pauta que o STF após conhecer do recurso, pela simples alegação de contrariedade à Constituição (e não mais pela efetiva existência de contrariedade, negou-lhe provimento por haver entendido que o dispositivo do acórdão hostilizado estava certo ainda que por fundamento constitucional diverso daquele em que se fundamentou a decisão recorrida e fora objeto da decisão do recurso, ou seja, o STF conheceu de um recurso extraordinário por aparente ofensa a Lei maior, mas negou-lhe provimento, ao reconhecer que as razões do acórdão recorridas estavam inadequadas, o seu dispositivo, no entanto, estava correto de acordo com o fundamento constitucional diverso e que não fora sequer objeto da decisão guerreada. Nesse ponto o Relator justificou o seu posicionamento mediante as seguintes razões:

Constituiria paradoxo verdadeiramente 'kafkaniano' que, diferentemente, ao STF – guarda da constituição – não fosse dado, no julgamento do RE, declarar que a lei questionada é, sim, inconstitucional, embora que por fundamento diverso do acolhido, e, em consequência, estivesse vinculado a aplicar a norma legal que considera incompatível com a Carta Magna.

Vislumbra-se novo entendimento do STF no acórdão acima referido, onde se consagrou efeito translativo ao recurso extraordinário no que pertine a declaração de inconstitucionalidade. Anterior a essa decisão o STF ao examinar o RE, se restringia aos limites delimitados na decisão recorrida, prendendo-se aos dispositivos constitucionais que houveram sido pré-questionados, agora, o STF em uma decisão ousada, e de acordo com o acesso a uma ordem jurídica justa, ao princípio da efetividade e instrumentalidade do processo, admiti agora que a excelsa corte vá além da apreciação dos dispositivos pré-questionados na decisão guerreada.

8. OS EFEITOS DAS DECISÕES PROFERIDAS DE ACORDO COM A BOA TÉCNICA PROCESSUAL.

As repercussões processuais advindas das duas decisões citadas são, em síntese, as seguintes:

A Suprema Corte, ao rever sua posição, demonstra a sua preocupação com a técnica processual adequada, ao distinguir o juízo de admissibilidade do juízo de mérito. Essa distinção possibilitará o **juízo de admissibilidade negativo pelo tribunal a quo**, que verificará se houve a alegada contrariedade à lei federal ou à Constituição. No sistema anterior, em que não havia a devida separação entre os juízos ora mencionados, a autoridade competente do órgão inferior, ao apreciar o cabimento do recurso, negando-lhe seguimento, via de regra, adentrava em seu mérito para constatar se houve ofensa ou não à Constituição ou legislação infraconstitucional. Inconformado com tal proceder, o recorrente interpunha outro recurso aduzindo que o tribunal inferior usurpara a competência do Tribunal superior.

A distinção dos juízos de admissibilidade e de mérito possibilitará doravante o **conhecimento do recurso extraordinário adesivo**. Este, no procedimento revisto pela Corte Maior, ainda que preenchesse todos os requisitos de admissibilidade ficava prejudicado em virtude do recurso principal. Isto porque o STF, embora julgasse o mérito do recurso extraordinário, dizia equivocadamente dele não conhecer, incidindo, assim, a aplicação o art. 500, caput, nº III, do CPC.

Maior segurança e certeza ao operador do direito para constatar sobre qual decisão – do órgão superior ou do órgão inferior, se dará a coisa julgada material, possibilitando a identificação do pedido a ser formulado em eventual ação rescisória a ser manejada, bem como o juízo competente para conhecê-la e julgá-la.

9. CONCLUSÕES

Diante de tudo quanto foi dito, parece que se pode concluir que, a tênue esperança que Barbosa Moreira acalentava de que o problema pudesse ser resolvido, ganha novas forças com a semente de mudança lançada pelo decano da Corte, o Ministro Sepúlveda Pertence. Acreditamos que a decisão plenária, do STF, prolatada no RE 298.695-SP e RE 299.799, ambos relatados pelo Min. Sepúlveda Pertence, adotando corretamente a distinção entre os juízos de admissibilidade e de mérito, são importantes precedentes para que a jurisprudência desses Tribunais Superiores seja sedimentada, aprimorando-se, dessa forma, a jurisdição e o Estado Democrático de Direito.

Tais decisões estão em perfeita sintonia com o ordenamento jurídico, pois como preleciona o Mestre Barbosa Moreira, em qualquer ciência utiliza-se para fenômenos iguais denominações iguais, e a fenômenos diferentes denominações também diferentes. Entretanto, as teorias jurídicas padecem de inadequação sintática, conforme salienta Humberto Ávila, posto que se utilizam termos iguais para explicar fenômenos desiguais, conforme se vê abaixo, pelas lições:

A dogmática jurídica, em vez de descrever e explicar o ordenamento jurídico, passa, em virtude da equivocidade dos seus enunciados, a encobri-lo ou não desvendá-lo. As teorias jurídicas passam a padecer de inadequação sintática, na medida em que utilizam termos iguais para explicar fenômenos desiguais, instalando, na ciência do Direito, o germe da ambigüidade. A interpretação e a aplicação do Direito, com a finalidade de explicar aquilo que o ordenamento determina, proíbe ou permite, passa a explicar, também, aquilo que não encontra sequer referibilidade indireta ao objeto descrito. A teoria jurídica padece, nesse caso, de inadequação semântica.⁵²

Olvidando-se desse princípio basilar vinham as Cortes Superiores: Supremo Tribunal Federal e na mesma esteira Superior Tribunal de Justiça tratando o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito recursal, como fenômenos iguais, não obstante as peculiaridades inerentes a cada juízo que os desigualam sobremaneira, redundando em graves transtornos de ordem práticas aos recorrentes.

É clássica tanto na doutrina como na jurisprudência a distinção entre o juízo de admissibilidade e de mérito. Distinção essa que decorre do reconhecimento de autonomia ao direito de ação, de provocar a prestação jurisdicional, independentemente do direito material.

O Código de Processo Civil, seguindo a teoria eclética de Leibman, fez incluir a necessidade do preenchimento de certos requisitos para que se pudesse reconhecer o direito a obter do Estado uma sentença de mérito, a exemplo o art. 267, VI.

A distinção entre admissibilidade e mérito igualmente é aplicada aos recursos, uma vez que o recurso é considerando um prolongamento do direito de ação dentro do mesmo processo. Logo, também, na esfera recursal há necessidade de serem preenchidos pressupostos específicos de admissibilidade, os denominados pressupostos recursais, como condição *sine qua non* para a apreciação do mérito recursal.

Assim, realizado o exame de admissibilidade com um resultado positivo, ou seja, constatada a existência dos pressupostos recursais, segue-se à apreciação do mérito propriamente dito.

As decisões dos RE 298.695-SP e RE 299.799, proferidas pelo decano da Corte, Min. Sepúlveda Pertence, corrigindo essa atecnia e indo mais longe, rompendo o dogma da não ocorrência do efeito translativo nos recursos excepcionais, nos lembra as palavras de Pontes de Miranda quando ele diz que “o jurista há de interpretar as leis com o espírito ao nível do seu tempo, isto é, mergulhado na viva realidade ambiente, e não acorrentado a algo passado, nem perdido em alguma paragem, mesmo provável do futuro.” (Com. CPC, vol, XII, p. 23).

⁵² ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº.7, out., 2001, Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>

A tese da não incidência do efeito translativo nos recursos excepcionais funda-se na assertiva de que seus regimes jurídicos estão no texto constitucional que diz serem cabíveis das causas decididas pelos tribunais inferiores. Assim, caso o tribunal não se tenha manifestado sobre questão de ordem pública, não pode a Corte Superior apreciá-la. O acórdão nesse caso só poderá ser impugnado por ação autônoma, a exemplo da rescisória, por força do que dispunha as Súmulas 282 e 356 do STF.

Rompendo ao óbice estabelecido pelas súmulas retrocitadas, o STF, agora revigorado, com nova composição, no julgamento do RE 298.695-SP, conheceu do Recurso Extraordinário pela simples razão da alegação de contrariedade à constituição e não mais pela efetiva existência de contrariedade, para em seguida negar-lhe provimento, reconhecendo que as razões do acórdão recorrido estavam equivocadas, todavia o dispositivo do acórdão estava correto, ainda que por fundamento constitucional diverso daquele em que se baseou a decisão recorrida.

Andou bem a Suprema Corte ao se desgarrar do procedimento imposto no passado e nas concepções rígidas, limitadas à literalidade da letra fria da lei, para enfrentar os desafios de um Direito lacunoso, cheio de antinomias, pois os conceitos utilizados pela teoria clássica não mais se amoldam à realidade social e aos novos tempos do Estado Democrático de Direito, onde a ordem jurídica exige que as decisões jurisdicionais sejam fundamentadas no quadro de um devido processo, tendo como norte maior o princípio da efetividade e do acesso à justiça.

Ademais, os recursos excepcionais têm por objeto imediato resguardar o direito objetivo, especificamente a Constituição, tratados e leis infraconstitucionais. Não é aceitável que o STF guardião maior do texto constitucional, não possa declarar que a lei questionada é inconstitucional, simplesmente porque os fundamentos para tanto não se encontram consignados no acórdão recorrido. Essa mera formalidade não pode vincular o STF a aplicar a norma incompatível com a Constituição Federal.

É bom lembrar que o processo moderno requer rompimento de dogmas, a liberação dos cânones de Savigny, e o desapego ao formalismo rigoroso dos positivistas das normas.⁵³

Não se pode olvidar que as reformas pontuais introduzidas no Código de Processo Civil vêm inovando e quebrando as amarras das teorias clássicas, a exemplo, a inserção do parágrafo 3º, ao art. 515 do CPC, que muda substancialmente a concepção do recurso, que de mera revisão de primeira instância, no qual era revisto apenas matéria impugnada, passa a uma concepção de nova decisão, com o mais amplo reexame da causa em todos os seus aspectos de fato e de direito.⁵⁴

Destarte, propomos à Comissão Organizadora do Congresso Nacional de Procuradores de Estado que encaminhe aos Presidentes do STF e do STJ, congratulações aos membros daquelas Cortes pela importante mudança de entendimento sinalizada na decisão plenária, do STF, prolatada no RE 298.695-SP e RE 299.799, ambos relatados pelo Min. Sepúlveda Pertence, bem como os julgados do STJ nos REsp n. 140.158, rel. Min. Milton Luiz Pereira; REsp n. 115.063, rel. Min. Garcia Vieira; REsp 120.668, rel. Min. Milton Luiz Pereira; Resp 165.946, Min. José Delgado e o Resp 179.541, rel. Min. Garcia Vieira, rogando no sentido que essa nova linha de entendimento seja mantida e consolidada, pois ao se desgarrar do procedimento imposto no passado avança e entra em sintonia com a nova visão do processo moderno, prestigia a boa técnica processual, com a devida distinção entre o juízo de admissibilidade e juízo de mérito, cessando, assim, os gravames de ordem prática e jurídica que eram impingidos às partes recorrentes.

Essa nova ótica fortalece sobremaneira o papel institucional desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, bem como do Superior Tribunal de Justiça a quem compete a guarda das leis federais, marcando decisivamente uma nova era nas Cortes Superiores.

⁵³ Conforme artigo de nossa autoria intitulado: Mudança de Paradigma e a Aplicação do parágrafo 3º do artigo 515 do CPC ao Processo do Trabalho, publicado no livro: Elementos Doutrinários do Novo Direito do Trabalho, Estudos em homenagem ao prof. Francisco Solano de Godoy Magalhães, Editora Nossa Livraria, p.237.

⁵⁴ Consoante abordagem na Op. cit. p. 238.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Flávio Renato Correia; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues (2000). **Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 3ª ed. São Paulo: RT.

ARRUDA ALVIM, Eduardo; ARRUDA ALVIM, Angélica (1997). **Recurso Especial e Prequestionamento: aspectos polêmicos e atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário**. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.) São Paulo: RT.

ARRUDA, Eduardo. Medida cautelar art. 790 do CPC — **Conhecimento conferimento de efeito suspensivo a recurso especial interposto, mas ainda em processamento, no tribunal de origem comunicação de efeito suspensivo**. *Revista do Processo*. São Paulo: RT, 78.

ARRUDAALVIM, José Manuel; ARRUDAALVIM, Teresa (1992). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre mandado de segurança contra ato judicial, medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso**. 2. série, São Paulo: RT.

ARRUDA ALVIM, José Manoel (1987). **Notas a respeito dos aspectos gerais e fundamentais da existência dos recursos - Direito Brasileiro**. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 48.

ARRUDAALVIM WAMBIER, Teresa (1996). **O novo regime de agravo**. 2. ed. São Paulo: RT.

_____ (1990). Teoria Geral dos Recursos. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 58.

ARRUDAALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JÚNIOR, Nelson (2000). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis**. São Paulo: RT.

ÁVILA, Humberto (2001). **Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o particular”**. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador – CAJ- Centro de Atualização Jurídica, vol I, nº 7.

BARBOSÀ MOREIRA, José Carlos (1998). **Comentários ao Código de Processo Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 5.

_____ (1994). **Temas de Direito Processual. Terceira Série**. Notas sobre o problema da efetividade do processo. São Paulo: Saraiva.

_____ (1994). **Temas de Direito Processual. Quinta Série**. Juízo de Admissibilidade e Juízo de Mérito no Julgamento do Recurso Especial. São Paulo: Saraiva.

_____ (1997). **Temas de Direito Processual. Sexta Série**. Que Significa “Não Conhecer de Um Recurso”? São Paulo: Saraiva.

_____ (2001). **Temas de Direito Processual. Sétima Série. Julgamento do Recurso Especial Ex Art. 105,III, A, da Constituição da República: Sinais de uma Evolução Auspiciosa**. São Paulo: Saraiva.

_____ (2004). **Reformas do CPC em matéria de recursos, Temas de Direito Processual**, 8ª série, São Paulo: Saraiva.

_____ (2004) **Questões de Técnica de Julgamento nos Tribunais**. In: *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 12, março.

CHIOVENDA, Giuseppe (1998). **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 1. Tradução do original italiano – 2. ed., Instituzione di Diritto Processuale Civile por Paolo Capitanio, com anotações do Prof. Enrico Tullio Liebman. Campinas: Bookseller.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Candido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini (1998). **Teoria Geral do Processo**. 14. ed., São Paulo.

DINAMARCO, Cândido Rangel (1996). **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros.

_____ (1996). **Nasce um novo processo**. In: Reforma do Código de Processo Civil. Sálvio de Figueiredo Teixeira, (coord.) São Paulo: Saraiva.

FERREIRA, Andréia Lopes de Oliveira (1997). **Execução na pendência do julgamento dos recursos extraordinários e especial**. In: Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e recurso extraordinário. Teresa Arruda Alvim Wambier, (coord.) São Paulo: RT.

FILHO, José Eduardo de Melo Vilar. **Admissibilidade do Recurso Extraordinário: o Novo Entendimento do STF**. Revista Dialética de Direito Processual n.13

GRINOVER, Ada Pellegrini (1996). **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária.

GUSMÃO, Athos Carneiro (1990). **Anotações sobre o recurso especial**. RT, v. 654, São Paulo: RT, abr.

LARA, Betina Rizzato (1994). **Liminares no processo civil**. 2. ed. São Paulo: RT.

LACERDA, Galeno (1984). **Comentários ao CPC**. t. 1, v. 8. Forense.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza (1995). **Duplo grau de jurisdição no direito processual civil**. São Paulo: RT.

LIMA, Maria Cesarineide de Souza. **Monografia intitulada Medida Judicial Cabível para dar efeito suspensivo ao recurso especial e ao recurso extraordinário**. Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Acre, 1ª edição, 2001.

LOPES DE OLIVEIRA, Gleydson Kleber. **Recurso Especial**. 1. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais.

MÁGRI, Berenice Soubhie Nogueira (1997). **O papel decisivo dos regimentos internos do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça na admissibilidade dos recursos extraordinário e especial**. In: Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. Teresa Arruda Alvim Wambier, (coord.) São Paulo: RT.

MANCUSO, Rodolfo Camargo (1998). **Recurso extraordinário e recurso especial**. 5. ed. São Paulo: RT.

MARINONI, Luiz. Guilherme (1992). **Tutela cautelar e tutela antecipada**. São Paulo: RT.

MEDINA, José Miguel Garcia (2002). **O Prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial**. São Paulo: RT

- MENDONÇA LIMA, Alcides de (1963). **Sistema de Normas Gerais dos Recursos Cíveis**. Rio de Janeiro: p.121
- NERY JUNIOR, Nelson (2004). In **Teoria geral dos recursos**. 6. ed. Atualizada e reformada. São Paulo : Revista dos Tribunais.
- _____(1997). **Princípios Fundamentais**. In Teoria geral dos recursos, 4. ed. São Paulo: RT.
- _____(2000). **Princípios Fundamentais**. In Teoria geral dos recursos. 5ªed. São Paulo: RT.
- NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade (1997). **Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: RT.
- NEGRÃO, Theotônio (1985). **Técnica do recurso extraordinário no cível**. *RT*, v. 602, São Paulo: RT.
- ORIONE NETO, Luiz. **Recursos Cíveis**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- PINTO, Nelson Luiz (1996). **Recurso especial para o STJ**. 2. ed. São Paulo: Malheiros.
- _____(2003). **Manual dos Recursos Cíveis**. 3. ed., São Paulo: Malheiros.
- PORTO, Sérgio Gilberto (1997). **Inovações do Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado
- REVISTA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (1921), v. XXXVIII, Rio de Janeiro, 72.
- REVISTA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (1922), v. XXVII, Rio de Janeiro, 74-76.
- SINGUI, Marize Anna Monteiro de Oliveira. LIMA, Maria Cesarineide Souza (2004) **Mudança de Paradigma e a Aplicação do Parágrafo 3º do Artigo 515 do CPC ao Processo do Trabalho**, in Elementos Doutrinários do Novo Direito do Trabalho, Fábio Túlio Barroso, Coordenador, Estudos em Homenagem ao prof. Francisco Solano de Godoy Magalhães, Recife, Nossa Livraria.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (1990). **O recurso especial e o Superior Tribunal de Justiça**. *RT*, v. 653, São Paulo: RT.
- TEODORO JÚNIOR, Humberto (1991). **Tutela cautelar durante a tramitação de recurso**. In: Recursos no Superior Tribunal de Justiça. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, (coord.) São Paulo: Saraiva.
- VECHIATO JÚNIOR, Walter (2000). **Tratado dos Recursos Cíveis**. 1ªed. São Paulo: Juarez Oliveira Ltda.
- VILÁ FILHO, José Eduardo de Melo. **Admissibilidade do recurso extraordinário: o novo entendimento do STF**. In: *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 13., abr. 2004.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues (1996). **Do manejo da tutela cautelar para obtenção de efeito suspensivo no recurso especial e no recurso extraordinário**. In: Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. Teresa Arruda Alvin Wambier, (coord.) São Paulo: RT.

Híbrido de OSCIPS e OSS: Competência Legislativa dos Estados-Membros em Matéria de Direito Administrativo

David Laerte Vieira

Procurador do Estado, atualmente exercendo o cargo de Secretário Adjunto de Compras, Licitação e Contratos. Mestrando em Direito Econômico pela Universidad Autónoma de Assunción; Pós-Graduado “Latu Sensu” em Direito Público pela Faculdade Integrada de Pernambuco - FACIPE, em parceria com a Associação dos Procuradores do Estado do Acre - APEAC; Especialista em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes - UCA; Especialista em Biologia pela Universidade Federal de Lavras e Especializando em Administração Pública pela União Educacional do Norte - Uninorte.

Maria de Nazareth Mello de Araújo Lambert

Corregedora-Geral da PGE/AC, Pós-Graduada “Latu Sensu” em Direito Público pela Faculdade Integrada de Pernambuco - FACIPE em parceria com a Associação dos Procuradores do Estado do Acre - APEAC; Pós-graduanda em Competências Gerenciais pela FGV; Membro do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública - IBAP/AC e da Diretoria da Associação das Mulheres de Carreira Jurídica/AC.

HÍBRIDO DE OSCIPS E OSS: COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DOS ESTADOS-MEMBROS EM MATÉRIA DE DIREITO ADMINISTRATIVO

1. INTRODUÇÃO

A tese ora apresentada, fruto de longos meses de pesquisa, tem por objetivo desenvolver tema que se enquadra no item “Execução do serviço público pela iniciativa privada”, correspondente, no temário geral, à disciplina Direito Administrativo, onde discorreremos sobre o poder de inovar, por parte dos Estados-membros, quanto às matérias de natureza administrativa.

No concernente aos serviços públicos, saliente-se que para que algumas entidades privadas possam executá-los, necessário sejam elas qualificadas como OSCIPs. Nesse sentido, discutiremos a natureza desse ato de qualificação e daquele que configurará o ajuste que a entidade poderá vir a celebrar com o Estado, para que, então, encontre-se legitimada a prestar um serviço de interesse público.

No decorrer da pesquisa veremos que a natureza do título de qualificação é a de ato administrativo, regido pelo regime público do Direito Administrativo, onde os Estados-membros dispõem de competência constitucional plena para legislar.

Partindo da premissa de que existe permissivo constitucional, o legislador acreano criou o título de OSCIP do Acre, regido por uma única lei, mas com a peculiaridade de ter se inspirado em duas, editadas no plano federal: a das OSCIPs (Lei 9.790) e a das OSs (Lei 9.673).

Da inovação promovida pelo legislador acreano, decorrerá o foco da presente tese: a competência legislativa dos Estados-membros em matéria de Direito Administrativo.

Sabe-se que nossa Carta Magna delineou um Estado Federal, e pelo pacto federativo faz-se necessária a manutenção da autonomia dos entes formadores. Assim, tomando-se por base a noção de sistema, de positivismo jurídico, de Constituição e de seus princípios, passar-se-á a refletir, inclusive, sobre a autonomia do Estado-membro dentro do contexto federal brasileiro.

2. DO ENQUADRAMENTO

A presente tese desenvolve tema que, dentro do temário apresentado para o Congresso, a enquadrámos no item “Execução do serviço público pela iniciativa privada”.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello a finalidade dos serviços públicos é a de “satisfazer necessidades ou comodidades do todo social, reputadas como fundamentais em dado tempo e lugar.”¹

Nesse sentido, Maria Silvia Zanella Di Pietro², pontifica que as OSCIPs e as OSs atuam na área dos chamados serviços públicos não exclusivos do Estado ou, mais especificamente, na área dos serviços sociais, que a Constituição prevê paralelamente como serviço público e como atividade aberta à iniciativa privada, como saúde, educação, cultura etc.

De fato, o projeto de implementação das Organizações Sociais, teve por escopo a “publicização” de determinadas atividades executadas por entidades estatais, que seriam extintas, sendo tais atividades absorvidas por pessoas jurídicas de direito privado, qualificadas como OS, mediante contrato de gestão. Entretanto, como bem esclarece Di Pietro, “a entidade prestará o mesmo serviço, não mais como serviço público (daí excluir-se a idéia de descentralização) e sim como atividade privada de interesse público, a ser fomentada pelo Estado mediante a celebração do contrato de gestão.”³

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 595.

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública, 3. ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 198.

³ Ibid., p. 201.

Prossegue a respeitável doutrinadora:

Todavia a própria lei, em pelo menos um caso, está prevendo a prestação de serviço público pela organização social, hipótese em que ela exerce atividade delegada pelo poder público; com efeito, quando a entidade absorver atividade de entidade federal extinta no âmbito da área de saúde, deverá considerar no contrato de gestão, quanto ao atendimento da comunidade, os princípios do Sistema Único de Saúde, expressos no art. 198 da Constituição Federal e no art. 7º da Lei nº 8.080, de 19-9-90. Vale dizer que prestará serviço público e não atividade privada; em consequência, estará sujeita a todas as normas constitucionais e legais que regem esse serviço, até porque não poderia a lei ordinária derrogar dispositivos constitucionais.⁴

Importante, entretanto, registrar, que para a execução de determinados serviços públicos (ou serviços de interesse público), as entidades privadas do Terceiro Setor necessitam ser qualificadas como OSs ou OSCIPs. Nesse sentido, faremos percutiente abordagem sobre a natureza do ato que qualifica referidas entidades, e do ato que configura o ajuste que as mesmas poderão celebrar com o Estado. Sem o título de qualificação, sequer há que se falar em prestação de serviço público.

3. DO TERCEIRO SETOR

O terceiro setor, assim chamado por ser integrado de instituições de caráter privado, regidas por leis privadas, contudo, possuidoras de finalidade pública, sem objetivos mercantis, constitui-se em espaço público não-estatal, como consequência da crescente conscientização do ser humano por sua responsabilidade no campo da coletividade, de uma forma a propiciar ao homem crescimento holístico e integrado.

Na realidade o crescimento do terceiro setor e de sua participação em parcerias com o setor estatal significa o “empoderamento” das populações, com o intuito de ampliar a sua capacidade de influir nas decisões de políticas públicas e até na forma mais efetiva de sua realização, somando recursos e alavancando novos processos de desenvolvimento. Há um envolvimento direto no pensar e no agir para a resolução de grandes problemas.

Para se ter uma idéia, pesquisas demonstram que o Terceiro Setor gastou no Brasil, em 1995, cerca de 10,9 bilhões de reais em despesas operacionais, correspondendo a 1,5% do PIB daquele ano, sendo que a maior parte da parcela dos recursos, em torno de 61,1%, foi gerada pelas próprias entidades. A contribuição do governo girou em torno de 12,8% e a dos Doadores Privados, em 26,1%. Embora relevante, esse número é baixo se comparado, por exemplo, com os Estados Unidos, onde o Terceiro Setor representa 6,3% do PIB.

Entre as principais causas de crescimento mundial do Terceiro Setor, encontra-se a pouca representatividade, a capacidade limitada na execução de tarefas sociais e a falta de capilaridade por parte de órgãos governamentais, características necessárias à execução de determinadas ações, principalmente aquelas que se constituem como grandes problemas mundiais e que, no entanto, necessitam para seu deslinde de enfoques mais locais e específicos.

Nosso país possui dimensões continentais, com características extremamente diversas, seja nas questões culturais, sociais e ainda, evidentemente, variados graus de desenvolvimento a exigir, por conseguinte diferenciadas formas e níveis de parceria do Estado com o chamado Capital Social, fruto da sociedade civil organizada.

Segundo Eduardo Szazi, a transferência de recursos públicos para uma entidade de direito privado, ainda que sem fins lucrativos, poderá ser realizada sob as formas de auxílios e contribuições, subvenções, convênios, acordos ou ajustes, contratos, contratos de gestão e termos de parceria.⁵ Como se verá adiante, apenas essas duas últimas formas interessará ao presente estudo.

Há algum tempo a doutrina administrativista nacional e estrangeira tem percebido a

⁴ *Ibid.*, pp. 202/3.

⁵ SZAZI, Eduardo. Terceiro Setor – Regulação no Brasil. 3. ed., São Paulo: Peirópolis, 2003, pp. 102/3.

mudança de orientação nas relações entre o Estado e a sociedade, que vem sendo descrita sob diversas terminologias, tais como direito administrativo de participação (Caio Tácito, 1998; Fabiana de Menezes Soares, 1997), ou tão-somente participação (Odete Medauar, 1992; Agustín Gordillo, 1998a), administração pública consensual (Diogo de Figueiredo Moreira Neto, 2001), parcerias na Administração Pública (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, 1999), Estado subsidiário (Diogo de Figueiredo Moreira Neto, 2001) e cujas discussões recrudesceram, no país, após o movimento da reforma administrativa gerencial.⁶

A maioria dos teóricos tem denominado esse setor público não-estatal como sociedade civil, ou, mais precisamente, como o renascimento ou a redescoberta da sociedade civil (Habermas, 1996; Avritzer, 1993; Vieira, 1999).⁷

O conceito de sociedade civil abarcaria uma série de outros entes que têm sido veiculados não só pelo movimento da Reforma Administrativa gerencial como por seus analistas, tais como terceiro setor, movimento social, organização não-governamental, organizações públicas não-estatais (Opnes), organizações da sociedade civil de interesse público, entidades públicas não-estatais, entre outros.⁸

A sociedade civil que ora se refere, relacionada aos processos de diferenciação entre Estado e mercado, identificando a vida ética e a construção de estruturas de solidariedade, não sendo a mesma sociedade civil que se identifica como pessoa jurídica criada pela união de pessoas, a exemplo das sociedades de profissões regulamentadas, como as de advogados, arquitetos, contadores, etc.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho⁹, os regimes de parceria para execução de serviços públicos podem ser classificados em três grupos, a saber: regime de convênios administrativos; regime dos contratos de gestão e regime de gestão por colaboração.

É nesta última que se amoldam as organizações da sociedade civil de interesse público - OSCIPs e as Organizações Sociais - OSs, que não são governamentais, identificando-se como entes do setor privado, os quais, após serem qualificados pelo Estado, se fazem entidades de colaboração do Poder Público.

José Maria Pinheiro Madeira traz em sua obra distinção entre OSCIPs e OSs:

O intuito das OS é absorver certas atividades desempenhadas por órgãos e entidades da Administração, como serviços públicos, com a conseqüente extinção destes órgãos ou entidades. Já no caso das OSCIP, o objetivo da lei são associações pré-existentes, já que se exige, para a qualificação, estatuto registrado em cartório, ata de eleição da diretoria, balanço patrimonial e demonstração do resultado do exercício, além de outros requisitos.¹⁰

Para efeito de informação, saliente-se que atualmente na legislação brasileira além de OSCIP e OS há outros títulos a serem conferidos à entidades da sociedade civil: Utilidade Pública e o Certificado de Entidade Beneficiária de Assistência Social.

O modelo das OSs estava previsto na famosa proposta de Reforma Gerencial da Administração Pública no Brasil, do então Ministro Bresser Pereira¹¹, em que se buscava o fortalecimento da competência administrativa do centro e a autonomia das agências executivas e das organizações sociais. O elo de ligação entre os dois sistemas, para ele, seria o contrato de gestão. Assim, quando se fala em contrato de gestão, há que se diferenciar o realizado com as organizações sociais, daquele a ser travado com sujeitos integrantes do próprio aparelho administrativo do Estado (art. 37, § 8º da CF).

⁶ DIAS, Maria Tereza Fonseca. Direito Administrativo Pós-Moderno. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, pp. 232/233.

⁷ Ibid., p. 228.

⁸ Ibid., p. 229.

⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos Carvalho. Direito Administrativo. 9. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

¹⁰ MADEIRA, José Maria Pinheiro. Administração Pública Centralizada e Descentralizada, p. 456.

¹¹ PEREIRA, Bresser. Uma Reforma Gerencial da Administração Pública no Brasil (fevereiro de 1997), apud FERREIRA, Sérgio Andréa. As Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público: Considerações sobre seu Regime Jurídico. Revista de Direito Administrativo nº 217, Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 1999, p.110.

Quando o governo federal, em 1998, introduziu o conceito de “organizações sociais”, também apresentou a figura jurídica denominada “contrato de gestão”, exclusiva para as entidades qualificadas como organizações sociais. Essa nova modalidade - embora denominada “contrato” - é, segundo Eduardo Szazi¹², na essência, um convênio, pois prevê a destinação de recursos a uma entidade sem fins lucrativos controlada pelo Estado, sem estabelecimento de processo licitatório e com distribuição de atribuições que pressupõe mútua cooperação e interesse recíproco. Comunga do mesmo entendimento José dos Santos Carvalho Filho¹³, justificando ser o contrato de gestão um convênio, já que as partes têm interesses comuns e visam à mútua cooperação, além do fato de que uma delas será o Poder Público representado por algum de seus órgãos ou pessoas.

O Ministério da Justiça, entretantes, em seu endereço eletrônico, informa algumas diferenças do Termo de Parceria em relação ao Convênio *stricto sensu*, comparando aquele com este:

*A forma de aplicação dos recursos é mais flexível em comparação aos convênios. Por exemplo, são legítimas as despesas realizadas entre a data de término do Termo de Parceria e a data de sua renovação, o que pode ser feito por Registro por Simples Apostila ou Termo Aditivo. Também são considerados legítimos os adiantamentos feitos pela OSCIP à conta bancária do Termo de Parceria em casos de atrasos nos repasses de recursos.*¹⁴

Acerca das OSCIPs, a Lei que regula essas organizações, de nº 9.790/99, resultou de projeto enviado pelo Poder Executivo à Câmara dos Deputados, no segundo semestre de 1998, tendo sido precedido de negociações e discussões entre representantes do governo e de associações civis do Terceiro Setor. Durante a tramitação na Casa legislativa, realizou-se uma audiência pública, com parlamentares e associações civis que colaboraram para a redação final do projeto, aprovado na íntegra pelo Senado.

A Lei 9.790/99 foi elaborada com o principal objetivo de fortalecer o Terceiro Setor, que constitui hoje uma orientação estratégica em virtude da sua capacidade de gerar projetos, assumir responsabilidades, empreender iniciativas e mobilizar pessoas e recursos necessários ao desenvolvimento social do País. Nele estão incluídas organizações que se dedicam à prestação de serviços nas áreas de saúde, educação e assistência social, à defesa dos direitos de grupos específicos da população, ao trabalho voluntário, à proteção ao meio ambiente, à concessão de microcrédito, dentre outras.

São passíveis de receber a qualificação de OSCIP as pessoas jurídicas de direito privado, constantes do art. 44 do Código Civil, quais sejam: as associações, as sociedades civis sem fins lucrativos e as fundações.¹⁵

Embora nos últimos anos as ações sociais desse tipo tenham adquirido maior visibilidade, ainda são pouco reconhecidas e valorizadas. O conhecimento e a prática acumulados pelas organizações da sociedade civil em seu trabalho com grupos sociais vulneráveis e na experimentação de formas inovadoras de enfrentamento dos problemas sociais não têm sido devidamente reconhecidos pelo Estado. Não há um estímulo sistemático para o estabelecimento de relações de parceria e colaboração visando a promoção do desenvolvimento social, e ainda são poucos os incentivos ao investimento social das empresas e pessoas.

A mais recente novidade no leque de veículos contratuais de captação de recursos públicos é o “termo de parceria”, introduzido pela Lei 9.790, de 23/3/1999, para acesso exclusivo das entidades qualificadas como “organizações da sociedade civil de interesse público.”¹⁶ O Termo de Parceria irá regular a relação do Estado com a OSCIP.

¹² SZAZI, Eduardo. Op. cit., p. 109.

¹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 286.

¹⁴ www.mj.gov.br/snj/oscip_historico.htm, em 25/09/2003.

¹⁵ PAES, José Eduardo Sabo, Fundações e Entidades de Interesse Social. 4. ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 115.

¹⁶ SZAZI, Eduardo. Op. cit., p. 109.

Consoante visto, à medida que as organizações sem fins lucrativos passam a ocupar o espaço público, cresce sua importância econômica, em função do seu potencial de criação de novos empregos. Dessa forma, alcança também o objetivo econômico da Reforma Administrativa, qual seja, diminuir o *déficit* público e ampliar a capacidade financeira do Estado de concentrar recursos em áreas em que é indispensável a sua intervenção direta.

4. DO SISTEMA FEDERATIVO E DA REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA

É corrente na doutrina que os princípios são fundamentais a todo o sistema e que existem princípios que se mostram mais importantes que os outros. Para Vicente Paulo & Marcelo Alexandrino, “no Brasil, os princípios mais importantes e que devem nortear até mesmo os outros princípios constitucionais e, por maior razão, o exercício do poder constituinte derivado e todas as normas infraconstitucionais, são os da Federação e da República.”¹⁷

A adoção do princípio da Federação pressupõe a consagração da noção de autonomia, da participação política, de indissolubilidade e das próprias regras constitucionais concernentes a sua configuração e a sua manutenção.

A relevância do princípio da Federação fez com que a Constituição Federal vigente o cercasse de proteção, conferindo-lhe, no art. 60, § 4º, imutabilidade, ao elevá-lo à condição de cláusula pétreia.

Na forma Federativa de Estado adotada pelo Brasil, todos os entes políticos têm ao seu dispor o poder de auto-organização, através da elaboração de suas próprias leis. O fundamento de validade destas está na própria Constituição da República, que prevê, inclusive, a elaboração legislativa por parte dos Estados-membros.

A autonomia das entidades federativas pressupõe repartição de competências para o exercício e desenvolvimento de sua atividade normativa.¹⁸

É a própria Constituição Federal quem estabelece as matérias próprias de cada um dos entes federativos, sendo adotado o princípio da predominância do interesse como norteador da repartição de competência entre as entidades componentes do Estado Federal.

Pelo citado princípio, cabe à União dispor sobre as questões de interesse predominantemente geral; aos Estados-membros as de interesse regional; aos Municípios as de interesse local; e, ao Distrito Federal, cumulativamente, as competências estaduais e municipais.

O legislador constituinte, adotando o referido princípio, estabeleceu quatro pontos básicos no regramento constitucional para a divisão de competências administrativas e legislativas: reserva de campos específicos de competência administrativa e legislativa, possibilidade de delegação, áreas comuns de atuação paralela e áreas de atuação legislativa concorrentes.¹⁹

No tocante ao primeiro ponto, a Constituição estabeleceu poderes enumerados à União (arts. 21 e 22) e aos Municípios (art. 30) e poderes remanescentes aos Estados-membros (art. 25, § 1º). Já a possibilidade de delegação, foi explicitada no art. 22, parágrafo único. As áreas comuns de atuação administrativa paralela estão previstas no art. 23, e as áreas de atuação legislativa concorrentes, visando evitar conflitos desagregadores do regime adotado, estão previstas no art. 24 da Constituição.

5. DA AUTONOMIA LEGISLATIVA DOS ESTADOS-MEMBROS

Por cinco dias os Estados-Membros já foram soberanos na história da República: da data da Proclamação (Decreto n. 1) até o dia 20-11-1889 (Decreto n. 7), quando passaram, então, a ser autônomos, ocasião em que foi desfeito flagrante equívoco produzido pelo calor do momento, decorrente dos sentimentos revolucionários.

¹⁷ PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Autonomia Estadual no Sistema Constitucional Brasileiro: Reflexos Tributários, *in* Atualidade Jurídicas, Saraiva: São Paulo, 2001, p.65.

¹⁸ HORTA, Raul Machado. A autonomia do Estado-membro no direito constitucional, p. 49. *apud* SILVA, José Afonso da, Direito Constitucional Positivo, 11. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 453.

¹⁹ MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada. São Paulo: Atlas, 2002, p. 655.

Em se tratando de Federação, a autonomia do Estado-membro é essencial, até porque, no caso do Brasil, a mesma vem sendo assegurada pelas Constituições, desde 1891, inclusive na atual, consoante se observa da estrutura político-administrativa imposta pelo art. 18.

A autonomia dos Estados-membros caracteriza-se pela denominada tríplice capacidade de auto-organização (normatização própria), autogoverno (existência de Poderes locais) e auto-administração.²⁰

Interessa-nos a auto-organização, por significar a competência para expedir as normas que objetivam organizar, preencher e desenvolver o sistema jurídico.

Nesse sentido, por terem os Estados-membros o poder de auto-organização, somente será possível considerar uma lei federal como válida se o seu âmbito de atuação estiver traçado na Constituição da República, tendo em vista que inexiste hierarquia entre normas oriundas de entes políticos diferentes, autônomos.

Dessa forma, se uma lei federal invadir a competência estadual, será reputada inconstitucional, não havendo que se falar em hierarquia, mas de conflito de competências a ser solucionado com base na *Lex Mater*. Nesse caso, a lei estadual irá prevalecer, porquanto é a competente para a matéria.

Saliente-se que o modelo federativo brasileiro concede autonomia aos entes políticos, e dentre os princípios derivados do sistema jurídico da Constituição de 1988, está o princípio da isonomia entre as pessoas políticas. Malgrado isso, em que pese o maior número de entidades federadas, não se pode negar que no Brasil é o poder central quem dispõe de superprivilégios.

A Lei Federal das Organizações Sociais (Lei 9.637/98), no tocante à possibilidade de transferência de créditos, permissão de uso de bens públicos e cessão de servidores às OSs, prevê que tal possibilidade é passível de ser estendida, no âmbito da União, para as entidades qualificadas como organizações sociais pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, quando houver reciprocidade e desde que a legislação local não contrarie os preceitos da legislação específica de âmbito federal.²¹

Na visão de Massami Uyeda:

Toda a estruturação do Estado, compreendendo Governo e Administração Pública, decorre do que a lei estabelecer a respeito. E esta lei, sem dúvida, é a Constituição que molda a organização política do Estado, dela derivando, em consequência, a legislação complementar e ordinária, através da qual se dispõe quanto à organização administrativa das entidades estatais, de suas autarquias e de suas entidades paraestatais e de outras atividades de interesse coletivo, objetivando e execução desconcentrada e descentralizada dos serviços públicos.²²

Infelizmente a atual Lei Federal das OSCIPs (Lei 9.790/99), que mais parece Lei Nacional das OSCIPs, sem demonstrar o aludido apego à Constituição da República, tão bem exposto no parágrafo anterior por Massami Uyeda, não contemplou tal previsão, centralizando (arts. 5º e 6º) no Ministério da Justiça o poder de atribuir o título às entidades, que poderão inclusive firmar Termo de Parceria com Estados-membros e Municípios.

Mas qual seria a natureza de tal previsão legal? Façamos um estudo:

Iniciemos com o conceito de “norma geral”, que na visão de André Luiz Borges Neto²³, tem o sentido de diretriz, de princípio geral. A norma geral federal, melhor será dizer nacional, seria a moldura do quadro a ser pintado pelos Estados e Municípios no âmbito de suas competências²⁴, sendo limitadas no sentido de não poderem violar a autonomia dos Estados (Pontes de Miranda, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Paulo de Barros Carvalho e Adilson Abreu Dallari);

²⁰ Ibid., pp. 259/260 e 262.

²¹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo Contratual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 124.

²² UYEDA, Massami. Da Competência em Matéria Administrativa. São Paulo: Icone, 1997, p. 145.

²³ Ibid., p. 135.

²⁴ BORGES NETO, André Luiz. Competências Legislativas dos Estados-Membros. São Paulo: RT, 1999, p. 133.

A “norma geral” sempre corresponde à “lei nacional” (à exceção da única falha pelo constituinte, descoberta pela doutrina, nos dois últimos parágrafos do art. 24, por ter utilizado o termo “lei federal”). Entretanto, no arcabouço das competências da União para a edição de normas gerais, ou mesmo para normas de competência privativa, não encontramos a previsão da normatização em matéria de Direito Administrativo ou Ato Administrativo.

Quando dizemos que a Lei 9.790/99 mais parece uma “Lei Nacional das OSCIPs”, o fazemos ao apresentar excertos extraídos dela própria: “níveis de governo” (§ 1º do art. 10, e art. 11, *caput*), “publicação, na imprensa oficial do Município, do Estado ou da União” (inc. VI, do § 2º, do art. 10), “Tribunal de Contas respectivo” (art. 12).

Causa espécie a “Lei Nacional das OSCIPs”, que pretendendo ter abrangência para todos os entes políticos, peca em seu art. 13, de uma forma capital, quando ao tratar da necessidade de representação à Advocacia Pública, para o requerimento ao juízo competente da decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o seqüestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público, só previu expressamente a Advocacia-Geral da União, não prevendo as Procuradorias-Gerais dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Frise-se que tal lapso demonstra o descaso do legislador federal ante a necessária observância do princípio federativo, na abordagem do tema.

De outra face, repelindo a possibilidade de superposição de normas de entidades políticas diferentes, sustenta Borges Neto que:

Não há falar-se em hierarquia entre as normas federais, estaduais e municipais. Cada uma dessas categorias normativas é soberana dentro de sua esfera própria de competências. Uma lei estadual constitucional (porque adstrita ao âmbito de competências que lhe reserva a Constituição) não pode ser revogada por lei federal. Ao tratar de matéria esbarrará no vício da inconstitucionalidade. Isto em razão do fato de vigorar em nosso sistema jurídico-constitucional uma repartição rígida de competências, de tal forma que uma mesma matéria é sempre insuscetível de ser validamente regulada por duas ordens jurídicas diferentes.²⁵

O mesmo autor cita Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que assevera não existir “uma sobreposição, entre as normas de cada um dos entes políticos de uma federação, mas sim, diferentes áreas de competência que não podem ser invadidas, reciprocamente, sob pena de ruptura do sistema jurídico federativo.”²⁶

Assim, a falha da Lei Nacional das OSCIPs fará com que a mesma matéria seja regulada por duas ordens jurídicas diferentes, porquanto o Estado do Acre não abrirá mão da sua competência para edição de atos administrativos, como o é o ato de atribuição de títulos à entidades privadas sem fins lucrativos.

Impende registrar que reside no contexto histórico-político-constitucional a razão de nossos Estados federados serem submissos à União de maneira tão invulgar, indo mais longe ainda o constitucionalista Francisco Campos, no segundo volume de sua obra *Direito Constitucional* (1956:421), ao observar que o conceito de autonomia ingressou no campo publicístico nacional “pela porta escusa da política, como um título de reivindicação das comunidades locais contra o absolutismo do poder central”, e essa origem obstou, pelo menos inicialmente, o tratamento jurídico da autonomia.²⁷

No modelo de federalismo adotado pelo Brasil, uma vez que a União pode editar além de leis federais, leis nacionais, sendo estas de obrigatoriedade em todo território brasileiro e de caráter geral, ter-se-á configurado o centralismo do nosso federalismo.

A isonomia entre os entes políticos, todavia, é o princípio que deve imperar, pois, se traçar no firmamento do sistema jurídico constitucional uma linha horizontal, todas as unidades formadoras da República Federativa do Brasil encontrar-se-ão no mesmo patamar, do que se

²⁵ BORGES NETO, André Luiz. Op. cit., p. 147.

²⁶ *Ibid.*, p. 130.

²⁷ PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Op. cit., p. 70.

afirma que União e Estados-membros possuem absoluta igualdade jurídica e podem exercer suas competências, estatuídas pela Carta Magna -, com ampla liberdade. Portanto, é equivocado pensar que o poder da União é maior do que os poderes dos Estados membros ou dos Municípios. O que é verdade é que o âmbito de atuação da União é central, ou mesmo centralizador, por escolha do constituinte brasileiro na manutenção do federalismo centrífugo nacional. Daí, quando a União atua, os efeitos dessa atuação são enormemente mais abrangentes do que se se tratasse da atuação do Estado-membro.²⁸

Segundo Márcia Pelegrini, citando Celso Bastos:

afirmando este autor que a competência dos Estados fica praticamente reduzida a poucos itens, quase inexistentes, diz que: 'O traço principal que marca profundamente a nossa já capenga estrutura federativa é o fortalecimento da União relativamente às demais pessoas integrantes do sistema'.²⁹

E acerca da previsão da competência remanescente dos Estados-membros, em que se lhes assegura reserva de competências não vedadas pela Constituição, assevera a autora ser "forçoso reconhecer que já agora ele ganha ares de verdadeira irrisão, provocando mesmo a mofa e galhofa. Isso porque são tão inúmeras as competências atribuídas a títulos diversos à União, que a participação do Estado se tornou evanescente."³⁰

A autonomia normativa estadual praticamente desaparece debaixo do império da legislação central reguladora da administração estadual e municipal, que se intromete nas intimidades da auto-organização.³¹

Os Estados-membros não são subordinados ao governo da União, e sim à Constituição da República Federativa do Brasil. A lei está à disposição desta, e não daquela.

Com fortes raízes federalistas, Sacha Calmon (1999-a: 80) afirma que o federalismo brasileiro é "(...) normativamente centralizado, financeiramente repartido e administrativamente descentralizado:", confirmando, mais adiante, na mesma obra (p. 81), a tese do federalismo concentracionário legiferante.³²

Por conta de ser atribuída aos Estados-membros, dentro do federalismo brasileiro, competência residual, há uma baixa "visibilidade" político-eleitoral da Assembléia, em termos de competências legislativas materiais, especialmente em comparação com as Câmaras de Vereadores e o Congresso Nacional.

A posição secundária do Legislativo dentro do sistema político evidencia-se na sua irrelevante produção legislativa. E não se trata de um juízo preconceituoso com o perfil supostamente assistencialista das iniciativas legislativas dos deputados estaduais. Apenas a título de exemplo, no ano de 1992, em São Paulo, 97% do total de projetos de lei de iniciativa do legislativo referiam-se a nomes de escolas públicas.³³

Um outro aspecto importante a ser ressaltado é o profundo globalismo buscado pelas reformas administrativas brasileiras, não só com o objetivo de alcançar toda a Administração Pública e ser muito ampla, mas por influenciar, de forma inafastável, o modelo de Administração Pública dos Estados-Membros e dos Municípios, que possuem realidades diversas da levada em conta na Administração Pública Federal.³⁴

Nesse sentido, a experiência demonstra que a produção das leis, sobretudo as que têm origem no Executivo, revela a importância das políticas de privatização e de enxugamento da máquina administrativa e a natureza emergencial da agenda legislativa dos executivos estaduais, obedecendo dessa forma aos ditames da política econômica implementada pelo governo federal.³⁵

²⁸ Ibid., pp. 71/2.

²⁹ PELEGRINI, Márcia. A intervenção estadual nos municípios – cumprimento de ordem ou decisão judicial. São Paulo: Max Limonad, 2000.

³⁰ Ibid., p. 43.

³¹ PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Op. cit.*, p. 73.

³² *Apud* PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Op. cit.*, p. 74.

³³ SANTOS, Fabiano. O Poder Legislativo nos Estados: Diversidade e Convergência. Rio de Janeiro: FGV, 2001, p. 245.

³⁴ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Op. cit.*, p. 223.

³⁵ SANTOS, Fabiano. *Op. cit.*, p. 10.

6. DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DOS ESTADOS-MEMBROS EM DIREITO ADMINISTRATIVO

Uma vez estudada a autonomia dos Estados-membros, inclusive para produção legislativa, passemos a estudar a competência que os mesmos dispõem para edição de leis em matéria de Direito Administrativo.

Se considerarmos como atividade jurídica a atuação do Estado em torno da tutela do direito, essencial para sua própria preservação, e a atividade social, como a atuação do Estado para garantir o bem-estar da coletividade, temos que as disciplinas jurídico-sociais que estudam a atividade não contenciosa do Estado são o direito administrativo e o direito constitucional.

Conquanto o direito administrativo e o direito constitucional apresentem inúmeros pontos comuns, não se confundem, contudo, entre si, já que o direito constitucional dá os lineamentos gerais do Estado, institui os órgãos essenciais e define os direitos e garantias dos indivíduos, ao passo que o direito administrativo disciplina os serviços públicos e regulamenta as relações entre a administração pública e os administrados dentro dos princípios constitucionais estabelecidos previamente. Há assim nítida interação entre ambas disciplinas, porém não a ponto de se confundirem totalmente.³⁶

O direito administrativo, como ramo autônomo no campo jurídico, surgiu recentemente, consolidando-se em meados do século XIX.³⁷ Foi com o célebre caso Blanco, ocorrido em 1873, que se formulou de forma clara sua autonomia. Tendo a menina Agnès Blanco sido colhida por uma vagonete da companhia Nacional da Manufatura de fumo, o pai move ação contra o prefeito do Departamento. Foi então que o Tribunal de Conflitos decidiu que a controvérsia deveria ser resolvida pelo tribunal administrativo, porque a situação envolvia o funcionamento de um serviço público. Não haveria, obviamente, que ser regida por princípios que estão firmados no Código Civil.

Na lição de Bandeira de Mello, o direito administrativo é “o ramo do direito público que disciplina a função administrativa e os órgãos que a exercem”, e função administrativa é a função que “o Estado, ou quem lhes faça às vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos(...)”³⁸

Não obstante Maria Tereza Fonseca Dias³⁹ entender que a concepção de sociedade civil ser um tipo de coletividade que não demanda diretamente o Estado, e que jamais passaria a integrar o sistema administrativo, visto que ela não almeja tomar o poder (ou parcelas dele), e malgrado José Eduardo Sabo Paes⁴⁰ entender que as OSs e as OSCIPs estão fora da Administração Pública, por serem pessoas jurídicas de direito privado, a própria Lei das OSCIPs estabelece que as organizações da sociedade civil estarão sujeitas a princípios que caracterizam a atividade administrativa (art. 4º, inc. I).

Ademais disso, o ato de qualificação das mesmas é ato administrativo vinculado. Nesse sentido, a Consultoria Zênite:

A decisão do Ministério da Justiça é ato administrativo unilateral, na medida em que expressa tão-só a vontade da Administração Pública. Não obstante, não é ato discricionário; muito ao contrário, o deferimento ou o indeferimento do pedido de qualificação constitui ato vinculado, pois que a decisão fica completamente atrelada ao cumprimento ou não dos requisitos fixados em lei.⁴¹

De outra face, o ajuste que decorre da qualificação atribuída às OSCIPs, o Termo de

³⁶ UYEDA, Massami. *Op. cit.*, p. 30.

³⁷ TANAKA, Sônia Yuriko. A Codificação do Processo Administrativo. *Boletim de Direito Administrativo – BDA*, São Paulo: NDJ, abril-1998, p. 252.

³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, pp. 34/5.

³⁹ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Op. cit.*, p. 229.

⁴⁰ PAES, José Eduardo Sabo. *Op. cit.*, p. 101.

⁴¹ Zênite, Consultas em Destaque – 998/11/JUN/2002, Organização Administrativa – OSCIP – Terceiro Setor – Considerações.

Parceria, é ato administrativo complexo⁴², o que o conduz, sem sombra de dúvidas, ao regime público do Direito Administrativo.

Não há que se confundir a entidade qualificada como OSCIP ou OS com a própria qualificação. Sérgio de Andréa Ferreira deixa clara essa distinção ao asseverar que:

A primeira característica, na fixação da identidade das OS, é que, como assinalado, o status de organização social advém de uma qualificação, de uma forma, portanto, de habilitação, que pode ser cassada (arts. 1º e 16 e §§), sem que a pessoa jurídica deixe de existir, podendo vir a desenvolver atividades outras.⁴³

A bem da verdade, pretende-se com a concessão às entidades privadas títulos jurídicos especiais a certificação - a fim de distingui-las, a padronização no tratamento normativo e o controle jurídico sobre as atividades.

Estes títulos, atualmente, são de três ordens – utilidade pública, organização social e sociedade civil de interesse público -, dando nome a três tipos diversos de entes: os entes reconhecidos de utilidade pública, os entes conhecidos como organizações sociais e os entes conhecidos como sociedades civis de interesse público.⁴⁴

É importante deixar claro que a União não detém a competência exclusiva para atribuição de títulos, como se observa desde a Lei de Utilidade Pública, sendo permitido, portanto, aos demais entes políticos atribuir tal qualificação.

Entendendo-se por competência, o conjunto de atribuições que, por lei, são asseguradas às entidades ou órgãos estatais e aos agentes públicos, no que tange à competência em matéria administrativa, podemos considerar os arts. 18 e 37 da Constituição Federal, como sendo os pilares de sustentação da organização administrativa brasileira:

Art.18. A organização política-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

(...)

Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência(...)

É certo que a redação deste artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, como assinalado percutientemente pelo Prof. José Cretella Júnior, em seus Comentários à Constituição de 1988 (Editora Forense Universitária, 1. ed., 1991, tomo IV), se, de um lado, pela primeira vez em um texto constitucional, inseriu capítulo especial com a rubrica Administração Pública, sendo que o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, foi o instrumento legal pioneiro para a disciplina da administração pública federal, sem que, contudo, ampliasse o seu alcance para as demais figuras estatais menores, os Estados e os Municípios, o que foi feito pelo Ato Institucional nº 8, de 02 de abril de 1969, que permitiu a implantação das reformas administrativas locais por decreto do Poder Executivo, desde que obedecidos os parâmetros do D. L. 200/67.⁴⁵

Em se tratando da Carta Política vigente, Ivan Barbosa Rigolin e Marco Túllio Bottino, pontificam o seguinte acerca do Direito Administrativo: “Esse ramo, aliás, foi praticamente o único que a Constituição reservou ao disciplinamento privativo de cada ente local, uma vez

⁴² Não na acepção restrita de Hely Lopes Meirelles, mas na classificação de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, citando UGO BORSI (L'Atto Amministrativo Complesso, Torino, 1903, os. 203 e ss.) segundo o qual acepção mais lógica e mais ampla é a que envolve os atos de complexidade externa, ou seja, aqueles nos quais concorrem várias entidades e, por isso, são atos bi ou plurilaterais. (RDA, nº 214, p. 46).

⁴³ FERREIRA, Sérgio Andréa Ferreira. As Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público: Considerações sobre seu Regime Jurídico. Revista de Direito Administrativo nº 217, Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 1999, p. 108.

⁴⁴ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Terceiro Setor. Coleção Temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 56.

⁴⁵ UYEDA, Massami. Op. cit., p. 146.

que por assim dizer todos os demais ramos jurídicos permaneceram reservados ao disciplinamento legislativo da União.⁴⁶

A bem da verdade, salvo raras exceções, como a legislação de licitações e contratos, os Estados-membros têm competência plena para legislar em matéria de Direito Administrativo. Isso porque não existe, até por falta de previsão constitucional, um Código Nacional de Direito Administrativo, que por sinal Hely Lopes Meirelles defendia, asseverando que “as leis esparsas tornam-se de difícil conhecimento e obtenção pelos interessados, sobre não permitirem uma visão panorâmica do Direito a que pertencem.”⁴⁷

Por outro lado, Ivan Barbosa Rigolin e Marco Túllio Bottino criticam suposto Código, chamando-o de “um quimérico diploma cada vez mais insistentemente exigido por um significativo contingente de administrativistas, mas que neste momento da sistemática constitucional retira dos entes federados o último resquício de sua autonomia na gestão de seus assuntos locais.”⁴⁸

No tocante ao poder de abrangência da Lei de Licitações, prosseguem tecendo duras críticas os referidos autores:

Com efeito, tão incisiva, abrangente e “possessiva”, junto às instituições administrativas locais de Estados e Municípios, se revela a L. 8.666, que no futuro, sob coloração de dispor sobre “normas gerais” de licitação, ou de qualquer outra matéria que a imaginação do legislador federal resolva apropriar para a União, estará materializado o código administrativo brasileiro, aplicável a todo o poder público de qualquer nível e natureza, decretando-se praticamente a extinção das peculiaridades locais em tema de administração.⁴⁹

O que citados autores temiam, em termos de usurpação de competência legislativa, foi flagrantemente concretizado com a edição da Lei Nacional das OSCIPs, uma vez que a União, sem ser a detentora da competência para legislar privativa ou concorrentemente com os demais entes em tema de ato administrativo, como o é o de atribuição de títulos (como já se disse), o fez com a edição da referida lei, mas que, no entanto, não retira dos Estados-membros referida competência, e nesse espectro vimos defender a liberdade criadora do Estado do Acre em produzir um novo modelo de título denominado de OSCIP do Acre - que em termos práticos seria um híbrido entre a OSCIP e OS federal -, sendo da competência do Secretário de Estado de Planejamento, o ato da qualificação.

A inovação promovida pelo legislador acreano, a primeira vista pode causar espanto (...) Entrementes, se considerarmos que com o advento da Lei Federal das OSCIPs a doutrina apontou que “foi instituído um primeiro marco legal englobando todas as entidades que formam o Terceiro Setor e que apresentem em seus estatutos objetivos ou finalidades sociais voltadas para a execução de atividades de interesse público nos campos enumerados pela Lei”⁵⁰, dando a entender, sem dúvida, que a Lei das OSCIPs açambarca conteúdo das demais, perceberemos que fundamentos subsistem para afastar suspeitas de cometimento de sacrilégio pelo legislador estadual.

Corroborando com esse entendimento, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, do alto de seu saber jurídico, dispara que a “falta de uniformidade de pensamento e orientação entre os próprios membros do Governo, dando a impressão de que setores diferentes estudam o mesmo assunto paralelamente, sem intercomunicação (...)” Prossegue a festejada doutrinadora, criticando a existência de duas leis muito próximas, como o são a das OSCIPs e a das OSs “trata-se de miscelânea terminológica para designar entidades que, em termos genéricos, apresentam características muito semelhantes e que, por isso mesmo, mereciam submeter-se ao mesmo regime jurídico.”⁵¹

⁴⁶ RIGOLIN, Ivan Barbosa & BOTTINO, Marco Tullio. Manual Prático das Licitações, 4. ed., S. P: Saraiva, 2002, p. 45.

⁴⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 21. ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 37.

⁴⁸ RIGOLIN, Ivan Barbosa & BOTTINO, Marco Tullio. Op. cit., p. 45.

⁴⁹ Ibid., pp. 45/6

⁵⁰ PAES, José Eduardo Sabo. Op. cit., p. 114.

⁵¹ Op. Cit., p. 198.

Se considerarmos o preconizado por Di Pietro, o legislador acreano, detectando a aludida semelhança, acertou a fórmula, ao criar, no âmbito do Estado, uma única lei abrangente dos dois modelos federais.

Marçal Justen Filho, também acusa a similitude entre as figuras das OSCIPs e OS:

Grande parte das peculiaridades verificadas relativamente às organizações sociais também se encontra presente nessas outras figuras. A principal similitude reside na não caracterização de uma nova espécie de pessoa jurídica, sob o ponto de vista estrutural. A organização civil de interesse público é uma pessoa jurídica de direito privado, sem fim lucrativo. Portanto, tratar-se-á de fundação ou associação civil, tal como se passa com a organização social.⁵² (...) Prossegue: A Lei 9.790 estabelece sistema muito similar ao da Lei 9.637, que disciplina as organizações sociais. As diferenças são muito pequenas. Rigorosamente, os possíveis objetivos das organizações da sociedade civil seriam reconduzíveis aos das organizações sociais.⁵³

E com relação ao ajustes “*termo de parceria*” e “*contrato de gestão*”, tece um comentário mais forte, acusando verdadeira identidade:

O mais chocante é a previsão pela Lei nº 9.790 de um ‘termo de parceria’, destinado a disciplinar as relações entre Estado e organização da sociedade civil. O conteúdo da figura não difere daquele denominado como ‘contrato de gestão’ pela Lei nº 9.637. Não há dúvida acerca da idêntica natureza jurídica de ambas as figuras, inclusive no tocante a limites e impedimentos.⁵⁴

A demonstração do insigne Marçal de que o legislador repete, inutilmente, conteúdo em leis diferentes resta flagrante quando, na sua magistral obra, ao tratar especificamente das OSCIPs, escreve: “aplicam-se, aqui, os comentários realizados a propósito de tema similar quanto às organizações sociais.”⁵⁵

Acerca dos limites da competência da União, André Luiz Borges Neto⁵⁶ entende que esta competência é a exceção, dentro do quadro elencado pela Constituição Federal, pois as matérias sobre as quais poderá a mesma legislar já estão, todas elas, expressa ou implicitamente, previstas no texto da Lei Fundamental. Acerca do § 1º do art. 25 da CF, pontifica o mesmo que o dispositivo poderia ser lido da seguinte forma: “Aos Estados são reservadas as competências não vedadas pelas Constituições, enquanto à União é vedado o exercício de competência não outorgada pela Constituição.”⁵⁷

Quando a lei fala de qualificações, está falando de títulos, certificados. No mesmo artigo em que se refere a qualificações, a lei identifica o título de OSCIP como uma qualificação, dando o exato parâmetro de sua abrangência.⁵⁸

Essa qualificação tem a natureza jurídica de um ato administrativo unilateral de admissão(...)⁵⁹

De outra face, Bandeira de Mello⁶⁰, no tópico que denominou de “valor metodológico da noção de regime administrativo”, sustenta que o ato administrativo é submetido ao regime administrativo, senão vejamos: “Eis por que noções como finalidade pública, utilidade pública, interesse público, serviço público, bem público, pessoa pública, ato administrativo, autarquias, auto-administração e quaisquer outros conceitos só têm sentido, para o jurista, como sujeitos ou objetos submetidos a um dado sistema de normas e princípios; em outras palavras, a um regime” [grifo nosso].

⁵² JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 9. ed., São Paulo.: Dialética, 2002, p. 36.

⁵³ Id. loc. cit.

⁵⁴ Ibid., p. 37.

⁵⁵ Id. loc. cit.

⁵⁶ BORGES NETO, André Luiz. Op. cit., p. 117.

⁵⁷ Ibid., p. 118

⁵⁸ MADEIRA, José Maria Pinheiro Madeira Op. cit., p. 448.

⁵⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Coordenação Gerencial na Administração Pública. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 50.

⁶⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 61.

Sendo o ato administrativo submetido ao regime administrativo, inegável que integre o Direito Administrativo. Como característica do ato administrativo, Bandeira de Mello aponta o “uso de prerrogativas públicas, portanto, de autoridade, sob regência do Direito Público. Nisto se aparta dos atos de Direito Privado”⁶¹.

Assim, a natureza do título não é a de puro e simples ato jurídico, regido pelo Direito Civil, ramo esse que a União detém, com garras-de-ferro, a privatividade legislativa, afastando qualquer pretensão normativa dos demais entes federados. É de ato administrativo, regido pelo regime público do Direito Administrativo, onde os Estados-membros dispõem de competência constitucional plena para legislar.

Além da atribuição de títulos, também não poderia a União ter estabelecido regras do Termo de Parceria como normas gerais para todos os entes federativos. Termo de Parceria é enquadrável naquilo que o ilustre Diogo de Figueiredo Moreira Neto denomina de ato administrativo complexo (o sentido não é o mesmo empregado por Hely, cf. nota nº 44). Para o citado autor:

Com efeito, todos os tipos de atos administrativos complexos pactuados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, por não serem contratos, mas expressões de vontade do Poder Público dispendo sobre suas próprias competências constitucionais, não podem ser limitados nem condicionados por lei federal.⁶² (...)

Prossegue:

Em vista do exposto, reduzir o conceito do ato administrativo complexo ao do contrato administrativo, é admitir por inferência que a União possa interferir sobre a autonomia administrativa das demais unidades políticas para escolher o modo que deverão elas exercer suas respectivas competências em prossecução dos interesses públicos que lhes foram cometidos constitucionalmente.⁶³

E a respeito do contrato de gestão (que Marçal Justen Filho entende de mesma natureza que o termo de parceria), assevera o seguinte:

Observe-se ainda que esta modalidade específica de ajuste entre o Poder Público e entidades privadas foi regulada, pela Lei citada, exclusivamente para a União, uma vez que a competência para legislar sobre atos administrativos complexos, como também se expôs, insere-se na autonomia política e administrativa de cada ente da Federação. Nada impede, porém, que os Estados, Distrito Federal e Municípios adotem soluções semelhantes, bem como diversifiquem-nas, formalizando outras modalidades de colaboração gerencial com a utilização do instituto dos contratos de gestão (acordos de programa).⁶⁴

Consoante visto, o próprio Diogo de Figueiredo Moreira Neto admite que os Estados podem diversificar o modelo das OSs federal, bem como formalizar outras modalidades de colaboração gerencial. O Estado do Acre inovou, ao criar a OSCIP do Acre, resultado da fusão dos modelos das OSs e OSCIPs federais. A competência para qualificar determinada entidade como OSCIP do Acre é de autoridade da Administração Pública acreana, porquanto visa à celebração de Termo de Parceria com o Estado do Acre.

Acerca da competência dos Estados-membros, apenas um alerta faz Moreira Neto, no tocante às poucas regras orçamentárias e de licitações e contratos, constantes dos Diplomas de OSCIPs e OSs, vez que, nesses assuntos, a União detém competência para edição de normas gerais:

Caberá, porém, às demais unidades federadas, se lhes interessar, suplementar a legislação federal editada sobre organizações sociais nas matérias de competência privativa da União, tais como as regras gerais baixadas sobre licitações e em matéria

⁶¹ Ibid. p. 340.

⁶² Ibid., p. 46.

⁶³ Ibid., p. 51.

⁶⁴ Ibid., p. 51.

financeiro-orçamentária, para adaptá-las às suas respectivas necessidades administrativas, especialmente de fomento público e às suas peculiaridades, regionais e locais, quanto à ampliação do espaço público e expansão de parcerias com o setor privado.⁶⁵

No mesmo sentido, Maria Coeli Simões Pires “Sobre a temática, os Estados e Municípios poderão legislar, desde que observem seu campo de autonomia, isto é, não alcem vôo à seara de legislação privativa da União Federal.”⁶⁶

Quanto a questão orçamentária, ao permitir a lei estadual que às OSCIPs “poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do Termo de Parceria”, o legislador estadual adentrou em um campo amplamente atacado pela ADIn nº 1.943-1, consoante excerto transcrito a seguir:

(...) da mesma forma, conflita o preceito com o § 5º do art. 218 da Constituição, o qual, ao estabelecer que ‘é facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica’, a toda evidência estabeleceu que é-lhes proibido vincular receita a entidades privadas (como é o caso em debate), de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica.⁶⁷

No tocante às normas licitatórias, incorreu, outrossim, em falha o legislador estadual, ao permitir a possibilidade de destinação de bens às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público do Estado, por dispensa de licitação, mediante permissão de uso, consoante cláusula expressa do Termo de Parceria. Se levarmos em consideração o entendimento doutrinário de que as matérias de dispensa de licitação são, por natureza, caracterizadas como “normas gerais”, temos que é da competência privativa da União a edição de ditas hipóteses de dispensa. Assim, ainda que tal permissivo esteja presente na Lei federal das OSs, não poderia o legislador ter trespassado a hipótese para a legislação estadual, porquanto estaria inovando em matéria que não é da sua competência.

As falhas nos dois pontos acima apontados, não são, jamais, suficientes para retirar dos Estados-membros a competência para, respeitados tão-somente os preceitos da Constituição Federal, inovar em matéria de Direito Administrativo.

Assim, é válido o modelo das OSCIP’s do Acre.

Acerca da questão, o insigne Sérgio Ferraz, notoriamente um dos mais respeitados administrativistas de todos os tempos, nos deu a honra de enviar-nos uma carta, datada de 6.4.2004, escrita de próprio punho, onde comenta a inovação do legislador acreano: “externo que a meu ver, como modelo administrativo que é, não agride a Constituição Federal, podem os Estados dar moldes próprios às OSCIP’S, instituí-las, qualificá-las etc.”

Registre-se que Geraldo Ataliba escreveu texto onde procura desvendar a necessidade de se interpretar assuntos federativos com largueza de vista, principalmente no ponto relativo a ampliar as competências legislativas estaduais:

Enquanto a Federação for princípio fundamental e básico de toda nossa ordenação jurídica, não pode haver interpretação que atribua à nossa legislação, e ao comportamento das pessoas públicas, disciplina própria de estado unitário. Ainda que se afirme - de modo duvidosamente procedente - que caminhamos no sentido do estado unitário, este ainda não foi estabelecido, por falta de verdadeiro e legítimo movimento revolucionário, que o restaure. Enquanto isto não acontecer, a ninguém é dado ignorar as exigências básicas. E se o fizer, estará praticando a mais grave e repugnante transgressão ao que de mais sagrado funda nossas instituições. Por isso, merecerá enérgica repulsa da Suprema Corte, órgão constitucional cuja precípua e mais nobre atribuição está em assegurar a supremacia do Pacto Federal (Competência legislativa supletiva estadual, RDP 62/29).⁶⁸

⁶⁵ Ibid., p. 51.

⁶⁶ PIREZ, Maria Coeli Simões, Terceiro Setor e as Organizações Sociais, BDA, abril/99 p. 248.

⁶⁷ ADIn nº 1.943-1 *apud* PAES, José Eduardo Sabo. Op. cit., pp. 107/8.

⁶⁸ BORGES NETO, André Luiz, Op. cit., p. 145.

No presente caso, a União criou uma Lei Nacional sem ter competência constitucional para tanto. Massami Uyeda critica esse tipo de postura asseverando que: “A elaboração legislativa não deve, entretanto, ser feita a esmo, não se reduzindo à mera vontade do Estado, mas deve obedecer a uma técnica legislativa, observando-se os fins gerais e particulares do direito.”⁶⁹

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, citado por Massami Uyeda, pontifica que a competência, na sua primeira expressão fática, é consequência das cartas constitucionais, já que emanada da fonte constitucional.⁷⁰

Se já na Lei de Licitações e Contratos, que a União dispõe de competência para legislar sobre normas gerais, houve muitos questionamentos judiciais, de vista à absoluta abrangência das normas que contém⁷¹, imagine a gravidade da infringência em matéria de ato administrativo, onde os Estados-membros dispõem de competência plena para legislar.

Saliente-se que, no Brasil, a apreciação de inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato do poder público e a sua decretação ou não, segundo se apure ou não o atrito com a Constituição, pode se dar por controle difuso, em que a argüição é feita dentro de um processo entre partes ou, ainda, através de argüição direta de declaração de inconstitucionalidade. A Lei Nacional das OSCIPs poderá ter sua constitucionalidade questionada judicialmente, v.g. ao permitir tão somente ao Ministério da Justiça o poder de atribuir o título à entidades privadas, ainda que o Termo de Parceria possa vir a ser celebrado por outro ente político.

Acerca da rediscussão do papel do Legislativo estadual, o então presidente da Assembléia Legislativa do Mato Grosso, José Riva (PSDB), assim se pronunciou:

Na verdade, todos os Legislativos estaduais estão discutindo seu papel. A grande preocupação é que as Assembléias tiveram restringida sua atuação. Hoje, o que não é competência da União, passou a ser competência do Município. E a Assembléia tem que brigar pelo que é competência do Estado, porque a iniciativa legislativa, em 80% desses casos, é do Poder Executivo.⁷²

A bem da verdade, para que os Legislativos dos Estados-membros possam reivindicar competências legislativas para si, é preciso antes impor o respeito devido, e corresponder à seriedade que um processo legislativo reclama. Ademais disso, em âmbito estadual, os partidos políticos têm de ser fortes, haja vista que o que se tem hoje é:

Uma fragilidade organizacional e institucional dos partidos no nível estadual, cujas estruturas burocráticas de decisão têm pouca influência e capacidade de coerção sobre o comportamento dos deputados, assim como as orientações programáticas têm reduzido impacto na ação dos parlamentares. Não há partidos, no sentido rigoroso do termo, mas bancadas ou grupos que em certas situações agem conjuntamente.⁷³

Essa realidade, que precisa ser mudada, contribui para o enfraquecimento do Legislativo estadual, e, conseqüentemente, do regime democrático.

7. DIREITO ADMINISTRATIVO E A EXPERIÊNCIA DO ACRE: A LEI ESTADUAL N° 1.428/02 (OSCIPS DO ACRE) CONFRONTADA COM AS LEIS FEDERAIS N°S 9.790/99 (OSCIPS) E 9.637/98 (OSS)

Superada a análise principal da presente tese, cuja inferência inclinou pela possibilidade de os Estados-membros inovar em modelos administrativos, e para editar atos administrativos, porquanto detentores de competência constitucional para tanto, passemos, então, de forma complementar, cotejar o modelo criado, com o adotado em âmbito federal:

⁶⁹ UYEDA, Massami. Op. cit., p. 37.

⁷⁰ Ibid., p. 116. (cf. Da Competência Administrativa, Ed. Resenha Universitária, 1977, pág. 36)

⁷¹ RIGOLIN, Ivan Barbosa & BOTTINO, Marco Tullio. Op. cit., p. 46.

⁷² RIVA, José. Jornal do Brasil. Pacto Federativo, um desafio brasileiro. 29-06-1999. Caderno especial, p. 13. *apud* Fernando Luiz Abrucio, Marco Antonio Carvalho Teixeira e Valeriano Mendes Ferreira Costa, O Papel Institucional da Assembléia Legislativa Paulista: 1995 a 1998. O Poder Legislativo nos Estados: Diversidade e Convergência. Rio de Janeiro: FGV, 2001, p. 242

⁷³ ABRUCIO, Fernando Luiz, TEIXEIRA, Marco Antonio Carvalho & COSTA, Valeriano Mendes Ferreira. Op. cit., p. 242

A bem da verdade o legislador acreano perdeu grande oportunidade de sanar alguns pontos críticos da legislação federal. Preferiu repetir algumas fórmulas repreendidas de forma inexorável pela doutrina (Di Pietro⁷⁴, Bandeira de Mello⁷⁵ e Ana Paula Rodrigues Silvano⁷⁶) e ADIn nº 1.943-1.⁷⁷

Uma das críticas, v.g., reside no fato de que, pelo conteúdo das referidas leis, a fiscalização por parte do cidadão restou mínima, e somente podendo ser feita *a posteriori*, por meio dos remédios constitucionais previstos em nosso ordenamento jurídico (Ação Civil Pública, Ação Popular, Mandado de Segurança, além de outras ações ordinárias).

A Lei Estadual Acreana nº 1.428, de 02 de janeiro de 2002, que dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público do Estado do Acre teve por base a lei nacional de mesmo assunto, Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, com a peculiaridade de ter incluído alguns dispositivos da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, que trata das Organizações Sociais.

Acertou o legislador estadual, quando ao pretender incluir na lei conteúdos previstos em duas leis federais, preferiu o modelo federal das OSCIPs em detrimento do das OSs. Teria cometido grave erro se tivesse feito o contrário.

A despeito disso, propugna Maria Tereza Fonseca Dias ser, mesmo, melhor o modelo das OSCIPs:

No ano seguinte à criação do Programa das Organizações Sociais, foram instituídas pela Lei n. 9.790/99 os requisitos para a qualificação das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público. Essa nova legislação, corrigindo as principais e mais graves falhas e distorções do programa das Organizações Sociais, tais como a garantia do direito à qualificação, se preenchidos os requisitos da lei, e definindo critérios objetivos para o indeferimento do pedido encaminhado ao Ministério da Justiça (art. 6º, § 3º, da Lei n. 9.790/99) e a regulamentação de um termo de parceria em substituição ao problemático e questionável contrato de gestão, é uma saída mais viável para as ações de execução de políticas públicas e atuação complementar às atividades estatais por parte da sociedade civil organizada.⁷⁸

Nesse compasso, mandou bem o legislador estadual ao não contemplar a qualificação como prerrogativa discricionária da autoridade governamental, previsão essa feita na Lei Federal das OSs (art. 2º, II, da Lei 9.637/98).

Basicamente o modelo estadual das OSCIPs do Acre segue o modelo federal, com as seguintes peculiaridades: a) exigência de mais requisitos no estatuto da entidade pleiteante da qualificação; b) previsão do Conselho de Administração, sua composição e atribuição privativa; c) Seção denominada “Do Fomento às Atividades de Interesse Público”, que prevê a cessão de servidor público para as OSCIPs, com ônus para a origem; d) Seção denominada “Das Extinções de Órgãos Públicos Estaduais e da Absorção de Atividades e Serviços pelas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público do Estado do Acre.

⁷⁴ “Pela forma como a matéria está disciplinada na esfera federal, são inegáveis o conteúdo de imoralidade contido na lei, os riscos para o patrimônio público e para os direitos do cidadão”. Op. Cit. p. 203.

⁷⁵ “(...) não é difícil perceber-se que as qualificações como organizações sociais que hajam sido ou que venham a ser feitas nas condições da Lei 9.637, de 15.5.98, são inválidas, pela flagrante inconstitucionalidade de que padece tal diploma.” Mello, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 14. ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 217.

⁷⁶ “Não obstante a legislação pertinente às organizações sociais e organizações da sociedade civil ter procurado corrigir alguns dos desvios do título de utilidade pública, também merecerá reparos do legislador federal, como se verificou anteriormente. Assim, deve ocorrer, também, no âmbito dos Estados e Municípios, visando efetivar a implementação dos serviços sociais de forma mais eficiente e responsável.” Fundações Públicas e Terceiro Setor, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2003, p. 89.

⁷⁷ “A possibilidade de destinação de recursos e bens públicos para as organizações sociais, sem licitação, prevista no art. 12, caput, com seu § 3º, e no art. 13, caput, com seu parágrafo único, supratranscritos, vulnera também, pelos mesmos motivos deduzidos quando se destacou a inconstitucionalidade dos art.s 5º, 6º e 7º, o princípio da isonomia e o da obrigatoriedade de licitação (...)” ADIn Impetrada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em 13.1.99.

⁷⁸ DIAS, Maria Tereza Fonseca. Op. cit., p 248.

Passemos a analisá-las:

a) Primeiramente a Lei estadual exige mais requisitos no estatuto da entidade que pleiteia qualificação como OSCIP do Acre. Aqui pareceu o legislador acreano mais precavido, exigindo que referido estatuto apresentasse todos os requisitos exigidos pela Lei federal das OSCIPs, cumulados com os exigidos pela das OSs.

b) Quanto à previsão do Conselho de Administração para OSCIPs, dispondo sobre sua composição e atribuição, temos o seguinte a considerar:

A lei estadual estabelece que ao Conselho de Administração caberá o desenvolvimento de importantes atribuições na vida da OSCIP do Acre, tais como designar, dispensar e fixar remuneração aos membros da diretoria, e fiscalizar o cumprimento das diretrizes e metas definidas.

A previsão, em lei, do Conselho de Administração da OSCIP do Acre não constitui nenhuma aberração do legislador local. Sabo Paes faz demonstrar que a previsão de Conselho é inerente às OSCIPs - seja em lei, seja em estatuto, ainda que a Lei federal nº 9.790 não tenha discorrido sobre o mesmo:

Dispõe o Código Civil, nos arts. 45 e 46, os estatutos ou atos constitutivos dessas pessoas jurídicas, obrigatoriamente, apresentarão sua denominação, seus fins, sua sede, o modo por que se administra (normalmente Diretoria, Conselhos e Assembléia Geral nas Associações e Sociedades Cívis, e Conselho Curador, Administrativo e Conselho Fiscal nas Fundações) (...) ⁷⁹

Já no que concerne à previsão da composição do Conselho, onde consta a participação do Poder Público, a questão é bastante polêmica.

A proposta era defendida pelo Ministério de Administração e Reforma do Estado - MARE, ao sustentar como objetivo dos serviços-não-exclusivos “lograr maior foco no cidadão-usuário e um maior controle social direto desses serviços por parte da sociedade, por meio de conselhos de administração.” ⁸⁰

No âmbito doutrinário, se por um lado a Consultoria Zênite entende que “como regra geral, a participação de agentes públicos em entidades privadas sem fins lucrativos (conselhos, diretoria, etc.), por si só, não configura afronta ao princípio da moralidade” ⁸¹, mas desde que “tais agentes atuem voluntariamente (sem previsão de qualquer remuneração) para as referidas entidades.” ⁸² Por outro lado, tal previsão na Lei das OSs merece repreensão da doutrina, consoante se vê:

A previsão de participação no órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do Poder Público (o que tem sido objeto de críticas, eis que o Poder Público transfere recursos para uma entidade privada e depois dela participa, já fora das limitações impostas pelo regime de direito público) e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral. ⁸³

A redação original da Lei das OSCIPs federal, diferentemente do que fez a Lei federal das OSs e a Lei das OSCIPs do Acre, não previu a participação do Poder Público no Conselho de referidas entidades. A ausência de tal previsão pode ter sido decorrência da influência do relator do projeto, Deputado Marcelo Déda, que, no plenário da Câmara dos Deputados, no dia 3.3.99, asseverou que:

⁷⁹ PAES, José Eduardo Sabo. Op. cit., p. 121.

⁸⁰ BRASIL, Ministério da Administração e Reforma do Estado. A reforma administrativa na imprensa: seleção de artigos produzidos no MARE/ Ministério da Administração e Reforma do Estado. Brasília: MARE, 1997a. 81 p. (Cadernos do MARE da reforma do Estado, 7) *Apud* Maria Tereza Fonseca Dias, Direito Administrativo Pós-Moderno. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 226.

⁸¹ Zênite, Consultas em Destaque - 998/11/JUN/2002, Organização Administrativa - OSCIP - Terceiro Setor - Considerações.

⁸² *Ibid.*

⁸³ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Op. cit., p. 122.

O objetivo do projeto não pode, em momento algum, ser confundido com nenhum tipo de cooptação para a esfera de Governo ou para a esfera do Estado da ação de instituições e organizações da sociedade civil, as chamadas ONGs, cuja principal característica é justamente a sua autonomia, a sua independência e o caráter de organização sem qualquer vinculação com o Poder Público e com os organismos de Estado.⁸⁴

Essa ausência constava apenas no texto original. Com o advento da Lei nº 10.539, de 23.09.2002, passou a ser permitida a participação de servidores públicos na composição de conselho da OSCIP, consoante se vê da leitura da nova redação do parágrafo único do art. 4º, da Lei 9.790:

Art. 4º (...)

Parágrafo único. É permitida a participação de servidores públicos na composição de conselho de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, vedada a percepção de remuneração ou subsídio, a qualquer título.

Assim, abstraindo o juízo crítico, em termos práticos, quando o legislador acreano permitiu a participação do Poder Público no Conselho de Administração, parece ter adivinhado a inclusão posterior que viria a ser feita na lei federal.

c) O legislador estadual incluiu uma Seção denominada “*Do Fomento às Atividades de Interesse Público*”, que prevê a possibilidade de cessão de servidor público para as OSCIPs, com ônus para a origem.

A cessão de servidor é duramente criticada por Bandeira de Mello:

A possibilidade aberta pela lei de que os servidores públicos sejam, como é claro a todas as luzes, cedidos a organizações sociais a expensas do Poder Público aberrando os mais mezinhos princípios de Direito. (...) concluindo que não se admite que o Estado seja provedor de pessoal de entidades particulares.⁸⁵

Em sentido contrário, Paulo Modesto, quando fazia análise do ainda projeto de Lei das OSCIPs, reputou de “omisso” referido projeto que, diferentemente do que constava na Lei das OSs, não contemplava a possibilidade de cessão de servidores:

Outra omissão é a autorização expressa, necessariamente legal, para que servidores públicos federais possam colaborar diretamente na atividade de organizações qualificadas por prazo certo. Não faz sentido ignorar as possibilidades que esse tipo de colaboração poderia ensejar. Existente a autorização, essa forma de colaboração poderia ou não ser utilizada, conforme o que dispusesse o termo de parceria.⁸⁶

José Maria Pinheiro Madeira apregoa que:

Para atingir as metas do contrato de gestão, o Poder Público realiza atividade de fomento, dando certas vantagens às OS, que estão elencadas expressamente na lei. Esta é outra diferença entre as OS e as OSCIP, cujas vantagens estarão no Termo de Parceria, e não na Lei.⁸⁷

Explica, o mesmo autor que “Imediatamente após o credenciamento, a lei não confere qualquer vantagem ou benefício. A definição estará no termo de parceria, que pode definir repasse de verba pública, cessão de servidor, isenções fiscais, cessão de bens públicos etc”.⁸⁸

⁸⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 217.

⁸⁶ MODESTO, Paulo. Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 67.

⁸⁷ MADEIRA, José Maria Pinheiro. Op. cit., p. 452.

⁸⁸ Ibid., p. 447.

Inconstitucionalidades à parte, a previsão de cessão de servidores na Lei das OSCIPs do Acre não discrepa do modelo federal, se considerarmos a lição de Pinheiro Madeira, que apesar do silêncio na Lei nacional das OSCIPs, entende ser possível dita cessão através do Termo de Parceria.

d) A Lei acreana incluiu uma Seção denominada “Das Extinções de Órgãos Públicos Estaduais e da Absorção de Atividades e Serviços pelas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público do Estado do Acre.”

O conteúdo deste tópico é o que se procurou denominar de “publicização” de determinadas atividades não-exclusivas executadas por entidades estatais, sendo estas extintas, e aquelas absorvidas pelas OSs, mediante contrato de gestão. Decorre daí que as atividades, e não as entidades, seriam publicizadas.

A doutrina censura o neologismo, vez que:

Embora fale em ‘publicização’, a Lei está, efetivamente, galgando mais um passo na diminuição da estrutura administrativa, por um processo de ‘privatização’. O regime em que era prestada a atividade, de público, passa a ser privado, a entidade pública é extinta e substituída por uma privada.⁸⁹

Se a principal diferença entre OSCIPs e OSs, na visão de Pinheiro Madeira⁹⁰ é a extinção de órgãos e entidades e repasse das atividades para as Organizações Sociais, não sendo necessária tal extinção para o exercício de atividades pelas OSCIPs, que pressupõe inclusive o aproveitamento de trabalho preexistente desenvolvido pelas mesmas, tal diferença torna-se ainda mais tênue se considerarmos o entendimento de Marcos Juruena Vilela Souto, para quem é desnecessária a “publicização” antes da qualificação da OSs, e conseqüentemente a celebração do Contrato de Gestão:

Independentemente de tal transformação de órgãos ou entidades em organizações sociais, o Poder Executivo poderá qualificar como tais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos em lei.⁹¹

Para finalizarmos o presente tópico, teceremos as seguintes considerações:

No âmbito federal, o principal intuito das OSs é o de absorver certas atividades desempenhadas por órgãos e entidades da Administração, como serviços públicos, com a conseqüente extinção dos mesmos, e o das OSCIPs o de, aproveitando a experiência do trabalho desenvolvido por associações pré-existentes, sem implicar em extinção de órgãos e entidades, realizar atividades de interesse público. Já no âmbito estadual, por outro lado, a Lei das OSCIPs do Acre buscou abranger tanto o intuito da Lei federal das OSs como o das OSCIPs.

A vantagem reside no fato de que, como na lei estadual há predominância de normas da Lei das OSCIPs, se comparada com a das OSs, seriam, então, aplicadas essas normas mais evoluídas para todas as situações, inclusive para aquelas que, no âmbito federal, o são pela Lei das OSs, a exemplo dos mecanismos de controle dos ajustes com as entidades privadas, que exige como obrigatória para a celebração do Termo de Parceria, prévia consulta aos Conselhos de Políticas Públicas, v.g. ao Conselho Estadual de Saúde, se o projeto for afeto à área da saúde.

Talvez o grande problema da Lei das OSCIPs do Acre resida na impossibilidade de auferição de benesses previstas na legislação fiscal e licitatória em favor da entidade qualificada:

⁸⁹ Ibid., p. 449.

⁹⁰ Ibid., p. 456.

⁹¹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Op. cit., p. 122.

a) primeiro, porque nas situações de qualificação como OSs, em âmbito federal, as entidades, por serem automaticamente qualificadas com o título de utilidade pública, recebem benefícios quanto às contribuições sociais, não previstos para as OSCIPs, porque nestas os dirigentes percebem remuneração;

b) Com o advento das MPs nºs 2.158-34, de 2001, e 66, de 2002, as OSCIPs de âmbito federal passaram a ser beneficiadas, respectivamente, com a dedução do imposto de renda de doações feitas por empresas no limite de 2% do lucro operacional, e a isenção do imposto de renda. Como ambas as Medidas Provisórias condicionam tal benefício à qualificação de OSCIP “segundo as normas estabelecidas na Lei 9.790, de 23 de março de 1999”, temos que as OSCIPs qualificadas pelo legislador acreano a princípio não gozariam dessas vantagens;

c) Finalmente, o terceiro ponto diz respeito à previsão de dispensa de licitação para a celebração de contrato de prestação de serviços com as OSs, qualificadas em âmbito federal, não se aplicando tal hipótese à similar estadual, porquanto a hipótese contida na Lei Federal 8.666/93, art. 24, XXIV, abrange tão-somente as entidades estritamente qualificadas como OSs, sendo o rol do dispositivo legal taxativo, não comportando, portanto, interpretação extensiva para abarcar as OSCIPs. Nesse sentido, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes assevera que o contratado deve “necessariamente qualificado como organização social.”⁹²

CONCLUSÃO

Concluindo a presente tese, apresentamos as seguintes proposições:

1. As OSCIPs, OSs e OSCIPs do Acre são títulos atribuídos a entidades privadas prestadoras de serviço público, ou de serviços de interesse público.

2. Os Estados-membros dispõem de competência plena para legislar em matéria de ato administrativo, e por dispor de referida competência, foi criado no Estado do Acre o título de OSCIP do Acre, conferido mediante ato administrativo vinculado.

3. Tendo a Constituição da República erigido como cláusula pétrea a observância do princípio federativo, pressupondo a consagração da noção de autonomia das entidades federativas, estando esta vinculada diretamente à repartição de competências, inclusive como fundamento de validade de sua produção legislativa, ao analisarmos o teor da Lei Federal nº 9.790/99, denominada Lei das OSCIPs, detectamos inconstitucionalidade em seus arts. 5º e 6º, ao centralizar, com exclusividade, no Ministério da Justiça, o poder de editar ato administrativo que atribui o título de OSCIP a entidades privadas, que poderão, inclusive, firmar Termo de Parceria com Estados-Membros e Municípios, invadindo, assim, a esfera de competência destas entidades políticas.

4. Ante a inconstitucionalidade detectada, sugere-se a alteração da Lei Federal nº 9.790/99, a fim de que seja a mesma corrigida em seu texto, com o intuito de reconhecer que os demais entes federativos também são possuidores de competência para atribuir o qualificativo de OSCIP.

5. Considerando que a autonomia plena em Direito Administrativo dos Estados-membros e dos Municípios também visa amoldar a atuação estatal, com o escopo de atender às díspares realidades regionais vivenciadas neste imenso País, inferimos que, a todos os entes políticos, deve ser garantida a competência legislativa para tratar da matéria, criando novos modelos administrativos, inclusive novos títulos qualificativos para entidades do terceiro setor, a fim de que os integrantes deste venham a atender de maneira mais adequada ao relacionamento, ainda em construção, com o Estado e seus princípios.

⁹² Contratação Direta Sem Licitação, 4. ed., Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 398.

BIBLIOGRAFIA

ABRUCIO, Fernando Luiz, TEIXEIRA, Marco Antonio Carvalho & COSTA, Valeriano Mendes Ferreira. **O Papel Institucional da Assembléia Legislativa Paulista: 1995 a 1998.** O Poder Legislativo nos Estados: Diversidade e Convergência. Rio de Janeiro: FGV, 2001.

BORGES NETTO, André Luiz. **Competências Legislativas dos Estados-Membros.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BRASIL, Ministério da Administração e Reforma do Estado. A reforma administrativa na imprensa: seleção de artigos produzidos no MARE/ Ministério da Administração e Reforma do Estado. Brasília: MARE, 1997a. 81 p. (Cadernos do MARE da reforma do Estado, 7).

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas.** São Paulo: Saraiva, 2002.

CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO ACRE, 2003.

DANTAS, Ivo. **Instituições de Direito Constitucional Brasileiro.** 2. ed., Curitiba: Juruá, 2001.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito Administrativo Pós-Moderno.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública.** 3. ed., São Paulo: Atlas, 1999.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação Direta Sem Licitação,** 4. ed., Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 398.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. **As Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público: Considerações sobre seu Regime Jurídico.** Revista de Direito Administrativo nº 217, Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 1999.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Minas Gerais,** Belo Horizonte: Del Rey, v. 1, n. 1, 1999.

HORTA, Raul Machado. **A autonomia do Estado-membro no direito constitucional brasileiro.** Belo Horizonte: Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais, 1964.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** 9. ed., São Paulo: Dialética, 2002.

LUFT, Celso Pedro. **Minidicionário.** 14. ed., São Paulo: Ática, 2003.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Administração Pública Centralizada e Descentralizada.** Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

MARTINS, Cristiano Franco. **Princípio Federativo e Mudança Constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro,** 21. ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

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

- MODESTO, Paulo. **Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada**, São Paulo: Atlas, 2002.
- _____, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 9. ed., São Paulo: Atlas, 2001.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Coordenação Gerencial na Administração Pública**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública**. São Paulo: Dialética, 2003.
- ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO – OSCIP, A Lei 9.790/99 como alternativa para o Terceiro Setor. Brasília: Comunidade Solidária, 2000.
- PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações e Entidades de Interesse Social**. 4. ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2003.
- PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Autonomia Estadual no Sistema Constitucional Brasileiro: Reflexos Tributários**. Atualidades Jurídicas, São Paulo: Saraiva, 2001.
- PASCUMA, Derna & Castilho, Antônio Paulo F. de. **Referências Bibliográficas – um guia para documentar suas pesquisas incluindo internet, CD-Rom, mídias**. São Paulo: Olho d'Água, 2002.
- PAULO, Vicente & ALEXANDRINO, Marcelo. **Processo Legislativo**, Niterói: Impetus, 2003.
- PELEGRINI, Márcia. **A intervenção estadual nos municípios – cumprimento de ordem ou decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (organizadora). **O Novo Direito Administrativo Brasileiro – O Estado, as Agências e o Terceiro Setor**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- PIRES, Maria Coeli Simões. **Terceiro Setor e as Organizações Sociais**, in BDA, Abril/99.
- RIGOLIN, Ivan Barbosa & BOTTINO, Marco Tullio. **Manual Prático das Licitações**, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2002.
- ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro Setor**, São Paulo: Malheiros, 2003.
- SANTOS, Fabiano. **O Poder Legislativo nos Estados: Diversidade e Convergência**. Rio de Janeiro: FGV, 2001.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 11. ed., São Paulo: Malheiros, 1996.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Contratual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SUNDFELD, Carlos Ari & VIEIRA, Oscar Vilhena (coordenadores). **Direito Global**. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- SZAZI, Eduardo. **Terceiro Setor Regulação no Brasil**. São Paulo: Peirópolis, 2003.

TANAKA, Sônia Yuriko. **A Codificação do Processo Administrativo**. Boletim de Direito Administrativo – BDA, São Paulo: NDJ, abril-1998.

UYEDA, Massami. **Da Competência em Matéria Administrativa**. São Paulo: Ícone, 1997.

ZÊNITE. **Organização Administrativa - OSCIP - Terceiro Setor - Considerações**. Consultas em Destaque - 998/11/JUN/2002. www.mj.gov.br/snj/oscip_historico.htm

Intervenção do Estado no Domínio Econômico por Participação: Sub-Regime Jurídico Funcional Interno das Empresas Estatais, sob a óptica da Dependência

David Laerte Vieira

Procurador do Estado, atualmente exercendo o cargo de Secretário Adjunto de Compras, Licitação e Contratos. Mestrando em Direito Econômico pela Universidad Autónoma de Assunción; Pós-Graduado "Latu Sensu" em Direito Público pela Faculdade Integrada de Pernambuco - FACIPE, em parceria com a Associação dos Procuradores do Estado do Acre - APEAC; Especialista em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes - UCA; Especialista em Biologia pela Universidade Federal de Lavras e Especializando em Administração Pública pela União Educacional do Norte - Uninorte.

INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO POR PARTICIPAÇÃO: SUB-REGIME JURÍDICO FUNCIONAL INTERNO DAS EMPRESAS ESTATAIS, SOB A ÓPTICA DA DEPENDÊNCIA

INTRODUÇÃO

A monografia ora apresentada, procedente de ampla investigação científica, tem por objetivo desenvolver assunto que se enquadra no temário central do Congresso - a nova ordem econômica -, onde discorreremos sobre os vínculos de dependência das empresas estatais exploradoras de atividade econômica, para com o ente político instituidor.

Sabe-se que ao Estado é dado o poder de atuar no processo econômico, sob os mais diversos matizes. O presente estudo enfoca a forma de atuar interventiva, ou seja, na atividade econômica em sentido estrito (domínio econômico), através das empresas estatais.

Considerando-se que numa sociedade capitalista é típica da vida econômica a obtenção de lucro, discutiremos se este elemento retributivo é essencial a justificar a realização, pela empresa estatal, do interesse público perseguido e se, sob outro aspecto, a condição deficitária da empresa é causa motivadora de sua fuga para o setor privado, ou mesmo razão para seu aniquilamento.

No que toca à condição de dependência das estatais deficitárias, discutir-se-á se tal condição é o bastante a afetar sua autonomia. Sob este aspecto, constata-se que as bibliotecas são fartas em doutrinas que se dedicam inteiramente a abordar a relação de autonomia entre a Administração Direta e a Indireta, com destaque às Autarquias Especiais, aonde se chega a falar, até mesmo, em “relação de independência”. A peculiaridade da presente monografia reside no trato da condição e das relações de dependência das empresas estatais, onde a literatura é escassa, e quando raramente aborda, o faz em linhas isoladas. Daí a contribuição do material apresentado, que tem como grande trunfo o esforço empreendido visando harmonizar regras dos Direitos Administrativo, Constitucional, Econômico, Comercial e Financeiro, todos em torno de um mesmo tema.

1. Da Intervenção do Estado no Domínio Econômico

Pode o Estado atuar ou intervir no processo econômico. Considera-se atuação a exploração da atividade econômica em sentido amplo (abrangendo a prestação de serviços) e intervenção, a exploração de dita atividade em sentido estrito.

A distinção entre atividades econômicas que são serviços públicos e atividades econômicas que não o são (atividade econômica em sentido estrito), não é nova, tendo sido originariamente, entre nós, postulada por Celso Antônio Bandeira de Mello.¹

Tal distinção foi acatada por vários doutrinadores, a exemplo de Eros Roberto Grau: “ao afirmar que serviço público é tipo de atividade econômica, a ele atribui a significação de gênero no qual se inclui a espécie, serviço público”² e José dos Santos Carvalho Filho: “dentro da noção de atividade econômica em sentido amplo, temos, como espécies, alguns serviços públicos e as atividades econômicas em sentido estrito.”³

A intervenção, no exato dizer de Grau, significa a “atuação na área de outrem.”⁴ Nesse sentido, por pertencer o domínio econômico (atividade econômica em sentido estrito) aos particulares, às empresas, e não ao Estado - pode este nele intervir. Assim, cogitando-se das

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, 1973. *apud* GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 150.

² GRAU, Eros Roberto, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 2. ed., São Paulo, RT, 1991, p. 139.

³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Direito Administrativo*, 9. ed., Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2002, p. 389.

⁴ GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.* pp. 145, 146 e 167.

formas de atuação do Estado em relação ao processo econômico desenrolado na esfera do privado – isto é, no campo da atividade econômica em sentido estrito, no “domínio econômico” – cuida-se das formas de intervenção do Estado em relação a ele.

O mesmo autor classifica em modalidades as formas de intervenção na atividade econômica, a saber: por absorção – regime de monopólio; por direção e indução - regulador da atividade econômica; e intervenção por participação - o Estado intervém no domínio econômico, isto é, no campo da atividade econômica em sentido estrito, desenvolvendo ação, então, como agente (sujeito) econômico, assumindo o controle de parcela dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito, e atuando em regime de competição com empresas privadas que permanecem a exercitar suas atividades nesse mesmo setor.⁵

Assim, na modalidade interventiva por participação, pode o Estado, como agente produtivo, criar empresas públicas, sociedades de economia mista ou outras entidades, para exploração da atividade econômica, em razão dos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo. Nesse sentido, vejamos a redação do art. 173 da Constituição Federal:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta da atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definido em lei.

A leitura do dispositivo revela a necessidade da edição de lei, a definir relevante interesse coletivo, tanto podendo “ser lei federal quanto lei estadual. A esta cumprirá defini-lo desde a perspectiva do interesse (coletivo) predominantemente estadual” (A Ordem Econômica... p. 275).⁶ Quanto aos “imperativos da segurança nacional”, também previstos no artigo, trata-se de matéria de competência exclusiva da União.

Outrossim, prevê o dispositivo ressalva a outros casos de exploração da atividade econômica, no próprio texto da Carta Constitucional. Pode-se extrair como exemplos os mencionados no art. 177 e no art. 21, XXIII.

2. Das Empresas Estatais

2.1 Sub-Regime Jurídico Funcional Interno das Estatais

Consoante sugere o título da presente monografia, será conferido destaque ao sub-regime jurídico funcional interno das empresas estatais. Partindo-se de uma análise dedutiva, constata-se que tais empresas submetem-se a dois momentos distintos: um funcional e outro estrutural. Este, diz respeito ao seu formato institucional em termos estáticos, não merecendo maiores considerações nesta pesquisa, diferentemente do regime funcional, qual seja, a cogitação da estatal em seu dinamismo, isto é, no desenvolvimento das suas atividades. O regime funcional é dividido em dois sub-regimes, os quais Grau denomina como funcional externo – relações da empresa com o setor privado, e funcional interno – relação da empresa com o Estado.⁷ A este último é que se dedica o estudo trazido em linhas vindouras, enfocando-se o aspecto da dependência entre a estatal e o ente político instituidor.

2.2 Escorço Histórico

O surgimento das primeiras empresas estatais de natureza econômica remonta às grandes companhias coloniais portuguesas, holandesas e inglesas, nos séculos XV e XVI. Entrementes, em termos jurídicos mais atuais, foi na Bélgica, em 1884, que foi criada empresa constituída com capital subscrito pelo Estado, províncias e comunas, na razão de 99% e por particulares, na razão de 1%.

⁵ GRAU, Eros Roberto. Op. cit. pp. 145/6.

⁶ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Receitas Públicas Originárias*, Malheiros: São Paulo, 1994, p. 158.

⁷ GRAU, Eros Roberto. Op. cit. pp. 145/6.

No Brasil, não é recente a participação do Estado em atividades econômicas, ou mesmo a sua associação em capitais privados, como se possa imaginar. Foi o Banco do Brasil, criado por D. João VI, em 12.10.1808, ao qual se associou a *Coroa*, pela Carta Régia de 22.08.1812, antes mesmo da Independência, na época do Reino Unido Brasil-Portugal e Algarves.⁸

Com a reforma administrativa de 1967, através do Decreto-Lei nº 200 (considerada um marco na tentativa de superação da rigidez burocrática, podendo ser considerada como um primeiro momento da administração gerencial no Brasil), realizou-se o deslocamento de atividades para empresas públicas, sociedades de economia mista, autarquias e fundações, com o escopo de obter-se maior dinamismo operacional por meio de descentralização funcional.

Porém as mudanças, em termos de avanços desburocratizadores, na reforma administrativa, no exato dizer de J. Wilson Granjeiro, sofreram um retrocesso sem precedentes na Constituição de 1988. Para o referido autor sem que houvesse maior debate público, o Congresso Constituinte promoveu um surpreendente engessamento do aparelho estatal ao estender para os serviços do Estado e para as próprias empresas estatais praticamente as mesmas regras burocráticas rígidas adotadas no núcleo estratégico do Estado. O discurso de reforma administrativa só assume uma nova dimensão a partir de 1994, quando a campanha presidencial introduz a perspectiva da mudança organizacional e cultural da administração pública no sentido de uma administração gerencial.⁹

2.3 Empresa Estatal e seu Vínculo à Administração Direta

Fato interessante, e quase nunca lembrado, é que até a Constituição de 1967 as autarquias eram legitimadas a concorrer diretamente no âmbito privado do setor econômico. Foi com a Emenda Constitucional 1/69, em seu art. 170, §2º, que se operou sua exclusão, remanescendo apenas as sociedades de economia mista e as empresas públicas.¹⁰

A Carta Constitucional vigente não conceituou empresa pública e sociedade de economia mista. Segundo Carlos Ari Sunfeld a Constituição não se encarregou de “direta ou indiretamente, apontar as diferenças, limitando-se a tratar do que há de comum a todas essas sociedades: o regime da Administração Pública Indireta.”¹¹ Assim, o traço diferencial entre ambas radica na esfera da lei.

Acerca da normatização de tais empresas, Washington Peluso ensina que é a mesma de Direito Administrativo e não de Direito Econômico. Para o respeitado doutrinador:

A diferença de campo das duas disciplinas a respeito de tais empresas é bastante tranqüila. Desde a decisão pela sua criação, até aos seus atos constitutivos, a incumbência cabe realmente ao Direito Administrativo. Mas uma vez criadas e postas a atuar, essas entidades passam a exercer uma atividade tipicamente econômica, condicionada à realização da Política Econômica, e estarão cumprindo tarefas de intervenção, do âmbito do Direito Econômico. Bastar-lhes-ia a simples condição de pessoa de Direito Privado para se aceitar o seu deslocamento do âmbito do Direito Administrativo, desligadas que ficam dos problemas da administração interna do Estado.¹²

Impende ressaltar que a empresa estatal não pertence ao âmbito institucional da Administração, mas à vida econômica geral. Do ponto de vista do direito administrativo, só pode ser estudada na medida em que se observa a influência que pode exercer, na sua gestão, o órgão administrativo participante, em virtude dos direitos sociais que lhe correspondem.¹³

⁸ MADEIRA, José Maria Pinheiro. Administração Pública Centralizada e Descentralizada. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001, p. 331.

⁹ GRANJEIRO, J. Wilson. Administração Pública, 11. ed. Vestcom: Brasília, 2003, pp. 294/295.

¹⁰ TAVARES, André Ramos. Direito Constitucional Econômico, São Paulo: Método, 2003, p. 317.

¹¹ SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Econômico, 1ª ed., Malheiros: São Paulo, 2002, p. 267.

¹² SOUZA, Washington Peluso Albino de. Primeiras Linhas de Direito Econômico, 5. ed., São Paulo: LTR, 2003, p. 350.

¹³ CRETELLA JÚNIOR, José. Administração Indireta, 4ª ed., Forense, Rio, 2000, p. 331.

De outra face, o fato de o Estado participar do capital e da administração de suas empresas não lhes altera a estrutura jurídica, nem as transpõe do plano de economia e do direito privado para o plano da economia pública e do direito público.¹⁴

Versa a Constituição, em seu art. 173, § 1º, que as empresas públicas e de economia mista que explorem atividade econômica submetem-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas. Referido dispositivo tem o condão de impedir que tais empresas gozem de favores ou vantagens não atribuídos às empresas privadas.

De outra face, convém registrar que o que define as empresas estatais é a participação ativa do Poder Público na vida e realização da empresa.¹⁵ Como sócio, como diretor ou, simultaneamente, como participante da diretoria e do corpo de acionistas, o Estado “penetra na Empresa”, intervindo de vários modos, mas colaborando com o particular em obra de vital importância para a coletividade (...). Se a penetração é apenas em parte (o que não é o caso das empresas públicas), temos a sociedade de economia mista.¹⁶

Ademais disso, relaciona-se o Estado com suas empresas, através do exercício do controle sobre a atuação das mesmas, sob dois aspectos: o administrativo e o financeiro, previstos no art. 26 do Decreto-Lei federal n. 200/67. Em razão disso, ficam sob a supervisão do Órgão a que estão ligadas.

Nesse sentido, por se tratar de entidade da Administração Pública, fica a empresa estatal sujeita há uma série de ingerências, como a necessidade de aprovação pelo Poder Legislativo seja de seu orçamento de investimentos (CF, art. 165, §5º), seja de seu endividamento (art. 52). Ela também submete-se a várias limitações, como os deveres de licitar (art. 37, XXI), de fazer concurso público para contratar empregados (art. 37, II), e assim por diante.¹⁷

2.4 Ineficiência das Estatais, Fuga ao Setor Privado, Importância do Lucro e Crise na Noção de Autonomia

Na visão de Hanke, a intervenção política é a característica mais marcante e distinta da atuação das empresas estatais, considerando que os intermitentes governos nomeiam os seus dirigentes e fornecem subvenções para as empresas, ainda que usualmente deficitárias. Acerca dessa última condição, J. Wilson Granjeiro, apregoa que a ineficiência operacional e as baixas taxas de produtividade das estatais são problema crônico, notadamente “em função da indevida proteção contra a concorrência e contra o risco empresarial (operacional e financeiro) exercida pelo Estado ao salvaguardar vendas e receitas, bem como ao assumir compromissos e prejuízos financeiros da empresa.”¹⁸

Para Granjeiro, o Estado é dotado de comprovada lacuna de efetividade, ou seja, de eficiência e de eficácia, sendo que “as empresas estatais e autarquias brasileiras experimentam significativo constrangimento nesse sentido. Criadas para atender às necessidades sociais da população e prestar serviços de forma ampla e satisfatória, seus objetivos iniciais e diretrizes de ação foram sendo fragilizados e transfigurados ao longo do tempo.” Prossegue o autor, sustentando que a propensão da empresa estatal no sentido de incorrer em perdas, bem como de fornecer bens e serviços de qualidade irregular, assoma cronicamente, tendo em vista, dentre outras condicionantes, a do “regular cumprimento da precípua obrigação, no tocante ao legítimo recolhimento de dividendos ao Tesouro Público, em decorrência dos rendimentos auferidos em razão da devida propriedade estatal.”¹⁹

Sob fundamento na gama de problemas gerados à Administração Central pelas estatais, os defensores da privatização as comparam com as empresas privadas, sustentando que nestas a responsabilidade da direção é perante os proprietários, o que as impulsionam, tornando-as melhor servidoras da sociedade do que aquelas, cujos dirigentes são responsáveis

¹⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. Op. cit. p. 335.

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 22. ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 334.

¹⁶ CRETELLA JUNIOR, José. Op. cit. p. 329.

¹⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. Reforma do Estado e Empresas Estatais – A Participação Privada nas Empresas Estatais in Direito Administrativo Econômico, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 274.

¹⁸ GRANJEIRO, J. Wilson. Op. cit., p. 243.

¹⁹ GRANJEIRO, J. Wilson. Op. cit., pp. 240/241 e 249.

exclusivamente perante políticos e burocratas, de conformidade com seus próprios interesses. Sustentam ainda problemas crônicos nas estatais, como a descontinuidade na administração da empresa em virtude da interferência política e a fragilidade trológica do poder institucional vinculada ao clientelismo, corporativismo e cartorialismo.

Acerca da privatização, sob peculiar enfoque, Bresser enuncia presumível caráter cíclico da intervenção estatal, particularmente aplicável à atuação das empresas estatais. Nesse contexto, quando as coisas estão indo bem, tende a aumentar a intervenção do Estado em termos de mais gastos públicos, de criação de novas empresas estatais e de recrudescente regulamentação. Isso, segundo ratifica que, como parte de certo esforço mais geral de reforma e modernização do setor público, acompanhado de aumento do grau de eficiência com que opera a economia brasileira, a privatização pode contribuir, de forma significativa, para a retomada do crescimento econômico. No contexto enunciado, cabe acrescentar que a quase-totalidade da dívida externa brasileira é de ônus do setor público, ao passo que a maior parte da receita de exportação é do setor privado.”²⁰

Dessa forma, a visão de Bresser aponta que a tomada da decisão em se privatizar ou não empresas estatais há de ser implementada com base no contexto da situação econômica vivenciada pela Administração. Não significa que o critério determinante seja a situação econômica da própria empresa, que pode estar em condições de dependência financeira.

Nesse sentido, consoante assinala Granjeiro “porquanto a privatização seja conceituada no contexto inserido em pertinente processo de reordenamento do Estado, não transparece como parâmetro relevante a consideração concernente ao fato de as empresas em via de desmobilização serem, primordialmente, aquelas lucrativas ou aquelas deficitárias.”²¹ Para ele o critério é a “prioridade relativa à atuação do Estado e ao interesse da sociedade”.

Foi esse, outrossim, o espírito do inciso I do art. 1º da Lei 9.491, de 9 de setembro de 1997 fazendo constar, como um dos objetivos do Programa Nacional de Desestatização²², a reordenação da posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público.

De fato, em sendo a intervenção do Estado no domínio econômico entendida como exceção, não há como considerar a existência de interesse público em atividade indevidamente explorada pelas empresas estatais. Por outro lado, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao visualizar amplitude na cláusula “relevante interesse coletivo” critica-a apontando para o esvaziamento da vedação da exploração direta da atividade econômica pelo Estado. Nessa mesma linha, afirma Tércio Sampaio que, “com isto, na prática da ordem econômica, que exige decisões rápidas e imediatas, revela-se relativamente fácil dizer qual o fundamento da intervenção, mas extremamente difícil apontar em que casos ela não cabe (...)” (RDP 47-48/270 e 271).

Régis Fernandes de Oliveira prefere indicar situações onde se vislumbra relevante interesse coletivo, a justificar a intervenção, citando, como exemplo “campo que não esteja suficientemente explorado pela iniciativa particular ou em que esteja ela ausente.”²³

Nesse sentido, o propósito de se instituir uma empresa estatal há de ser guiado para a consecução do interesse público. Acerca de tal necessidade, sob duras críticas Régis²⁴ aponta que “sob a capa da necessidade de criação de entidade da Administração descentralizada, para efeito de organizar ou explorar atividade econômica, vai junto a intenção

²⁰ GRANJEIRO, J. Wilson. Op. cit. p. 256/257.

²¹ GRANJEIRO, J. Wilson. Op. cit., p. 246/247.

²² Por fim, no que tange à experiência das privatizações realizadas no Brasil, não parece oportuno aqui cogitarmos das dúvidas levantadas não apenas quanto à legalidade dos procedimentos adotados tendo em vista a sua efetivação, mas também no quanto respeita à moralidade das condutas de autoridades administrativas envolvidas nesses procedimentos. É inteiramente inexplicável, de toda sorte, que algumas dessas privatizações apenas se tenham efetivado porque os compradores estrangeiros das estatais privatizadas receberam financiamentos privilegiados do BNDES. Um balanço dos resultados inteiramente negativos das privatizações realizadas até dezembro de 1998 é encontrado em Aloysio Biondi, O Brasil privatizado, São Paulo, 1999, citado por GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 314.

²³ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Op. cit., p. 33.

²⁴ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Op. cit., p. 34.

de procurar lugares para colocação de pessoal apaniguado”. Prossegue o autor afirmando ser “evidente a distorção, dentro da realidade social.”

Assim, decidindo o administrador por enxugar a máquina administrativa, o critério a ser adotado para a manutenção da entidade, haverá de ser se a atividade desenvolvida é devidamente ou indevidamente explorada pelo Estado, e não se tal e qual empresa encontra-se em situação superavitária ou deficitária. Isso porque, mesmo nas hipóteses em que a situação da empresa seja lucrativa, mas o Estado atua indevidamente no empreendimento, o interesse público que motiva a intervenção não estará configurado. De outra face, pode uma empresa estatal encontrar-se em delicada situação financeira, mas atender precipuamente ao interesse coletivo, razão pela qual haverá o Estado de decidir-se favoravelmente pela sua continuidade.

Porém, tais empresas devem ajustar-se no âmbito financeiro e operacional porquanto mesmo que não venham a ser privatizadas, fica configurado o inoportuno óbice no sentido de aferir o desempenho daquelas empresas que apresentam anomalias extraordinárias, tais como endividamento incompatível com sua capacidade de faturamento. Ademais, a presença de empresas deficitárias no mercado financeiro contribui para a elevação de taxas de juros no mesmo, concorrendo de forma constrangedora com o próprio Tesouro Nacional na captação de recursos²⁵. Daí a necessidade da busca de mecanismos para que empresas públicas deficitárias, de importante participação no atingimento do interesse coletivo, procurem efetivamente serem ajustadas no âmbito financeiro e operacional.

Não se pode olvidar, assim, que a exploração da atividade econômica pelo Estado, não obstante sendo de interesse geral, não deixa de ter caráter nitidamente industrial e comercial.²⁶

Assim, como pessoa jurídica privada, a empresa estatal deve realizar, em seu nome, por sua conta e risco, atividades de utilidade pública, mas de natureza técnica, industrial ou econômica, suscetíveis de produzir renda e lucro, que o Estado tem interesse na sua execução e, por isso, outorga ou delega a uma organização empresarial privada, com sua participação no capital e na direção da empresa e fomentando-a na sua criação e desenvolvimento.²⁷

Note-se que a atividade econômica típica significa, pois, a produção de bens, com o objetivo de lucro. Este pode estar ou não presente na prestação de serviços públicos, não sendo seu componente necessário.²⁸ Mesmo que explore atividade econômica, o lucro também não é o objetivo principal da empresa governamental, pois consoante já asseverado, a atuação do Estado nesta área só se justifica quando haja relevante interesse coletivo ou seja imprescindível à segurança nacional (CF, art. 173).²⁹

Nessa mesma linha de entendimento, Carlos Ari Sunfeld, asseverando que o Estado não cria as empresas públicas “para investir, buscando simples lucros, mas sempre para implementar políticas públicas (o desenvolvimento regional, a construção de habitações populares, o financiamento agrícola etc.).”³⁰

Verificado que o lucro não é o elemento finalístico na vida das empresas estatais, mas sim o interesse público, sendo que este justifica inclusive a decisão da Entidade Matriz pela permanência das empresas estatais na vida econômica (a par da privatização, da liquidação etc.), questiona-se se a situação de dependência de tais empresas afeta a noção de autonomia.

Para Hely Lopes Meirelles, as empresas estatais (sociedades de economia mista e empresas públicas) têm autonomia administrativa e financeira, sendo apenas supervisionadas pelo Ministério a que estiverem vinculadas (não subordinadas), mas os desmandos e abusos na administração dessas entidades criaram tal endividamento e tantos gastos supérfluos, que a União viu-se forçada a instituir rigorosos controles administrativos e financeiros, através

²⁵ GRANJEIRO, J. Wilson. Op. cit., p. 246.

²⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. Op. cit., p. 333.

²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 337.

²⁸ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Op. cit., pp. 29/30.

²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Id., 2003, p. 351.

³⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. Op. cit., p. 265.

de normas legais e regulamentares, em complementação às disposições do Dec.-lei 200/67. A EC 19/98 ampliou o rigor no controle das despesas com pessoal, determinando a aplicação do teto salarial a essas empresas, desde que recebem recursos do Poder Público (CF, art. 37, XI, e § 9º).³¹

Marcos Juruena Villela Souto é crítico no tocante ao recebimento, pelas estatais, de recursos do Tesouro. Segundo ele, a noção de razoabilidade envolve um preciso conceito de proibidade administrativa, atribuindo-se autonomia à entidade se ela tiver condição de sobreviver com as receitas de suas atividades. Isto porque, não estando sujeitas à falência – conforme dispõe, polemicamente, a Lei nº 6.404/76, art. 242- [saliente-se que tal dispositivo foi revogado pela Lei 10.303/01], só devem receber recursos do Tesouro a título de investimento (CF, art. 165, § 5º, II), para ampliar suas possibilidades de atuação, e não para suprir eventual incompetência gerencial.³² Em outra passagem, afirma o autor que:

O certo, no entanto, é que dois pontos devem ser básicos, a saber, a desnecessidade de subordinação (mas sim de vinculação), conceito que envolve um controle finalístico e não hierárquico) e a autonomia no funcionamento, que exige em especial, receitas próprias auferidas no exercício da atividade autônoma. Frequentes são os casos em que a folha de pagamento de estatais é custeada pelo tesouro ou os quadros de pessoal são integralmente compostos por “servidores à disposição”. Trata-se da negação do conceito de autonomia.³³

Os contratos de gestão³⁴, vinculados a programas de atuação por entidade e determinado período, firmados entre a Administração direta e indireta, proporcionando à Administração resultados com base em metas fixadas e diretrizes governamentais instituídas com transparência e credibilidade pela sociedade³⁵ parecem ser uma saída para minimizar a problemática envolvendo a questão da autonomia das empresas estatais dependentes.

3. A Dependência das Estatais sob Aspecto do Direito Financeiro

Não obstante estando as empresas públicas sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, naqueles aspectos ligados ao controle administrativo resultante de sua vinculação à pessoa federativa, ao contrário, incidem as normas de direito público. Não é sem razão, portanto, que várias normas constitucionais e legais regulam essa vinculação administrativa e institucional das entidades. Em nível constitucional, temos, por exemplo a previsão de rubrica orçamentária (art. 165, § 5º).³⁶

Na mesma linha traçada pela Constituição Federal, a Constituição do Estado do Acre, em seu art. 153, II, quando dispõe sobre recebimento de recursos do Tesouro por empresas, limita-se ao orçamento de investimento:

Art. 153. A Lei Orçamentária anual compreenderá:

(...)

II – o orçamento de investimentos das empresas em que o Estado detenha a maioria do capital social;

Entretanto, a partir de 2003, por força de determinação da Portaria STN nº 589/01 as empresas estatais consideradas dependentes, passaram a integrar o orçamento geral do Estado, “levando-a a praticar todos os atos inerentes às exigências da Contabilidade Pública e da LRF, além daqueles que o são exigidos pela legislação empresarial.”³⁷

³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Id., 2003, p. 355

³² SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo da Economia, 3. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 77.

³³ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Op. cit., pp. 59/60.

³⁴ O contrato de gestão é um compromisso institucional, firmado entre o Estado, por intermédio de seus ministérios, e uma entidade pública estatal, a ser qualificada como Agência Executiva, ou uma entidade não-estatal, qualificada como Organização Social. Consoante o § 8º do art. 37 da Constituição Federal, o contrato de gestão visa ampliar a autonomia gerencial, orçamentária e financeira de órgãos e entidades da Administração.

³⁵ GRANJEIRO, J. Wilson. Op. cit., p. 250.

³⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 391.

³⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 391.

Assim, uma vez identificadas tais entidades, deverão as mesmas de ser incluídas nos orçamentos fiscal e da seguridade social - antes disso, como visto, apenas seus investimentos compareciam àquele instrumento de programação (art. 165, § 5º, II, da CF) – “observando toda a legislação pertinente aplicável às demais entidades. Trata-se, portanto, de uma tentativa de tornar transparente e eficaz a gestão pública dentro do espírito da responsabilidade fiscal.”³⁸

Segundo a metodologia da Comunidade Européia, empresa não-produtiva, dependente, é a que necessita de financiamento governamental para mais de 50% de seus custos produtivos.³⁹

A Lei de Responsabilidade Fiscal, por sua vez, visando restringir a dívida pública a níveis prudentes, estabeleceu, no art. 2º, inc. III, o conceito de empresa estatal dependente como as que recebem recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital – não é o caso do recebimento de recursos financeiros destinados ao aumento de capital.⁴⁰

Impende salientar que a conceituação de empresa estatal dependente firmada pela LRF, coaduna-se com os ditames constitucionais referentes ao teto remuneratório para os servidores públicos, explicitado no art. 37, XI da Constituição Federal. Nesse sentido, o § 9º acrescentado ao art. 37 da Carta Constitucional:

Art. 37 (...)

(...)

§ 9º O disposto no inciso XI aplica-se às empresas públicas e às sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, que receberem recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio geral.

Registre-se que a Lei de Responsabilidade Fiscal ao tratar da estatais dependentes, não considerou, em seu contexto, relevante as principais diferenças entre as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Outrossim, não considerou importante a distinção entre empresas prestadoras de serviço público e exploradoras de atividade econômica.

As Resoluções do Senado de nºs 40 e 43, ambas de 2001, detalham um pouco mais o conceito de empresa estatal dependente, considerando-a como tal aquela que não tenha recebido do Erário, no exercício anterior, recursos destinados ao custeio geral e aos gastos de capital, e relativamente ao exercício em curso, tenham previsão no seu orçamento de repasses bancados pelo ente controlador, para atender àquelas mesmas despesas.

De acordo com a Portaria STN nº 589, será considerada dependente apenas a empresa deficitária que receba subvenção econômica do ente controlador. Da mesma forma, considera-se ainda subvenção econômica a transferência permanente de recursos de capital para empresa controlada deficitária.

Assim, a ajuda financeira às empresas estatais dependentes será realizada mediante subvenção. Nesse sentido, consoante o § 3º, inciso II, do art. 12 da Lei 4.320:

Art. 12 (...)

(...)

§ 3º Consideram-se subvenções, para os efeitos desta Lei, as transferências destinadas a cobrir despesas de custeio das entidades beneficiadas, distinguindo-se como:

(...)

II – subvenções econômicas, as que se destinem a empresas públicas ou privadas de caráter industrial, comercial, agrícola ou pastoril.

³⁸ BEZERRA FILHO, João Eudes. Contabilidade Pública, Niterói: Impetus, 2004, p. 121.

³⁹ NASCIMENTO, Edson Ronaldo. Finanças Públicas – União, Estados e Municípios. 2. ed., Brasília: Vestcon, 2003, p. 219.

⁴⁰ TOLEDO JUNIOR, Flávio C. de. & ROSSI, Sérgio Ciqueira. Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada Artigo por Artigo. 2. ed., NDJ, 2002, pp. 15/16.

Entende-se agora melhor porque as subvenções econômicas são transferências correntes: destinam-se à cobertura dos déficits de manutenção, ou, em outras palavras, quando as despesas de custeio são superiores à receitas correntes. No orçamento da União, do Estado, do Município ou do Distrito Federal, essas dotações são incluídas expressamente nas Despesas Correntes e no orçamento da beneficiária, classificadas como Receitas de Transferências Correntes.⁴¹

As subvenções são forma de transferência de recursos públicos para o setor privado. Sendo assim, o art. 26 da Lei de Responsabilidade Fiscal dispõe o seguinte:

Art. 26. A destinação de recursos para, direta ou indiretamente, cobrir necessidades de pessoas físicas ou déficits de pessoas jurídicas deverá ser autorizada por lei específica, atender às condições estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias, estar prevista no orçamento ou em seus créditos adicionais.

Acerca de tal dispositivo, o TCE de Santa Catarina assim tratou da matéria, em seu Guia da Lei de Responsabilidade Fiscal:

O repasse de recursos públicos ao setor privado, visando cobrir direta ou indiretamente necessidades de pessoa física ou déficits de pessoas jurídicas depende de autorização em lei específica, deve atender às condições estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias, estar prevista no orçamento ou em seus créditos adicionais, consoante os termos do art. 26 da LRF, e atender aos requisitos da Lei 4.320/64.

Com relação à lei específica referenciada acima, ressalta-se que a mera previsão na LDO e na LOA não atende à exigência legal. É necessária a edição de uma lei própria definindo a área de atuação e finalidade das entidades. 'O dispositivo impede que o legislador dê uma autorização genérica ou um cheque em branco ao Poder Executivo para fazer destinação a seu exclusivo critério'.

No mesmo sentido, Flávio C. de Toledo Jr. & Sérgio Ciqueira Rossi, segundo os quais, "havia os que antes entendiam desnecessária lei específica para autorizar auxílios e subvenções; para isso, bastaria uma dotação genérica na lei orçamentária anual. Essa ausência de detalhamento ensejava alta margem de discricionariedade, de tal sorte que, não raro, o Poder Executivo beneficiava clubes de futebol em detrimento de hospitais filantrópicos ou orfanatos."⁴²

Saliente-se ser prudente que cada esfera governamental, no âmbito de suas atribuições, defina em tal lei condições para concessão e prestação de contas das subvenções adotadas. De outra face, a necessidade do diagnóstico preciso do montante a ser destinado a título de subvenção econômica a ser fixado na Lei de Orçamento Anual é condição indispensável para que a instituição tenha assegurado o aporte de recursos necessários para o desenvolvimento de seu programa de trabalho, no decorrer do exercício financeiro.⁴³

Impende ressaltar que, consoante a Portaria Interministerial nº 163, de 2001, as subvenções econômicas não mais existem enquanto transferência orçamentária intragovernamental; constituem, agora, fato puramente financeiro.⁴⁴

Por fim, conquanto a LC nº 101/2000 disponha que as empresas governamentais dependentes de recursos financeiros se sujeitam às suas regras, deve ficar claro que as características jurídicas destas ficam preservadas diante do disposto no art. 173 e parágrafos respectivos da Constituição da República. Isto significa que a Contabilidade e informações por ela geradas e constitutivas do conteúdo das suas demonstrações sujeitam-se às normas da Lei 6.404/1976.⁴⁵

⁴¹ Assim, cuidou o legislador de não impor amarras à estatal que obtém, ela mesma, os recursos necessários à sua operação e manutenção, ainda que para o ente matriz venda, a preços de mercado, seus produtos e serviços. (TOLEDO JUNIOR, Flávio Correa de. As Autarquias, Fundações e Empresas Estatais na Lei de Responsabilidade Fiscal in Boletim de Direito Administrativo – BDA, nº 7, São Paulo: NDJ, 2004, p. 758.

⁴² MACHADO JUNIOR. J. Teixeira. & REIS, Heraldo da Costa. A Lei 4.320 comentada, com a introdução de comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal. 30ª ed., IBAM, 2001, p. 61.

⁴³ TOLEDO JUNIOR, Flávio C. de. & ROSSI, Sérgio Ciqueira. Op. cit., p. 182.

⁴⁴ TOLEDO JUNIOR, Flávio C. de. & ROSSI, Sérgio Ciqueira. Op. cit., p. 181.

⁴⁵ MACHADO JUNIOR. J. Teixeira. & REIS, Heraldo da Costa. Op. cit., p. 215.

Nesse sentido, as entidades consideradas dependentes devem evidenciar recebimentos e pagamentos conforme o mesmo padrão adotado pelas entidades regidas pelo direito público. Nesse diapasão, as receitas submetem-se à classificação detalhada na Portaria STN nº 180, de 2001; as despesas, por seu lado, obedecem à estruturação da Portaria Interministerial nº 163, de 2001. Além disso, as contas de ativo e passivo figurarão conforme o Balanço Patrimonial daquelas entidades públicas (Anexo 14 da Lei nº 4.320). Isso tudo, sem embargo de que ela, a empresa dependente, continue elaborando os demonstrativos financeiros requeridos pela Lei nº 6.404, de 1976.

CONCLUSÃO

Concluindo a presente pesquisa, apresentamos as seguintes proposições:

1. As empresas estatais que sobrevivem à míngua de repasses do ente político instituidor, necessários a arcar com seu próprio custeio, são adjetivadas de “dependentes”, sendo que a destinação de recursos a elas, mediante subvenção econômica, reclama autorização por lei específica.

2. O interesse público, e não o lucro efetivo, será a linha mestra a determinar se uma empresa estatal exploradora de atividade econômica considerada dependente haverá de permanecer na estrutura organizacional da Administração Pública, ou se a desestatização ou até mesmo a liquidação, mostram-se seja o melhor caminho.

3. Isso porque o lucro não é o objetivo fundamental de uma empresa estatal, mesmo que exploradora do domínio econômico. Sob esse aspecto, razões de estratégia ou conveniência administrativa, sob a invocação do efetivo interesse público configurado, podem levar a entidade política instituidora à decisão de preservar na estrutura administrativa uma estatal em déficit. Por outro lado, ainda que uma empresa seja superavitária, mas que a atuação estatal no empreendimento configure-se indevida, não estará caracterizado, a nosso ver, o interesse público, a justificar a intervenção no domínio econômico, nos moldes excepcionalmente traçados pela Carta da República.

4. Em sendo a decisão administrativa pela manutenção de uma estatal deficitária, necessitar-se-á que esta se ajuste nos âmbitos financeiro e operacional, tendo em vista que fica configurado o inoportuno óbice no sentido de aferir o desempenho daquelas empresas que apresentam anomalias extraordinárias, tais como endividamento incompatível com sua capacidade de faturamento.

5. Ainda que com respaldo no interesse público, não há como admitir que determinada estatal mantida às expensas da entidade política geratriz esteja no exercício pleno da autonomia, nos moldes conferidos aos entes da Administração Pública Indireta.

6. Por fim, a condição deficitária da empresa governamental, em se tratando do ciclo orçamentário, aponta para um novo marco jurídico: o das estatais dependentes, que passam a submeter-se a preceitos constitucionais e legais, não aplicáveis às empresas que sobrevivem de recursos próprios.

BIBLIOGRAFIA

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Econômico**. São Paulo: Celso Bastos, 2003.

BEZERRA FILHO, João Eudes. **Contabilidade Pública**. Niterói: Impetus, 2004.

BRASIL, **Ministério da Administração e Reforma do Estado**. A Reforma Administrativa na Imprensa: Seleção de Artigos Produzidos no MARE/ Ministério da Administração e Reforma do Estado. Brasília: MARE, 1997.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Direito Administrativo**. Lumen Juris, 9. ed., Rio de Janeiro, 2002.

CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO ACRE, 2003.

CRETELLA JÚNIOR, **José**. **Administração Indireta**. 4. ed., Forense, Rio, 2000.

CRUZ, Flávio da (coordenador). **Comentários à Lei 4.320**. Atlas, São Paulo, 1999.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito Administrativo Pós-Moderno**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Responsabilidade Fiscal**. Brasília Jurídica, Brasília: 2001.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio Século XXI Escolar**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 5. ed., Saraiva, São Paulo, 2000.

GRANJEIRO, J. Wilson. **Administração Pública**. 11. ed., Vestcom: Brasília, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Sociedade de Economia Mista – Nulidade de Acordo de Acionistas que Importa em Mudança de seu Acionista Controlador in Revista de Direito Administrativo**. nº 222, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Administração Pública Centralizada e Descentralizada**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

MACHADO JÚNIOR, J. Teixeira & REIS, Heraldo da Costa. **A Lei 4.320 Comentada, com a Introdução de Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal**. 30. ed., IBAM, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

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

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Coordenação Gerencial na Administração Pública**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho e Outros. **Responsabilidade Fiscal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

NASCIMENTO, Edson Ronaldo. **Finanças Públicas – União, Estados e Municípios**. 2. ed., Brasília: Vestcon, 2003.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Receitas Públicas Originárias**. Malheiros: São Paulo, 1994.

PAOLI, Juan Bautista Rivarola. **Economía Política**. 3. ed., Asunción: S.R.L., 2001.

REIS, Heraldo da Costa. **Impactos da Lei de Responsabilidade Fiscal sobre a Lei 4.320**, de março de 1964 in Leituras de Administração Financeira Municipal. Rio de Janeiro, IBAM, 2003.

SOUTO, Marcos Juruena Vilela. **Direito Administrativo da Economia**. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2003.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. 5. ed., São Paulo: LTR, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Reforma do Estado e Empresas Estatais – A Participação Privada nas Empresas Estatais** in Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 11. ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 2003.

TOLEDO JÚNIOR, Flávio Correa de. & ROSSI, Sérgio Ciqueira. **Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada Artigo por Artigo**. 2. ed., NDJ, 2002.

TOLEDO JÚNIOR, Flávio Correa de. **As Autarquias, Fundações e Empresas Estatais na Lei de Responsabilidade Fiscal** in Boletim de Direito Administrativo – BDA, nº 7, São Paulo: NDJ, 2004.

O Licenciamento Ambiental de Posses Rurais na Amazônia.

Márcia Regina Pereira

Procuradora de Meio Ambiente do Estado do Acre, Coordenadora Estadual do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública - IBAP/AC. Bacharel em Direito pelo Instituto Benetti; Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Petrópolis; Pós-graduada "Latu Sensu" em Direito Público pela Faculdade Integrada de Pernambuco - FACIPE, em parceria com a Associação dos Procuradores do Estado do Acre - APEAC, e aluna regular do Curso de Mestrado em Direito pela UFSC.

Patrícia de Amorin Rêgo

Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado do Acre, Bacharel em Direito pela UFRN, Coordenadora da Coordenadoria de Defesa do Meio Ambiente, Conflitos Agrários, Urbanismo e do Patrimônio Histórico e Cultural do Ministério Público do Estado do Acre e aluna regular do Curso de Mestrado em Direito Internacional da UFSC.

Leila Araújo de Medeiros

Secretária-Geral da Coordenadoria de Defesa do Meio Ambiente, Conflitos Agrários, Urbanismo e do Patrimônio Histórico e Cultural do Ministério Público do Estado do Acre, Bacharel em Engenharia Agrícola pela UNICAMP, e aluna regular do Curso de Direito da UFAC.

Meri Cristina Amaral Gonçalves

Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Acre, Promotora Titular da Promotoria de Defesa do Meio Ambiente de Rio Branco, Bacharel em Ciências Biológicas e em Direito pela UFAC, e aluna regular do Curso de Mestrado em Ecologia e Manejo de Recursos Naturais da UFAC.

O LICENCIAMENTO AMBIENTAL DE POSSES RURAIS NA AMAZÔNIA.

INTRODUÇÃO:

A intenção do presente estudo não é, absolutamente, fazer uma incursão teórica acerca do instituto jurídico da posse, tema repleto de controvérsias. Tampouco se propõe a aprofundar o licenciamento ambiental *per se*, outro instituto suficientemente polêmico. O objetivo é, tão somente, a partir de uma visão crítica e menos dogmática do Direito, fazer uma reflexão acerca das normas positivadas que regem os referidos institutos e a sua implementação na realidade amazônica, tendo como referência as experiências vivenciadas no âmbito do Ministério Público do Estado do Acre, na prática de mediação de conflitos sócio-ambientais, envolvendo posseiros de áreas rurais.

EXPOSIÇÃO:

O conceito de posse rural tem encerrado inúmeras discussões, suscitando as mais divergentes opiniões no campo doutrinário. É um conceito que desde a sua origem no Direito Romano vem se transformado bastante e de lá para cá muito evoluiu, mas foi no século XIX que surgiram as duas grandes teorias que influenciaram os Códigos modernos, em especial, o Código Civil brasileiro: a teoria subjetiva, defendida pelo jusfilósofo alemão Friedrich Karl von Savigny, em seu Tratado da Posse, de 1803, e a teoria objetiva, desenvolvida pelo também filósofo alemão Rudolf von Ihering. E muito embora marcante a diversidade de concepções de posse no sistema jurídico, impossível cogitar o tema, sem fazer referência a estas duas teorias.

Para Savigny (APUD BENATTI:2003, p.38), dois elementos, conjugados entre si dão vida à posse: o elemento material denominado *corpus* que representa o poder físico sobre a coisa, e o elemento subjetivo, o *animus*, que é a vontade de possuir. Assim, para a teoria subjetiva, a posse é o poder de disposição física de uma pessoa sobre a coisa com a intenção de tê-la para si e de defendê-la de toda e qualquer intervenção alheia. Portanto, só haverá posse quando o possuidor detiver a coisa com *animus domini*, ou seja, com a intenção de ter a coisa como sua. É ela, portanto, um fato em sua origem e sua existência independe de todas as regras de direito.

Já para Ihering (APUD BENATTI:2003, p.41) é o elemento objetivo e não o subjetivo que caracteriza a posse. Destarte, a posse, segundo a teoria objetiva, é uma exteriorização do domínio e dos poderes a ele inerentes, ou seja, é o modo pelo qual o proprietário usa de fato sua propriedade, dando-lhe uma destinação econômica. A posse é, pois, um interesse juridicamente protegido e, portanto, um direito.

Conforme se vê, a definição de posse não é tarefa simples. Hodiernamente ainda persiste a discussão em torno das teorias formatadas no século XIX pelos filósofos alemães: seria a posse um fato, um direito, ou teria uma natureza dupla?

De uma forma geral, a posse é entendida como:

(...) um estado de fato, pelo qual uma pessoa tem em seu poder uma coisa, isto é, detêm-na na sua guarda ou para seu uso, com ou sem ânimo a ter coisa própria. Este estado de fato pode ou não corresponder a um direito da pessoa que exerce o poder sobre a coisa; é tomado em consideração só por si e, sob determinadas condições; é por um lado tutelado pelo ordenamento jurídico e produz, por outro lado efeitos vários até o ponto de se transformar num estado de direito (PEREIRA, 2000, p.38).

Com efeito, o conceito de posse está ligado à idéia de: estado de fato que antecedeu a propriedade na apreensão e utilização dos bens, para a satisfação das necessidades do homem; fato reconhecido pelo Direito (utilização do bem com um fim social e econômico); relação do homem com a terra; e instituto jurídico independente da propriedade.

No direito positivo brasileiro, é possível identificar as seguintes referências ao instituto da posse: no Código Civil, nos arts. 1196 a 1224, que convencionamos denominar de posse

civil; no Estatuto da Terra (Lei nº 4504/64) e na Lei agrária (Lei nº 8629/93), a posse agrária; e na Constituição Federal, art. 231, que trata da posse indígena.

Contudo, não seria errado afirmar que tais referências representam a codificação de apenas algumas possibilidades, mas não uma teoria geral para todas as manifestações encontradas na realidade atual, em face da complexidade e da diversidade das relações sociais contemporâneas.

Tal posição é defendida pelo jurista José Carlos Moreira, citado por Benatti (2003, p. 43), ao assinalar que:

(...) todas as tentativas de inclusão da posse numa das categorias dogmáticas conhecidas falham por causa de algumas de suas singularidades que com elas não se ajustam, e não é por outro motivo que desanimados, em razão das peculiaridades que a posse apresenta, de a enquadrarem em qualquer das categorias jurídicas da dogmática moderna, vários autores se têm limitado a salientar que a posse é uma figura especialíssima, e, portanto, *sui generis*".

Partidário da mesma corrente, o professor Benatti afirma que:

(...) um dos principais motivos deste impasse teórico no enquadramento do instituto da posse é, em primeiro lugar, resumi-lo apenas a um conceito jurídico, com uma visão hegemonicamente civilista. O segundo aspecto deve-se ao fato de que todas as interpretações apresentadas sobre as concepções desenvolvidas por Savigny e Ihering, assim como de outros autores, partiram do pressuposto de que estes conceitos deveriam ser uma **teoria geral da posse**, ou seja, encontravam nestas idéias uma noção larga, compreendendo todos direitos (2003, p. 43, grifo do autor).

E continua:

(...) esta necessidade da universalidade como critério jurídico fundamental faz parte da concepção positivista, tanto é assim, que os conceitos universais são aceitos com muita facilidade pelos juristas devido a sua própria formação teórica (2003, p. 44).

Finalizando sua argumentação, sustenta o professor Benatti (2003, p. 45), a negação de uma teoria geral da posse, mas tão somente uma pluralidade de concepções de posse e observa que:

(...) mesmo se tratando de um único instituto jurídico, devido aos diferentes momentos históricos e as influências econômicas, sociais e ambientais, foram sendo construídas diferentes concepções para a posse. Sua referência no código civil é a codificação de algumas possibilidades e não uma teoria geral para todas as manifestações de posse.

De fato, os conceitos da legislação positivada, definitivamente, não contemplam as formas de apossamentos encontradas na vida cotidiana, porquanto são inadequados para responder a todas as manifestações sociais e jurídicas contemporâneas, especialmente na Amazônia, em face da complexidade e heterogeneidade ambiental e cultural desta região.

Tal contradição entre o Direito positivo que considera apenas a concepção do sistema legal estatal e a realidade, representada pela diversidade de apossamentos não oficiais, construídas no contexto histórico e nas práticas cotidianas insurgentes, tem gerado freqüentemente, no cenário amazônico, graves conflitos de cunho sócio-ambiental, com nefastas conseqüências para a ordem pública, para as populações que ali residem e, em especial, para o meio ambiente.

Na Amazônia, é possível identificar, basicamente, três formas de apossamentos rurais: 1º - os projetos de assentamentos e/ou colonização, em terras particulares, através de desapropriação de latifúndios, ou em terras públicas, realizados nos moldes da política oficial de regularização fundiária, a maioria fruto da expansão da fronteira agrícola; 2º- as posses existentes nas unidades de conservação, tais como florestas nacionais e estaduais, reservas

extrativistas, reservas de desenvolvimento sustentável, estas duas últimas conquista dos povos tradicionais da floresta, através da sua luta de resistência; 3º- as posses tradicionais de extrativistas, ribeirinhos e pequenos produtores.

É justamente no último grupo apontado, ou seja, as posses rurais que não fazem parte de unidades de conservação ou assentamentos oficiais, cujos titulares são seringueiros e ribeirinhos que embora ocupando, há décadas, espaços da floresta amazônica, nunca tiveram suas áreas regularizadas, encontram-se totalmente desprezados pelas políticas oficiais e à margem da legalidade, onde se manifestam os conflitos, foco do presente estudo.

Como se sabe, tais formas de apossamentos não oficiais são frutos da ocupação econômica da região marcada pela migração de nordestinos que, fugindo da seca, vieram trabalhar na exploração dos seringais nativos para produção da borracha, inicialmente, em meados do século XVIII, para o abastecimento da indústria européia de pneumáticos e artefatos de borracha e, num segundo momento, já no início do século passado, para atender as demandas da 2ª Grande Guerra (os denominados soldados da borracha). Estes migrantes trabalhadores estabeleceram-se na região, constituindo famílias e ocupando extensões consideráveis de terra, onde se situavam as estradas de seringa e a colocação.

Posteriormente, a partir da década de setenta, com a expansão da fronteira agrícola, iniciou-se na região a implantação da atividade pecuária, sendo que muitas famílias de seringueiros, por várias gerações, permaneceram em suas colocações praticando o extrativismo e a agricultura de subsistência sem, contudo, deter a propriedade da terra, mas tão somente a sua posse.

A ausência de regularização fundiária das áreas ocupadas tem por décadas impedido esses extrativistas e pequenos produtores de cumprirem as exigências legais para a implantação de suas atividades laborais, até mesmo da agricultura de subsistência, uma vez que o licenciamento ambiental e a conseqüente averbação da área de reserva legal, pressupostos para o desenvolvimento dessas atividades, têm como pré-requisito legal, a apresentação do título do imóvel, via de regra, inexistente, relegando-os, assim, à absoluta clandestinidade, e muitas vezes, sujeitando-os à responsabilização civil, administrativa e até mesmo penal pelos órgãos ambientais e pelo próprio Ministério Público.

De outra parte, tal situação tem gerado como conseqüência, a absoluta falta de controle dos desmatamentos e queimadas realizados nessas áreas, altamente numerosas e dispersas espacialmente, uma vez que a impossibilidade de licenciamento ambiental, por ausência de reconhecimento oficial, impede, por conseguinte, o monitoramento e a fiscalização, ou seja, o controle ambiental nas referidas áreas de posses.

Apenas para ilustrar a magnitude do problema, segundo dados oficiais da Estação Gráfica da Secretaria de Meio Ambiente do Estado do Acre, no Estado do Acre, 54,92% da totalidade dos desmatamentos efetuados no ano de 2004 estão na escala de até 10 hectares, sugerindo, desta feita, que mais da metade dos desmates ocorreram em pequenas áreas rurais, o que sem sombra de dúvida, demonstra que tal situação não pode e nem deve ser mais ignorada.

Importante ressaltar que, embora não haja estatística oficial, parte expressiva desses apossamentos está em áreas de reserva legal de grandes e médias propriedades rurais regularmente tituladas ou mesmo griladas. Com a falência dos seringais e a política de expansão agrícola para a região fomentada pelo Governo, a partir do final da década de 60, extensas áreas de florestas foram vendidas ou apropriadas indevidamente, para fins de implantação de pecuária e agricultura extensiva, tendo boa parte dos “novos adquirentes”, por oportunidade da averbação da reserva legal de que trata o disposto no art. 44 do Código Florestal, atualmente alterado pela Medida Provisória nº 2166-67, de 28.08.2001, de forma irregular e mesmo de má fé, gravado com o referido ônus, as áreas de suas propriedades ocupadas pelas populações tradicionais que ali já habitavam há décadas, ignorando os seus direitos possessórios e impossibilitando-as de exercer as atividades habitualmente desenvolvidas, como a agricultura de subsistência. De fato, as grandes propriedades privadas rurais da Amazônia, via de regra, foram constituídas, ignorando-se os apossamentos de famílias

extrativistas que ali se encontravam de forma absolutamente legítima há gerações, desrespeitando, conforme já assinalado, os seus direitos possessórios e ainda, a legislação ambiental, ante a descaracterização destas áreas ocupadas para os fins da reserva legal florestal.

Tal fato tem ensejado conseqüências danosas ao meio ambiente, uma vez que embora inexistindo qualquer reconhecimento oficial dos referidos apossamentos rurais, os mesmos existem e neles são exercidas atividades degradantes para o meio ambiente, como por exemplo, a agricultura de subsistência, implicando em desmatamentos e queimadas normalmente ignorados pelos órgãos oficiais que, quando resolvem agir, se limitam a sancionar os pequenos produtores e extrativistas, sem adotar providências efetivas com relação à origem do problema, fazendo perdurar, assim, o ciclo vicioso de omissão histórica estatal frente ao tema. Importante ressaltar, ainda, que a ausência de reconhecimento oficial dessas áreas de posse tem condenado seus titulares à negação do acesso a uma série de benefícios, tais como: crédito oferecido pelas instituições financeiras às atividades produtivas desenvolvidas; assistência técnica e extensão agroflorestal; e benefícios previdenciários, como a aposentadoria rural; deixando tais populações literalmente excluídas e à margem da legalidade.

Destarte, considerando que mesmo não regularizadas tais ocupações são absolutamente legítimas, não há como se admitir do intérprete legal frente ao quadro acima delineado, especialmente, do membro do Ministério Público que tem como missão precípua fazer valer os direitos insculpidos na nossa Carta Magna, uma postura excessivamente dogmática e monista da análise do Direito, que aceita apenas como fenômeno jurídico o que foi codificado pelo Estado, o que, no caso da Amazônia, impõe, consoante já demonstrado, uma visão de uso que massacra as formas originais de posse construídas historicamente pelas populações que ali habitam, ignorando, destarte, os problemas sociais e ambientais daí advindos.

Urge, portanto, a necessidade de se colocar em pauta a discussão desta temática, a fim de que a leitura jurídica da posse venha a se aproximar da realidade de milhares de trabalhadores rurais que vivem nesta região, repensando conceitos e paradigmas secularmente ordenados que não mais conseguem responder às demandas atuais, visando alcançar meios que permitam uma saída para tais contradições decorrentes da crise e da ineficácia da legalidade monista vigente.

Com efeito, somente uma visão pluralista e crítica do Direito possibilitará avançar sobre a compreensão de posse na Amazônia e a criar mecanismos jurídicos para o reconhecimento dessas posses “sui generis”. É imprescindível, pois, divorciar-se do dogmatismo jurídico convencional, tal como aponta Wolkmer (1997, p. 15):

(...) tanto a nível teórico quanto prático, é logicamente possível, para além dos meios de regulamentação instituídos e até agora dominantes (normas costumeiras, judiciais e legais), a existência concorrente e paralela de expressões normativas não estatais, não derivadas dos canais oficiais e formalizadas, mas emergentes das interações e das flutuações de um processo de auto-regulação em constante recriação.

Ao enfatizar a importância da escolha do pluralismo jurídico como novo modelo político e jurídico de validade, caracterizado por formas alternativas de produção de juridicidade e por modalidades democráticas e emancipatórias de práticas sociais, bem assinala Wolkmer (1997, p.12-13):

(...)o modelo de cientificidade que sustenta o aparato de regulamentação estatal liberal-positivista e a cultura normativista lógico-formal já não desempenha a sua função primordial, qual seja a de recuperar conflitos do sistema institucionalmente, dando-lhes respostas que restaurem a estabilidade da ordem estabelecida. Na medida em que o aparato de modelos institucionais desta ordem apresenta-se insuficiente para dar conta de suas funções, tornando as relações sociais previsíveis e regulares, a série de sintomas disfuncionais deflagra a crise deste aparato, daí emergindo formas alternativas que todavia carecem de um conhecimento adequado. As atuais exigências

ético-políticas colocam a obrigatoriedade da busca de novos padrões normativos, que possam melhor solucionar as demandas específicas advindas da produção e concentração do capital, das profundas contradições sociais, das permanentes crises institucionais e das ineficazes modalidades de controle e de aplicação tradicional da justiça. Daí a relevância do tema abordado, tendo em vista a prioridade, hoje, de se questionar, repensar e reconhecer as mais diversas e crescentes manifestações normativas não-estatais/informais, reflexos de um fenômeno maior, que é o pluralismo jurídico.

Desta feita, Wolkmer (1997, p. 15) entende que as respostas para os conflitos gerados pela normativa atual só ocorrerão na medida nas seguintes condições:

(...) pela ruptura com esse aparato hegemônico incidindo na constituição gradual e alternativa de um novo paradigma societário de produção normativa. A condição básica para a realização concreta desse intento implica a retomada e construção de um pluralismo jurídico que se revele aberto, descentralizado e democrático, bem como contemple a transformação de carências e necessidades na positivação de novos direitos.

Com esse propósito, iniciou-se, no ano de 2003, no âmbito do Ministério Público do Estado do Acre em parceria com a Procuradoria da República, um processo de discussão participativa, para resolução dos conflitos emergentes desta problemática, com a realização de uma série de reuniões e audiências públicas, envolvendo todos atores, instituições governamentais e não governamentais, que pudessem contribuir para tanto. Desta feita, procurou-se ampliar o debate para além da questão do controle ambiental e da regularização fundiária, a partir da compreensão de que a necessidade do pequeno produtor em desmatar anualmente resulta, dentre outras causas, do atraso tecnológico a que está condenado, da ausência de assistência técnica e de informações. Foram envolvidas nesse processo, as instituições representativas dos pequenos produtores: Central Única dos Trabalhadores - CUT, Comissão Pastoral da Terra -CPT, Federação dos Trabalhadores Rurais do Acre - FETACRE, Conselho Nacional dos Seringueiros - CNS, Sindicatos Rurais e Associações de Produtores Rurais e Extrativistas; as instituições públicas e não governamentais de pesquisa, fomento e extensão agroflorestal: Secretaria Estadual de Assistência Técnica e Extensão Agroflorestal – SEATER, a Secretaria Estadual de Extrativismo e Produção Familiar – SEPROF, a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária - EMBRAPA, a Universidade Federal do Acre –UFAC e o Grupo de Pesquisa e Extensão em Sistemas Agroflorestais do Acre – PESACRE; e as demais instituições governamentais envolvidas diretamente com a problemática: o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA/AC, o Instituto do Meio Ambiente do Acre - IMAC, o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA/AC, o Instituto de Terras do Acre - ITERACRE, a Defensoria Pública do Estado do Acre e Procuradoria Geral do Estado -PGE.

Após várias reuniões com as instituições públicas e representativas da sociedade, foram realizadas duas audiências públicas, que contou com a participação dos interessados, ou seja, os detentores da posse. A primeira foi realizada em Rio Branco, em 24.06.2004, com a participação de cerca de 600 (seiscentas) pessoas (extrativistas e pequenos produtores), tanto de Rio Branco, como de municípios e localidades vizinhas: Porto Acre; Bujari, Senador Guiomard e Sena Madureira, dentre outros. A segunda audiência pública foi realizada em Brasiléia, em 30.06.2004, com participação de cerca de 400 (quatrocentas) pessoas e também contou com a participação de produtores de outros municípios: Assis Brasil, Epitaciolândia e Xapuri. A realização dessas audiências foi de uma importância ímpar para esses trabalhadores, pois pela primeira vez estavam ali, com eles, reunidos os órgãos públicos que poderiam ouvir e dar encaminhamento para uma série de problemas que os afligem diuturnamente.

Todo esse processo de negociação entre as partes, coordenado pelo Ministério Público, teve sempre como finalidade dar uma solução concreta e relativamente ágil ao problema, a partir da construção de consensos entre os atores envolvidos, assegurando a

participação das comunidades interessadas, especialmente considerando que estes beneficiários pertencem a uma categoria historicamente colocada à margem da sociedade, sem acesso a um de seus direitos fundamentais: a terra, com sua riqueza maior – a floresta, condição primordial para a sua sobrevivência humana. O coroamento desse processo se deu com a assinatura de um Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta – TAC, em 02.08.2004, tendo como compromitentes o Ministério Público Estadual e o Ministério Público Federal, e como compromissados, os seguintes órgãos: a Defensoria Pública do Estado do Acre, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA/AC, o Instituto do Meio Ambiente do Acre - IMAC, o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA/AC, o Instituto de Terras do Acre - ITERACRE, a Secretaria Estadual de Assistência Técnica e Extensão Agroflorestal - SEATER e a Secretaria Estadual de Extrativismo e Produção Familiar – SEPROF.

Com um prazo de vigência de dois anos, permitida a prorrogação, o ajustamento de conduta foi firmado tendo como objetivo primordial convergir interesses comuns dos compromissados, para assegurar o desenvolvimento sócio-ambiental nas posses rurais existentes no Estado do Acre, buscando a regularização fundiária, a implementação do licenciamento ambiental, bem como o aprimoramento do controle e fiscalização dos desmatamentos clandestinos e exploração irregular de madeira, inclusive em áreas protegidas (reserva legal e áreas de preservação permanente), e a assistência técnica e tecnológica aos posseiros, visando incentivar a utilização de práticas menos degradantes. Assim, o TAC centrou-se em três eixos básicos: Licenciamento e Controle Ambiental; Regularização Fundiária; e Assistência Técnica e Tecnológica.

Quanto ao Licenciamento Ambiental pelos órgãos competentes, antes vedado, restou pactuada a possibilidade pelos posseiros informais de conversão de, no máximo 01(um) hectare de floresta primária e 01 (um) hectare de capoeira, sendo autorizado, para fins de exploração de produtos florestais, o volume máximo de 10 metros cúbicos por hectare, sendo vedado o licenciamento em áreas de conflitos pela posse da terra já judicializados, bem como em áreas de reserva legal devidamente averbadas pelo proprietário, problema este que deixou de ser enfrentado. Aos órgãos ambientais, IMAC e IBAMA, também restou enfatizada a obrigação dos mesmos quanto à fiscalização e o monitoramento das áreas de posse licenciadas no que tange ao cumprimento da legislação ambiental.

No tocante à Regularização Fundiária, foi estabelecida a obrigação pelo órgão ambiental competente, IMAC, do encaminhamento de todos os processos de licenciamento ambiental em áreas de posse rural recebidos aos órgãos de regularização fundiária, ITERACRE e INCRA, para a realização dos estudos e levantamentos técnicos, tais como elaboração de mapas com memoriais descritivos e discriminação dos lindeiros, levantamento da cadeia dominial dos títulos de propriedade onde houver e informações georreferenciadas, para a adoção de medidas administrativas e judiciais necessárias à regularização, com o posterior envio, quando for o caso, à Defensoria Pública que deverá também adotar medidas judiciais, para fins da regularização fundiária das áreas licenciadas.

Segundo o pactuado, a SEATER e a SEPROF realizarão oficinas de capacitação em técnicas sustentáveis, envolvendo as áreas licenciadas, cabendo à SEPROF a elaboração, em parceria com o público-alvo das oficinas, dos Planos de Desenvolvimento Comunitário e à SEATER o acompanhamento da execução dos mesmos.

Em face da complexidade da execução do programado, ficou estabelecido que o licenciamento e o controle ambiental abrangeria todo o Estado e que a regularização fundiária e a assistência técnica seriam implementados, nesses dois primeiros anos, apenas para uma área piloto, sendo eleita a Região do Baixo Acre, a mais antropizada, compreendendo sete municípios: Rio Branco, Senador Guimard, Capixaba, Plácido de Castro, Acrelândia, Porto Acre e Bujari. Após esse período, a meta é replicar a experiência para as outras regiões do Estado.

Objetivando assegurar a participação da sociedade no processo, ficou criado o Grupo de Trabalho Permanente - GT, composto pelas partes signatárias, bem como pela EMBRAPA,

UFAC, PGE e pelas entidades da sociedade civil, ligadas ao objeto do TAC e interessadas em participar, com o propósito de discutir, implementar e acompanhar as ações necessárias ao cumprimento das obrigações pactuadas, cujas reuniões devem ocorrer em intervalos não superiores a quatro meses, para avaliação da execução dos compromissos firmados, através dos relatórios quadrimestrais encaminhados pelos compromissados acerca do cumprimento de suas respectivas obrigações.

Como é cediço, o TAC, instrumento previsto na Lei nº 7347/85, tem eficácia de título executivo extrajudicial, sujeitando os compromissados às sanções previstas na legislação, de forma cumulativa, em caso de descumprimento, ainda que parcial, das obrigações ajustadas. Todavia, em face da natureza, da complexidade e do ineditismo das obrigações pactuadas que demandam uma soma considerável de recursos técnicos, financeiros e de pessoal, além de muitas outras adversidades intrínsecas à problemática, como a dificuldade de acesso às áreas rurais na região, a burocracia estatal e cartorial, as mudanças políticas nos órgãos públicos e o próprio fator cultural no tocante ao avanço do desmatamento e do uso fogo, evidencia-se que a execução e o acompanhamento do referido instrumento não será tarefa fácil, sendo este o maior desafio, especialmente, para o Ministério Público, em razão do papel estratégico que tem ocupado no decorrer de todo o processo.

É possível que não se consiga atingir integralmente o objetivo pactuado: fazer com que posseiros informais passem a ser proprietários de suas terras, explorando-as de modo sustentável, respeitando a natureza e a legislação ambiental, no prazo de dois anos. Contudo, o que se pode testemunhar desta iniciativa é quão importante se mostra o diálogo entre os vários atores envolvidos, a fim de contribuir para a resolução dos conflitos, através do encaminhamento de uma solução eficaz e relativamente rápida. Importante ressaltar também a postura jurídica crítica adotada pelos órgãos ministeriais que diante da crise e do esgotamento das normas vigentes que não oferecem respostas satisfatórias aos reclamos sociais e ambientais insurgentes, buscaram uma outra direção, um outro referencial epistemológico comprometido com as mudanças da sociedade e com a vida humana digna, sem a qual não teria sido possível avançar sobre a compreensão jurídica de posse na Amazônia e criar alternativas para o reconhecimento dessas posses “sui generis” e para a efetiva proteção e gestão dos recursos ambientais.

CONCLUSÕES

1- A referência de posse no Código Civil é apenas uma das possibilidades e não uma teoria geral para todas as manifestações de apossamento;

2- A questão da posse na Amazônia, em razão da heterogeneidade do meio ambiente, assim como de sua população regional, assume uma complexidade maior, razão pela qual é imprescindível o reconhecimento oficial de outras formas de apossamento da terra, ocorrendo a partir daí o reconhecimento da posse dos trabalhadores agro-extrativistas da Amazônia, a partir de um novo paradigma, assentado nas condições históricas, nas práticas cotidianas e no uso sustentável dos recursos naturais;

3- Diante da crise e do esgotamento das normas jurídicas vigentes e do modelo jurídico atual que não oferece respostas satisfatórias aos reclamos sociais e ambientais insurgentes, somente uma visão crítica e pluralista do Direito, isto é, o Direito entendido não apenas como norma que orienta e preside as relações sociais, mas como instrumento de emancipação e de transformação social, comprometido com a vida digna, com a tarefa de resguardar e defender a cidadania possibilitará avançar sobre a compreensão de posse na Amazônia e a criar mecanismos jurídicos para o reconhecimento dessas posses “sui generis” e para a efetiva proteção e gestão dos recursos ambientais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

AQUINO, Álvaro Antônio Sagulo Borges de. **A posse e seus efeitos**. São Paulo: Atlas, 2000.

BENATTI, José Heder. **Posse agroecológica e manejo florestal**. Curitiba: Juruá, 2003.

PEREIRA, Carlos Alberto de Campos Mendes. **A disputa da posse**. São Paulo: LTr, 1999.

RIO GRANDE DO SUL. Ministério Público. Centro De Apoio Operacional De Defesa Do Meio Ambiente. **Coletânea de legislação ambiental**. Porto Alegre: Procuradoria-Geral de Justiça, 2003.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Alfa Omega, 1997.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. São Paulo: Saraiva, 2002.

O Controle Interno de Constitucionalidade Exercido pelas Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal

Cláudio Grande Júnior

Procurador do Estado de Goiás, especialista em Direito Administrativo Contemporâneo pelo Instituto de Direito Administrativo de Goiás – IDAG e Centro Universitário de Goiás – Uni-ANHANGÜERA.

O CONTROLE INTERNO DE CONSTITUCIONALIDADE EXERCIDO PELAS PROCURADORIAS-GERAIS DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL

INTRODUÇÃO

O novo milênio alvorece com inquietação para a ciência jurídica. A impossibilidade de satisfação das crescentes aspirações humanas, mesmo com o contínuo avanço tecnológico, coincide com o esgotamento das soluções oferecidas pelo positivismo jurídico. Como esforço de superação há o aprimoramento da democracia e o estudo profundo de seu exercício no Estado de Direito.

Corolário dessa conjuntura é a evolução silenciosa para um sistema desconhecido ainda em construção, que se convencionou chamar pós-positivismo. Do direito constitucional ele se espraiou para todos os ramos da ciência jurídica em razão da reformulação do princípio da supremacia da constituição pelo novo constitucionalismo. A Constituição não é apenas um sistema em si, mas o filtro de cognição de toda a ordem jurídica, proporcionando a constitucionalização do direito infraconstitucional por meio da filtragem constitucional.

Além disso, a sociedade moderna está alicerçada no pluralismo, sendo, portanto, aberta para a interpretação constitucional de todos os atores sociais. Mesmo restringindo a interpretação oficial aos juízes, é indiscutível que os demais órgãos estatais, cidadãos, organizações em geral e a opinião pública são, ao menos, pré-intérpretes e oferecem alternativas produtivas da interpretação.

Tendo em vista esse processo constitucional de participação democrática, vislumbra-se a figura do advogado público, encravado na estrutura administrativa do Estado como intérprete estatal da Constituição e harmonizador da interpretação técnica com a do governante, a da sociedade e as dos cidadãos. É nesse rico contexto que o presente estudo analisa o papel dos advogados públicos e, em especial, do Procurador do Estado para o novo milênio.

1. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

1.1. A Evolução do Direito Administrativo

O direito administrativo é filho do constitucionalismo moderno. Se antes do século XVIII havia um direito constitucional primitivo o mesmo não se pode falar do direito administrativo, que só conseguiu se desgarrar daquele com os grandes movimentos liberais, principalmente a revolução francesa. Deixou-se de confundir o Estado com a figura do monarca e se tornou crível pensar em Administração Pública. A partir de então, um conjunto de normas passou a regular a atividade desta. Obtempera Maria Sylvia Zanella Di Pietro que “o direito administrativo nasceu referido a um sujeito – a Administração Pública.”¹ Costuma-se dizer que a subordinação do poder à lei possibilitou a definição de uma pauta de direitos individuais que limitavam a Administração Pública. Gustavo Binénbojm discorda dessa gênese garantística do direito administrativo francês, argumentando que não passou de um modo de livrar o Estado das normas de direito comum votadas pelo parlamento e do controle jurisdicional do Poder Judiciário. Assim, nesse “processo de imunização decisória dos órgãos do Poder Executivo”² criaram um regime jurídico exorbitante próprio e o sistema do contencioso administrativo. Seja ou não uma farsa, Maria Sylvia Zanella Di Pietro faz o seguinte esclarecimento:

Paradoxalmente, na França a lei não é a principal fonte do direito administrativo. A principal fonte é a jurisprudência elaborada pela jurisdição administrativa, especialmente o Conselho de Estado. Na França, falar em princípio da legalidade significa falar primordialmente em submissão à jurisprudência elaborada pelos órgãos de jurisdição administrativa.³

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Inovações no direito administrativo brasileiro. *Interesse Público*, Porto Alegre, ano 6, n. 30, p. 39, março/abril de 2005.

² BINÉNBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 8, p. 81, jan./mar. 2005

³Op. cit.. p. 40.

Noutra mão, por serem contrários a essas idéias, houve resistência inicial dos britânicos e estadunidenses em reconhecer a existência do direito administrativo. *Common law* significa exatamente a existência de um regime comum ou único para o Poder Público e os particulares, sujeitando-os às mesmas normas e aos mesmos juízes, embora contemple algumas imunidades ao poder político, como a famosa irresponsabilidade civil do Estado – *the king can do no wrong* – só superada na metade do século XX.

No resto do ocidente, inclusive o Brasil, houve influências dos dois sistemas. O Estado se submete à jurisdição única do Poder Judiciário, mas o Legislativo gentilmente aprova normas específicas para a Administração Pública, derogando as comuns dirigidas à população em geral.

Nesse primeiro período do Estado de Direito, o Liberal, preocupavam-se apenas em impor limites à Administração Pública, até porque a postura do Estado deveria ser abstencionista. Por outro lado, curiosamente, ela tinha ampla liberdade para fazer o que bem entendesse, sem preocupações formais e procedimentais, desde que respeitados aqueles limites. “A legalidade significava a sujeição à lei editada pelo Parlamento, que era visto como o único ente que representava a vontade geral do povo.”⁴ Então, o sentido da legalidade era restrito à simples vinculação negativa expedida pelo Poder Legislativo em sua função legiferante. Respeitada essa baliza, a Administração Pública tinha amplo poder discricionário de atuação.

O panorama mudou com o advento do Estado Social de Direito, quando a preocupação se voltou também para a qualidade do agir estatal, qualidade essa direcionada para o atendimento de demandas sociais e econômicas. Surgem precauções com a forma e a discricionariedade de atuação do Estado prestador de serviços. A legalidade ganha a acepção de vinculação positiva, surgindo a difundida idéia de que a Administração só pode fazer o que a lei permite. Finalmente, a idéia de legalidade se amplia para alcançar outros atos normativos além da lei em sentido estrito.

Tal concepção de Estado se mostrou insuficiente em face do Nacional-Socialismo (Nazismo) que chegou legitimamente ao poder na Alemanha em 1933. Pregava a prosperidade coletiva e o desenvolvimento da sociedade, entendida somente como a soma dos nacionais de sangue, ou seja, os arianos puros. Para promover o socialismo nacional o Estado Alemão promulgou e cumpriu normas jurídicas de depuração da sociedade, eliminando seres indesejáveis como judeus, comunistas, homossexuais, ciganos, deficientes físicos e mentais, testemunhas de Jeová e outros que não se enquadrassem como nacionais. Mesmo após a segunda guerra, ao longo das décadas seguintes do século XX, surgiram em diversos países regimes autoritários, tanto de direita como de esquerda, amparados no arcabouço teórico do Estado Social de Direito.

A superação do estigma reside no reconhecimento de direitos humanos universais, independentes da nacionalidade, na aceitação da democracia e na limitação de seu exercício à supremacia do sistema constitucional promulgado. O poder democrático tem ampla liberdade, desde que se coadune com a ordem constitucional pluralista de uma sociedade aberta, que respeita os direitos fundamentais de todos, inclusive das minorias. Desse raciocínio surge a bela e em voga expressão Estado Democrático de Direito.

O funcionamento desse sistema foi aprimorado, escapando da limitada capacidade normativa das regras, que se confundiam com as disposições legais escritas. Admitiu-se que o dispositivo legal ou constitucional é apenas a fonte de onde se extrai a norma, que resulta sempre de um trabalho interpretativo. Mais do que isso, reconheceu-se a normatividade dos princípios, que, ao lado das regras, constituem espécie do gênero norma. Isso possibilita literalmente viver a Constituição e sentir sua supremacia.

⁴Idem. p. 48

A Constituição, liberta da tutela indevida do regime militar, adquiriu força normativa e foi alçada, ainda que tardiamente, ao centro do sistema jurídico, fundamento e filtro de toda a legislação infraconstitucional. Sua supremacia, antes apenas formal, entrou na vida do país e das instituições.⁵

Hodiernamente, todos os ramos do direito, e com mais razão o direito administrativo, devem ser aplicados a partir dessa ótica constitucional. Por um lado, a constitucionalização se deu com a expressa inserção da Administração Pública e de seus princípios no texto da Constituição. Isso é importante porque, como não existe hierarquia entre as normas constitucionais, todos os princípios essenciais enumerados no art. 37 estão em pé de igualdade.

Na eventual hipótese de colisão, a preponderância de algum deles deve ser analisada caso a caso concreto. Todavia, a constitucionalização não para aí, vai muito mais longe, porquanto todas as normas constitucionais direcionam a construção, seja legislativa ou interpretativa, do direito administrativo. Este não pode em momento algum contrariar o sistema constitucional, principalmente seu núcleo: a dignidade da pessoa humana, que por consequência lógica passa a ser também o do direito administrativo. Desse modo, conclui Patrícia Ferreira Baptista:

Da condição de súdito, de mero sujeito subordinado à Administração, o administrado foi elevado à condição de cidadão. Essa nova posição do indivíduo, amparada no desenvolvimento do discurso dos direitos fundamentais, demandou a alteração do papel tradicional da Administração Pública. Direcionada para o respeito à dignidade da pessoa humana, a Administração, constitucionalizada, vê-se compelida a abandonar o modelo autoritário de gestão da coisa pública para se transformar em um centro de captação e ordenação dos múltiplos interesses existentes no substrato social.⁶

1.2. A Superação de Paradigmas do Direito Administrativo

Em vista das constatações acima, questiona-se: ainda se justifica a existência de um regime jurídico diferenciado para o Poder Público ou, em suma, do próprio direito administrativo? Sim, para a efetividade da própria Constituição e a consecução de seus fins forçoso admitir que o Estado é diferente dos particulares e, portanto, necessita de um regime diferenciado, resguardadas, é claro, a proporcionalidade e razoabilidade deste. Tanto é verdade que mesmo no *common law* houve a formação de um direito administrativo a partir do surgimento e desenvolvimento das agências reguladoras.

Todavia, a supremacia da Constituição e a necessária observância do postulado normativo da proporcionalidade põem em xeque antigos paradigmas do direito administrativo, tais como os apontados pelo Mestre Gustavo Binenbojm: (i) a legalidade administrativa como vinculação positiva à lei; (ii) o suposto princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado; e (iii) a intangibilidade do mérito administrativo pelo Poder Judiciário.⁷

O princípio da legalidade tem conotação bem mais ampla no Estado Democrático de Direito. Continua submetendo o Estado à lei em sentido formal, mas também “ao Direito, abrangendo todos os valores inseridos expressa ou implicitamente na Constituição.”⁸ É o fim da legalidade medíocre que não atende aos propósitos constitucionais e só serve para manter o *status quo*. O próprio texto da Constituição faz questão de colocar o princípio da legalidade ao lado dos demais princípios da Administração Pública, todos com igual importância.⁹

⁵ BARROSO, Luis Roberto. O Direito constitucional e a efetividade de suas normas – Limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, nota prévia, p. X.

⁶ BAPTISTA, Patrícia Ferreira. Transformações do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 129-130.

⁷ Op cit., p. 83.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 47.

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 68: Em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada, mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade. Essa nova orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal no princípio da reserva legal proporcional.

O chamado princípio da supremacia do interesse público tem sido objeto de profunda reformulação por doutrinadores de escol¹⁰, sendo até negada sua existência por alguns deles. Parece mais acertado o entendimento de que se há supremacia de algo é da Constituição e esta, por sua vez, dá prevalência ao interesse público primário, que muitas vezes coincide com o interesse privado. Então, não mais se tolera o legislador empurrar aos particulares leis que objetivam atender apenas ao interesse público secundário, desconsiderando o primário. Requer-se prévia modulação através do postulado normativo da proporcionalidade.

Daí se chega à possibilidade do Poder Judiciário analisar a discricionariedade do administrador “exatamente pelo fato de que a sua atuação tem que ter fundamento na lei, mas também tem que observar os limites impostos pelos princípios e valores adotados explícita ou implicitamente pela Constituição.”¹¹ O outrora endeusado princípio da separação dos poderes se remodela para ceder espaço à concretização das demais normas constitucionais através do controle de constitucionalidade da discricionariedade administrativa.

A subsunção à lei pode perfeitamente ser feita por técnicos, gestores e membros do Controle Interno e dos Tribunais de Contas. Todavia, a filtragem constitucional (expressão de Paulo Ricardo Schier), procedida muitas vezes da ponderação de princípios, requer o imprescindível auxílio de juristas. Do mesmo modo, a análise da existência ou não de interesse público e sua prevalência sobre o particular carece de consultoria jurídica preventiva, porque, na pós-modernidade, o Judiciário pode e deve analisar o mérito administrativo. Restringir a participação dos advogados públicos à mera incumbência de defesa judicial desses aspectos é contraproducente, pois só adia a resolução do problema, com desgastes tanto para o cidadão como para a entidade estatal.

A partir dessas constatações, hoje, mais do que nunca, pode-se falar na existência de um direito administrativo em sentido amplo e em sentido estrito. O primeiro “abrange o regime jurídico de direito público e o de direito privado a que se submete a Administração Pública.”¹² Já o outro “corresponde a um regime jurídico de direito público, derogatório e exorbitante do direito comum, com restrições e prerrogativas destinadas a garantir, de um lado, a autoridade do poder público e, de outro, respeitar os direitos fundamentais.”¹³

Exemplifica-se o segundo com as normas sobre intervenção do Estado na ordem econômica e na propriedade, contratos administrativos em sentido estrito e usos especiais de bens públicos por particulares. De outro lado, citam-se os contratos de direito privado celebrados pela Administração, que seguem as normas comuns do direito civil, comercial e trabalhista, mas temperadas pelas específicas de licitações, concursos e contratações no âmbito do Poder Público.

Imprescindível salientar que o Sistema Constitucional alberga ambos os regimes e, em qualquer dos casos, é imperiosa a proceduralização para a legitimação da atuação estatal (Niklas Luhmann). Mesmo a prática do mais simples ato administrativo requer prévio procedimento. “Não há ato administrativo sem procedimento.”¹⁴ Para melhor compreensão, a preleção de Lúcia Valle Figueiredo:

Talvez, o grande problema instaurado sobre o tema diga respeito a se deixar de fazer a distinção acerca de procedimento como forma normal de se desenvolver a atividade administrativa, de manifestação da atividade administrativa, do meio normal de a Administração se manifestar, chegar à prolação de ato administrativo, e de processo administrativo em sentido estrito, que envolve necessariamente controvérsia, litigância ou acusações em geral, conforme se encontra disposto no inciso LV do artigo 5º do texto constitucional.¹⁵

¹⁰ Por exemplo: Humberto Bergmann Ávila, Sabino Cassese, Paulo Ricardo Schier, Carlos Ari Sunfeld, Alexandre Santos de Aragão, Gustavo Binenbojm e Leonel Ohlweiler.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p. 49.

¹² Idem. p. 54.

¹³ Ibidem. p. 54.

¹⁴ FIGUEIREDO. Lúcia Valle. Competência dos tribunais administrativos para controle da constitucionalidade. Interesse Público, Porto Alegre, ano 6. n. 24, p. 25, março/abril de 2004.

¹⁵ Idem. p. 24.

Seja no processo administrativo ou no mais simplório procedimento é sempre imprescindível a participação de técnicos para coadunar a vontade política com a legal. Já o papel do advogado público, como se verá adiante, não se restringe à legalidade, mas à constitucionalidade da atuação estatal em todos os aspectos.

2. A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DE PETER HÄBERLE

2.1. A Constituição como Processo Público

Diversas concepções doutrinárias foram formuladas para explicar as constituições. As principais são as: (i) sociológicas, (ii) políticas ou decisionistas e (iii) positivistas. Até recentemente a concepção jurídica se reduzia às positivistas, contudo elementos das duas primeiras categorias vêm sendo agregados.

A concepção de Ferdinand Lassalle é a de destaque entre as sociológicas. Primeiramente, todo país tem uma Constituição, seja boa ou ruim, que “expressa um conjunto de variados e mutáveis fatores sociais que condicionam o exercício do poder.”¹⁶ Em segundo lugar, todo país tem uma Constituição real ou efetiva posta em movimento pelos fatores reais de poder, pois não é possível imaginar uma nação onde estes não existam. Então, cada Estado tem uma Constituição ideal, que deveria ser cumprida e respeitada, e outra real ou efetiva, que é a vivenciada.¹⁷

Carl Schmitt foi quem expressou melhor a concepção política da Constituição ao mostrá-la como “uma decisão política fundamental válida apenas por força do poder constituinte.”¹⁸ Representa o conjunto das vontades políticas em certo momento sobre o modo e forma de ser de um Estado.¹⁹

Da concepção positivista, brilha o ensinamento de Hans Kelsen de que “a Constituição como lei, é definida pela forma independentemente de qualquer conteúdo axiológico.”²⁰ Como norma jurídica pura definidora do estatuto do Estado, pertence ao mundo do dever-ser.

Indiscutivelmente, sempre é uma decisão política. Que digam os constituintes norte-americanos quando criaram seu Estado federal, os soviéticos ao fundarem sua união de repúblicas socialistas ou os brasileiros quando promulgaram a vigente Constituição cidadã. No presente, isso ganha ainda mais relevo ao se reconhecer a normatividade, mesmo que mínima, dos princípios constitucionais programáticos, como, por exemplos, a função social da propriedade (art. 170, III), o primado do trabalho na ordem social objetivando o bem-estar e a justiça sociais (art. 193) e o apoio e incentivo estatal à valorização e difusão das manifestações culturais (art. 21). Tratam da consecução de determinados fins ou do cumprimento de programas, normalmente sociais. Em outras palavras, são programas políticos incorporados ao ordenamento jurídico com supremacia constitucional, imunes, portanto, às políticas momentâneas reacionárias e resistentes às oscilações partidárias, governistas e até mesmo legais. Seus efeitos bipartem-se em imediatos e diferidos. Os segundos são os resultados em si, que evidentemente ficam postergados para o futuro por serem de efetivação mais frágil dada as dificuldades de exigi-los de pronto. Diferentemente, os efeitos imediatos são sindicáveis desde logo. Impedem ações que contrariem a norma programática e fazem nascer o direito subjetivo “negativo” de exigir a abstenção do Poder Público da prática de atos que contrariem os ditames da norma programática.

Se eventualmente a supremacia dos princípios programáticos não é garantida nem pelos guardiões da Constituição, que se recusam a declarar a inconstitucionalidade de políticas públicas contrárias, é por causa da combinação de fatores reais de poder que desvirtuam o sistema constitucional e não permitem à sociedade vivenciar a Constituição ideal.

Assim, deveria ser idealizada uma forma de proceduralizar a participação de outros fatores reais de poder. Para Inocêncio Mártires Coelho a visão de Peter Häberle da Constituição

¹⁶ CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito constitucional. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 194.

¹⁷ QUEIROZ, Ari Ferreira. Direito constitucional. 7. ed. Goiânia: IEPC, 1996, p. 62.

¹⁸ CARVALHO, Kildare Gonçalves. Op. cit. p. 194.

¹⁹ QUEIROZ, Ari Ferreira. Op. cit. p. 62-63.

²⁰ CARVALHO, Kildare Gonçalves. Op. cit. p. 193.

como processo público cumpre tal desiderato. Constatou o professor alemão que a sociedade moderna é pluralista, sendo composta de uma variedade de idéias e interesses políticos que, mesmo conflitantes, toleram-se. Então, não é uma sociedade somente da maioria, mas também da minoria cuja preservação é assegurada pela Constituição. “É, portanto, uma sociedade de todos.”²¹ Caracteriza-se, outrossim, como sociedade aberta porque construída a partir de várias experiências, que além de se tolerarem, estimulam o surgimento de novas idéias. Conclui a explicação Rafael Caiado Amaral:

Dessa forma, o pluralismo é um elemento da sociedade moderna e, também, uma característica do Estado Democrático de Direito. Este deve, segundo lição de Canotilho, ser domesticado pelo Direito e, como a Constituição é a norma fundamental desse modelo estatal, deverá, também, representar essa sociedade pluralista, contemplando direitos e garantias que preservem os diversos grupos que a formam.²²

Conseqüência disso é a formulação de constituições abertas, tanto na estrutura como na semântica. Feitas para perdurarem indefinidamente no tempo, devem estar franqueadas à evolução, possibilitando as mutações constitucionais.

A partir desse ensinamento, introduzido nas Ciências Jurídicas pela hermenêutica filosófica, Peter Häberle verificou que a Constituição não era o simples texto constitucional elegido pelo Poder Constituinte originário, mas o resultado sempre temporário de sua interpretação. Esse produto é, para o referido autor, o elemento que ordena a vida social. Desse modo, concluiu que não há norma jurídica, senão norma interpretada.

Com essas conclusões em mãos, aferiu, então, que a Constituição seria um processo, que se desenvolveria na linha do tempo e à luz da publicidade. Um processo aberto e livre, uma tarefa que deve ir se realizando continuamente pelos processos sociais, jurídicos, institucionais, como bem assinala José Antonio Estevez Araujo.²³

2.2. O Advogado Público na Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição

Plural a sociedade e aberta a Constituição, esta deve estar desimpedida à pluralidade de intérpretes e às contribuições de suas interpretações. Outrora fechada, era interpretada exclusivamente no processo judicial e tendo por legitimados apenas os seus participantes formais, mormente o juiz. Hoje, a Constituição é uma realidade passível de interpretação por todos que a vivem, como os órgãos estatais, todas as potências públicas e sociais, grupos e cidadãos.

Evidentemente que, das múltiplas teses e antíteses iniciais, o processo público de interpretação se afunila rumo à interpretação oficial, expedida pela corte constitucional ou pelo(s) órgão(s) do Poder Judiciário, conforme o sistema de jurisdição constitucional estabelecido. Mas todos os participantes da sociedade devem ser considerados ao menos pré-intérpretes da Constituição, eis que suas interpretações em sentido lato oferecem alternativas que influenciam e auxiliam a interpretação em sentido estrito ou técnico dos juristas. Para otimizar essa influência, Häberle sugere a ampliação da participação popular na jurisdição constitucional, argumentando que ela propiciaria a legitimação do procedimento.

Entre nós, foi essa a razão da inclusão do *amicus curiae* no controle de constitucionalidade. O art. 8º da Lei n.º 9.868/99, autoriza o relator da ação direta de inconstitucionalidade, considerada a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades. O mesmo no controle difuso, ao menos nos tribunais, consoante o § 3º acrescentado ao artigo 482 do Código de Processo de Civil. Também as diversas formas de participação popular e cidadã na gestão pública concretizam meios catalisadores das interpretações constitucionais oferecidas pela sociedade em geral.

²¹ AMARAL, Rafael Caiado. Breves ensaios acerca da hermenêutica constitucional de Peter Häberle. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 64, abr. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3995>>. Acesso em: 21 jul. 2005.

²² Idem.

²³ Ibidem.

Contudo, restringir-se-á aqui o estudo às funções estatais. No Brasil, além do Poder Judiciário, também podem ser considerados intérpretes oficiais da Constituição os Poderes Legislativo e Executivo, porque sua interpretação, mesmo inconsciente, resulta na produção de atos estatais. Não se desconsidera que tais atos estão sujeitos ao crivo do Poder Judiciário, entretanto gozam de presunção de constitucionalidade até declaração judicial em sentido contrário.

Durante o processo legislativo surgem diversas alternativas dentro das possibilidades oferecidas pela Constituição. Ao inovarem o ordenamento jurídico, os parlamentares interpretam o sistema constitucional buscando oferecer uma solução legislativa para sua concretização. O Professor Häberle salienta:

Esses impulsos são, portanto, parte da interpretação constitucional, porque, no seu quadro, são criadas realidades públicas e, muitas vezes, essa própria realidade é alterada sem que a mudança seja perceptível. O poder de conformação de que dispõe o legislador enquanto intérprete da Constituição diferencia-se, qualitativamente, do espaço que se assegura ao juiz constitucional na interpretação, porque este espaço é limitado de maneira diversa, com base em argumentos de índole técnica. (...) (...) O legislador cria uma parte da esfera pública (Öffentlichkeit) e da realidade da Constituição, ele coloca acentos para o posterior desenvolvimento dos princípios constitucionais. Ele atua como elemento precursor da interpretação constitucional e do processo de mutação constitucional. (...) Mesmo as decisões em conformidade com a Constituição são constitucionalmente relevantes e suscitam, a médio e a longo prazo, novos desenvolvimentos da realidade e da publicidade (Öffentlichkeit) da Constituição. Muitas vezes, essas concretizações passam a integrar o próprio conteúdo da Constituição.²⁴

Na etapa seguinte da Constituição como processo público, o autógrafo de lei aporta na Chefia do Poder Executivo para a sanção ou veto. A opção do governante oficializa sua interpretação constitucional, o que resplandece com mais clareza nas hipóteses de sanção e de veto jurídico. Porém, mesmo no chamado veto político realiza interpretação constitucional, seja boa ou ruim, de modo que no fundo todo veto guarda um conteúdo jurídico mínimo. Nessa missão é auxiliado pelos advogados públicos, cujos pareceres, quando acatados, tornam-se a interpretação constitucional oficial do Poder Executivo.

Nos Municípios essa realidade é capenga por falta de expresse assento constitucional de suas instituições de advocacia pública. Já nos Estados-membros e Distrito Federal é um importante papel de suas Procuradorias-Gerais que ganha relevo com a nova interpretação constitucional. Seus Procuradores, ao orientar o Governador, devem pautar-se pelos seguintes princípios de interpretação constitucional: a) da unidade da Constituição – suas normas não podem ser consideradas isoladas, mas integradas a um sistema de regras e princípios; b) do efeito integrador – dar primazia a critérios que favoreçam a integração política e social mesmo para o veto político; c) da máxima efetividade – atribuir às normas os sentidos que lhes emprestem maior eficácia ou efetividade; e d) da harmonização ou concordância prática. Além do mais, alertar o governante que o sistema constitucional não é composto apenas de regras, mas também de princípios cujas cargas normativas não podem ser vituperadas pela lei.

Nova vertente que surge é a preventiva de questionamentos judiciais de retrocesso legislativo estadual e distrital. Em outras palavras, evitar incongruências do ordenamento legal com as normas constitucionais programáticas. Foi visto, no item anterior, o efeito imediato destas normas de impedir políticas públicas que lhes sejam conflitantes. Desse modo, os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal exercem o papel preventivo de coadunar a política democrática empreendida pela entidade estatal com a do sistema constitucional. Vale lembrar que esse nobre mister deve ser empreendido desde o início do processo legislativo

²⁴ HÄBERLE, Peter. *Hermetica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 26-27.

quando o projeto de lei é de iniciativa do Governador e se estende à elaboração de decretos e regulamentos.

Esses são apenas alguns dos papéis que se apresentam para o novo milênio. Existem outros relacionados com a aplicação do direito nas atividades administrativas, que serão abordados em seguida, tendo em vista o direito administrativo constitucionalizado interpretado à luz da posição do advogado público na hermenêutica pluralista e procedimental de Peter Häberle. Por enquanto, fica assentada a proposição de que os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal são intérpretes oficiais da Constituição Federal.

3. REDEFINIÇÃO DO PAPEL DO PROCURADOR DO ESTADO

3.1. Evolução da Advocacia Pública

Somente com o constitucionalismo moderno e a estabilização do Estado de Direito que se desenvolveu a idéia da advocacia pública como atividade perene e ligada à defesa ora do Estado, ora da sociedade. Passou por duas fases, a liberal e a social, antes de alcançar a etapa atual de advocacia pública democrática. Acompanhou, portanto, as feições caracterizadoras da evolução do Estado de Direito.

Originalmente, a postura do Estado de Direito era abstencionista, coadunando-se com os princípios liberais da Revolução Francesa. Como o Estado pouco agia e quando o fazia tinha ampla liberdade de forma, era praticamente dispensável a advocacia preventiva de assessoramento e consultoria jurídica. À medida que se desenvolviam as teorias objetivas de responsabilização estatal, surgia nas nações a advocacia estritamente pública. Até então, a responsabilidade do Estado se confundia com a do agente, de modo que a defesa de um implicava sempre na do outro.

Entre nós, a consolidação se deu com a Constituição de 1946, propulsando a evolução rumo à advocacia pública social, com a crescente intervenção do Estado na propriedade e no domínio econômico. Cresceu, por um lado, a possibilidade de danos a terceiros e, de outro, as hipóteses de favoritismos e perseguições. Em reação, desenvolveram-se melhor os princípios da impessoalidade, da moralidade e da publicidade. Mas a pedra de toque do sistema continuava a ser o princípio da legalidade, cuja acepção foi alargada com a vinculação positiva do administrador público. Teceu-se o fio condutor de publicação de uma enormidade leis e atos normativos administrativos, complicando a atuação legal dos gestores públicos, que antes da prática de atos administrativos se vêem obrigados a seguirem um procedimento de consulta aos advogados públicos.

Basicamente, os advogados públicos analisavam apenas a legalidade do ato e as formalidades exigidas para sua prática, sem questionamentos outros sobre a finalidade pública, publicidade, moralidade, razoabilidade, proporcionalidade ou eficiência. Acredita-se cegamente na dogmática jurídica positivista de que a lei poderia regular direta ou indiretamente todas as variáveis fáticas. O direito não tinha vocação criativa, era mais um mero dado da realidade, o que repropulsionava ainda mais a produção normativa na tentativa de se efetivar os princípios da impessoalidade, publicidade e moralidade.

Longe de conter a atuação desmerecida de administradores e funcionários públicos, a excessiva produção legislativa capenga o funcionamento da máquina estatal. Uma infinidade de normas deve ser obedecida para a concretização de atos administrativos simplórios. Restringindo-se à análise formal dos atos, apontando o *iter* legal a ser obedecido e toda sorte de restrições legais, os advogados públicos são mal vistos como os legalistas claudicantes da Administração Pública.

O novo constitucionalismo se esforça para solucionar o problema. O texto da Constituição Federal de 1988 abrigou expressamente os princípios administrativos da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência, sem distinções hierárquicas (art. 37), atributo natural de todas normas constitucionais. Mesmo assim, os advogados públicos e os integrantes dos órgãos de controle continuam cultuando o princípio da legalidade, como um suserano dos demais princípios, que lhe prestam eterna vassalagem. Agem sem se importar

com as nefastas conseqüências que o princípio da legalidade isoladamente pode causar ao Estado e aos cidadãos. Guardadas as proporções da comparação, agem como oficiais nazistas no cumprimento estrito da lei, mesmo que em desatenção ao princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art 1º, III). Tangencia por similar sentir Luis Roberto Barroso:

A decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como um estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido.²⁵

O fetiche legalista era tamanho que o Poder Constituinte Derivado chegou a ponto de incluir expressamente mais um princípio da Administração na Constituição, o da eficiência (Emenda Constitucional n.º 19/1998). Entretanto, a resistência continuou, afirmando ser a eficiência desprovida de conteúdo jurídico, nada existindo a dizer a seu respeito.

Ora, não existem palavras inúteis no texto constitucional, até porque, do contrário, não sealaria em princípio da máxima efetividade da Constituição. Além do mais, esta prevê uma série de atribuições e deveres a serem prestados pelo Estado, bem como objetivos a serem alcançados. O princípio da eficiência só completa esse quadro, pois o direito constitucional contemporâneo reconhece a normatividade dos princípios. O princípio da legalidade não tem preponderância absoluta sobre o da impessoalidade, o da moralidade, o da publicidade ou o da eficiência. Aliás, princípio nenhum é absoluto, encontrando limites nos demais, resolvendo-se a colisão mediante a técnica da ponderação.

3.2. O Exercício Pós-Positivista da Advocacia Pública pelos Procuradores de Estado e do Distrito Federal

A Advocacia pública pode ser conceituada como o conjunto de funções permanentes, constitucionalmente essenciais à Justiça e ao Estado Democrático de Direito, atinentes à representação judicial e extrajudicial das pessoas jurídicas de direito público e judicial dos órgãos, conselhos e fundos administrativos excepcionalmente dotados de personalidade judiciária, bem como à prestação de consultoria, assessoramento e controle jurídico interno a todos as desconcentrações e descentralizações verificáveis nos diferentes Poderes que juntos constituem a entidade federada.²⁶

Os advogados públicos são organizados em carreiras, de acordo com a esfera federativa a que estão vinculados. Desse modo, temos a Advocacia-Geral da União, as Procuradorias Gerais dos Estados e do Distrito Federal e as Procuradorias Gerais dos Municípios, todas integradas por advogados públicos. Daí se conclui que advogado público é gênero, do qual, entre nós, são espécies o Advogado da União, o Procurador da Fazenda Nacional, o Procurador Federal, o Procurador do Banco Central, o Procurador do Estado, o Procurador do Distrito Federal e o Procurador do Município, bem como os Assessores, Consultores e Técnicos Jurídicos abrigados pela regra de transição do art. 69 do ADCT. Por seu turno, o art. 9º do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB arrola exemplificativamente os advogados públicos.

Restringindo o estudo aos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, a primeira observação a ser feita é a de que são procuradores da entidade estatal e não do Poder Executivo. A turvação se dá porque esse Poder captura a maior parte da atividade

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 6, setembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 de maio de 2004.

²⁶ GRANDE JÚNIOR, Cláudio. A advocacia pública no Estado democrático de direito. Boletim Doutrina ADCOAS, Rio de Janeiro, ano 7, n. 23, p. 450-451, 1. quinzena dez., 2005. O Estado do Paraná. Curitiba, 27/jun./2004. Caderno Direito e Justiça, p. 11.

administrativa, e, pois, dirige o conjunto de órgãos e entidades componentes da Administração Pública. Conseqüentemente, as atividades de assessoramento e consultoria estão voltadas predominantemente para o Poder Executivo. As lições de Egon Bockmann Moreira e de Marcos Juruena Villela Souto auxiliam a compreensão do tema:

O texto constitucional faz uma clara divisão entre as atividades a ser desenvolvidas pela AGU e os sujeitos que delas são beneficiários: a União, relativamente à *representação* judicial e extrajudicial; o Poder Executivo, relativamente à *consultoria* e *assessoramento*.²⁷

Vale destacar que a Constituição Federal, em seu art. 132, ao tratar dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, não limitou sua atuação ao Poder Executivo, como previsto para a AGU.

Note-se que o texto constitucional não se refere à Procuradoria-Geral, mas sim aos seus órgãos individualizados, os Procuradores.

Ali se menciona apenas duas funções, de representação e de consultoria jurídica, mas parece claro que, num Estado Democrático de Direito, que se submete ao princípio da legalidade, por óbvio, deve haver uma estrutura voltada para o controle da sua observância e que tal órgão só pode ser aquele composto pelos advogados públicos, posto que exercem função essencial à Justiça.²⁸

“Constituem a representação judicial e a consultoria núcleo de um conjunto de funções, que se distribuem em três tipos de atividades: a orientação, a defesa e o controle jurídicos da atividade administrativa.”²⁹ A orientação jurídica biparte-se em assistência e consultoria, sendo esta função exercida com autonomia e em benefício imediato da própria ordem jurídica, enquanto o assessoramento é função ancilar e de apoio, exercida com autonomia mais restrita e em benefício de um órgão de decisão administrativa. Ai reside uma das distinções em relação ao Ministério Público, que exerce apenas advocacia para a sociedade enquanto a advocacia pública serve tanto para a sociedade (consultoria) como para o Estado (assessoramento).

A atividade consultiva envolve tanto a interpretação do chamado direito administrativo *em sentido amplo* como do *em sentido estrito*. Enfim, de todo o ordenamento jurídico, seja do direito público como dos diversos ramos do direito privado. A observação mais importante é a de que o cotejo não se dá apenas com a lei, mas principalmente com a Constituição, exercendo o Procurador do Estado sua função de intérprete constitucional oficial na seara Administrativa.

No âmbito das Administrações Estaduais e Distrital, é a Procuradoria-Geral dos Estados e do Distrito Federal quem tem o dever de fixar a interpretação jurídica final, no âmbito da Administração, do ordenamento jurídico. Trata-se de controle técnico, neutro, apolítico e, portanto, imparcial e acima das lides partidárias.³⁰

Este mister tem grandes reflexos na sociedade porque, a partir da interpretação fixada por sua Procuradoria-Geral, o Estado abraçará uma determinada linha de conduta uniforme perante os cidadãos. A repercussão é maior se for rechaçada interpretação desconforme a Constituição, reconhecida alguma inconstitucionalidade prescindível de redução de texto ou até mesmo se a Procuradoria opinar pela inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, recomendando ao Governador o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade e a determinação aos órgãos subordinados de deixarem de aplicá-la administrativamente até o julgamento da ação. Esta possibilidade é controvertida na doutrina, mas na prática é

²⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. A Lei de improbidade, o Ministério Público e a advocacia Pública (considerações acerca da “Defesa Pública” nas ações de improbidade). Revista brasileira de direito público – RBDP, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, p. 99, out./dez. 2004.

²⁸ SOUTO, Marcos Juruena Villela. O papel da advocacia pública no controle da legalidade da administração. Interesse Público

, Porto Alegre, ano 6, n. 28, p. 48-49, nov./dez. 2004.

²⁹ OMMATI, Fides Angélica. Advocacia pública - algumas reflexões. Jus Navigandi, Teresina, a. 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2111>>. Acesso em: 03 mai. 2004.

³⁰ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Op. cit., p. 55.

inimaginável a Administração não consagrar a Constituição para em seu lugar invocar atos normativos de inconstitucionalidade não raramente gritante.

Em sentido contrário, argumenta-se que o Procurador poderia, no máximo, discutir incidentalmente em juízo a inconstitucionalidade ou propor ao Governador do Estado o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade. Com a devida vênia, o julgamento, mesmo da medida cautelar, demanda tempo, e enquanto isso a Administração Pública não pode ser compelida à atuação inconstitucional.

Noutra mão, alega-se que deixar ao critério dos Prefeitos tamanho poder traria insegurança jurídica. Concorde-se com a assertiva porque a maioria dos Municípios não tem instituições permanentes de advocacia pública integradas por efetivos membros de carreira. A interpretação empreendida pelos alcaides não é técnica e, mesmo sendo bacharel em direito ou advogado, seria proposital ou inconscientemente tendenciosa. Relembrando a lição de Juruena, a interpretação final precisa ser técnica, neutra, apolítica, imparcial e acima das lides partidárias. Felizmente, o Chefe do Poder Executivo é democraticamente escolhido, podendo ser pessoa simples do povo. Contudo, isso não representa livre arbítrio para decidir, existem limites constitucionais e os advogados públicos auxiliam o governante a não violá-los.

Nos Estados-membros e Distrito Federal a realidade é outra, uma vez que possuem suas Procuradorias Gerais cujos integrantes desempenham função constitucionalmente essencial à Justiça. Concluindo tais órgãos pela inconstitucionalidade, preexiste sólido arcabouço técnico e institucional para o Governador formalmente ordenar aos seus subordinados a aplicação direta da Constituição em lugar da disposição legal teratológica. Não se trata de mera interpretação pessoal de quem exerce a chefia do Poder Executivo, mas da interpretação oficial da Administração Pública.

A construção dessa interpretação constitucional administrativa impõe a democratização do procedimento de consulta quando neste se vislumbra a possibilidade de se concluir por uma inconstitucionalidade. Metamorfoseia-se num autêntico processo administrativo com a imprescindível observância das garantias constitucionais para os prejudicados e a colheita das interpretações de todos que possam auxiliar na concepção e desenvolvimento da interpretação oficial administrativa, pois o objetivo, num Estado Democrático de Direito, é integrar o administrado – expressão mais ampla que cidadão.³¹

Por outro lado, há possibilidade de nas funções de assessoramento ser incidentalmente constatada inconstitucionalidade de texto infraconstitucional ou de alguma interpretação que lhe seja atribuída. Do mesmo modo que na consultoria, o procedimento ou processo deve ser convertido em processo público constitucional, oportunizando-se o contraditório aos prejudicados e convocado o auxílio das demais forças interpretativas.

Quanto à atividade de defesa resplandece óbvio se tratar de advocacia de defesa do Estado. Contudo, o grande impasse diz respeito a “não se confundir a defesa do Estado com defesa do governo, se bem que, por vezes, possa ocorrer.”³² E tal se deve ao fato de que do mesmo modo que no processo penal ao réu deve ser efetivamente garantida a ampla defesa, ao Estado também se deve assegurá-la, porque ambas as hipóteses encarnam interesses indisponíveis. Afirma-se categoricamente que, “no plano da defesa jurídica, a evolução é marcada pela defesa dita integral, que inclui a judicial e extrajudicial.”³³

Pode perfeitamente ocorrer de se ter que defender o governo, uma vez que este dá tônica à atuação estatal, o que, inclusive, determina o comportamento do Estado em ações populares e civis públicas. A integralidade da defesa judicial está alicerçada no princípio da indisponibilidade do interesse público, evitando-se o êxito de aventuras jurídicas empreendidas contra o Poder Público e lesivas a toda sociedade. Trata-se igualmente de defesa da sociedade, desde que o mencionado princípio seja racionalmente ponderado com os demais. Do descomedimento remanesce tão-somente a do Estado. A obsessão, por sua vez, denota desvirtuada defesa do governo em prejuízo diferido ao próprio Estado.

³¹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Idem*

³² OMMATI, Fides Angélica. *Op. cit.*

³³ *Idem*

Constados indícios de excessivo apego à indisponibilidade do interesse público, o Procurador do Estado deve submeter o caso a parecer, cuja conclusão pode ser pela transação, reconhecimento da procedência do pedido, renúncia ao direito sobre que se funda a ação ou a não interposição de recurso. Óbvio que essa manifestação deve ser aprovada e cumpridos os trâmites exigidos pela legislação de cada Estado-membro para sua efetivação.

Finalmente, a função de controle jurídico interno da atividade administrativa é reputada por muitos como a mais importante. Resulta das atribuições de consultoria e assessoria jurídica. Os Poderes Constituintes decorrentes do Ceará, Goiás, Piauí e Rio de Janeiro concederam expressamente às Procuradorias desses Estados tal função. Mas se reconhece que em todas as entidades estatais federadas há natural vocação da advocacia pública para a atividade de controle interno, qualitativamente distinto do tradicional exercido pelos demais órgãos de controle interno e do externo desempenhado pelo Poder Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas. Mais do que controle interno da legalidade é um verdadeiro controle interno de constitucionalidade, aproximando-se da noção de jurisdição constitucional. Além disso, a interpretação constitucional do Procurador do Estado e do Distrito Federal é de inestimável auxílio na formação do convencimento dos Conselheiros dos Tribunais de Contas.

Esse controle interno de constitucionalidade é exercido difusamente por todos os Procuradores do Estado em todos os procedimentos ou processos administrativos que atuem. Suas funções de controle são perenemente cumpridas caso a caso, conciliando a interpretação da lei e demais atos normativos com a da Constituição, podendo a Procuradoria-Geral, nos casos de reconhecimento de inconstitucionalidade do texto legal ou de alguma interpretação dele extraível, recomendar ao Governador a expedição de ordem aos órgãos administrativos subordinados para não aplicarem o dispositivo legal ou interpretação da qual resulte inconstitucionalidade.

Concluída essa abordagem, queda-se inerte de dúvidas que a advocacia pública é uma atividade tipicamente estatal, configurando fidedigna carreira de Estado, restando obviamente vedada, em princípio, a contratação de advogados ou escritórios de advocacia³⁴ para a definição da interpretação administrativa oficial. Daí resplandecem, outrossim, importantes: (i) a autonomia institucional das Procuradorias-Gerais para complementar a já prestigiada independência funcional de cada Procurador; (ii) a escolha do Procurador-Geral dentre membros da carreira, conferindo maior seriedade técnica ao controle interno de constitucionalidade; (iii) a não responsabilização da autoridade competente que age amparada em parecer jurídico razoavelmente fundamentado, ainda que eventualmente equivocado; e (iv) a responsabilização pessoal do Procurador por manifestações imprudentes e desprovidas de fundamentação técnica jurídica.

“A ninguém – salvo a governos totalitários e/ou corruptos – pode interessar uma Advocacia Pública enfraquecida ou esvaziada.”³⁵ Não se despreza a legitimidade dos eleitos democraticamente, porém a licitude de suas políticas encontra limites no sistema constitucional. Do mesmo modo que não se admite o abuso de direito, é intolerável o abuso do poder democrático, corporificado na demagogia e na irresponsabilidade das maiorias ocasionais e de agentes políticos inconstitucionais. Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que “o vetor democrático é pelo pluralismo, o que justifica a existência de vários órgãos de controle.”³⁶

CONCLUSÕES

A constitucionalização de todos os ramos do direito e, em especial, do direito administrativo norteia a superação de antigos paradigmas. A atuação dos órgãos administrativos se legitima na Constituição, censura-se a vinculação positiva somente na lei, de modo que a definição de interesse público não fica ao livre arbítrio do legislador ou do administrador, sendo passível de controle de constitucionalidade. Disso resulta a

³⁴ GRANDE JÚNIOR, Cláudio. O estado democrático de direito e a incipiente advocacia pública brasileira. Revista do Tribunal Regional Federal – Primeira Região, Brasília, v. 16, n. 12, p. 12, dez. 2004.

³⁵ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Op. cit., p. 62.

³⁶ Idem

obrigatoriedade dos advogados públicos empreenderem interpretação constitucional preventiva no exercício de seu mister.

Sem desprezar a interpretação *lato sensu* dos estadistas, políticos, administradores, cidadãos, administrados, sociedade civil organizada e opinião pública, cabe aos Procuradores do Estado e do Distrito Federal serem os intérpretes constitucionais oficiais da Administração Pública dessas entidades estatais.

À medida que o processo público se afunila na inevitável interpretação técnica, são os Procuradores responsáveis pela depuração das variáveis interpretativas, catalisando a univocidade da norma, assim entendida como concretização da Constituição no seio da Administração Pública.

Tal ofício configura verdadeiro controle interno de constitucionalidade, desde a elaboração de atos normativos de iniciativa do Governador, passando pela recomendação de sanção ou veto jurídico aos autógrafos de lei e abraçando todas as atividades de consultoria, assessoramento e representação exercidas pelos Procuradores de Estado e do Distrito Federal. Estes podem ser considerados verdadeiros Procuradores do Estado Democrático Constitucional, cujos nobres misteres legitimam em parte aos Governadores determinarem a não aplicação de normas inconstitucionais pelas Administrações Públicas que chefiam. A complementação da legitimação advém do procedimento, ou melhor, do processo público de interpretação democrática, progressivamente inclusivo e integrador das diversas potências interpretadoras.

BIBLIOGRAFIA

ALVES, Magda. **Como escrever teses e monografias**. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

ALVES CORDARO, César Antonio. **A Advocacia pública e os Municípios**. *Revista Trimestral de Advocacia Pública*, ano III - nº 5.

AMARAL, Rafael Caiado. **Breves ensaios acerca da hermenêutica constitucional de Peter Häberle**. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 64, abr. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3995>>. Acesso em: 21 jul. 2005.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A “supremacia do interesse público” no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo**. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 8, p. 7-21, jan./mar. 2005.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”**. *O Direito Público em Tempos de Crise – Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. 1999, p. 99-127.

AYMONE, Rafael Farinatti. **Advocacia pública: advocacia de que interesse público**. XXX Congresso Nacional de Procuradores de Estado. Belém: 2004.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BARCESSAT, Giselle Benarroch. **A representação judicial do Estado e a questão da capacidade processual da assembléia legislativa**. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Pará*, n. 04. Belém: 2001.

BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo).** *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 6, setembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 de maio de 2004.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas - Limites e possibilidades da Constituição brasileira.** 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BINENBOJM, Gustavo. **Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo.** *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 8, p. 77-113, jan./mar. 2005.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Manual de direito administrativo.** Belo Horizonte: Fórum, 2005.

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

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional.** 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 10. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CASSESE, Sabino. **As transformações do direito administrativo do século XIX ao XXI. Interesse Público**, Porto Alegre, ano 6. n. 24, p. 13-23, março/abril de 2004.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional.** 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

COPETTI, André *et al.* **(Neo)Constitucionalismo: ontem, os códigos, hoje as constituições.** Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004.

DANTAS, Sandra Regina Maria Ferreira. **O papel do procurador (advogado do Estado) diante dos princípios e regras constitucionais atinentes à sua carreira.** *XXV Congresso Nacional de Procuradores de Estado*, Maceió: 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Renascer do direito: direito e vida social, aplicação do direito, direito e política.** 2. ed. corr. São Paulo: Saraiva, 1980.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Inovações no direito administrativo brasileiro.** *Interesse Público*, Porto Alegre, Ano 6, n. 30, p. 39-58, março/abril de 2005.

ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA DO BRASIL PUBLICAÇÕES LTDA. Direito. *In: Enciclopédia Mirador.* São Paulo: Melhoramentos, 1990, vol. 7.

_____. Reino Unido. *In: Enciclopédia Mirador.* São Paulo: Melhoramentos, 1990, vol. 17.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito civil: teoria geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício. (Coord.). **Direito público moderno: homenagem especial ao Professor Paulo Neves de Carvalho**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; FARIA, Ana Paula Andrade Borges de. **A independência e a autonomia funcional do Procurador do Estado**. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2527>>. Acesso em: 21 abr. 2004.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Competência dos tribunais administrativos para controle da constitucionalidade**. *Interesse Público*, Porto Alegre, ano 6, n. 24, p. 24-28, março/abril de 2004.

GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

GRANDE JÚNIOR, Cláudio. **A advocacia pública no Estado democrático de direito**. *Doutrina ADCOAS*, Rio de Janeiro, ano 7, n. 23, p. 450-451, 1. quinzena dez., 2005.

_____. **O Estado do Paraná**. Curitiba, 27/jun./2004. Caderno Direito e Justiça.

_____. **O estado democrático de direito e a incipiente advocacia pública brasileira**. *Revista do Tribunal Regional Federal – Primeira Região*, Brasília, v. 16, n. 12, p. 15-26, dez. 2004.

_____. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 400, 11 ago. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5580>>. Acesso em: 29 jul. 2005.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos interpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

LEAL, Mônica Clarissa Hening. **Dworkin x Habermas, uma discussão acerca da legitimidade da jurisdição constitucional entre substancialismo e procedimentalismo: novas perspectivas**. *A & C, Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 4, n. 17, p. 31-58, jul./set. 2004.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **A constitucionalização das regras da administração pública e o controle do Poder Judiciário**. *A & C, Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 4, n. 18, p. 89-106, out./dez. 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

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

MENEZES, Aderson de. **Teoria geral do estado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
MODESTO, Paulo. **Participação popular na administração pública: mecanismos de operacionalização**. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abril/maio/junho, 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 22 de julho de 2005.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 23. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MOOG, Marcos Costa de Vianna. **O exercício da advocacia pública pelo procurador do Estado: um esforço de delimitação**. *XXX Congresso Nacional de Procuradores de Estado*. Belém: 2004.

MORAIS, Alexandre de. **Direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA, Egon Bockmann. **A Lei de improbidade, o Ministério Público e a advocacia Pública (considerações acerca da “Defesa Pública” nas ações de improbidade)**. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, p. 95-116, out./dez. 2004.

OHLWEILER, Leonel. **Os princípios constitucionais da administração pública a partir da filosofia hermenêutica: condições de possibilidade para ultrapassar o pensar objetificante**. *A & C, Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 4, n. 18, p. 107-145, out./dez. 2004.

OMMATI, Fides Angélica. *Advocacia pública - algumas reflexões*. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2111>>. Acesso em: 03 mai. 2004.

QUEIROZ, Ari Ferreira. **Direito constitucional**. 7. ed. Goiânia: IEPC, 1996.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

SILVA, José Afonso da. **A advocacia pública e o Estado democrático de direito**. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 230, p. 281-289, out./dez. 2002.

_____. **A aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais**. *Revista brasileira de direito público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, p. 167-185, jan./mar. 2004.

SIQUEIRA, Marcelo Marques. **A função social do procurador do Estado**. *O Popular*. Goiânia: 29 jul. 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **O papel da advocacia pública no controle da legalidade da administração.** Interesse Público, Porto Alegre, ano 6, n. 28, p. 48-63, nov./dez. 2004.

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Interesse público em sentido mínimo e em sentido forte: O problema da vigilância epidemiológica frente aos direitos constitucionais.** Interesse Público, Porto Alegre, ano 6, n. 28, p. 29-42, nov./dez. 2004.

_____. **Fundamentos de direito público.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TOURINHO FILHO, **Fernando da Costa.** **Processo penal,** 4 v. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

VICHI, Bruno de Souza. **A república de Weimar e a Constituição: lições de limitações.** A & C, Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 3, n. 14, p 33-63, out./dez. 2003.

ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

**O Direito Civil Constitucional e os Princípios Norteadores
do Novo Código Civil como Pilares Fundamentais do
Moderno Direito Privado: a Boa-Fé Objetiva e a Função Social.**

Maria José Maia Nascimento

Procuradora do Estado, Pós-Graduada "Latu Sensu" em Direito Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL, em convênio com o Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP e com a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes - Rede LFG.

O DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL E OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO NOVO CÓDIGO CIVIL COMO PILARES FUNDAMENTAIS DO MODERNO DIREITO PRIVADO: A BOA-FÉ OBJETIVA E A FUNÇÃO SOCIAL.

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, os cultores da Ciência Jurídica têm observado que os conceitos fundamentais do Direito Civil vêm sendo estabelecidos, prioritariamente, no texto das constituições, o que leva a se falar na “*constitucionalização do Direito Civil*”. Esse fato é da maior importância para o processo da democratização do País, tendo PONTES DE MIRANDA assinalado que “a passagem dos direitos e liberdades às constituições representa uma das maiores conquistas políticas da invenção humana, invenção da democracia”.

Destarte, a participação eminente da Constituição de 1988 no domínio das relações civis merece especial atenção, a começar pelo Artigo 1º, que, entre os fundamentos da República Federativa do Brasil, situa “*a dignidade da pessoa humana*”, a qual, por essa razão, constitui o pressuposto básico de todo o ordenamento jurídico.

Assim, como articula LORENZETTI (1998, p. 45), “o Código é substituído pela constitucionalização do Direito Civil, e o ordenamento codificado pelo sistema de normas fundamentais”. Segundo avalia o mencionado autor, o Direito Privado seria como o sistema solar, onde a Constituição é o sol, o planeta principal - a terra-, é o Novo Código Civil e os satélites seriam os demais “microssistemas jurídicos” existentes, como o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Locação, entre outros.

Ademais, interessante se faz lembrar as palavras de GUSTAVO TEPEDINO (2003, p. 15), para o qual o Direito Civil Constitucional seria uma nova disciplina, não um novo ramo jurídico, que procura analisar o Direito Privado tendo como origem a Constituição Federal de 1988.

“Parece indispensável manter-se um comportamento atento e permanentemente crítico em face do Código Civil para que, procurando-lhe conferir a máxima eficácia social, não se percam de vista os valores consagrados no ordenamento civil-constitucional”.

Neste pórtico, o presente trabalho se propõe a estudar os princípios que guiaram a elaboração do Novo Código Civil, bem como as diretrizes básicas que foram utilizadas pelo professor MIGUEL REALE e sua “Teoria Tridimensional do Direito”, aliadas ao conceito de Direito Civil Constitucional, para a composição do Direito Privado Moderno.

1 - PRINCÍPIOS DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Princípio, segundo o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, é fonte do Direito. É o regramento básico aplicável a instituto jurídico determinado, abstraído das normas, dos costumes, da doutrina, da jurisprudência e de aspectos políticos, econômicos e sociais.

Sobre a importância dos princípios para o ordenamento jurídico, assevera BANDEIRA DE MELO:

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma qualquer. **A desatenção ao princípio implica em ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo um sistema de comandos.** É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, ao ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nela reforçadas. (BANDEIRA DE MELO apud TARTUCE, 2004, p. 307) (grifou-se)

Assim, amparados na feição civilista, os defensores do chamado “Direito Civil Constitucional” sustentam que o direito privado deve ser lido em consonância com os ditames

constitucionais, haja vista que a concepção jurídica moderna, na qual o patrimônio era a razão de ser do ordenamento, cede lugar para o viés pós-moderno, que prega a socialização do direito, cujo cerne é a pessoa humana.

Desde o direito romano difundiu-se a idéia de bipartição do direito em dois ramos: direito público e direito privado. Essa dicotomia sobreviveu às intempéries do tempo e às críticas de substancial parte da doutrina jurídica. No entanto, esse paradigma clássico não mais reflete a hodierna lógica do sistema jurídico, nem o atual contexto econômico-social, os quais são frutos da pós-modernidade.

Ora, com a Constituição Federal de 1988 -, que tem entre os seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa -, o antagonismo público-privado perdeu definitivamente o sentido. Os objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de erradicação da pobreza colocaram a pessoa humana – isto é, os valores existenciais – no vértice do ordenamento jurídico brasileiro, que de modo tal é o valor que conforma todos os ramos do Direito.

Daí decorre a urgente obra de controle de validade dos conceitos jurídicos tradicionais, especialmente os do direito civil, à luz da consideração metodológica que entende que toda norma do ordenamento deve ser interpretada conforme os princípios da Constituição Federal. Desse modo, a normativa fundamental passa a ser a justificação direta de cada norma ordinária que com aquela deve se harmonizar.

Em outras palavras, para o Direito Civil Constitucional, os fundamentos da República Brasileira, valores essenciais de nosso sistema jurídico, em particular a *dignidade da pessoa humana*, são os vetores ou princípios norteadores do “Novo Direito Civil”, encontrando-se aí mais uma razão para que a dicotomia público-privado seja superada, tornando-se possível alcançar a plena tutela da pessoa humana.

TARTUCE (2004), ferrenho patrono do Direito Civil Constitucional, discorre sobre os princípios norteadores: “O primeiro deles, a dignidade da pessoa humana, está estampado no art. 1º, inc. III, do Texto Maior, sendo a valorização da pessoa um dos objetivos da República Federativa do Brasil. Um contrato nunca, jamais, poderá trazer lesão a esse princípio máximo.”

Outrossim, os valores existenciais estão no vértice do ordenamento jurídico. O princípio da dignidade da pessoa humana, analisado pelo mencionado civilista, é o valor que deve orientar todo e qualquer ramo do Direito. Todos – absolutamente todos – os institutos jurídicos devem ser funcionalizados com o objetivo de promover o pleno e integral desenvolvimento do homem.

Desta feita, a “patrimonialização” tradicional das relações civis, que ainda persiste no novo Código Civil, mostra-se incompatível com os valores constitucionais fundados no princípio da dignidade da pessoa humana. A primazia da pessoa humana é condição essencial de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais vigentes.

O segundo princípio visa a solidariedade social, outro objetivo fundamental da República, conforme artigo 3º, inciso I, da Carta Magna de 1988. Outros preceitos da própria Constituição trazem esse alcance, caso do seu Artigo 170, pelo qual: “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”.

Nessa esteira, FACHIN (2001, p.03) defende a existência de um patrimônio personalíssimo, relacionado com a “verificação concreta de uma esfera patrimonial mínima, mensurada pela dignidade humana à luz do atendimento de necessidades básicas ou essenciais”. Sua tese, conhecida como “estatuto jurídico do patrimônio mínimo”, é de fundamental importância, pois propõe a colocação da pessoa e suas necessidades fundamentais em primeiro plano e coaduna-se, portanto, com as tendências de “despatrimonialização” ou “personalização” do Direito Civil.

FACHIN fundamenta suas formulações na tutela constitucional ao direito à vida, prevista no Artigo 5º, bem como no já citado artigo 170 da Carta Magna, que comanda o condicionamento da ordem econômica à garantia de uma existência digna a todo ser humano. Este civilista preconiza que a defesa da vida, plena e digna, é a única seiva que pode animar

o Direito e busca, em sua tese, uma nova conceituação do patrimônio, capaz de colocar a pessoa humana e seus valores personalíssimos no centro das relações jurídicas.

Por fim, o princípio da isonomia ou igualdade *lato sensu*, traduzido também no artigo 5º, *caput*, da Lei Maior, eis que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, aliado aos demais princípios, constitui diretriz do Direito Civil Constitucional. Quanto a essa igualdade, princípio maior, pode ser a mesma concebida pela seguinte oração: “A lei deve tratar de maneira igual os iguais, e de maneira desigual os desiguais”. Como exemplo da aplicação desse princípio, não há como admitir a constitucionalidade da fiança dada em garantia de um contrato de locação, porquanto haja a violação dos princípios norteadores do Direito Civil Constitucional.

Por conseguinte, o novo Código Civil transforma-se num sistema de regras móveis que não se deixam envelhecer com o transcorrer do tempo, tendo em vista a possibilidade de sua adaptação, no momento da aplicação, através dos ditames constitucionais.

Além disso, consoante preleciona DELGADO (2003, p. 395), a técnica legislativa moderna se faz por meio de conceitos gerais indeterminados e cláusulas gerais, que dão mobilidade ao sistema, flexibilizando a rigidez dos institutos jurídicos e dos regramentos do direito positivo.

1.1 - As Cláusulas Gerais no Código Civil de 2002

É assente que o novo Código Civil - Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - teve uma longa tramitação no Congresso Nacional (desde 1975), com base em trabalho elaborado por uma Comissão de sete membros, coordenada por MIGUEL REALE. De acordo com assertiva do próprio jurista e filósofo, as diretrizes básicas seguidas pela Comissão Revisora do Novo Código Civil são as seguintes:

1. Preservação do Código Civil anterior sempre que fosse possível, pela excelência do seu texto e diante da existência de um posicionamento doutrinário e jurisprudencial já consubstanciado sobre os temas nele constantes.
2. Alteração principiológica do Direito Privado, em relação aos seus princípios básicos que constavam na codificação anterior, buscando a nova codificação valorizar a **eticidade**, a **socialidade** e a **operabilidade**, que serão abordadas oportunamente.
3. Aproveitamento dos trabalhos de reforma da Lei Civil, nas duas tentativas feitas anteriormente.
4. Firmar a orientação de somente inserir no Código matéria já consolidada ou com relevante grau de experiência crítica, transferindo-se para a legislação especial questões ainda em processo de estudo, ou, que, por sua natureza complexa, envolvem problemas e soluções que extrapolam a codificação privada.
5. Dar nova estrutura ao Código, mantendo-se a Parte Geral – conquista preciosa do Direito brasileiro, desde Teixeira de Freitas – mas com nova organização da matéria, a exemplo das recentes codificações.
6. Não realizar, propriamente, a unificação do Direito Privado, mas sim do Direito das Obrigações – de resto já uma realidade operacional no País – em virtude do obsoleto do Código Comercial de 1850 – com a conseqüente inclusão de mais um Livro na Parte Especial, que, se denominou “Direito de Empresa”.
7. Valorização de um sistema baseado em cláusulas gerais, que dão certa margem de interpretação ao julgador. (grifou-se)

Nas palavras de MARTINS-COSTA, percebe-se na nova codificação um sistema aberto ou de “*janelas abertas*”, em virtude da linguagem que emprega, permitindo a constante incorporação e solução de novos problemas, seja pela jurisprudência, seja por uma atividade de complementação legislativa. Seus ensinamentos abaixo transcritos explicam a intenção do legislador:

Nas cláusulas gerais a formulação da hipótese legal é procedida mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significado intencionalmente vagos e abertos, os

chamados '*conceitos jurídicos indeterminados*'. Por vezes – e aí encontraremos as cláusulas gerais propriamente ditas – o seu enunciado, ao invés de traçar punctualmente a hipótese e as conseqüências, é desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela vagueza semântica que caracteriza os seus termos, a incorporação de princípios e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao corpus codificados, do que resulta, mediante a atividade de concreção destes princípios, diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de novas normas.

As Cláusulas Gerais se afiguram como fórmulas genéricas que determinam comportamentos não pormenorizados, ao contrário das regras, destinadas a regular, especificamente, hipóteses fáticas determinadas. Trata-se de normas orientadoras e se dirigem ao julgador, dando-lhe certa liberdade para decidir, preenchendo seu conteúdo diante do caso concreto.

No entanto, critica TEPEDINO o sistema de Cláusulas Gerais, apontando que gera *desconfiança, insegurança e incerteza*, tornando árduo o trabalho da jurisprudência. Em codificações anteriores, exemplos do Direito Comparado, tendo em vista o alto grau de discricionariedade atribuído ao aplicador da norma, muitas vezes, as Cláusulas Gerais tornaram-se letra morta ou dependiam de uma construção doutrinária capaz de lhe atribuir um conteúdo mais objetivo.

Assim, a solução para evitar o subjetivismo e a discricionariedade dos julgadores é condicionar a aplicação das Cláusulas Gerais à normatividade constitucional. Por esta razão, é forçoso entender que ao juiz é dada certa discricionariedade ao preencher os conteúdos da cláusula geral, mas tal discricionariedade encontra limites impostos pela normatividade constitucional.

Deste modo, levando-se em consideração os limites constitucionais para a interpretação e aplicação das cláusulas gerais e atentos ao fato de que um sistema mais aberto contribui para a ocorrência de soluções mais justas e corretas no caso concreto, deve-se concluir pela perfeita compatibilidade dessa nova técnica legislativa com a Constituição Federal e com as exigências sociais da contemporaneidade.

Analisada esta polêmica e expostas essas duas visões da nova codificação, passar-se-á a analisar os seus princípios básicos.

2 - OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA NOVA CODIFICAÇÃO

REALE aponta os princípios ou regramentos básicos que sustentam a codificação privada emergente. O estudo de tais princípios é importantíssimo para que se possa entender os novos institutos que surgem com a nova lei privada. São eles:

2.1 - O Princípio da Eticidade

O Novo Código Civil se distancia do tecnicismo institucional advindo da experiência do Direito Romano, procurando, ao invés de valorizar formalidades, reconhecer a participação dos valores éticos em todo o Direito Privado.

Por isso, como já dito alhures, muitas vezes se percebe a previsão de preceitos genéricos e Cláusulas Gerais, sem a preocupação do encaixe perfeito entre normas e fatos. Também, o Novo Código abandona o excessivo rigor conceitual, possibilitando a criação de novos modelos jurídicos, a partir da interpretação da norma diante de fatos e valores – melhor concepção da Teoria Tridimensional do Direito.

Os Juízes passam a ter, assim, uma amplitude maior de interpretação. Muitas vezes, será o aplicador da norma chamado para preencher as lacunas fáticas e as margens de interpretação deixadas pelas Cláusulas Gerais, sempre lembrando da proteção da boa-fé, da moral, da ética e dos bons costumes.¹

¹ Nesse sentido o Enunciado n° 26 da Jornada de Direito Civil: a cláusula geral contida no artigo 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como exigência de comportamento leal dos contratantes.

Em verdade, o Princípio da Eticidade pode ser percebido como uma reação ao formalismo exacerbado do Código Civil de 1916, sistema do qual não havia liberdade e o magistrado era autômato, ou seja, um mero aplicador da lei. Agora, pela leitura de vários dispositivos do Novo Código, é possível verificar a existência das cláusulas gerais como tipos abertos a serem preenchidos pelo operador do direito.

De fato, nota-se a valorização de condutas éticas, da boa-fé objetiva, pelo conteúdo da norma do artigo 113, segundo o qual “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Por sua vez, o artigo 187 do Código Civil de 2002 prevê justamente qual a sanção para a pessoa que contraria a boa-fé, a função social ou econômica de um instituto ou os bons costumes: cometerá abuso de direito, assemelhado a ilícito: “comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Com efeito, da análise dos referidos dispositivos, percebe-se o desapego ao formalismo jurídico, porém, sem abandono das conquistas da técnica jurídica. Como corolário do princípio da eticidade, as Cláusulas Gerais e os modelos hermenêuticos abertos substituirão os formalismos nos contratos, que serão interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da sua celebração. O fim econômico ou social, boa-fé e bons-costumes, assinalam os limites no exercício de um direito, cometendo ato ilícito o titular que os exceder.

Demais disso, o artigo 422 também valoriza a eticidade, prevendo que a boa-fé deve integrar a conclusão e a execução do contrato. As consequências dessa previsão serão enormes, conforme será visto oportunamente, mantendo íntima relação com o princípio da função social do contrato.

A eticidade reside, enfim, no respeito aos princípios de probidade e de boa-fé, que devem presidir os negócios entre as partes contratantes conferindo maior segurança às relações contratuais. Nessa perspectiva, o legislador, inovando, dispôs no artigo 423: “No contrato de adesão, havendo cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”.

2.2 - O Princípio da Socialidade

O Novo Código Civil procura superar o caráter individualista que imperava na codificação anterior, valorizando a palavra “*nós*”, em detrimento da palavra “*eu*”. É traço marcante do Novo Código e divisor de águas entre duas culturas jurídicas: a precedente, individualista e a atual, de cunho predominantemente **social**. Nesse norte é a norma contida no adrede mencionado artigo 422, que expressamente dispõe: “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

De outra face, o *princípio da socialidade* obviamente não está restrito ao âmbito do Direito Obrigacional: vincula fortemente o Direito das Coisas e relaciona-se com a diretriz constitucional da função social da propriedade, dos bens e da riqueza, estatuída no artigo 170, inciso III, da Lei Maior. Sob tal aspecto, o Novo Estatuto é explícito, como resulta dos dispositivos constantes do art. 1.228 e seus parágrafos, em particular o § 4º que assim dispõe:

“§ 4º - O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de **boa-fé**, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. (grifou-se)

Nessa nova realidade, sintetiza MARTINS-COSTA *apud* TARTUCE (2004): “dúvidas não há de que o Direito Civil em nossos dias é também marcado pela *socialidade*, pela situação de suas regras no plano da vida comunitária”. A função social do contrato, portanto, está agora tipificada em lei, bem ainda porque, no passado, muitos conflitos possessórios de natureza social foram decididos equivocadamente no âmbito do Código Civil, como os simples conflitos intersubjetivos, graças a uma visão extremamente conservadora então presente nas

instituições jurídicas.

Enfim, pelo *princípio da socialidade* busca-se adequar o direito civil à realidade contemporânea, onde a concepção coletiva deve prevalecer, a fim de atender a um maior número de pessoas, estando em conformidade com a vontade manifestada pelo todo.

2.3 - O Princípio da Operabilidade

O Novo Código Civil precisa ser facilmente manuseado, seguindo tendência de promover a interpretação e aplicação dos institutos nele previstos. Procurou-se, desse modo, eliminar as dúvidas que imperavam na codificação anterior, fundada no tecnicismo jurídico.

Além desse fator, “o direito existe para ser realizado”, em razão de seus elementos fato, valor e norma, - teoria tridimensional de REALE - para gerar a menor instabilidade possível, esclarecer os pontos controvertidos e possibilitar a aplicação dos institutos civilistas.

Exemplo disto é a distinção que agora consta em relação aos institutos da prescrição e da decadência, tópico que trazia grandes dúvidas pela lei anterior. Atualmente, mais facilitadas as previsões legais desses institutos, poderá o estudioso do direito entender muito bem as distinções existentes e identificar com facilidade se determinado prazo é de prescrição ou de decadência. Também foram separadas na novel Codificação as associações das sociedades civis, bem como houve a divisão dos atos jurídicos dos negócios jurídicos.

Em matéria de Direito Contratual, o *princípio da operabilidade* pode ser percebido pela previsão taxativa e conceitual dos contratos em espécie, cujas previsões constam agora. O Novo Código conceitua a compra e venda, a locação, a empreitada, a prestação de serviços, o transporte, o seguro, e assim sucessivamente.

Com efeito, conveniente frisar também que a intenção de manter um Código dividido em uma Parte Geral e uma Parte Especial também mantém relação com a operabilidade, já que tal organização facilita e muito o estudo dos institutos jurídicos.

3 - A BOA FÉ OBJETIVA

Trata-se de princípio de relevo considerável para o Direito Contratual, permeado de forte noção ética, porque a aplicação de tal princípio traz para a ordem jurídica um elemento de Direito Natural, que passa a integrar a norma de direito. O Código Civil de 1916 não possuía dispositivo expresso, cuidando da boa-fé objetiva. No Código Comercial revogado havia uma disposição em seu artigo 131 que remetia para a boa-fé a interpretação das cláusulas contratuais.

A boa-fé, na antiga codificação, era encarada apenas em seu *alcance subjetivo*, como estado de ignorância do sujeito, que, por desconhecer um determinado fato, gozava de tratamento privilegiado, como reflexo da influência do Código Napoleônico e pela doutrina francesa.

Entretantes, só com a entrada em vigor do Código Brasileiro de Proteção e Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078/90 - passou o Direito Positivo brasileiro a contemplar com disposição expressa desse princípio, com especial relevo para a regra de interpretação contida no artigo 4º, inciso III; artigo 6º, incisos I a V, e no artigo 51, inciso IV, do diploma em referência.

Aliás, muitos dos conceitos que constam da codificação privada emergente encontram suas raízes na Lei nº 8.078/90, razão pela qual MARQUES et al. (2004, p. 24-52) propõe um “diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil”, buscando estabelecer as fontes para uma diálogo sistemático de coerência, complementariedade e subsidiariedade, de coordenação e adaptação sistemática.

Nesse sentido apontaram os Enunciados das Jornadas de Direito Civil, promovidas pelo Conselho da Justiça Federal:

Enunciado nº 27. “Na interpretação da cláusula geral da boa-fé, deve-se levar em conta o sistema do Código Civil e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos”.

Enunciado nº 167. “Com o advento do Código Civil de 2002 houve forte aproximação

principlológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor no que diz respeito à regulação contratual, eis que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos”.

Enunciado nº 168. “O princípio da boa-fé objetiva importa no reconhecimento de um direito a cumprir em favor do titular passivo da obrigação”.

Dentro desse “diálogo de fontes”, ou seja, dessa estreita relação entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil, surge o artigo 422, estabelecendo que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé”. Resguardado, assim, o princípio da boa-fé objetiva, em consonância com o § 242 do Código Civil Alemão (BGB), o artigo 1.337 do Código Civil Italiano e o artigo 227 do Código Civil Português, demonstrando que a boa-fé é um dos pilares das codificações do século XX, notadamente no Código Civil em vigor.

Para AZEVEDO (2004, p. 14), a boa-fé objetiva “implica o dever das partes, desde as tratativas iniciais, na formação, na execução e na extinção do contrato, bem como após essa, de agir com boa-fé, sem o intuito de prejudicar ou de obter vantagens indevidas”.

Indene de dúvidas, assim, a relevância da instituição de um dever geral de agir de conformidade com a boa-fé. Enquanto conceito jurídico indeterminado, HIRONAKA *apud* TARTUCE (2005, p. 166-167) especifica que “a mais célere das cláusulas gerais é exatamente a da boa-fé objetiva nos contratos”, sendo que deve sempre prevalecer a interpretação que atenda a boa-fé e ao espírito e natureza do contrato.

Sobre a amplitude do conceito da boa-fé objetiva, ORLANDO GOMES a sintetizava em três termos – lealdade, confiança e colaboração. TARTUCE, auxiliado por TERESA NEGREIROS, formulou seis palavras-chave para a compreensão do instituto emergente, a partir daquelas apontadas por GOMES, a saber: **lealdade, confiança, equidade, razoabilidade, cooperação e colaboração**.

No Direito Português, MENEZES CORDEIRO *apud* DUARTE (2004, p. 417) ressalta a preservação da confiança, elemento imprescindível à estabilidade social:

“A confiança e sua tutela correspondem aspirações éticas elementares. A pessoa defraudada na sua confiança é, desde logo, uma pessoa violentada em sua sensibilidade moral. Paralelamente, o agente que atinja a confiança alheia age contra um código ético imediato.

Do exposto, verifica-se que a boa-fé objetiva postula a observância de determinados deveres, ditos acessórios, no âmbito das tratativas até após a conclusão do contrato. O desrespeito a eles é espécie de violação positiva do contrato que enseja a responsabilização civil, independentemente de culpa, segundo a inteligência do Enunciado nº 24 da Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal:

Enunciado nº 24. Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no artigo 422 do Novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa.

Em apertada síntese, esses deveres acessórios seriam aqueles de proteção, lealdade, colaboração, confiança, esclarecimento e informação quanto ao conteúdo do negócio. Ademais, faz-se mister registrar que tais deveres são mútuos entre as partes, pois cada uma das partes deve velar pela garantia de que a contraparte receba tudo aquilo que legitimamente esperava na sequência da elaboração do contrato.

Outras emanações de deveres anexos são resgatadas por DUARTE (2004, p. 419), dentre eles o dever de não concorrência, segundo o qual após a venda de um estabelecimento o alienante se obriga a não concorrer com o adquirente. Ou ainda o dever de sigilo quanto às informações obtidas por força do contrato, como o caso do advogado ou médico que toma conhecimento de particularidades da situação do cliente ou paciente. Afinal, a parte deve

preservar os interesses econômicos que justificaram a celebração do contrato, protegendo aquelas expectativas que se formaram no âmbito da contraparte.

3.1 A boa-fé e o abuso de direito

O artigo 187 do Código Civil de 2002 trouxe uma das mais festejadas inovações da nova codificação, ao equiparar o abuso de direito a verdadeiro ato ilícito, previsão já existente no artigo 334 do Código Civil Português e originária da França, como importante contribuição da jurisprudência daquele país para o mundo. Esclarece o artigo 187:

A cláusula de bons costumes, inserida no supracitado artigo, é a expressão máxima da penetração da moral no Direito. Atua contra os bons costumes aquele que peca por não observar os deveres ético-sociais de conduta genericamente aceitos em sociedade, numa determinada condição de espaço e tempo.

Todavia, cumpre distinguir a boa-fé dos bons costumes, uma vez que estes últimos têm uma noção mais fluida do que a boa-fé, havendo casos em que se podem violar os bons costumes sem haver violação à boa-fé. Esta, por seu turno, resta violada quando tenham sido inobservadas regras de conduta. Quem age deslealmente, com intuito de prejudicar e ainda que encoberto pelo exercício de aparente direito, age de má-fé.

Nesse sentido, o conceito de abuso de direito, como já visto alhures, mantém direta relação com os princípios da socialidade e da eticidade, já que o aplicador do direito é chamado para julgar de acordo com a conduta das partes e dos bons costumes, bem como está relacionada com a conduta leal e proba que se espera de todos os que vivem na coletividade.

Havendo, então, a evidência do abuso, sendo esse excesso considerado manifesto, flagrante, o aplicador do direito pode, inclusive, reconhecê-lo ofício. São três as consequências possíveis quando se verificar uma situação de exercício inadmissível de direitos, a saber: a) dever de indenizar, atendidos os pressupostos da responsabilidade civil, especialmente o dano; b) invalidade do ato, na medida em que se poderá reputá-lo sem efeitos; c) surgimento, na esfera do titular, de um dever de ação ou abstenção (obrigação de fazer ou não fazer), a qual será passível de tutela específica, nos termos do artigo 461 do Código de Processo Civil.

Do acima exposto, pode-se tripartir as emanações da boa-fé, além daquelas herdadas do antigo diploma codificado em: a) dever geral absoluto de conduta, segundo resulta do artigo 187 do código Civil. O exercício dos direitos subjetivos é limitado pela boa-fé. O ato que excede manifestamente os limites por ela impostos é ilícito e, como tal, faz nascer na esfera jurídica do agente a obrigação de reparar o dano causado; b) dever relativo ou contratual de conduta, nos termos do que se pode extrair do artigo 422 do Código Civil. Estabelece o indigitado preceito legal, implicitamente, uma série de deveres acessórios de conduta e que independem de previsão contratual expressa; e c) padrão para interpretação dos negócios jurídicos, consoante disposição do artigo 113 do Código Civil.

Como se vê, a boa-fé não constitui um imperativo ético abstrato, mas sim uma norma que condiciona e legitima toda a experiência jurídica, desde a interpretação dos mandamentos legais e das cláusulas contratuais até as suas últimas consequências. Daí a necessidade de ser ela analisada como *conditio sine qua non* da realização da justiça ao longo da aplicação dos dispositivos emanados das fontes do direito, legislativa, consuetudinária, jurisdicional e negocial.

4 - A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

No começo do século XX, BEVILAQUA (1910, p. 195) explicava em sua obra que “o contrato é conciliador de interesses colidentes, um pacificador dos egoísmos em luta e tem o condão de ligar pessoas a milhares de quilômetros de distância, fazendo circular as mercadorias”. Na mesma linha de pensamento afirma MARTINS COSTA (1998, p. 24) que “o contrato deve ter uma função inegavelmente social”.

O direito contratual, tendo em vista a nova realidade social, econômica e política, teve de se adaptar e ocupar uma nova função, a de procurar a realização da justiça e do equilíbrio

contratual. Porém, os demais princípios contratuais continuam vigentes, relevando-se a equidade, a justiça, a boa-fé objetiva, pois são esses elementos que ocuparam lugar de destaque na teoria contratual, em substituição à mera vontade, dominadora do contrato até a chegada do direito social.

Na busca do que vem a ser função social do contrato, LÔBO (2003, p. 15) preleciona que “o princípio da função social do contrato determina que os interesses individuais das partes do contrato sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais, sempre que estes se apresentem”.

Do acima exposto, verifica-se que a função social do contrato é uma das formas de limitação da autonomia da vontade. É a literalidade do artigo 421 do novo Diploma Civil: “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Ora, pelo que se infere do comando legal, a “liberdade contratual” – expressão que deveria ter sido utilizada pelo legislador - encontra limites na função social, de modo que, antes de se pensar apenas nos efeitos particulares que o contrato pode gerar, deve-se ater aos interesses da coletividade e evitar que haja desequilíbrio na relação.

Do mesmo modo, ao de pactuarem as cláusulas que acharem convenientes – ante a liberdade de contratação – as partes devem passar pelo crivo do todo, pela vontade que anteriormente era individual e agora é social. Ao lado da boa-fé objetiva e da equivalência material, a função social do contrato é um dos princípios sociais dos contratos, mecanismo de consecução do bem comum, da busca do interesse social. Afinal, não há mais espaço para sua antiga concepção individualista e desumana, pois o Direito segue uma esteira da ótica dos valores sociais, de um novo horizonte para aplicação dos modernos princípios contratuais.

Sobre o artigo 421 do novel Código foram aprovados os Enunciados das Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal:

Enunciado nº 21. A função social do contrato, prevista no artigo 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito.

Enunciado nº 22. A função social do contrato, prevista no artigo 421 do novo código civil, constitui cláusula geral, que reforça o princípio da conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.

Enunciado nº 166. A frustração do fim do contrato, como hipótese que não se confunde com a impossibilidade da prestação ou com a excessiva onerosidade, tem guarida no Direito brasileiro pela aplicação do art. 421 do Código Civil.

Essa nova concepção de contrato traz a possibilidade de adoção plena do abrandamento da força obrigatória dos contratos, afastando cláusulas que colidem com os preceitos de ordem pública e buscando a igualdade substancial entre os negociantes.

Ademais, faz-se imprescindível ressaltar que um dos motivos determinantes desse mandamento resulta da Constituição de 1988, a qual, nos incisos XXII e XXIII do Artigo 5º, salvaguarda o *direito de propriedade* que “atenderá a sua função social”. Ora, a realização da função social da propriedade somente se dará se igual princípio for estendido aos contratos, cuja conclusão e exercício não interessa somente às partes contratantes, mas a toda a coletividade.

Dessa forma, é preciso entender a função social do contrato com a mesma amplitude da já notória função social da propriedade e esse conceito serve como fundamento constitucional para a análise da natureza jurídica da função social do contrato. Aliás, como pontua REALE “é a essa luz que deve ser interpretado o dispositivo que consagra a função social do contrato, a qual não colide, pois, com os livres acordos exigidos pela sociedade contemporânea, mas antes lhes assegura efetiva validade e eficácia”.

Dentro dessa nova ordem, percebe-se a concepção do princípio da função social do contrato em vários Artigos do Novo Código:

Artigo 108, que aponta para a necessidade de escritura pública somente para a alienação de imóvel com valor superior a 30 salários mínimos, protegendo o comprador economicamente destituído;

Artigo 157, que prevê a possibilidade de anulabilidade dos contratos quando estiver presente a lesão subjetiva, novo vício de vontade do negócio jurídico, mas que tem repercussões sociais;

Artigo 170, que possibilita a conversão do contrato nulo, valorizando o princípio da conservação do contrato, princípio anexo à função social do contrato;

Artigo 187, que imputa responsabilidade civil àquele que age com abuso de direito também na esfera contratual;

Artigo 413, que visa a adequar a fixação de multa com o contexto social, afastando o enriquecimento sem causa e prevendo que o juiz pode reduzi-la proporcionalmente, utilizando-se da equidade para tanto;

Artigo 423, que prevê a interpretação mais favorável ao aderente – parte economicamente mais fraca;

Artigo 424, que traz para o contrato de adesão a nulidade de cláusulas de renúncia previa a direito inerente ao negócio jurídico celebrado;

Artigo 2.035, parágrafo único, que prevê ser a função social do contrato matéria de ordem pública.

Assim, deve ser entendido o princípio da função social do contrato como preceito real e efetivo. Por isso, as partes contratantes e, em especial, o magistrado podem buscar nas normas acima apontadas a natureza principiológica do Novo Código Civil, de forma que não haja desequilíbrio nas relações contratuais, havendo, portanto, uma preeminência do interesse geral sobre o interesse particular.

CONCLUSÃO

No decorrer desse trabalho, defendeu-se os pilares para a concretização de um “Direito Civil Constitucional” ou de um “Novo Direito Civil”, à luz da teoria elaborada pelo principal idealizador do Novo Código Civil, o Professor e Filósofo MIGUEL REALE.

Hodiernamente, a busca precípua de um ordenamento jurídico deve ser a realização da justiça, sobretudo, de justiça social, através da permanente contribuição de todos os cidadãos para o bem comum.

Para tanto, é indispensável a existência de um sistema aberto, evitando que fatos sociais se situem à margem do regramento jurídico, bem como o pluralismo ou “diálogo de fontes”, restando superada a idéia positivista de que só a lei é fonte de direito. Aos princípios jurídicos é atribuída a importância devida, cabendo ao aplicador da lei ponderá-los na sua aplicação.

Os pilares tradicionais da dogmática civil, autonomia da vontade, propriedade e família, perderam seu *status*. Como se viu, o Direito Civil é personalizado e seu centro epistemológico é ocupado pelo ser humano e por sua dignidade, elevados pela Constituição Federal à categoria de princípios fundamentais de nossa República.

As Cláusulas Gerais que constam da nova codificação, a serem delineadas pela jurisprudência no futuro, deverão ser baseadas nas experiências pessoais dos aplicadores e dos julgadores, que também deverão estar atualizados de acordo com os aspectos temporais, locais e subjetivos que envolvem a questão jurídica que lhe é levada para apreciação. A experiência do julgador entra em cena para a aplicação da equidade e das regras de razão, tendo a doutrina juscivilística a sua parcela de contribuição no preenchimento dos conceitos jurídicos indeterminados.

Portanto, a convergência de princípios e Cláusulas Gerais, - dentre elas a boa-fé

objetiva e a função social do contrato - e o Código Civil de 2002, sob a égide da Constituição Federal de 1988, garantem que haverá diálogo e não retrocesso na proteção dos mais fracos nas relações contratuais. O desafio é grande, mas o jurista brasileiro está preparado.

BIBLIOGRAFIA

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **O Novo Código Civil Brasileiro: Tramitação; Função Social do Contrato; Boa-fé objetiva; Teoria da Imprevisão e, em Especial, Onerosidade Excessiva (Laesio Enormis)** In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jonas Figueiredo (Coord.). **Questões Controvertidas no novo Código Civil**. Volume 2. São Paulo: Método, 2005.

BARROS MONTEIRO, Washington de. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito das Obrigações**. 2ª Parte. v. 5. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRITO, Rodrigo Toscano de. **Função social dos contratos como princípio orientador na interpretação das arras**. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jonas Figueiredo (Coord.). **Questões Controvertidas no novo Código Civil**. Volume 2. São Paulo: Método, 2005.

DELGADO, José Augusto. **O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988. Cláusulas gerais e conceitos indeterminados**. In ALVIM, Arruda; CESAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (Coord.). **Aspectos controvertidos do novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

DUARTE, Ronnie Preuss. **A cláusula geral da boa-fé no novo Código civil brasileiro**. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jonas Figueiredo (Coord.). **Questões Controvertidas no novo Código Civil**. Volume 2. São Paulo: Método, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Tendências do Direito Civil no século XXI**. In FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord.). **Direito Civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. In FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord.). **Direito Civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **Princípios contratuais, a teoria do contrato e o novo Código Civil**. Recife: Nossa Livraria, 2003, p. 15.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 45.

MARQUES, Cláudia Lima. **Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: do “Diálogo das Fontes” no combate às cláusulas abusivas**. In *Revista de Direito do Consumidor*. N 45. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 12 – jan-março de 2003.

MARTINS-COSTA, Judith H. **O Novo Código Civil Brasileiro: Em Busca da ‘Ética da Situação’**. In *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo; Editora Saraiva, 2002, p. 118.

_____. **O Direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais. N° 753, p. 24, julho de 1998.

NERY JR, Nelson; NERY, Rosa M. de Andrade. **Novo Código Civil Anotado**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 2000. t. 7.

REALE, Miguel. **Visão geral do novo Código Civil**. Jus Navigandi, Teresina, a 6, número 54, fevereiro de 2002: <<http://www1.jus.com.br>.

TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2005.

_____. **Considerações sobre o abuso de direito ou ato emulativo civil**. *In*: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jonas Figueiredo (Coord.). **Questões Controvertidas no novo Código Civil**. Volume 2. São Paulo: Método, 2005.

_____. **Tendências do Novo Direito Civil: Uma codificação para o 3º Milênio**. *In*: **Novo Direito Civil: Parte Geral e Obrigações** (livro didático). Unisul Virtual. 2004

TEPEDINO, Gustavo. **Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002**. *In* **A Parte Geral do Novo Código Civil. Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional**. RJ-SP: Renovar, 2. ed., 2003, p. 15.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Parte Geral**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Direito Civil. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

Prequestionamento no **R**ecurso **E**xtraordinário e Especial: **F**undamentos **J**urídicos para sua **E**xigência.

Cristovam Pontes de Moura

Procurador do Estado, Graduado em Direito pela Universidade Federal do Acre e Pós-Graduando "Latu Sensu" em Direito Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL, em convênio com o Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP e com a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes - Rede LFG.

PREQUESTIONAMENTO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL: FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA SUA EXIGÊNCIA.

INTRODUÇÃO

O presente estudo é baseado em monografia homônima defendida perante Banca Examinadora para obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Acre sob a orientação do Professor Especialista Marcus Vinicius Aguiar Macedo, Titular da Cadeira de Direito Processual Civil daquela Instituição (PONTES DE MOURA, 2006) e visa analisar a existência de fundamentos jurídicos para a exigência do prequestionamento como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário e especial no processo civil brasileiro, nas hipóteses, respectivamente, do artigo 102, inciso III, alínea a, e artigo 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal.

Inicialmente, busca-se examinar o tratamento dado à matéria recursal em geral, notadamente pelo cotejo do princípio constitucional da ampla defesa e do acesso à justiça, corolários do *procedural due process of law*, dos requisitos de admissibilidade dos recursos e dos seus efeitos, principalmente o devolutivo, que leva ao juízo *ad quem* a matéria impugnada cujo cabimento o recurso permite.

Após, o discurso percorre linhas gerais sobre os recursos extraordinário e especial, destacando suas origens, características comuns, bem como seus requisitos de admissibilidade específicos e âmbito de devolutividade.

Num último momento, resgata-se a configuração histórica do prequestionamento no direito brasileiro, demonstrando sua origem na Constituição de 1891, inspirada no *Judiciary Act* do direito norte-americano, fato que se reproduziu até a Constituição de 1967 deixar de prever expressamente tal requisito para o acesso recursal ao Supremo Tribunal Federal.

Aponta-se, ainda, o imutável posicionamento da jurisprudência sobre o prequestionamento desde 1891, mesmo após a Constituição de 1967, trazendo o tratamento dado atualmente à matéria pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, esquadrinhando-se, outrossim, a evolução do entendimento doutrinário sobre o fundamento do prequestionamento nos permissivos constitucionais inclusos nos artigos 102, inciso III, e 105, inciso III, da Constituição Federal, desde aquele que o considera um requisito meramente jurisprudencial, passando pelo que conclui ser conseqüência lógica a discussão anterior da matéria recorrida, até o posicionamento acatado pela doutrina, em sua quase totalidade, de que o prequestionamento seria resultante da expressão “causas decididas” contida no texto constitucional.

Ao final, colaciona-se os fundamentos levantados pela doutrina e jurisprudência para a exigência do prequestionamento com o fito de realizar uma análise crítica acerca da existência de embasamento jurídico para sua exigência.

Justifica-se o enfrentamento do aludido tema em virtude de, nos tempos hodiernos, haver forte corrente política pleiteando a extinção ou, pelo menos, a restrição de boa parte do sistema recursal, enquanto este trabalho, em caminho contrário, tem a pretensão de provocar uma reflexão sobre a existência de fundamentos para a exigência de prequestionamento visando à admissibilidade de recurso extraordinário e especial, requisito largamente utilizado pelos tribunais pátrios desde 1891 como mecanismo de contenção de tais demandas recursais, sendo amplamente chancelado pela doutrina, não obstante estes recursos se constituam em supedâneo de manutenção da autoridade e da unidade de inteligência das normas constitucionais e leis federais.

A mudança de paradigma com relação ao objeto da presente obra acarretará, certamente, uma profunda alteração na forma de enxergar o manejo dos recursos excepcionais, não como ferramenta técnica a serviço dos profissionais que atuam em seu âmbito, mas

como instrumento de salvaguarda dos direitos dos cidadãos. Isso porque tal mudança, afastando o pragmatismo supramencionado, se consubstanciaria na efetivação dos princípios constitucionais fundamentais do direito processual civil, a saber, devido processo legal, acesso à justiça e ampla defesa, os quais devem incidir em todos os momentos da marcha processual, notadamente em tais vias recursais, nas quais se busca o amparo a violações diretas ao ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional.

CAPÍTULO I - RECURSOS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

1.1 Linhas gerais

O processo, como é notório, é instrumento posto à disposição dos cidadãos para a discussão sobre determinada pretensão posta em juízo, buscando formar o convencimento do órgão jurisdicional competente para o julgamento da causa com base nas situações fáticas trazidas aos autos, oportunizando às partes o seu amplo debate, com a respectiva disponibilização das mais diversas ferramentas processuais para se atingir tal mister.

Contudo, é possível que a decisão judicial aguardada incorra em determinados vícios, seja em seu proceder ou em examinar o mérito do caso trazido a exame, correndo-se o risco, assim, de se ver cometida uma gama de injustiças. É sempre salutar lembrar aos juízes que, como já verberou o saudoso artista inglês Charles Spencer Chaplin, na cena histórica conhecida como “Último Discurso”, da película “O Grande Ditador” (1940): “Não sois máquinas! Homens é o que sois!”.

Como as falhas em decisões adotadas no bojo de um processo comprometem a busca pela verdade ou, pelo menos, prejudicam o juízo formado pelo magistrado, os ordenamentos processuais de todos os povos, preocupados com a correta e segura distribuição da justiça, propiciam o reexame e a reforma dos provimentos judiciais, criando, para tanto, meios de impugnação a serem usados exclusivamente pelo contendor sucumbente ou vencido (NOBRE, 2005), numa tentativa do sistema de diminuir a incidência de equívocos (NERY, 2004, p. 39; BARBOSA MOREIRA, 2002, p. 113-4).

Aliás, não só as falhas estão a justificar o acesso às vias recursais, tendo em vista a nítida preocupação dos ordenamentos jurídicos em evitar a possibilidade de haver abuso de poder por parte do juiz, o que poderia em tese ocorrer se não estivesse a decisão sujeita à revisão por outro órgão do Poder Judiciário¹ (NERY, 2004, p. 37; MONTESQUIEU, 2002, p. 78).

Some-se a isso o natural inconformismo inerente ao ser humano, que repele, por vezes de modo terminante, a definitividade de uma decisão única a ele desfavorável, em intuitiva “inconfirmação de qualquer pessoa diante do primeiro juízo ou parecer que lhe é dado” (REZENDE FILHO, 1959, p. 877 *apud* THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 502).

Desde o fim do século passado, com a massificação do processo e o inchaço de demanda dos tribunais superiores, têm despontado no direito pátrio vozes a defender uma severa restrição das figuras recursais existentes e suas hipóteses de cabimento como panacéia para todas as mazelas atinentes à morosidade dos processos judiciais, argumento falacioso e impregnado de preconceito ao exercício do direito à ampla defesa, da qual se tratará mais detidamente na alínea c do item 1.3.

Sem a intenção de defender o sistema recursal atual em sua íntegra² – o que refoge ao âmbito do presente trabalho –, não se pode, ao mesmo tempo, imputar-lhe toda a falta de celeridade da processualística brasileira, omitindo a deficiente organização administrativa dos serviços judiciários, o crescimento do *animus litigandi* da população brasileira, o número insuficiente de juízes e a mentalidade atrasada de muitos deles, além do exercício da advocacia por profissionais despreparados e dedicados mais à chicana do que ao Direito.

¹ O eminente mestre paulista não olvida, contudo, “o fato de que a segunda decisão, proveniente de um recurso vitorioso no segundo grau de jurisdição, possa estar errada ou injusta” (NERY JÚNIOR, 2004, p. 37).

² O próprio sistema processual brasileiro dispõe de mecanismo para o combate aos recursos protelatórios, prevendo a sua utilização como hipótese de litigância de má-fé (art. 17, VII, CPC).

Nesse ponto, a lição de Agostinho Toffoli Tavoraro (2003, p. 17) – remontando a desafortunado comentário do Ministro Nilson Naves, ex-Presidente do Superior Tribunal de Justiça, no Fórum de Debate Sobre Modernização do Direito, realizado em Camboriú – SC, em 9.11.2000 –, diz muito quanto à forma equivocada com que parte do Judiciário enxerga o sistema processual, faltando-lhe, inclusive, a autocrítica necessária para enfrentar a questão da morosidade dos processos judiciais: “Já se disse que ‘a cada espirro do juiz corresponde a um agravo’. Sim, o sistema recursal é absurdo [...]. No entanto, em muitas hipóteses, não seria o caso de se cuidar do “resfriado” dos juízes?”

Culpa-se, desse modo, o jurisdicionado e seu patrono pelo caos vivido no decorrer de uma relação processual, propondo-se como solução o cerceamento de sua voz no processo e, em última análise, a negação do devido processo legal e seus corolários: acesso à justiça e ampla defesa, os quais serão mais bem detalhados no item 1.3.

A idéia que a predominar, contudo, é a de que o ordenamento jurídico deve oferecer ao jurisdicionado todos os meios necessários para que possa impugnar decisões potencialmente injustas, buscando obter provimento a ele favorável, contribuindo, assim, com o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.

1.2 Conceito

O termo recurso tem origem na expressão latina *recursos* (ou *recursus*), a qual, em bom português, exprime o sentido de “repetição de um caminho”. Esta é a idéia primária dos instrumentos recursais, isto é, tornar a enfrentar o mesmo curso processual em perseguição a uma nova decisão, mais favorável às pretensões do recorrente. Nas palavras de Eduardo Couture, “quiera decir literalmente, regreso al punto de partida. Es un re-corree, correr de nuevo el camiño ya hecho” (COUTURE, 1978, p. 340 *apud* TEIXEIRA FILHO, 1995, p. 69).

Como a legislação processual civil pátria não ousou definir o que viria a ser recurso, para se formular um conceito estritamente jurídico de tal instrumento, mister se faz destacar os pontos de contato entre as várias figuras recursais ali elencadas.

De acordo com o que preconiza o art. 499 da Lei Adjetiva Civil, “o recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público”, os quais, desde que demonstrem interesse, poderão buscar a reforma, invalidação, esclarecimento ou integração do *decisum*, vale dizer, é possível se obter novo provimento em substituição ao anterior, a declaração de sua nulidade (com a retirada do vício observado e remessa ao juízo *a quo* para novo julgamento) ou a eliminação de omissão, contradição ou obscuridade (no caso de embargos declaratórios).

A impugnação se dá, via de regra, perante órgão jurisdicional de hierarquia superior, e deve ser agitada necessariamente dentro da mesma relação jurídico-processual.

Esta última especificação é de extrema relevância para distinguir os recursos das ações autônomas de impugnação, porquanto, segundo leciona José Carlos Barbosa Moreira (2002, p. 114):

Os meios de impugnação dividem-se, pois, em duas grandes classes: a dos *recursos* – assim chamados os que se podem exercitar *dentro* do processo em que surgiu a decisão impugnada – e o das *ações impugnativas autônomas*, cujo exercício, em regra, pressupõe a irrecorribilidade da decisão. No direito brasileiro, protótipo da segunda classe é a ação rescisória, eventualmente cabível para impugnar sentenças (de mérito) já transitadas em julgado (destaque existente no original).

Agregam-se a estas ferramentas processuais, formando o gênero *sucedâneos recursais* (NERY JUNIOR, 2004, p. 75), remédios como o pedido de reconsideração, a correição parcial e a remessa obrigatória, havendo controvérsia em inserir nesta categoria os demais incidentes (MARINONI, p. 2003, p. 531).

Realizada esta digressão, pode-se alcançar um conceito de recurso, colacionando-se para tanto o magistério de Nelson Nery Junior (2004, p. 212), seguido pela doutrina mais autorizada (CÂMARA, 2004, p. 57; BARBOSA MOREIRA, 1990, p. 85; MARINONI, ARENHART,

2003, p. 316; GRECO FILHO, 2003, p. 265; THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 501-2; AMARAL SANTOS, 2004, p. 103): “[...] é o meio processual que a lei coloca à disposição das partes, do Ministério Público e de um terceiro, a viabilizar, dentro da mesma relação jurídica processual, a anulação, a reforma, a integração ou o esclarecimento da decisão judicial impugnada.”

Ademais, muito embora tal análise não se encontre especificamente no objeto deste item, não se pode deixar de realizar um breve bosquejo acerca da natureza jurídica do recurso, tendo em conta que poderá ser bastante útil para a melhor compreensão do foco da presente pesquisa.

Vencidas as teses de concepção do recurso como ação constitutiva autônoma (BETTI, 1936, p. 638 e ss.; GUASP, 1968, p. 709 e ss. *apud* NERY JUNIOR, 2004, p. 212-3), foi fixado como extensão do direito de ação (ROCCO, 1966, p. 291 e ss. *apud* NERY JUNIOR, 2004, p. 218-9; THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 502), tendo em vista ser dele dependente e, ao mesmo tempo, renovar seu procedimento.

Verifica-se, portanto, que o recurso, malgrado não se consubstancie em ação propriamente dita, é reflexo do direito de ação primitivamente atuado, exigindo-se para seu exercício o preenchimento de requisitos paralelos aos necessários para a admissibilidade de uma demanda originária (condições da ação e pressupostos processuais), a saber, os denominados pressupostos recursais, consoante se detalhará no item 1.4.

1.3 Princípios constitucionais fundamentais

Não existe saber científico sem base principiológica a lhe emprestar coerência (PORTANOVA, 2001, p. 13), o que num sistema jurídico constitucional está a significar a preponderância dos valores eleitos por sua Carta Política.

Consustanciam-se os princípios, na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (1995, p. 230), em mandamentos nucleares de um sistema, orientações e diretivas de caráter geral e fundamental que se possam deduzir da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das normas. Verifica-se que os princípios constitucionais, com maior razão, servem de norte interpretativo ao ordenamento jurídico para o qual irradia.

Sobre o tema, pontifica Paulo Bonavides (1998, p. 232) que:

[...] as novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais [...], tornando a teoria dos princípios hoje o coração das Constituições. E mais: a constitucionalização dos princípios constituiu-se em axioma juspublicístico de nosso tempo.

Em verdade, os princípios constitucionais são o conjunto de normas da ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus afins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamento ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui (BARROSO, 2002, p. 141).

Contudo, nem todos os princípios são indicados pela estima que o legislador conserva com relação a determinado tema, sendo “considerados quase que como axiomas, pois prescindem de indagações e não necessitam ser demonstrados” (NERY JUNIOR, 2004, p. 35), já que se baseiam em critérios estritamente técnicos e lógicos. Tais são os *princípios informativos*: lógico, jurídico, político e econômico.³

Por outro lado, como tais valores são considerados universais e, em tese, inquestionáveis, deve mesmo a discussão sobre a aplicação principiológica no direito processual civil se restringir a seus princípios gerais (ou fundamentais).

No que diz respeito à matéria recursal, a regra não é diferente, tendo apontado o legislador constituinte pátrios cânones a ela inarredáveis, como os princípios do devido processo legal, acesso à justiça e ampla defesa, os quais serão tratados a seguir.

³ Rui Portanova defende a existência dos princípios instrumental e efetivo entre os princípios informativos, como forma de atualizar a concepção de processo (PORTANOVA, 2001, p. 20-1).

a) *Due process of law*

Dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 5º, inciso LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Tal cláusula, até então inédita em nosso direito constitucional, de acordo com a melhor doutrina (NERY JUNIOR, 2002, p. 32), constitui-se em base de todos os demais princípios do processo civil.

É garantia oriunda da *Magna Charta* de 1215, instituída por João Sem Terra, tendo surgido o termo *due process of law* apenas em uma lei inglesa de 1354⁴, no reinado de Eduardo III.

Nos Estados Unidos, antes mesmo de aparecer na Constituição de 1787 pela 5ª e 14ª Emenda, a expressão se disseminou por constituições estaduais – por exemplo Maryland, Pensilvânia e Massachusetts – e declarações de direitos norte-americanas (BASTOS, 1992, p. 260).

Em meados do século passado, mais precisamente em 10 de Dezembro de 1948, o princípio em tela foi reafirmado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas (2005).

Caracterizando-se em seu sentido genérico pelo trinômio *vida-liberdade-propriedade*, bens que pretende essencialmente salvaguardar, o devido processo legal comporta uma bipartição que destaca seu aspecto material (*substantive due process of law*) – voltado a impor limites ao poder governamental – e, em contrapartida, não se desliga de suas raízes eminentemente processuais, o *procedural due process of law* (NERY JUNIOR, 2002, p. 35-42), que interessa diretamente ao presente estudo.

Como já visto, o direito brasileiro reconhece expressamente tal princípio, notadamente em matéria processual, devendo toda a atividade atinente à processualística ser plasmada por esta diretriz.

Em consonância com o magistério de José Celso de Mello Filho (1993, p. 448), o *procedural due process* se exprime, em sede de processo civil, das seguintes maneiras: a) igualdade das partes; b) garantia do *jus actionis*; c) respeito ao direito de defesa; e d) contraditório.

Nelson Nery Junior (2002, p. 42) efetua interessante síntese do devido processo legal em sentido processual:

Resumindo o que foi dito sobre este importante princípio, verifica-se que a cláusula do *procedural due process of law* nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível, isto é, de ter *his day in Court*, na denominação genérica da Suprema Corte dos Estados Unidos (destaque existente no original).

Em matéria de recurso, estas manifestações se traduzem na paridade de armas postas à disposição dos litigantes, principalmente quanto a instrumentos recursais, no amplo acesso a tais ferramentas, por serem concebidas como extensão do direito de ação, no prestígio à defesa na esfera revisória e, finalmente, na consideração à nova dialética instaurada pela interposição dos recursos.

Talvez por isso se entenda que bastaria a Constituição Federal “ter enunciado o princípio do devido processo legal, e o *caput* e a maioria dos incisos do art. 5º seriam absolutamente despiciendos” (NERY JUNIOR, 2002, p. 42), tornando a amplitude de tal cláusula desnecessária qualquer outra construção principiológica relativamente ao direito processual civil.

Por último, é de se atentar para o caráter dinâmico deste princípio⁵, não sendo admissível, em conformidade com Galeno Lacerda (1983, p. 10), concebê-lo:

⁴ *Statute of Westminster of the Liberties of London* (LIMA, 1999, p. 36).

⁵ Para tanto, é suficiente lembrar que a tortura com objetivo de confissão já fez parte do devido processo legal (PORTANOVA, 2001, p. 146).

(...) como um valor absoluto e abstrato, para justificar as devastações concretas que a injustiça de um decreto de nulidade, de uma falsa preclusão, da frieza de uma presunção processual desumana, causam à parte inerme. Não é isto fazer justiça. Não é para isto que existe o processo.

b) Acesso à justiça

Consagrado pelo art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal – ao lado do princípio da inafastabilidade da jurisdição, com o qual guarda relação umbilical –, o acesso à justiça traz como mote a participação do cidadão nos destinos do Estado⁶, seja compelindo-o a oferecer sua prestação jurisdicional, substituindo-se à vontade das partes, ou mesmo intrometendo-se no raio de ação estatal, forçando-o a concretizar as obrigações que o ordenamento jurídico lhe impôs.

Por óbvio, o acesso à justiça não se traduz na mera permissão formal de ingresso em juízo⁷, havendo em nosso sistema uma gama de fundamentos que, se aplicados de forma consentânea com o espírito democrático, podem conduzir ao que Kazuo Watanabe (1988, p. 128) sintetizou na célebre frase: “O direito de acesso à justiça é, fundamentalmente, direito de acesso à ordem jurídica justa.”

Nesse eito, Cintra, Dinamarco e Grinover (2002, p. 33) destrincham com maestria as nuances do princípio do acesso à justiça:

Assim, (a) oferece-se a mais ampla *admissão de pessoas e causas* ao processo (universalidade da jurisdição), depois (b) garante-se a todas elas (no cível e no criminal) a observância das regras que consubstanciam o *devido processo legal*, para que (c) possam participar intensamente da formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa (princípio do *contraditório*), podendo exigir dele a (d) efetividade de uma *participação em diálogo* –, tudo isso com vistas a preparar uma solução que seja justa, seja capaz de eliminar todo resíduo de insatisfação.

No que toca aos recursos se aplica o mesmo raciocínio, porquanto, como já se disse antes, constituem-se em prolongamento do exercício do direito de ação (NERY JUNIOR, 2004, p. 232).

Assim, tais instrumentos processuais devem ser largamente admitidos, com obediência exclusiva às normas que regem o devido processo legal, a fim de que, enriquecendo o confronto dialético que dá vida ao processo, possa o interessado obter uma prestação jurisdicional aperfeiçoada e, conseqüentemente, mais justa.

c) Ampla defesa

O princípio da ampla defesa está presente no direito processual civil brasileiro como conseqüência do princípio do contraditório, sendo ambos garantidos, inclusive, pelo mesmo dispositivo da Lei Maior, isto é, inciso o LV de seu art. 5º.

Ensina Rui Portanova (2001, p. 125) que:

O princípio da ampla defesa é uma conseqüência do contraditório⁸, mas tem características próprias. Além do direito de tomar conhecimento de todos os termos

⁶ Nunca é demais lembrar que tal diretriz se consubstancia num dos escopos políticos do processo. A esse respeito Antonio Carlos de Araújo Cintra, Cândido Rangel Dinamarco e Adá Pellegrini Grinover (2002, p. 24) lecionam que, além da pacificação social, “a doutrina moderna aponta outros escopos do processo, a saber: a) educação para o exercício dos próprios direitos e respeito aos direitos alheios (escopo social); b) a preservação do valor liberdade, a oferta de meios de participação nos destinos da nação e do Estado e a preservação do ordenamento jurídico e da própria autoridade deste (escopos políticos); c) a atuação da vontade concreta do direito (escopo jurídico)”.

⁷ Sob pena de tornar real a construção inglesa recheada de sarcasmo, atribuída a Lord Justice Matthew, segundo a qual justice is open to all, like the Ritz Hotel (em bom português: a justiça está aberta a todos, como o Hotel Ritz), referindo-se a luxuoso hotel londrino inacessível, na prática, aos menos abastados.

⁸ Importante realçar, no que diz respeito ao princípio do contraditório, o conceito elaborado pelo jurista italiano Sergio La China, trazido por Nelson Nery Junior (2002, p. 137): “Por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis”.

do processo, a parte tem o direito de alegar e provar o que alega [...]. Ninguém pode obrigar o cidadão a responder às alegações da outra parte, mas também nada e ninguém pode impedi-lo de se defender. Ademais, nada pode limitar o teor das alegações defensivas.

No que diz com o manejo dos recursos, tem-se que também devem se submeter ao princípio da ampla defesa, impondo-se ao ordenamento infraconstitucional e a seus operadores a observância irrestrita de tal cânone para o acesso efetivo às vias recursais.

Poder-ser-ia estranhar a aplicação deste princípio em casos nos quais o demandante dele se valeria para buscar o reexame de provimento que lhe foi desfavorável. Entretanto, tratando-se de direito fundamental, não se concebe restrições desarrazoadas à sua implementação.

Realmente, argumenta José Eulálio Figueiredo de Almeida (2002), catedrático da Universidade Federal do Maranhão, o seguinte:

Apesar desse princípio vir expresso pela fórmula “ampla defesa”, seu raio de aplicação não se limita exclusivamente a beneficiar o réu, posto que visa também favorecer outros sujeitos da relação processual. Sendo assim, não é errôneo dizer que a ampla defesa constitui direito que protege tanto o réu quanto o autor, bem como terceiros juridicamente interessados.

Aliás, o próprio texto magno adverte que a ampla defesa é assegurada com os meios e recursos a ela inerentes, restando incontroversa a necessidade de obediência a este princípio indispensável à higidez da relação jurídica processual quando da utilização dos instrumentos recursais postos à disposição de seus atores.

1.4 Juízo de admissibilidade

Apesar de todo o discurso proferido acerca dos princípios constitucionais fundamentais a garantir a ampla acessibilidade aos recursos, a utilização de tais mecanismos depende do preenchimento de determinados requisitos, pois se cuida de reflexo do direito de ação com o respectivo prolongamento do processo, sujeitando-se, por isso, a exigências correspondentes às condições da ação descritas no art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil – possibilidade jurídica do pedido, legitimidade das partes e interesse processual, somando-se a outros requisitos.

O exame de tais condições – que, unidas aos demais requisitos formais para o exercício da atividade recursal, denominam-se pressupostos recursais – constitui o *juízo de admissibilidade* (ou prelibação) dos recursos, o qual deve ter antecedência lógica em relação ao julgamento do pedido formulado pelo recorrente (NERY JUNIOR, 2004, p. 252).

Tais requisitos de admissibilidade apenas corroboram o fato de o recurso ser manifestação do direito de ação, porquanto, conforme leciona Nelson Nery Junior (2004, p. 273), no procedimento de primeiro grau, “o juiz tem o dever de observar as condições da ação e os pressupostos processuais, pois do contrário não poderia proferir julgamento sobre a lide posta em juízo”.

Tratando mais especificamente dos pressupostos gerais dos recursos, vê-se que, no critério adotado por José Carlos Barbosa Moreira (2003, p. 262) – seguido por Nelson Nery Junior (2004, p. 273) e, em parte, por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2003, p. 540) – dividem-se eles em intrínsecos e extrínsecos.⁹

Os pressupostos recursais intrínsecos são aqueles que dizem respeito à decisão recorrida em si mesma considerada, destacando-se seu conteúdo e a forma da decisão impugnada, enquanto os extrínsecos concernem a fatores externos à decisão judicial que se pretende impugnar.

Os pressupostos intrínsecos são: a) cabimento do recurso, exigência de que “o ato impugnado seja, em tese, suscetível de ataque por meio dele” (BARBOSA MOREIRA, 2002,

⁹ Parte da doutrina (GRECO FILHO; 2003, p. 274-5; THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 508) divide os pressupostos recursais em objetivos (cabimento, adequação, tempestividade, regularidade procedimental e inexistência de fato impeditivo ou extintivo) e subjetivos (legitimidade e interesse). Alexandre Freitas Câmara (2004, p. 67) defende a existência de “condições do recurso” (legitimidade, interesse e possibilidade jurídica do recurso), correspondentes, em tudo e por tudo, às condições da ação. Percebe-se, até com certa facilidade, que tais “condições do recurso” são os próprios pressupostos recursais intrínsecos.

p. 117); b) legitimidade recursal, apainhada no art. 499 do Diploma Adjetivo Civil, o qual reza que o recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, ainda que tenha oficiado apenas como *custos legis* (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 508); e c) interesse em recorrer, presente quando se puder esperar do julgamento do recurso o advento de situação jurídica mais vantajosa.

Por fim, no tocante aos pressupostos extrínsecos, correspondem eles aos seguintes elementos: a) tempestividade do recurso, isto é, a necessidade de obediência aos prazos estipulados em lei; b) regularidade formal; c) inexistência de fato impeditivo (desistência do recurso, a renúncia ao direito ou reconhecimento jurídico do pedido, não-adimplemento de multas fixadas nos arts. 538, parágrafo único, e 557, § 2º, do CPC etc.) ou extintivo (renúncia ao recurso, aceitação expressa ou tácita da decisão recorrida etc.) do direito de recorrer; e d) preparo (NERY JUNIOR, 2004, p. 274).

1.5 Efeitos

Independentemente da admissibilidade do recurso, pode ele gerar efeitos com a sua mera interposição, sem prejuízo dos efeitos próprios decorrentes do julgamento de seu mérito.

Os efeitos da interposição são os efeitos devolutivo, suspensivo, translativo e de impedimento do trânsito em julgado, enquanto os efeitos do julgamento se constituem nos efeitos substitutivo e expansivo (NERY JUNIOR, 2004, p. 428-88; CÂMARA, 2004, p. 76-80; MARINONI *et al*, 2003, p. 546; BARBOSA MOREIRA, 2004, p. 134-5).

O efeito devolutivo¹⁰ é o que mais interessa ao presente estudo, pois é o responsável pela transferência do conhecimento da matéria impugnada ao órgão jurisdicional *ad quem*¹¹, a fim de que possa reexaminar a decisão recorrida (CÂMARA, 2004, p. 77-8; NERY JUNIOR, 2004, p. 428-44; BARBOSA MOREIRA, 2002, p. 123; GRECO FILHO, 2003, p. 283; THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 513; PORTANOVA, 2001, p. 277-81).

No magistério de Nelson Nery Junior (2004, p. 428-9),

O efeito devolutivo é manifestação do *princípio dispositivo*, e não mera técnica do processo, princípio esse fundamental do direito processual civil brasileiro. Como o juiz, normalmente, não pode agir de ofício, devendo aguardar a provocação da parte ou interessado (CPC 2.º), deve, igualmente, julgar apenas nos limites do pedido (CPC 460), que são fixados na petição inicial pelo autor (CPC 128) [...].

Transportando esses fundamentos para a esfera recursal, que é uma espécie de renovação do direito de ação em outra fase do procedimento, verificamos que o recurso interposto devolve ao órgão *ad quem* o conhecimento da matéria impugnada (destaque existente no original).

De fato, a devolutividade é efeito intrínseco aos instrumentos recursais, variando, contudo, de recurso para recurso, a sua extensão e profundidade (BARBOSA MOREIRA, 2002, p. 123; MARINONI *et al*, 2003, p. 547).

A extensão do efeito devolutivo compreende a impugnação ao(s) pedido(s) da parte recorrida apreciados na decisão do juízo *a quo* que o recorrente pretende atacar. Em outras palavras, é a limitação do objeto do recurso.

Move-se, no dizer de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2003, p. 547), pela “aplicação do princípio da demanda perante o direito brasileiro”, tendo em conta que o recorrente, quando da interposição do recurso, deve especificar em suas razões o pedido de

¹⁰ Sempre causou estranheza aos neófitos a expressão *devolver*, aplicada à transferência do julgamento da matéria a outro órgão julgador, pois não se pode devolver o que nunca foi emprestado. Tomando os ensinamentos de Paulo Rangel (2004, p. 710), processualista da área criminal: “tal significado tem origem no sistema processual inquisitivo, onde todas as funções (acusar, julgar e defender) concentravam-se nas mãos do monarca ou do príncipe [...], possuindo todo o poder de julgar; e como o grande número de casos não lhe permitia exercê-lo direta e pessoalmente, delegava suas funções judicantes a funcionários subalternos e as reassumia quando necessário. Neste caso, quando um cidadão recorria da decisão do funcionário, devolvia ao monarca ou ao príncipe o reexame da decisão, fazendo nascer, assim, o efeito devolutivo”.

¹¹ Isso ocorre via de regra, pois em recursos como os embargos de declaração ou os embargos infringentes previstos no art. 34 da Lei nº 6.830/80 a devolutividade se dá para o próprio órgão prolator.

nova decisão, possibilitando ao juízo *ad quem* examinar a extensão máxima permitida ao seu julgamento.

Noutro rumo, a profundidade de tal efeito diz respeito às matérias trazidas como fundamento do pedido e da defesa (BARBOSA MOREIRA, 2002, p. 134-5).

Destaque-se, desde logo, que a fundamentação a que se faz referência só pode ser fática, uma vez que o direito processual civil brasileiro adotou a *teoria da substanciação* quanto à causa de pedir (CINTRA *et al*, 2002, p. 262), segundo a qual não importam os fundamentos jurídicos invocados, mas os fatos trazidos a juízo¹², ao contrário do que ocorreria se preponderasse a *teoria da individuação*, a qual exige a exata capitulação jurídica da situação fática posta ao órgão jurisdicional.

Assim, num recurso de via ampla como, *verbi gratia*, a apelação, o efeito devolutivo em extensão abrange a totalidade do dispositivo da sentença da qual a parte desejar recorrer – *tantum devolutum quantum appellatum* (CÂMARA, 2004, p. 88; BARBOSA MOREIRA, 2002, p. 134) –, reservada sua profundidade aos fundamentos suscitados, ainda que não apreciados pela sentença (art. 515, § 2º, CPC).

Tal devolutividade não possui o mesmo alcance em sede de recurso especial e extraordinário, recursos de fundamentação vinculada interpostos perante as Cortes de Superposição, respectivamente, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, pois que se trata de instrumentos recursais de âmbito restrito (NERY JUNIOR, 2004, p. 441-44; BARBOSA MOREIRA, 2002, p. 159-164), uma vez que somente podem impugnar determinadas matérias juridicamente qualificadas, expressamente delimitadas pelos artigos 102, inciso III, e 105, inciso III, da Constituição Federal, o que será delineado com maior acuidade no capítulo vindouro.

Outro efeito de grande importância na seara recursal é o suspensivo, que consiste em não permitir que a decisão recorrida produza efeitos antes do julgamento do recurso (MARQUES, 2003, p. 118), sejam eles declaratórios, constitutivos ou condenatórios.¹³

Na verdade, não cabe falar em suspensão dos efeitos do julgado pela interposição de recurso, tendo a questão sido aclarada de forma soberba por José Carlos Barbosa Moreira (2002, p. 122-3):

A interposição não faz cessar efeitos que já se estivessem produzindo, apenas *prolonga* o estado de ineficácia em que se encontrava a decisão, pelo simples fato de estar sujeita à impugnação através do recurso. A denominação “efeito suspensivo”, por isso, apesar de tradicional, é a rigor inexacta (destaque existente no original).

De fato, Pontes de Miranda (1997, p. 16) já sinalizava que a suspensividade diz mais de perto com a recorribilidade, do que propriamente com o recurso, enfatizando que tal fenômeno é regra no sistema processual pátrio, não se aplicando somente ante expressa disposição legal.

Não obstante seja vedado ao juízo para o qual se dirige o pedido de reexame julgamento que não se atenha aos termos expostos na petição recursal, há hipóteses em que o ordenamento instrumental tolera a prolação de *decisum* desta natureza.

Isso ocorre quando há violação a normas cogentes, as quais devem ser conhecidas *ex officio* pelo juiz e a cujo respeito não se opera preclusão, em face da incidência do efeito translativo, prelecionado pelos artigos 236, § 3º, 301, § 4º, 515, §§ 1º a 3º, e 516, da Lei Adjetiva Civil.

A interposição de recurso obsta, ainda, o advento da preclusão ou da coisa julgada sobre o provimento jurisdicional recorrido (BARBOSA MOREIRA, 2002, p. 122; CÂMARA, 2004, p. 76; MARINONI *et al*, 2003, p. 546), seja qual for o instrumento empregado, exceto em

¹² Decorrência da adoção desta corrente é o princípio *iura novit curia*, pelo que “o juiz conhece o direito”. De acordo com tal cânone, basta à parte narrar os fatos para obter a prestação jurisdicional, independentemente da qualificação jurídica dada à matéria, sintetizada pelo brocardo romano *narra mihi factum, narro tibi ius* (PORTANOVA, 2001, p. 237-40).

¹³ É de se notar que o impedimento não evita apenas a execução provisória da sentença, suspendendo os demais efeitos que, a princípio, seriam imediatos, como o declaratório e o constitutivo.

caso de juízo de admissibilidade negativo, ocasião em que o fechamento das vias recursais retroage à data do encerramento do prazo para a utilização do remédio adequado.¹⁴

Por derradeiro, há efeitos que, além do próprio exercício do direito de recorrer, estão a depender do julgamento de seu mérito para incidir. São os efeitos substitutivo e expansivo.

Certamente, o efeito substitutivo é referido expressamente pelo art. 512 do Código de Processo Civil, o qual reza que o julgamento proferido pelo tribunal *substituirá* a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso.

O efeito expansivo, por sua vez, filia-se ao tema das nulidades no processo civil, tendo em vista a relação de interdependência dos atos na cadeia processual. Em virtude disso, o reconhecimento de uma nulidade em sede recursal pode determinar não apenas o desfazimento do próprio *decisum* impugnado, mas a invalidação de todos os atos desde o nascedouro de tal eiva (MARINONI *et al*, 2003, p. 551-2).¹⁵

CAPÍTULO II - RECURSOS EXCEPCIONAIS

2.1 Recurso Extraordinário

Com a finalidade de implantar o sistema federativo no Brasil, o Governo Provisório formado após a Proclamação da República, ao organizar a Justiça Federal e criar o Supremo Tribunal Federal, instituiu novel figura recursal, bastante semelhante ao *writ of error* do direito norte-americano, presente na seção 25, do *Judiciary Act*, de 1789.¹⁶

Tal instrumento processual foi instituído com o fim de garantir a supremacia da Constituição e das leis federais, nos moldes do direito norte-americano, e estampado no art. 9º, parágrafo único, do Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890 (BATISTA, 2002, p. 62):

Haverá também recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos tribunais e juízes dos Estados:

- a) quando a decisão houver sido contrária à validade de tratado ou convenção, à aplicabilidade de uma lei do Congresso Federal, finalmente, à legitimidade do exercício de qualquer autoridade que haja obrado em nome da União – qualquer que seja a alçada;
- b) quando a validade de uma lei ou ato de qualquer Estado seja posta em questão como contrária à Constituição, aos tratados e às leis federais, e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou ato;
- c) quando a interpretação de um preceito constitucional, ou de Lei Federal, ou de cláusula de um tratado ou convenção, seja posta em questão, e a decisão final tenha sido contrária à validade do título, direito e privilégio ou isenção, derivado de preceito ou cláusula.

¹⁴ Há, todavia, entendimento de que a interposição de recurso adia a formação da coisa julgada (NERY JUNIOR, 2004, p. 432), que seria inevitável. Entretanto, se conhecida a manifestação de inconformismo, sua consequência será a concepção de nova decisão, cassando ou substituindo a anterior, a qual não mais poderá transitar em julgado.

¹⁵ Esta última hipótese se verifica com mais freqüência em recursos como o agravo de instrumento, já que tal espécie não suspende, via de regra, os efeitos da decisão recorrida e, quando provido, provoca a invalidade dos atos que dela dependam (NERY JUNIOR, 2004, p. 478).

¹⁶ "That a final judgment or decree in any suit, in the highest court of law or equity of a State in which a decision in the suit could be had, where is drawn in question the validity of a treaty or statute of, or an authority exercised under, the United States, and the decision is against their validity; or where is drawn in question the validity of a statute of, or an authority exercised under, any State, on the ground of their being repugnant to the constitution, treaties, or laws of the United States, and the decision is in favour of such their validity, or where is drawn in question the construction of any clause of the constitution, or of a treaty, or statute of, or commission held under, the United States, and the decision is against the title, right, privilege, or exemption, specially set up or claimed by either party, under such clause of the said Constitution, treaty, statute, or commission, may be re-examined, and reversed or affirmed in the Supreme Court of the United States upon a writ of error, the citation being signed by the chief justice, or judge or chancellor of the court rendering or passing the judgment or decree complained of, or by a justice of the Supreme Court of the United States, in the same manner and under the same regulations, and the writ shall have the same effect as if the judgment or decree complained of had been rendered or passed in a circuit court, and the proceedings upon the reversal shall also be the same, except that the Supreme Court, instead of remanding the cause for a final decision as before provided, may, at their discretion, if the cause shall have been once remanded before, proceed to a final decision of the same, and award execution. But no other error shall be assigned or regarded as a ground of reversal in any such case as aforesaid, than such as appears on the face of the record, and immediately respects the before-mentioned questions of validity or construction of the said constitution, treaties, statutes, commissions, or authorities in dispute" (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2005).

Aludido recurso ainda não havia sido qualificado como extraordinário nem mesmo pela Constituição de 1891, que inaugurou a forma republicana de governo, denominando-se desta forma somente quando da elaboração do primeiro Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, em 8 de fevereiro de 1891 (arts. 33, § 4º, e 99), tendo sido ulteriormente referido da mesma maneira pela Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894 (art. 24), e pela Carta Política de 1934, em seu art. 76.

Desde o texto magno de 1891 até a Lei Maior de 1967, a disciplina do recurso extraordinário não enfrentou alterações significativas, servindo ao controle da Constituição e da legislação federal pelo Supremo Tribunal Federal. Apenas com o advento da Constituição de 1988 é que houve substancial modificação no regime de tal ferramenta recursal, passando-se as matérias de índole infraconstitucional a outra Corte, o Superior Tribunal de Justiça, mediante interposição de novo instrumento, o recurso especial, ambos criados por força do atual Diploma Constitucional, aos quais se reportará no item seguinte.

O recurso extraordinário, a exemplo do recurso especial, tem por finalidade principal assegurar o sistema federativo, por meio do controle da aplicação das normas jurídicas incluídas em seu âmbito. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2003, p. 589), lecionam que:

[...] a finalidade desses recursos [extraordinário e especial] é assegurar que a lei federal e a Constituição Federal – por serem leis que devem ter o mesmo teor e a mesma aplicabilidade em todo o território nacional e para todas as causas –, sejam corretamente aplicadas e interpretadas por todos os tribunais e juízes do país.

Inegável, pois, a *função política* (GRECO FILHO, 2003, p. 273) do recurso extraordinário – bem como do recurso especial –, tendo afirmado Pontes de Miranda (1987, p. 107), à luz da Carta de 1967, que:

A finalidade dos recursos extraordinários, na Constituição de 1967, é a de assegurar: 1) a *inteireza positiva*; 2) a *validade*; 3) a *autoridade*; 4) e a *uniformidade de interpretação da Constituição e das leis federais*. É função, pois, do recurso extraordinário manter a autoridade e a unidade de inteligência das leis federais.

Para a efetivação de tais misteres, traçou o constituinte de 1988 as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

Por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, o poder constituído¹⁷ incluiu entre as hipóteses de cabimento de recurso extraordinário caso em que a decisão recorrida julgar válida lei local contestada em face de lei federal (art. 102, III, alínea *d*).

Não obstante o evidente interesse que tal acréscimo desperta nos estudiosos do direito, tanto pelo trato de matéria estranha à *guarda da Constituição* quanto pelo espanto causado ao se extrair da letra do texto constitucional possível hierarquia entre lei local e lei federal – ao arrepio do princípio federativo e da autonomia dos Municípios –, tem-se que análise desta monta refoge ao objeto deste trabalho, razão pela qual não se tecerão maiores comentários acerca do tema.¹⁸

¹⁷ Ou constituinte derivado, como prefere a doutrina dominante.

¹⁸ A despeito do contencioso constitucional vislumbrado à luz da partilha constitucional de competência legislativa, o Supremo Tribunal Federal, à época em que tal hipótese se incluía dentre os permissivos para a interposição de recurso especial – o que será analisado mais detidamente no item seguinte –, manifestou-se no sentido de que

No bojo da mesma reforma, adicionou-se o § 3º ao referido dispositivo, passando-se a exigir a demonstração pelo recorrente da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Supremo Tribunal Federal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Trata-se de “ressuscitação” da antiga *arguição de relevância*, prevista na Emenda Constitucional nº 07/1977, sob a égide da Constituição de 1967 (TAVARES, 2005. p. 213), da qual interessa ao presente estudo o explícito intento de se proceder à contenção do número de demandas recursais ao Supremo Tribunal Federal por intermédio de tal ferramenta, passando ao crivo desta Corte o exame de sua “repercussão geral” para efeito de admissibilidade de recurso extraordinário.¹⁹

De qualquer modo, trata-se de novo requisito de admissibilidade inaugurado pela denominada “Reforma do Judiciário” em comando de eficácia limitada²⁰, a teor da necessidade de regulamentação legislativa invocada por seu próprio texto.

Outro requisito para o conhecimento de recurso extraordinário vem a ser o esgotamento das vias ordinárias, pois a Constituição é cristalina ao prever o seu cabimento para impugnar as “causas decididas em única ou última instância” (MEDINA, 2002, p. 110).

Estendendo a lição também ao recurso especial, Nelson Nery Junior (2004, p. 285) corrobora tal entendimento:

Os recursos especial e extraordinário são meios excepcionais de impugnação das decisões judiciais, não se configurando como terceiro ou quarto grau de jurisdição. Não se prestam à correção de injustiças e se destinam à uniformização do entendimento da lei federal no País (REsp) e à salvaguarda dos comandos emergentes da CF (RE). Como não são recursos ordinários, para serem admitidos estão subordinados ao prévio esgotamento das instâncias recursais ordinárias. Isto porque o texto constitucional fala no cabimento desses recursos das causas decididas em única ou última instância (CF 102 e 105 III), o que significa a necessidade de serem utilizadas todas as vias recursais nos órgãos inferiores, porque somente assim a decisão recorrível por RE ou REsp será de última instância. Cabendo, ainda, recurso antes dos RE e/ou REsp, devem ser interpostos para que se esgote a recorribilidade nas instâncias ordinárias. Não se admite a interposição dos recursos excepcionais (RE e REsp) *per saltum*, isto é, suprimindo-se um recurso ainda cabível na instância ordinária. Assim, do acórdão não unânime proferido no julgamento da apelação não se pode interpor RE nem REsp, pois ainda será impugnável por embargos infringentes (destaque existente no original).

Não é outro o teor do Enunciado nº 281 da Súmula de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual “[é] inadmissível o recurso extraordinário, quando couber na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”, pressupondo o exercício do recurso extraordinário, assim, a preclusão consumativa quanto aos recursos ordinários cabíveis (MANCUSO, 2000, p. 78).

Cumprido ressaltar, ainda, que o recurso extraordinário se destina a ensejar o debate sobre questões de direito, não se admitindo que se ventile matéria eminentemente fática, compreendendo-se as questões de fato como aquelas relativas à reconstituição dos acontecimentos relevantes para o julgamento do litígio, sendo *quaestiones iuris* as pertinentes à averiguação da qualificação jurídica do fato apurado, mediante o respectivo enquadramento em determinado conceito legal (MEDINA, 2002, p. 191).

É, pois, espécie recursal que visa a propiciar a correta aplicação do direito objetivo, não se podendo, em sua órbita, objetivar mera rediscussão de questões de fato apreciadas pelo juízo *a quo*, limitando-se o âmbito de discussão “à aplicação dos direitos sobre o fato, sem mais se discutir se o fato efetivamente existiu ou não” (MARINONI, *et al*, 2003, p. 589).

não se trata de exame da inconstitucionalidade formal pela não-observância da competência para legislar, mas de controvérsia versando sobre a compatibilidade entre lei federal e lei local, nos casos de legislação concorrente (RE 117.809/PR, Plenário. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJ 4.8.1989, p. 12.612).

¹⁹ Segundo informações do próprio Supremo Tribunal Federal, foram recebidos 158.601 processos no ano de 2002.

²⁰ Adotando-se, *in casu*, a célebre classificação das normas constitucionais de José Afonso da Silva (1998, p. 89-91).

Nesse sentido é a redação do Enunciado nº 279 da Súmula do Pretório Excelso: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

Somem-se a isso os pressupostos de admissibilidade específicos elencados nas alíneas do inciso III do art. 102 da Constituição Federal, a exigir contrariedade a dispositivo constitucional, declaração de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, ou julgamento pela validade de lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal ou de lei local contestada em face de lei federal.

Tais requisitos justificam o fato de se denominar o recurso extraordinário – bem como o especial, do qual se cuidará adiante – como de *fundamentação vinculada*²¹, levando-se em consideração seu âmbito de devolutividade restrito às matérias explicitadas na Carta Magna.

No que diz respeito a contrariar dispositivo da Constituição, trata-se de ofensa, direta ou indireta, a norma inserta na *Lex Legum*, com distanciamento de sua finalidade, seja por má interpretação ou por desvirtuação de seu conteúdo (MANCUSO, 2000, p. 126).

Bernardo Pimentel Souza (2001, p. 328) explana que é possível discutir a incidência ou não do dispositivo na espécie, assim como a sua correta aplicação, sendo permitido, inclusive,

[...] questionar perante o Supremo Tribunal Federal qual a melhor exegese do texto constitucional, mesmo quando o preceito apresenta duas interpretações razoáveis, reveladas pela divergência jurisprudencial, por vezes verificada no seio da própria Corte Suprema.

Por óbvio, o conhecimento do recurso extraordinário interposto com base no permissivo constitucional em espeque depende apenas da mera alegação de que a decisão recorrida, de única ou última instância, teria contrariado dispositivos da Lei Maior (NERY JUNIOR, 2004, p. 257), já que a ocorrência ou não de ofensa ao preceito constitucional diz respeito ao mérito do recurso extraordinário, razão pela qual o juízo de prelibação não pode se manifestar nesse ponto.

Quanto à declaração de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, está a se cuidar, por evidente, de decisão que a faz *incidenter tantum*, pelo controle difuso, que pode ser exercido em qualquer grau de jurisdição.

No tocante ao permissivo constitucional atinente ao julgamento pela validade de lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal, tem-se que está a tratar de diplomas editados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, que exsurtem por meio de leis, decretos, portarias, regulamentos, ordens jurídicas menores, ou mesmo como atos de agentes públicos dotados de certa parcela de poder (MANCUSO, 2000, p. 160-1), não restritos ao Poder Executivo (LOPES, 1997, p. 32).

Ressalvem-se, no caso do Poder Judiciário, os atos puramente jurisdicionais, passíveis de recurso, já que tais provimentos não cabem na rubrica de “lei ou ato de governo local” (MANCUSO, 2000, p. 157).

Pela própria redação do dispositivo constitucional, observa-se que o recurso extraordinário fundado em tal permissivo será interposto contra aquela decisão que validar lei ou ato de governo local em detrimento da Constituição, isto é, quando o *decisum* rejeitar alegação da sua desconformidade ante o texto magno.

Por outro lado, se a decisão do juízo *a quo* entender inconstitucional a lei ou o ato do governo local, será incabível a interposição de recurso extraordinário com fundamento no art. 102, inciso III, alínea c, da Lei das Leis, uma vez que este se destina estritamente aos julgados que *validarem* tais atos.

2.2 Recurso Especial

Em virtude da denominada “crise do Supremo” (SILVA, 1983, p. 456 *apud* BUENO,

²¹Também chamado de *recurso de direito estrito* pela necessidade de caracterização de pressupostos constitucionais para seu cabimento e porque se dirige a Corte de superposição dentro do aparelhamento judiciário nacional (MANCUSO, 2000, p. 37).

2002) – ocasião em que a Magna Corte se assoberbou no julgamento do recurso extraordinário nos antigos moldes, ou seja, com vistas ao resguardo da Constituição vigente e da legislação federal –, o legislador constituinte de 1988, após várias tentativas anteriormente frustradas de amenizar o problema, por meio da criação de impedimentos ou óbices regimentais (MEDINA, 2002, p. 91-2), com o fim de desafogar aquele Pretório, criou o Superior Tribunal de Justiça, o qual absorveu parte da competência do Supremo Tribunal Federal em razão da instituição do recurso especial, direcionado à guarda da legislação federal.

Interessante bosquejo dessa origem realiza Rodolfo de Camargo Mancuso (2000, p. 26-7):

Uma leitura da CF vigente, em seus arts. 102, III e 105, III, e suas alíneas, seguida do confronto com o art. 119, III e alíneas, da CF precedente, expõe desde logo o primeiro dado relevante: o constituinte apenas “desmembrou” o recurso extraordinário, remanescendo em seu âmbito as “questões constitucionais”; outrossim, pinçando as hipóteses relativas às “questões federais”, com estas formou o conteúdo do recurso especial, direcionando-o a um novo Tribunal, “sucedâneo” do TFR: o Superior Tribunal de Justiça.

[...] Numa imagem, “a costela de Adão”, extraída do recurso extraordinário e com a qual o constituinte veio a formar o recurso especial, vem a ser o que se convencionou chamar “questão federal”, por oposição à “questão constitucional”, esta agora reafirmada como seara própria do STF, enquanto “guardião da Constituição” (CF, art. 102, caput).

A Constituição de 1988 alçou, pois, o Superior Tribunal de Justiça à estatura de guardião da inteireza do sistema jurídico federal (ARRUDAALVIM, 1991. p. 145), delimitando os casos em que se admite a interposição de tal espécie recursal:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[...] III – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;²²
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Inicialmente, ressalte-se que, ao contrário do recurso extraordinário – cabível em detrimento de qualquer decisão jurisdicional que não seja passível de impugnação por meio de outro recurso –, o recurso especial somente pode ser interposto de acórdãos prolatados pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios.

Ademais, inexistente para o especial a necessidade de se demonstrar a “repercussão geral” das questões discutidas, requisito específico do recurso extraordinário trazido pela Emenda Constitucional nº 45/2005, de acordo com o já relatado no item 2.1.

Além disso, reitera-se o já alinhavado quanto ao recurso extraordinário, notadamente no que se refere à necessidade do esgotamento das vias ordinárias e à vedação do reexame de matéria fática, nos termos dos Enunciados nos 207²³ e 7²⁴, respectivamente, da Súmula de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Cuida o primeiro permissivo para a interposição do instrumento em questão junto ao Superior Tribunal de Justiça de caso em que o julgado recorrido “contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência”, ou seja, desrespeitar claramente a norma federal aplicável à espécie, não sendo necessária referência à não aplicabilidade de tratado ou de lei por considerá-los sem eficácia.

²² Alínea com redação alterada pela Emenda Constitucional nº 45/2004. A redação anterior dispunha o seguinte: “b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal”.

²³ Enunciado nº 207: “É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem”.

²⁴ Enunciado nº 7: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

Ensina Vicente Greco Filho (2003, p. 337) que:

A contrariedade à lei é bastante ampla, abrangendo, aliás a negativa de vigência. Contrariar a lei é, além de negar vigência, também interpretar erradamente. A segunda parte do permissivo, negar vigência a tratado ou lei federal, era o que constava da Constituição anterior, exatamente para que se restringisse o cabimento do recurso, sendo compatível com o preceituado na Súmula 400 do Supremo Tribunal Federal, que afirmava não ser admitido o recurso extraordinário se a interpretação dada à lei federal tivesse sido razoável. Essa súmula, portanto, ficou, em nosso entender, incompatível com a contrariedade a norma federal, porque contrariar é decidir em desacordo com a *mens legis*, e o comando legal não comporta, objetivamente, duas interpretações contraditórias e igualmente aceitáveis. Mesmo quando o permissivo era, apenas, negar vigência, no plano científico-jurídico, a Súmula 400 era inaceitável, justificada apenas pela tendência restritiva do cabimento do extraordinário e pela idéia de que a expressão significa menos que contrariedade. [...] A intenção do constituinte, pois, revigorando a expressão *contrariar a lei*, foi ampliar o cabimento do recurso ao Tribunal Superior de Justiça [...]. De qualquer maneira cabe a distinção: contrariar a lei significa desatender seu preceito, sua vontade; negar vigência significa declarar revogada ou deixar de aplicar a norma federal.

Renova-se, no ponto, a observação expendida no item 2.1, no sentido de que é suficiente a alegação de inobservância de lei federal, dispensando a verificação de sua efetiva ocorrência, o que, em verdade, se consubstanciaria em exame da matéria de fundo.

Em relação à segunda hipótese de cabimento do recurso especial, qual seja, julgado que entender válido ato de governo local contestado em face de lei federal, deve-se, inicialmente, atentar para a alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 45/2004 na redação da alínea *b* do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

De fato, o texto primitivo possibilitava à parte sucumbente interpor recurso especial também quando o tribunal local julgasse válido não só ato de governo local, mas também a lei deste oriunda, frente a lei federal. Entretanto, tal permissão foi suprimida de modo a compatibilizar o dispositivo com a nova alínea incluída no art. 102, inciso III, da Lei Maior, a qual restituiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgar recurso extraordinário de provimento jurisdicional que decidir pela validade de lei local contestada em face de norma editada pelo Poder Legislativo Federal, de acordo com o referido no item 2.1.

De qualquer maneira, mesmo com a alteração legislativa operada, foi mantida a essência do permissivo insculpido no art. 105, inciso III, alínea *b*, da Carta de 1988, vale dizer, a preservação da legislação federal, possibilitando o julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça de casos em que as conjunturas políticas tenham levado o tribunal estadual ou regional a cancelar ato do governo local ao arrepio da indigitada normatização, assegurando, assim, a sua proeminência (LOPES, 1997, p. 68).

A última janela para se levar a matéria por meio de recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça se refere a caso em que a corte *a quo* der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal (art. 105, III, *c*, CF).

Na espécie, procede o Pretório Superior à interpretação soberana da lei federal, cumprindo sua missão institucional de propiciar um entendimento uniforme do direito federal, sem o intuito de amordaçar as manifestações jurisprudenciais divergentes das instâncias inferiores (MANCUSO, 2000, p. 121).

Devem acórdão divergente proferido pelo tribunal recorrido e o divergido, aquele que serve de paradigma para a interposição do recurso especial, necessariamente, referir-se a um mesmo texto de lei federal, não havendo que se cogitar da discordância entre normas federais diversas, ou texto de lei local ou da Constituição (CARNEIRO, 1991, p. 190).

De igual maneira, reclama-se a atualidade da divergência, bem como sua efetiva demonstração, nos termos do art. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil, o qual exige a prova do dissídio mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, em que tiver sido publicada a decisão divergente, além da menção das circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

Desse modo, após a caracterização das linhas gerais atinentes aos recursos excepcionais, notadamente de seus requisitos de admissibilidade que, por seu turno, delimitam o seu âmbito de devolutividade, passa-se à análise do prequestionamento, requisitado pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça para o conhecimento das figuras recursais em esboço.

CAPÍTULO III - PREQUESTIONAMENTO

3.1 Histórico

Ao se valer do *writ of error* do direito norte-americano para fomentar a criação do recurso extraordinário, trouxe o legislador nacional, igualmente, a exigência do questionamento prévio²⁵ do tema debatido em juízo para conhecimento deste recurso pela Suprema Corte pátria (MANCUSO, 2000, p. 163).

Tal requisito foi apelidado por nós de *prequestionamento*²⁶, tendo sido instituído no direito brasileiro pela Constituição Republicana de 1891, em dispositivo com a seguinte redação:

Art 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete:

[...]

III - rever os processos, findos, nos termos do art. 81.

§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

- a) quando se *questionar* sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;
- b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas (destacou-se).

A disciplina foi repetida nos textos constitucionais de 1934, 1937 e 1946.

No entanto, a Constituição de 1967 se omitiu quanto à necessidade de se questionar previamente a matéria a ser impugnada no recurso extraordinário:

Art. 114. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

[...]

III - julgar mediante recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de Governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal;
- d) der à lei interpretação divergente da que lhe haja dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal.

À época, Pontes de Miranda (1987, p. 112) aplaudia o silêncio do constituinte quanto ao prequestionamento:

A Constituição de 1967 atendeu à nossa crítica e retirou “questionar” e “contestar”. Mas já frisávamos: *Se na última decisão da justiça, sem se haver questionado sobre a ‘validade da lei ou do ato do governo local em face da Constituição ou da lei federal’, o tribunal (a) contravir a letra do tratado ou lei federal, ou deixar de aplicar lei federal por invalidade (b), ou considerar válido ato do governo local ou de lei local argüida ou não trazida à balha, cabe o recurso extraordinário.* Na vigência da Constituição de 1891, muitos julgados se apontam que exigiam “ter havido” discussão: mas os casos

²⁵ No modelo estadunidense se exigia que constasse da decisão da Corte Suprema dos Estados Unidos, expressamente, que as questões federais suscitadas tivessem surgido nos Tribunais dos Estados (BAPTISTA, 1991, p. 133).

²⁶ Francisco Cláudio de Almeida Santos (2005, p. 352-3), Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça, ensina que a expressão foi cunhada pela primeira vez em julgamento do Supremo Tribunal Federal de 10 de janeiro de 1958 pelo então Ministro Lafayette de Andrada.

em que se admitiram recursos e foram decididos, sem que se houvesse questionado o assunto, ou só se houvesse invocado o texto, ou só a decisão tivesse sido, por seu dispor, das que permitem recurso extraordinário, foram em número maior (destacou-se).

Contudo, o entendimento preconizado pelos Enunciados n^{os} 282²⁷ e 356²⁸ da Súmula de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foi mantido e o prequestionamento continuou a ser exigido pelo Pretório Excelso, conforme entendimento consolidado nos autos dos Embargos de Divergência no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n^o 96.802-4 (Plenário. Rel. Min. Alfredo Buzaid, DJ 4.11.1983, p. 12.):

1. Constitucional. O prequestionamento supõe não apenas que, na petição de recurso, a parte vencida mencione os cânones constitucionais violados, mas que a matéria tenha sido ventilada e discutida no Tribunal *a quo*, onde ficaram vulnerados.
2. O recurso extraordinário é um meio de impugnação, cujas condições e motivos estão expressamente designados no art. 114 da Constituição e só tem lugar nos casos que especifica. **O prequestionamento é uma das condições de admissibilidade do recurso extraordinário.**
3. Inteligência do prequestionamento. Direito comparado [...] (destacou-se).

Com o advento da Carta Constitucional de 1988, manteve-se a supressão do termo “questionar”, não se alterando, todavia, o entendimento dos tribunais pátrios acerca da exigência de prequestionamento (OLIVEIRA, 2000, p. 65).

Pelo contrário, com a transferência de parte da competência anteriormente pertencente ao Supremo Tribunal Federal ao Superior Tribunal de Justiça, de acordo com o já declinado no item 2.2, a novel Corte de Superposição, na esteira do posicionamento acima transcrito, editou o Enunciado n^o 211 de sua Súmula de Jurisprudência²⁹, pacificando a exigência de prequestionamento também da questão federal, desta feita para o conhecimento do recurso especial.

3.2 Conceito

Não obstante se consubstancie em expressão de uso constante na seara do Direito Processual Civil, mostra-se assaz complexa a tarefa de se definir juridicamente o prequestionamento, o que dá ensejo a infundáveis debates acerca da conceituação deste instituto.

Constitui-se, evidentemente, em requisito de admissibilidade do recurso extraordinário e especial, a teor da remansosa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

Questiona-se, entretanto, acerca do momento processual em que ocorre o prequestionamento e de quais seriam os elementos necessários à sua configuração, razão pela qual se dividiu o entendimento pretoriano e doutrinário em três correntes.

O primeiro agrupamento, mormente fundado no sentido gramatical do termo, considera advir o prequestionamento da realização do debate sobre o tema constitucional ou federal em fase anterior ao pronunciamento da decisão objeto de recurso (TEIXEIRA FILHO, 2000, p. 21), verdadeiro ônus atribuído à parte recorrente, ou seja, a matéria argüida em sede de recurso extraordinário ou especial deve ter sido suscitada antes do julgamento recorrido.

Maria Stella Villela Souto Lopes (1997, p. 34) explana que “[a] matéria do recurso *extraordinário*, que versa, apenas, *questão de direito*, é preciso sempre repetir isso, deve ser *questionada*, desde o início, para que possa embasar o apelo extremo. Por isso que se diz prequestionamento” (destaque existente no original).

²⁷ Enunciado n^o 282: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.

²⁸ Enunciado n^o 356: “O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”.

²⁹ Enunciado n^o 211: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”.

Nesta vereda, outros juristas, a exemplo de Sônia Baptista (1991, p. 135), Giovanni Pantuzzo (1998, p. 88), Theotônio Negrão (*apud* MEDINA, 2002, p. 196) e José Miguel Garcia Medina (2002, p. 242), também entendem indispensável a provocação anterior do juízo quanto à questão constitucional ou federal, sob pena de preclusão, tendo este último autor concluído o seguinte:

Em suma, pode-se conceituar prequestionamento como sendo a atividade postulatória das partes, decorrente do princípio dispositivo, tendente a provocar a manifestação do órgão julgador (juiz ou Tribunal) acerca da questão constitucional ou federal determinada em suas razões, em virtude da qual fica o órgão julgador vinculado, devendo manifestar-se sobre a questão prequestionada.

A segunda corrente concebe o prequestionamento como manifestação expressa do órgão *a quo* sobre norma constitucional ou lei federal, independentemente de anterior postulação das partes.

Bernardo Pimentel Souza (2001, p. 303-4) entende que o prequestionamento se traduz na discussão, pela Corte local, das questões constitucionais ou federais que se pretende submeter aos Tribunais Superiores via recurso excepcional, bastando, pois, que tenha sido ventilada na decisão, emitindo o órgão recorrido juízo de valor explícito a seu respeito.

Do mesmo modo, Nelson Nery Junior (2004, p. 286) discorre:

Diz-se prequestionada determinada matéria quando o órgão julgador haja adotado entendimento explícito a respeito. Quando a questão surge no próprio acórdão recorrido, *ex officio*, está preenchido o requisito do prequestionamento, pois o tribunal *a quo* se pronunciou a respeito da matéria que será objeto de RE ou do Resp (destaque existente no original).

É o posicionamento acolhido pela doutrina majoritária, da qual se pode citar exemplificativamente, além dos já nominados, Alexandre Câmara (2004, p. 132), Bruno Mattos e Silva (2002, p. 4), Nelson Luiz Pinto (1996, p. 180), Eduardo Ribeiro de Oliveira (2000, p. 248), Sálvio de Figueiredo Teixeira (1993, p. 262) *et caetera*.

De igual modo, Humberto Theodoro Júnior (2003, p. 562) assevera categoricamente: “Quanto à *questão constitucional* não pode ela ser suscitada originariamente no próprio recurso extraordinário. O apelo extremo só será admissível se o tema nele versado tiver sido objeto de debate e apreciação na instância originária.”

A orientação escolhida pela jurisprudência Supremo Tribunal Federal (*apud* SILVA, 2002, p. 4) segue idêntica trilha:

[...] considera-se prequestionada apenas as questões apreciadas pela decisão recorrida, independentemente de a parte tê-las suscitado na apelação. O prequestionamento, portanto, é decorrente do ato do órgão julgador ao apreciar questões. Questão suscitada e não apreciada não é matéria prequestionada, de acordo com essa orientação.

Somando os entendimentos de ambas as diretrizes expostas, surge uma terceira corrente a exigir para a configuração do prequestionamento tanto a manifestação expressa do órgão recorrido sobre a *quaestio juris* constitucional ou federal quanto o prévio debate acerca do tema pelas partes.

Tal posicionamento não encontra muitos adeptos, destacando-se a pregação de Samuel Monteiro (1995, p. 39), arrimado em voto de Marco Aurélio Mello, à época Ministro do Tribunal Superior do Trabalho:

Significa abordar expressamente, de maneira clara, a questão federal, o direito federal ou a ofensa direta à Constituição Federal; é abrir na Apelação Cível (no caso do vencido em 1ª instância), nas contra-razões (pelo vencedor), ou, excepcionalmente, no Recurso Adesivo, quando ambos ficarem vencidos em alguns dos pedidos [...]. O Min. MARCO AURÉLIO do TST, relatando os E. Decl. em AG. no RR nº 0227/84, Tribunal Pleno, unânime (DJU de 6-6-1986, p. 9985, 1ª coluna), com precisão e concisão, definiu

quando ocorre o prequestionamento e o que seja prequestionar: “Diz-se prequestionada determinada matéria, quando o órgão prolator da decisão impugnada, haja adotado explicitamente a tese a respeito e, portanto, emitido juízo. Incumbe à parte interessada provocar o julgador sobre o tema que entende englobar o fato jurígeno suficiente a alterar o desfecho da controvérsia”.

Obviamente, o conceito de prequestionamento encontra outras interpretações além das acima realçadas, cuja descrição, por sua variedade, certamente consumiria páginas a fio e sairia do objeto do presente escrito.

Apenas para demonstrar a instabilidade quanto ao entendimento de tal requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais, traz-se à colação o posicionamento de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2003, p. 592), respeitáveis processualistas da nova geração, que, diante da confusão existente acerca do tema, acabam por se filiar, também de confusa, a todas as correntes aqui mencionadas:

Também se exige, para a interposição de ambos os recursos, a existência de *prequestionamento*. A fim de que seja cabível, seja o recurso especial, seja o extraordinário, é necessário que a questão legal ou constitucional já esteja presente nos autos, tendo sido decidida pelo tribunal (ou juízo, no caso de recurso extraordinário) *a quo*, ou ao menos debatida pelas partes e submetidas ao crivo judicial anteriormente à interposição do recurso [...] (destaque existente no original).

A diversidade de concepções sobre o prequestionamento é fruto, por evidente, da dificuldade de se delimitar precisamente tão delicado instituto, refletindo-se ainda mais na dissonância existente entre as Cortes de Superposição sobre a caracterização da questão constitucional ou federal a ser recorrida.

3.3 Espécies

Ainda, há divergência em âmbito doutrinário e, principalmente, jurisprudencial no que toca à caracterização do questionamento prévio da matéria constitucional ou federal, surgindo daí as espécies de prequestionamento, a saber: *explícito* e *implícito*.

De fato, partindo do pressuposto de que, para a configuração do prequestionamento, deva existir menção da *quaestio juris* pelo juízo *a quo*, destoam o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça quanto à identificação de sua incidência.

Para o Pretório Excelso, deve o prequestionamento ser *explícito*, ou seja, não se pode prescindir da manifestação do órgão de origem sobre a matéria constitucional, com expressa descrição do(s) dispositivo(s) tido(s) por violado(s).

Tal orientação é externada tanto pela Primeira quanto pela Segunda Turma do Supremo, respectivamente:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. Diz-se prequestionada a matéria quando a decisão impugnada haja emitido juízo explícito a respeito do tema, *inclusive mencionando o dispositivo constitucional* previamente suscitado nas razões do recurso submetido à sua apreciação. Incidência das Súmulas 282 e 356 desta Corte. Agravo regimental não provido [destacou-se] (Ag. Reg. no RE 41.416-6/SC, 1ª T., Rel. Min. Eros Grau, DJ 4.2.2005, p. 24).

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OFENSA A PRECEITO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. NÃO-CONHECIMENTO DO RECURSO. 1. Prequestionamento implícito. Inadmissibilidade. Diz-se prequestionada a matéria quando a decisão recorrida haja emitido juízo explícito a respeito do tema, *inclusive mencionando o dispositivo constitucional* previamente suscitado nas razões do recurso submetido à sua apreciação. 2. Se o acórdão recorrido não faz qualquer referência à norma constitucional tida como violada e não foram opostos embargos de declaração para sanar a omissão, não se conhece do recurso extraordinário em face do teor das Súmulas 282 e 356 desta Corte. Agravo regimental não provido [destacou-se] (Ag. Reg. no RE 30.978-6/MG, 2ª T., Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 26.4.2002, p. 87).

Parcela da doutrina adere a esse posicionamento, asseverando que o prequestionamento das questões constitucionais ou federais deve ser feito de modo claro, preciso, direto e expresso (MONTEIRO, 1995, p. 27).

Também utilizando a nomenclatura *prequestionamento explícito*, corrente minoritária considera a sua presença em face de exposição da questão constitucional ou federal pelo juízo de origem, ainda que não sejam citados os dispositivos que se alegam infringidos (CARNEIRO, 2002, p. 107; NADER, 1997, p. 80; NERY JUNIOR, 2004, p. 287).

Nessa trilha, caso a decisão recorrida não exponha os dispositivos constitucionais e legais aplicáveis ao caso concreto, deve a parte interessada interpor recurso de embargos declaratórios, com o intuito de forçar o juízo *a quo* a se manifestar sobre os preceitos questionados. São os chamados *embargos de declaração prequestionadores*, fundados no art. 535, inciso II, do Código de Processo Civil, de cuja explanação não se tratará no presente trabalho, sob pena de tangenciamento de seu objeto.

Por seu turno, o Superior Tribunal de Justiça admite recurso especial se o tribunal local, a despeito de omitir o dispositivo legal teoricamente violado, tratar da matéria federal pertinente, o chamado *prequestionamento implícito*:

PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO.

1. Configura-se o prequestionamento quando a causa tenha sido decidida à luz da legislação federal indicada, com emissão de juízo de valor acerca dos respectivos dispositivos legais.

[...]

4. Admite-se o prequestionamento implícito para conhecimento do recurso especial, desde que demonstrada, inequivocamente, a apreciação da tese à luz da legislação federal indicada, o que ocorreu na hipótese dos autos.

5. Recurso especial improvido (REsp 642.847/RJ, 2ª T., Relatora: Ministra Eliana Calmon. Diário da Justiça, 19 dez. 2005, p. 332.).

Esta espécie de prequestionamento conquistou vários seguidores entre os processualistas (MANCUSO, 2000, p. 167; MEDINA, 2002, p. 227; SOUZA, 2001, p. 303), tendo seu espírito sido sintetizado por Eduardo Ribeiro de Oliveira (2000, p. 252):

[...] quanto ao prequestionamento implícito, entendo que não deva existir restrição quanto à matéria para a aceitação do mesmo, sempre, obviamente, obedecendo o caso concreto; desde que a matéria exista nos autos e tenha sido abordada no *decisum*, ainda que não tenha servido para fundamentação do mesmo, estará a matéria prequestionada, não dependendo de embargos declaratórios [destaque existente no original].

Observe-se que o entendimento supra é idêntico ao da segunda corrente relativa ao prequestionamento explícito, havendo distinção meramente quanto à sua denominação.

Demais disso, também os filiados ao prequestionamento implícito divergem entre si, existindo juristas que contemplam a espécie de maneira diversa, no sentido de que esta se configura quando a questão, não obstante tenha sido colocada em debate, não foi mencionada no acórdão, o qual, por tal motivo, a recusa de forma implícita (MEDINA, 2002, p. 232).

Na ânsia de promover esta linha de pensamento, Nelson Nery Junior (2004, p. 287) comete erro ao atribuir a sua disseminação ao Superior Tribunal de Justiça: “O STJ tem admitido o *prequestionamento implícito*, que ocorre quando a questão foi posta à discussão no primeiro grau mas não mencionada no acórdão” [destaque existente no original].

De ambas as formas de prequestionamento examinadas, bem como de suas ramificações, tem-se a *prevalência da interpretação consagrada pelo Supremo Tribunal Federal* – ou seja, de prequestionamento explícito, com necessidade de citação do dispositivo tido por violado na decisão recorrida –, em virtude de sua preponderância sobre a Corte Especial na exegese da Constituição Federal, notadamente no que diz com o art. 105, inciso III e alíneas, conforme já decidido pela própria Corte Magna (RE 15.383-1/SP, 1ª T., Rel. Min.

Ellen Gracie, DJ, 14.3.2003, p. 39).

Toda essa celeuma também evidencia o equívoco da exigência de prequestionamento ante a ausência de dispositivo legal, constitucional ou infraconstitucional, a exigir e regulamentar sua constância, conforme se demonstrará a seguir.

3.4 Fundamentos jurídicos

Como visto, desde o surgimento do recurso extraordinário até a sua hodierna bifurcação acarretada pela criação do recurso especial, o prequestionamento é exigido como requisito de admissibilidade de tais recursos excepcionais.

Todavia, os reclamos para o preenchimento deste requisito pelos tribunais pátrios têm assumido – no decorrer da história das multicitadas figuras recursais no direito brasileiro – as mais diversas justificativas.

Inicialmente, amparada pelos textos constitucionais vigentes até 1967, que previam expressamente a necessidade de se “questionar” a matéria federal ou constitucional objeto do recurso, não encontrava a doutrina e jurisprudência pátria qualquer dificuldade em fundamentar a indigitada exigência.

Antônio Macedo de Campos (1980, p. 309), invocando lições de José Frederico Marques e Alexandre de Paula, reflete com propriedade a visão daquela época:

O “prequestionamento” é um pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário nascido da jurisprudência em face da interpretação do art. 59, III, § 1º, letra a, da Constituição de 1891, mantida pela reforma de 1926 e, conforme aqueles dispositivos, o recurso se fazia cabível de sentenças proferidas em última instância pelas justiças estaduais “quando se questionar sobre a validade ou aplicação de tratado ou leis federais e a decisão do tribunal de Estados for contra elas”.

José Frederico Marques, por entendimento próprio e baseado em Alexandre de Paula, assevera ter sido esta a razão da Súmula nº 282 do Supremo Tribunal Federal, dispondo, por isso, que é “inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada” (*Instituições de direito processual civil – Manual de direito processual civil*, p. 182). E a de nº 356, por sua vez, declara: “O ponto omissso da decisão, sobre o qual foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”.

Cumprir observar, porém, que o Supremo Tribunal Federal tem entendido que se deve conhecer do recurso extraordinário, mesmo com fundamento constitucional diverso do invocado pela parte recorrente, quando a respectiva hipótese resultar flagrantemente da discussão do feito (destaque existente no original).

De igual maneira, alude Vicente Greco Filho (2003, p. 335-6):

O requerimento do prequestionamento, que é da tradição do direito brasileiro em matéria de recursos aos tribunais superiores, está consagrado pelas Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal, que eram relativas ao recurso extraordinário, mas que continuam adequadas ao recurso especial e ao próprio recurso extraordinário [...].

Posteriormente, com a supressão do termo “questionar” que constava desde a Carta Política de 1967 – de acordo com o asseverado no item 3.1 –, não obstante tenha a jurisprudência corroborado o prequestionamento como requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais, encontrou a doutrina sérios óbices para lhe emprestar legitimidade.

Para autores como Aureli (1992, p. 60), o prequestionamento decorre de construção jurisprudencial, numa clara tentativa política dos Tribunais Superiores em reduzir o número exarcebado de recursos que inviabilizam a escorreita prestação jurisdicional (LIMA; LEUZINGUER; SINGUI, 2001, p. 22-4).³⁰

³⁰ Note-se que, embora o tema não seja abordado com a freqüência desejada, não é nova a preocupação política com o assoberbamento do Supremo Tribunal Federal e, mais recentemente, do Superior Tribunal de Justiça (BUENO, 2002), desembocando numa lamentável condescendência dos pretórios e doutrinadores brasileiros com a criação de embaraços recursais sumulares e regimentais afrontosos ao ordenamento jurídico nacional.

Este posicionamento é severamente criticado por José Miguel Garcia Medina (2002, p. 306):

Discordamos, *data venia*, dessa concepção. Primeiro, porque, se sequer norma infraconstitucional pode criar óbices à admissibilidade do recurso extraordinário ou do recurso especial, quanto mais a jurisprudência, mesmo que solidificada em súmulas; em segundo lugar, porque não há, na Constituição Federal, expressa ou implicitamente, referência ao questionamento prévio, pelas partes, perante a instância inferior (destaque existente no original).

Aliás, o doutrinador em referência (MEDINA, 2002, p. 306), acompanhado por Dall'agnol Junior ([s.d.], p. 112-21), considera o prequestionamento consectário lógico do princípio dispositivo e do efeito devolutivo, por entender que não poderia o recorrente inovar em sede de recurso especial e extraordinário, sob pena de supressão de instância.

O entendimento dominante, contudo, compartilhado por juristas de escol (CÂMARA, 2004, p. 132; NERY JUNIOR, 2004, p. 290-2; BARBOSA MOREIRA, 2003, p. 159-64; MARINONI *et al*, 2003, p. 320; MIRANDA *et al*, 2002, p. 178; MORAES, 2004, p. 1.438-9), estabelece que a exigência de prequestionamento como requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais teria assento constitucional, pois a Lei Maior, ao se referir a “causas decididas” em seus arts. 102, inciso III, e 105 inciso III, estaria fazendo referência à necessidade de menção da questão constitucional ou federal a ser recorrida.

Sobre o tema, Nelson Nery Junior (2004, p. 291) aduz que:

Quando o texto constitucional disciplina a competência do STF e do STJ, inclui em sua competência recursal a tarefa de julgar, em grau de recurso extraordinário (STF) e em grau de recurso especial (STJ), as matérias decididas em única ou última instância, nas situações que enumera. Aí se encontra o cerne da questão, pois a CF atribui à matéria que se pretende levar ao reexame das Cortes Superiores o fato de haver sido efetivamente decidida em única ou última instância (destaque existente no original).

Da mesma forma, Bruno Mattos e Silva (2002, p. 6) e Bernardo Pimentel Souza (2001, p. 429) sustentam que está na Constituição Federal o fundamento para a exigência do prequestionamento, pois, ao contrário do que pode parecer à primeira vista, a necessidade de questionamento prévio residiria na cláusula constitucional “causas decididas em única ou última instância”.

Entretanto, parte da doutrina não enxerga qualquer fundamento jurídico para a permanência do prequestionamento no juízo de prelibação dos recursos especial e extraordinário. José Miguel Garcia Medina (2002, p. 281) traz boa síntese desta corrente minoritária:

Alcides Mendonça Lima, um dos expoentes desta tendência, leciona que “em nenhum dispositivo de Código ou leis esparsas, aparece o pressuposto do prequestionamento, para justificar a admissibilidade ou o conhecimento do recurso especial ou do recurso extraordinário, ainda que ambos sejam fundados [...]. Tal orientação é tanto mais grave, porque afasta o julgamento final até de matéria constitucional, prevalecendo, assim, o vício grave” (*Prequestionamento*. RT. jun. /1993, n. 692, p. 197).

Guilherme Caldas da Cunha vai mais além, defendendo explicitamente a inconstitucionalidade de prequestionamento: “A exigência do pré-questionamento da questão federal, para ensejar o cabimento do recurso especial, imprimida pela jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal e recepcionada pelo Superior Tribunal de Justiça, é, hoje, inconstitucional” (*Controle constitucional do cabimento do recurso especial*. RT 704/38).

No mesmo sentido, manifesta-se Eduardo Ribeiro de Oliveira (2000, p. 65):

Importante assinalar, entretanto, que a jurisprudência é absolutamente pacífica e, com algumas vozes destoantes, também a doutrina se orienta no sentido de que permanece

necessário o prequestionamento, malgrado a Constituição não mais conter o termo acima apontado, ausente também das leis processuais. Mister verificar qual seu fundamento e esse haveria de ser buscado na Constituição. Se nela não se contém, ter-se-ia de concluir pela *injuridicidade da exigência*, não havendo como considerá-lo indispensável para o conhecimento do recurso. E não se terá dele outro conceito, a toda evidência, que o autorizado pelas disposições constitucionais (destaque existente no original).

Seguem orientação semelhante as juristas acreanas Maria Cesarineide de Souza Lima e Marize Anna Monteiro de Oliveira Singui, acompanhadas da paranaense Márcia Duquez Leuzinguer, em artigo publicado no primeiro número desta Revista (2001, p. 27-33).

A despeito da coerência jurídica demonstrada por esta última linha de pensamento, tem prevalecido, como já relatado, o entendimento de que a exigência de prequestionamento para a admissibilidade de recurso extraordinário ou especial encontra assento constitucional na expressão “causas decididas”, declinada no inciso III dos arts. 102 e 105 da Constituição Federal, razão pela qual tal posicionamento servirá de paradigma para se travar uma análise conclusiva sobre os fundamentos jurídicos para a necessidade deste questionamento prévio da norma constitucional ou federal.

3.5 Análise crítica

Antes de qualquer coisa, insta salientar que a presente obra tem foco no exame dos fundamentos jurídicos do prequestionamento como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário e especial no processo civil brasileiro, nas hipóteses, respectivamente, do art. 102, inciso III, alínea a, e art. 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal.

Isso porque nos demais permissivos para os aludidos recursos excepcionais a necessidade de prequestionamento da matéria constitucional ou federal está presente em sua própria descrição, consubstanciando-se no pressuposto recursal referente ao cabimento.

Assim, não há que se falar em ausência de previsão da necessidade de prequestionamento³¹ da *quaestio juris* pertinente no órgão jurisdicional de origem em casos como a declaração de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgamento pela validade de lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal, ou divergência jurisprudencial na interpretação de lei federal.

Ao revés, a alínea a do inciso III dos arts. 102 e 105 da *Lex Legum* – referente à mera contrariedade ou negativa de vigência de norma constitucional ou federal – não condiciona o juízo de prelibação do recurso extraordinário ou especial à presença de tal requisito de admissibilidade, motivo pelo qual buscaram os jurisconsultos, aliados aos tribunais, os mais variados embasamentos para sua exigência, conforme demonstrado no item anterior.

À primeira vista, vislumbra-se que os recursos extraordinário e especial, assim como os demais instrumentos processuais, recebem influxo dos princípios da ampla defesa e do acesso à justiça, corolários do *due process of law*, sendo o prequestionamento instituto que visa restringir o ingresso às vias recursais, violando diretamente tais cânones.

Essa infringência se evidencia no fato de que a exigência de prequestionamento para a admissibilidade dos recursos excepcionais, não obstante tivesse noutros tempos sede constitucional, hodiernamente não passa de criação jurisprudencial, sem fundamento de âmbito normativo, muito embora o entendimento predominante seja diverso, como destacado acima.

Nesse ponto, a idéia de que o prequestionamento se fundamenta em cláusula eminentemente jurisprudencial deve ser rechaçada de plano, haja vista a impossibilidade de sobrepujança de verbetes sumulares a normas constitucionais.

Igualmente, não merece prevalecer a tese segundo a qual este instituto derivaria do princípio dispositivo e do efeito devolutivo, pela vedação de inovação em sede de recurso especial e extraordinário, sob pena de supressão de instância.

³¹ Compreendendo-se o instituto, aqui, segundo a visão majoritária apontada no item 3.2, isto é, como a manifestação expressa do juízo recorrido sobre norma constitucional ou federal, independentemente de anterior postulação das partes.

Data venia, nos termos da exposição constante do Capítulo II, os recursos excepcionais se dirigem exclusivamente à impugnação de questões de direito, cuja invocação não está limitada pelo princípio dispositivo ou pelo efeito devolutivo, a teor da explanação colacionada no item 1.5.

A esse respeito, é imprescindível transcrever os ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2003, p. 556):

Finalmente, calha lembrar que a alteração na qualificação jurídica dos fatos já apresentados, ou a inclusão de novo fundamento de direito, anteriormente não presente, não podem ser considerados como “questão nova”. As questões de direito, ou a modificação na qualificação jurídica dos fatos já apresentados, porque dizem respeito apenas à interpretação do direito positivo – sendo incumbência do juiz aplicar corretamente o direito aos fatos postos (*da mihi factum dabo tibi ius*) – podem ser aportadas ao processo a qualquer tempo, não se havendo de cogitar de apresentação de questões novas, proibidas no juízo *ad quem* [destaque existente no original].

Realmente, dizer que o prequestionamento seria mera consequência do princípio dispositivo e do efeito devolutivo e implicaria inovação importaria negar a própria matéria que é devolvida pelo recurso extraordinário e especial, isto é, *quaestione juris*, não sujeitas a preclusão, as quais o magistrado é obrigado a conhecer à luz do princípio *iura novit curia* (PORTANOVA, 2001, p. 237-40).

De fato, o que deve ser questionado no momento adequado são os fundamentos fáticos (causa de pedir próxima) – estes sim, necessários à apreciação de qualquer matéria, pois, ressalvadas as hipóteses de afetação da ordem pública, se submetem à preclusão –, mas não a causa de pedir remota, que deve ser apreciada de ofício pelo órgão jurisdicional, sem qualquer vinculação ao alegado pelas partes (CINTRA *et al*, 2002, p. 262).

Por derradeiro, também é errôneo o entendimento dominante a legitimar a exigência do prequestionamento para a admissão dos recursos excepcionais, de acordo com o qual este requisito se faz presente na expressão “causas decididas”, insculpida no inciso III dos arts. 102 e 105 da Lei Maior.

Prima facie, vislumbra-se o descabido esforço desta corrente hermenêutica em tentar equiparar o vocábulo “causas” ao termo “questões” (SILVA, 2002, p. 6), para dessa maneira apontar a conformidade ao ordenamento jurídico da exigência de prequestionamento.

Ora, basta um exame perfunctório do texto magno para se denotar que não foi essa a intenção do legislador constituinte, o qual, ao se utilizar da expressão “causas”, quis claramente se referir a demanda, processo, lide *et caetera*, conforme a terminologia utilizada pela práxis jurídica (SIDOU, 2004, p. 98).

Ademais, em se tratando de dispositivo regente do acesso às vias recursais, não se concebe a atribuição de interpretação restritiva quanto a seu significado, sobretudo em um sistema constitucional como o inaugurado pela Carta de 1988, que prestigia o princípio do devido processo legal, além de consectários lógicos seus como o acesso à justiça e a ampla defesa (NERY JUNIOR, 2002, p. 32), impondo-se, na espécie, atividade exegética que não comprometa a efetividade destes axiomas.

Outrossim, um enfoque sistemático da Constituição Federal é suficiente para espantar o apego da doutrina e jurisprudência pelo indigitado termo.

Explica-se: o art. 108, inciso II, da Carta Política, faz uso da mesma conjunção vocabular (“causas decididas”) na disciplina da competência recursal dos Tribunais Regionais Federais, exercida no âmbito civil por meio dos recursos de apelação e agravo, que, como é cediço, não exigem prequestionamento.

A ausência de coerência deste posicionamento é, pois, patente, aplicando interpretações diversas a dispositivos de conteúdo semelhante, tudo em prol da legitimação da abusiva contenção de demandas por parte das Cortes de Superposição.³²

³² Apenas para ilustrar a incongruência no trato da matéria nos recursos excepcionais, tenha-se, *verbi gratia*, situação em que a sentença é prolatada por juízo absolutamente incompetente e é mantida pelo tribunal local, negando-se seguimento ao recurso extraordinário pertinente por ausência de prequestionamento. Neste caso,

Destarte, verifica-se que não subsistem fundamentos jurídicos a sustentar a continuidade da exigência do prequestionamento como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário e especial, nos casos previstos no art. 102, inciso III, alínea *a*, e art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição Federal, cabendo a interposição destas ferramentas processuais, em tais hipóteses, tão-somente diante da alegação de contrariedade ou negativa de vigência de norma constitucional ou federal.

CONCLUSÃO

Fruto da falibilidade e do inconformismo inerentes ao ser humano, que repele a hipótese de julgamento único, o recurso é conceituado pela doutrina como o meio pelo qual a parte, o Ministério Público ou o terceiro interessado pode submeter o provimento jurisdicional a novo julgamento – em regra, por órgão jurisdicional superior na escala hierárquica –, dentro da mesma relação jurídico-processual, reformando, invalidando, esclarecendo ou integrando o *decisum* impugnado.

Como extensão do direito de ação, a atividade recursal é guiada pelas linhas mestras do princípio do devido processo legal, do qual decorrem o princípio do acesso à justiça e ampla defesa, constituindo-se num complexo de direitos de ordem constitucional a garantir a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Contudo, a utilização de tal instrumento processual depende do preenchimento de determinados requisitos de admissibilidade, os chamados pressupostos recursais que, no critério adotado por José Carlos Barbosa Moreira (2003, p. 262), dividem-se em intrínsecos e extrínsecos.

Tais requisitos de admissibilidade apenas corroboram o fato de o recurso ser manifestação do direito de ação, pois é dever do magistrado, no procedimento de primeiro grau, observar as condições da ação e os pressupostos processuais.

Independentemente da admissibilidade do recurso, pode ele gerar efeitos com a sua mera interposição, sem prejuízo dos efeitos próprios decorrentes do julgamento de seu mérito. Os primeiros (efeitos da interposição) são os efeitos devolutivo, suspensivo, translativo e de impedimento do trânsito em julgado, enquanto os últimos (efeitos do julgamento) se constituem nos efeitos substitutivo e expansivo.

Ao presente trabalho interessou o efeito devolutivo, responsável pela transferência do conhecimento da matéria impugnada ao órgão jurisdicional *ad quem*.

De fato, a devolutividade é efeito intrínseco aos instrumentos recursais, variando, contudo, de recurso para recurso, a sua extensão e profundidade. A extensão do efeito devolutivo compreende a impugnação ao(s) pedido(s) da parte recorrida apreciados na decisão do juízo *a quo*, enquanto a profundidade diz respeito às matérias trazidas como fundamento – fático, por óbvio, uma vez que o direito processual civil brasileiro adotou a *teoria da substanciação* – do pedido e da defesa.

Assim, num recurso de via ampla, como a apelação, o efeito devolutivo em extensão abrange a totalidade do dispositivo da sentença da qual a parte desejar recorrer – *tantum devolutum quantum appellatum* –, reservada sua profundidade aos fundamentos suscitados, ainda que não apreciados pela sentença (art. 515, § 2º, CPC).

Tal devolutividade não possui o mesmo alcance em sede de recurso especial e extraordinário, recursos de fundamentação vinculada interpostos perante as Cortes de Superposição instrumentos recursais de âmbito restrito, já que somente podem impugnar determinadas matérias, expressamente delimitadas pelos artigos 102, inciso III, e 105, inciso III, da Constituição Federal.

Desse modo, só será admitido o recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça que versar sobre contrariedade ou negativa de vigência a tratado ou lei federal, validação de ato de governo local contestado em face de lei federal ou interpretação divergente de lei federal da que lhe haja atribuído outro tribunal.

por mais ilógico que possa parecer, a parte deveria aguardar o trânsito em julgado do processo para, finalmente, ajuizar ação rescisória visando desconstituir o julgamento (!).

Da mesma maneira, a interposição de recurso extraordinário exige que tenha sido contrariado dispositivo constitucional, declarada a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, ou julgada válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal ou lei local contestada em face de lei federal, tendo sido esta última hipótese transferida da órbita de competência do Superior Tribunal de Justiça pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004. Além disso, de acordo com a referida Emenda, pressupõe o extraordinário a demonstração da 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.

Estes recursos excepcionais possuem inegável função política, porquanto sua finalidade é a de assegurar: 1) a inteireza positiva; 2) a validade; 3) a autoridade; 4) e a uniformidade de interpretação da Constituição e das leis federais. Em outras palavras, objetivam a manutenção da autoridade e a unidade de inteligência de tais normas.

Desse modo, o recurso especial e extraordinário, respectivamente, devolve ao Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal apenas a *quaestione juris* que não se adequar aos limites traçados pela legislação federal ou constitucional, não sendo admissível a cognição de matéria de fato.

Exige-se também, para que haja exame de prelibação positivo, que tenha ocorrido o prévio esgotamento das vias recursais ordinárias, além da presença do prequestionamento.

Inspirado no questionamento prévio alinhavado pelo *writ of error* do *Judiciary Act* do direito norte-americano, de 24 de setembro de 1789, o prequestionamento foi instituído no direito brasileiro pela Constituição Republicana de 1891, em seu art. 59, § 1º, que expressamente exigia o questionamento sobre matéria constitucional ou federal.

A disciplina foi repetida nos textos constitucionais de 1934, 1937 e 1946, tendo a Constituição de 1967 se omitido quanto à necessidade de se questionar previamente a matéria a ser impugnada no recurso extraordinário.

À época, o silêncio do constituinte quanto ao tema chegou a ser festejado, contudo, o entendimento preconizado pelos Enunciados nº 282 e 356 da Súmula de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foi mantido e o prequestionamento continuou a ser exigido para a admissibilidade do recurso extraordinário.

Com o advento da Carta Constitucional de 1988, parte da competência anteriormente pertencente ao Pretório Excelso foi atribuída a uma nova Corte, o Superior Tribunal de Justiça, responsável pelo controle das leis federais mediante interposição de recurso especial.

Na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, a novel Corte de Superposição editou o Enunciado nº 211 de sua Súmula de Jurisprudência, pacificando a exigência de prequestionamento da questão federal para o conhecimento também do recurso especial.

Quanto ao conceito de prequestionamento, tem-se que não é pacífico, havendo questionamentos sobre o momento processual em que ele redunde e quais seriam os elementos necessários à sua configuração, razão pela qual se dividiu o entendimento pretoriano e doutrinário em três correntes.

Com base no sentido vernacular da expressão, parcela minoritária dentre os processualistas concebe o instituto como ônus do recorrente, consistente na efetuação de discussão prévia sobre a questão constitucional ou federal, independentemente da manifestação do órgão jurisdicional local sobre a matéria.

Entretanto, o posicionamento dominante, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, é de que o requisito se satisfaz com a menção expressa do juízo *a quo* acerca da *quaestione juris* pertinente, ainda que não haja provocação.

Há entendimento, também, que resulta da soma de ambas as correntes citadas, referindo-se, portanto, ao questionamento anterior e à efetiva exposição do tema no *decisum* recorrido. Tal orientação não encontra muitos adeptos.

Da mesma maneira, diverge-se no que tange à caracterização do questionamento prévio da matéria constitucional ou federal, o que decorre da dissonância entre as Cortes de

Superposição, dando vazão ao surgimento das espécies de prequestionamento: explícito e implícito.

O Supremo Tribunal Federal impõe que o prequestionamento deve ser explícito, não se dispensando a manifestação do órgão de origem sobre a matéria constitucional, com descrição do(s) dispositivo(s) teoricamente afrontado(s), enquanto o Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, admite o prequestionamento implícito, que ocorre quando a violação à lei federal foi tratada no acórdão local, a despeito da omissão quanto ao texto legal contrariado. Prevalece, porém, a visão do Pretório Excelso, em razão da preponderância sobre a Corte Especial na exegese da Constituição Federal.

Em relação aos fundamentos jurídicos para sua exigência, a dissonância não é menos visível.

Para parcela da doutrina, o prequestionamento exsurge da consolidação da jurisprudência, visando diminuir o expressivo volume de demandas recursais apresentadas aos Tribunais Superiores.

Outros consideram o prequestionamento consectário lógico do princípio dispositivo e do efeito devolutivo, pois não poderia o recorrente inovar em sede de recurso especial e extraordinário, suprimindo instância.

Entretanto, o entendimento majoritário a vigorar explana que o alicerce a sustentar o prequestionamento como requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais tem sede constitucional, haja vista que a Carta Magna, no inciso III de seus artigos 102 e 105, refere-se a “causas decididas”, alusão à necessidade de menção da questão constitucional ou federal na decisão atacada.

Por outra vereda, setores doutrinários não vislumbram qualquer base jurídica para a permanência do prequestionamento no juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, aduzindo que não há previsão constitucional ou legal e chamando atenção para a gravidade de restrição infundada a afastar o julgamento de matérias constitucionais e federais, as quais, de *per si*, revelam conteúdo relevante.

Ressalte-se que este trabalho, não obstante tenha exposto todas as hipóteses de cabimento dos recursos excepcionais, restringe seu objeto aos casos previstos no art. 102, inciso III, alínea a, e art. 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, porquanto nos permissivos restantes a necessidade de prequestionamento da questão constitucional ou federal é evidenciada de sua própria redação, traduzindo-se no cabimento do recurso.

Ora, de plano se verifica que, muito embora já tivesse outrora gozado de *status* constitucional, o prequestionamento, em tais hipóteses, constitui-se em criação jurisprudencial a restringir o ingresso às vias recursais, violando os princípios da ampla defesa e do acesso à justiça, advindos do *due process of law*, que irradiam os recursos excepcionais, a exemplo do que ocorre com os demais instrumentos processuais.

Igualmente, explicar a existência de tal instituto como desdobramento do princípio dispositivo e do efeito devolutivo para evitar a inovação em sede recursal equivale a ignorar que os recursos excepcionais devolvem à Cortes de Superposição questões de direito, não sujeitas a preclusão, ao contrário das matérias fáticas.

Ademais, a afirmativa de que a expressão “causas decididas” estaria a autorizar a exigência de prequestionamento não encontra correlação lógica com o sentido gramatical do termo, tampouco se harmoniza com o sistema construído pela Carta Magna, que se utiliza, no inciso II do seu artigo 108, da mesma conjunção vocabular para se referir à competência recursal dos Tribunais Regionais Federais, exercida por meio de apelação e agravo, que, como é notório, prescindem de prequestionamento.

Inferiu-se, desse modo que, consagrando expressamente o ordenamento constitucional pátrio os princípios da ampla defesa e acesso à justiça como consectários lógicos do devido processo legal, possuem eles plena aplicabilidade ao recurso extraordinário e especial.

Semelhantemente, a exigência jurisprudencial do prequestionamento, nos casos *sub examine*, como requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais, não encontra respaldo

em norma legal ou constitucional.

Diante do exposto, conclui-se que não há fundamentos jurídicos para a exigência do prequestionamento como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário e especial, nos permissivos constantes do artigo 102, inciso III, alínea a, e artigo 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. **Breves anotações sobre o princípio da ampla defesa**. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3166>>. Acesso em: 15 out. 2005.

AMARAL SANTOS, Moacyr. **Primeiras linhas de direito processual civil**, v. 3. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ARRUDAALVIM, José Manoel. **O antigo recurso extraordinário e o recurso especial: na Constituição de 1988**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Recursos no Superior Tribunal de Justiça. São Paulo: Saraiva, 1991.

AURELI, Arlete Inês. **Do recurso especial**. São Paulo: Editora PUC, 1992.

BAPTISTA, Sonia Marcia Hase de Almeida. **Dos embargos de declaração**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BATISTA, Deocleciano. **Recurso extraordinário contra acórdão proferido por turma do STF**. Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília, ano 10, v. 19, p. 57–92, jan./jun. 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 5. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **O juízo de admissibilidade e juízo de mérito no julgamento do recurso especial**. Revista de Processo, São Paulo, n. 59, p. 76-222, 1990.

_____. **O novo processo civil brasileiro**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. 2, São Paulo: Saraiva, 1992.

BETTI, Emilio. **Diritto processuale civile italiano**. 2. ed. Roma, 1936.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Quem tem medo do prequestionamento?** Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3024>>. Acesso em: 05 dez. 2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. v. 2. 7. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2004.

CAMPOS, Antônio Macedo de. **Dos recursos no processo civil**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Recurso especial, agravos e agravo interno**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Anotações sobre o recurso especial**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1978.

CUNHA, Guilherme Caldas da. **Controle constitucional do cabimento do recurso especial**. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 704, p. 35-46, [199-].

DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. **O prequestionamento da questão federal nos recursos extraordinários**. In: _____. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 74, p. 112-121.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/inedx.htm>>. Acesso em: 5 jul. 2005.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Judiciary Act**. USinfo: U.S. Department of State. Disponível em: <<http://usinfo.state.gov/usa/infousa/facts/democrac/8.htm>>. Acesso em: 6 ago. 2005.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. v. 2. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GUASP, Jaime. **Derecho procesal civil**. 2 t. 3. ed. Madrid, 1968.

LACERDA, Galeno. **O código e o formalismo processual**. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 28, p. 12-28, 1983.

LIMA, Alcides Mendonça. **Pquestionamento**. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 692, p. 190-202, jun. 1993.

LIMA, Maria Cesarineide de Souza; LEUZINGUER, Márcia Duquez; SINGUI, Marize Anna Monteiro de Oliveira. **Pquestionamento e interesse público à luz do paradigma do estado democrático de direito**, *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Acre*, Rio Branco, n. 1, p. 13-46, jan./dez. 2001.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

LOPES, Maria Stella Villela Souto. **Recursos da nova Constituição: extraordinário, especial e ordinário constitucional em mandado de segurança e habeas corpus e as ações penais originárias**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. v. 3. Atualizado por Ovídio Rocha Barros Sandoval. 9. ed. São Paulo: Millennium, 2003.

MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Eduardo Pellegrini de; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/983**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MELLO FILHO, José Celso de. **Constituição Federal anotada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patrícia Miranda. **Algumas considerações sobre os recursos especial e extraordinário: requisitos de admissibilidade e recursos retidos**. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Eduardo Pellegrini de; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/983**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MONTEIRO, Samuel. **Recurso especial e extraordinário e outros recursos**. 2.ed. São Paulo: Hemus, 1995.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NADER, Miguel José. **Guia prático dos recursos no processo civil**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1997.

NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Eduardo Pellegrini de; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/983**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Teoria geral dos recursos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NOBRE, Eduardo Antônio Dantas. **Recursos Eleitorais**. Disponível em: <<http://www.tre-sc.gov.br/sj/cjd/doutrinas/dantas2.htm>>. Acesso em: 10 set. 2005.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. **Pquestionamento**. Revista de Processo, São Paulo, n. 97, jan/mar. 2000.

O GRANDE Ditador. Direção: Charles Spencer Chaplin. Intérpretes: Charles Chaplin; Paulette Goddard; Jack Oakie; Billy Gilbert; Reginald Gardiner; Maurice Moscovich e outros. 1 DVD (128 min), son., p/b, EUA, 1940.

- PANTUZZO, Giovanni Mansur Solha. **Prática dos recursos especial e extraordinário**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- PINTO, Nelson Luiz. **Recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda nº 1, de 1969**. Tomo IV. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- _____. **Comentários ao Código de Processo Civil (de 1973)**. t. VII. Atualização de Sérgio Bermudes. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- PONTES DE MOURA, Cristovam. **Prequestionamento no recurso extraordinário e especial: fundamentos jurídicos para sua exigência**. Monografia. Orientador: Prof. Esp. Marcus Vinicius Aguiar Macedo. Rio Branco: Universidade Federal do Acre, 2006.
- PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2004.
- REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues. **Curso de direito processual civil**. v. III. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1959.
- ROCCO, Ugo. **Trattato di diritto processuale civile**. 2. ed. Turim, 1966.
- SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. **O prequestionamento na doutrina e na jurisprudência**. Doutrina do Superior Tribunal de Justiça: edição comemorativa: 15 anos, Brasília, p. 365-439, 2005.
- SIDOU, José Maria Othon (Org.). **Dicionário jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas**. 9ªed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- SILVA, Bruno Mattos e. **Prequestionamento, recurso especial e recurso extraordinário**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- SILVA, José Afonso da. **Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
- _____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 2. ed. Belo Horizonte: Maza, 2001.
- TAVARES, André Ramos. **A repercussão geral no recurso extraordinário**. In: LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús; TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro (Coord.). **Reforma do judiciário: analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005.
- TAVOLARO, Agostinho Toffoli. **Justiça morosa ou injustiça**. Revista Consulex, Brasília, ano 7, n. 167, p. 16-9, 2003.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A efetividade do processo e a reforma processual.** *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 59, p. 253-268, 1993.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Cadernos de processo civil: recursos extraordinário e especial.** São Paulo: LTr, 2000.

_____. **Sistema dos recursos trabalhistas.** 8. ed. São Paulo: LTr, 1995.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil.** v. 1. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna.** In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Org.). **Participação e processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 128-135, 1988.

O Novo Procedimento de Liquidação de Sentença e a Execução contra Fazenda Pública, com as modificações introduzidas pela Lei Federal n. 11.232 de 23.12.2005

Caterine Vasconcelos de Castro

Procuradora-Chefe da Coodenadoria de Cálculos, Execução e Precatórios - CCEP, Graduada pela Universidade Federal do Acre; Pós – Graduada em Processo Civil pela UCAM; Pós-Graduada “Latu Sensu” em Direito Público pela Faculdade Integrada de Pernambuco - FACIPE, em parceria com a Associação dos Procuradores do Estado do Acre - APEAC e Mestranda em Direito pela UFSC.

O NOVO PROCEDIMENTO DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA E A EXECUÇÃO CONTRA FAZENDA PÚBLICA, COM AS MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI FEDERAL Nº 11.232 DE 23.12.2005.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva traçar algumas considerações acerca das modificações introduzidas pela Lei nº 11.232 de 23.12.05, com *vacatio legis* de seis meses, buscando focar principalmente a manutenibilidade do procedimento especial de execução contra a Fazenda Pública e a inaplicabilidade da liquidação de sentença por mera apresentação de cálculos aritméticos nos processos ajuizados contra entes públicos.

Cumpra, inicialmente, ressaltar que a Lei 11.232/05 abandona o modelo teórico do Código de Processo Civil de 1973, em que Alfredo Buzaid, inspirado no processualista Enrico Tullio Liebman, previu Conhecimento e Execução separados. A nova sistemática faz desaparecer o processo autônomo de execução das sentenças condenatórias, passando a ser uma continuação dentro do processo de conhecimento.

Como observa Alexandre Freitas Câmara “agora, com a Lei nº 11.232/05, o Código de Processo Civil muda definitivamente de paradigma. Abandona-se o modelo liebmaniano e se passa um sistema em que a execução é mero prolongamento do processo em que tal sentença é proferida.”¹

Nesse contexto, altera-se o conceito tradicional de sentença, que deixa de ser o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo para então passar a configurar o “ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269, desta lei”, consoante nova redação do § 1º do artigo 162 do CPC.

Nessa perspectiva, somente a sentença que não resolver o mérito é que dará causa a extinção do processo, eis que se houver solução de mérito, o processo não se extingue e continua através de atos executivos agora praticados dentro do próprio processo de acerto, no recém criado “cumprimento de sentença”.

Assim, o artigo 4º da Lei nº 11.232, de 2005, acrescenta ao Título VIII, o Capítulo X – Do Cumprimento da Sentença, matéria tratada nos artigos 475-I, 475-J, 475-L, 475-M, 475-N, 475-O, 475-P, 475-Q e 475-R, transformando a execução da sentença de obrigação por quantia certa numa fase do procedimento ordinário, já que nas obrigações de fazer ou não fazer, ou de entregar alguma coisa, há tempo que inexistente autonomia da fase executória, bastando, tão-somente, que o magistrado intime o devedor a cumprir a obrigação, fixando prazo hábil para o cumprimento (Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, e Lei nº 10.444, de 07 de maio de 2002.).

Pela nova sistemática do CPC, não haverá mais processo executivo, mas continuará a existir atividade executiva, eis que execução não é o nome de um tipo de processo, mas a denominação de uma atividade jurisdicional. De certo que a terminologia utilizada pela reforma, passando a denominar de “cumprimento de sentença” não pode levar a pensar que não se está diante de execução. Esta não deixou de existir, mas tão somente deixou de se realizar em processo autônomo em relação ao que gerou a sentença.²

2 O PROCEDIMENTO ESPECIAL DA EXECUÇÃO E A FAZENDA PÚBLICA

Convém destacar que o § 1º, do artigo 475-I, ao tratar do expediente do “cumprimento da sentença”, já assenta que é definitiva a execução da sentença transitada em julgado e provisória quando se tratar de sentença impugnada mediante recurso ao qual não foi atribuído efeito suspensivo. É possível, pois, classificar a execução fundada em título judicial em definitiva e provisória.

¹ CAMARA, Alexandre Freitas. A nova execução de sentença. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 8.

² Idem, p.90.

A execução provisória vem regulada no art.475-O do Código de Processo Civil, que corresponde ao que anteriormente dispunham os arts. 588 a 590 do CPC. Embora não tenha havido grandes modificações a respeito do modo como a execução provisória se desenvolve, cumpre, porém, tecer algumas considerações no que tange a discussão acerca da possibilidade de execução provisória em desfavor da Fazenda Pública.

Vale consignar que não cabe execução provisória em face da Fazenda Pública, já que o artigo 100, da Constituição Federal, dispõe que os pagamentos efetuados pela Fazenda Pública deverão ser feitos mediante precatório ou mediante requisição de pequeno valor. Em ambos os casos, deverá o instrumento ser instruído com certidão de trânsito em julgado.

Ora, a execução provisória, como o próprio nome sugere, é fundada em título provisório, que pode vir a ser substituído por outro, e inclusive, vir a ser reconhecida a inexistência da obrigação. De sorte que em se tratando de ré a Fazenda Pública, ante a exigência dos pagamentos mediante precatório, não se admite a execução provisória da sentença.

No que tange a essa matéria, cumpre registrar, contudo, a controvérsia existente no próprio Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista que a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 702264 / SP, relatado pelo Ministro Teori Albino Zavascki entendeu que é viável a execução provisória contra a Fazenda Pública, mesmo sem trânsito em julgado, nas ações ajuizadas antes de Emenda nº 30/2000, enquanto que a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, através de voto da ministra Eliana Calmon, pontifica:

PROCESSO CIVIL – EXECUÇÃO DE SENTENÇA – FAZENDA PÚBLICA – ART. 730 DO CPC – ART. 100, § 1º, DA CF/88, COM A REDAÇÃO DADA PELA EC 30/00 - CORREÇÃO MONETÁRIA COM INCLUSÃO DOS EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - JULGAMENTO ULTRA PETITA NÃO CONFIGURADO - JUROS MORATÓRIOS – MOMENTO DA INCIDÊNCIA - ART. 167, PARÁGRAFO ÚNICO DO CTN - SÚMULA 188/STJ.

1. A EC 30/00, ao inserir no § 1º do art. 100 da CF/88 a obrigação de só ser inserido no orçamento o pagamento de débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, extinguiu a possibilidade de execução provisória.

2. Releitura do art. 730 do CPC para não se admitir execução provisória contra a Fazenda Pública. (RESP 696142 - DJ 14.11.2005 p. 267)

Portanto, vislumbra-se sempre a especificidade dos procedimentos de execução em desfavor da Fazenda Pública, em razão dos princípios norteadores de ordem pública que devem reger a matéria.

O artigo 5º, por sua vez, altera o artigo 741 do CPC, modificando o antigo capítulo que tratava dos embargos à execução fundada em sentença dando lugar tão-somente aos embargos à execução interpostos contra a Fazenda Pública, ficando incontestes, desde logo, que para os casos em que a Fazenda Pública for devedora não há qualquer alteração com a Lei nº 11.232, de 2005, haja vista que não introduziu nessa espécie nenhuma inovação, que continua sendo de acordo com o rito previsto nos artigos 730 e 731, do Código de Processo Civil.

Assim sendo, continua havendo a possibilidade para a Fazenda Pública de opor embargos à execução, instrumento este que foi substituído pela Impugnação prevista no artigo 475-L, nas demais execuções civis. Cumpre também enfatizar, nesse particular aspecto que ao prever a possibilidade de interposição de embargos à execução contra a Fazenda Pública, tem-se que, em sede de embargos haverá prolação de sentença, e conseqüentemente o recurso oponível será a apelação.

Nesse contexto, o Código de Processo Civil continua a prever procedimento especial para as execuções por quantia certa contra a fazenda pública, o qual não tem a natureza própria da execução forçada, ou seja, de caráter expropriatório, visto que se faz sem penhora e sem arrematação, na medida em que se desenvolve sem a agressão patrimonial que ocorre nos processos executivos contra particulares, em face da impenhorabilidade e indisponibilidade dos bens públicos, previstos no artigo 100 da Constituição Federal, cujo pagamento se faz

mediante simples requisição, seja através de precatório ou da requisição de pequeno valor.

3 A LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA E A FAZENDA PÚBLICA NA NOVA SISTEMÁTICA DA REFORMA INTRODUZIDA PELA LEI 11.232/05.

De outro giro, incumbe verificar as alterações no que tange à liquidação de sentença, que foi levada para dentro do processo de conhecimento, saindo do Livro II do CPC, anteriormente tratadas nos artigos 603 a 611, passando a formar o Capítulo IX do Título VIII do Livro I, denominado de “DA LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA”, que vai do artigo 475-A a 475- H.

Cumprir destacar que a liquidação de sentença passa a fluir como etapa do processo de conhecimento, e não mais procedimento ulterior e preparatório do processo de execução, cuja decisão de homologação é recorrível através de Agravo de Instrumento, na forma prevista pelo art. 475-H.

A liquidação de sentença continua a ser possível através de meros cálculos aritméticos (art.475-B), arbitramento (art.475-C) ou por artigos (art.475-E).

A liquidação de sentença que depende de simples cálculos aritméticos, anteriormente prevista no artigo 604 do Código de Processo Civil, foi revogado e substituído pelo artigo 475-B, que tem a seguinte redação:

Art. 475-B. Quando a determinação do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético, o credor requererá o cumprimento da sentença, na forma do art. 475-J desta Lei, instruindo o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo.

Em verdade não houve nenhuma modificação substancial. O parágrafo 1º do artigo 475-B repete a primeira parte do revogado parágrafo 1º do artigo 604, prevendo que o magistrado poderá, a requerimento do credor, requisitar dados existentes em poder do devedor ou de terceiros, quando estes forem imprescindíveis para a elaboração da memória de cálculo. O antigo parágrafo 1º do artigo 604, anteriormente alterado pela Lei 10.444/02, foi cindido, agora, em dois dispositivos, os parágrafos 1º e 2º do artigo 475-B.

O parágrafo 2º, em questão, o continua prevendo em relação ao executado a pena processual de presunção de veracidade do cálculo apresentado pelo exequente, no caso de não atendimento no prazo fixado (até trinta dias) e quanto ao terceiro regula a configuração de desobediência havendo resistência em apresentar os documentos, com as conseqüências daí resultantes, inclusive no mundo do direito penal.

O parágrafo 3º do artigo 475-B, por sua vez, acrescentado pela Lei nº 11.232, de 2005 traz dispositivo que outorga uma faculdade ao magistrado de se utilizar do contador do juízo, quando a memória de cálculo apresentada pelo credor aparentemente exceder os limites da decisão exequenda.

O parágrafo 4º, do artigo 475-B afirma que se o credor não concordar com os cálculos feitos pelo contador do juízo, à luz do disposto na primeira parte parágrafo anterior, ou seja, nos casos em que a memória apresentada pelo credor aparentemente exceder os limites da decisão, fará ele a execução pelo valor originalmente pretendido, devendo, porém, a penhora recair sobre o valor apurado pela contadoria do juízo.

Com a nova redação, houve na verdade um resgate simbólico da anterior supressão da fase de liquidação por cálculo do contador, trazida pela Lei 8.898/94, já que confere ao juiz o poder de se utilizar do contador do juízo, quando a memória de cálculo apresentada pelo credor aparentemente exceder os limites da decisão exequenda.

Note-se, contudo, que tal recomendação dependerá de uma avaliação subjetiva do magistrado. O procedimento comum, ou padrão, será o da substituição do cálculo do contador pela apresentação de memória discriminada de cálculo pelo próprio credor, a qual foi mantida na atual sistemática, havendo apenas ressalva quanto a possibilidade de encaminhamento ao contador, no caso de eventual exceção do crédito e sendo a parte beneficiária da assistência gratuita.

Neste particular aspecto, cumpre ressaltar que se tratando de processo contra a Fazenda Pública apresenta-se problemático e prejudicial a utilização do procedimento de mera apresentação de cálculos aritméticos.

Na prática forense, o que se tem presenciado é uma dificuldade de o credor efetuar essa discriminação, haja vista que, na maioria dos casos, a verificação do quantum decorrente da obrigação da Fazenda Pública prescinde de comprovação e apuração do valor através de dados, informações, planilhas, cotejo de planos de carreiras e tabelas de vencimentos estabelecidos em lei, ou em documentos que estão em poder da Administração, o que dificulta e até impede que o credor apresente a “memória discriminada e atualizada do cálculo”, que efetivamente guarde correlação com o julgado.

Todavia, o que se tem comumente praticado é a apresentação da memória discriminada dos cálculos desacompanhada da comprovação do valor da base de cálculo utilizada como parâmetro para a confecção da memória discriminada, de forma a configurar, demais das vezes, em apresentação aleatória de valores sem qualquer correlação com documentos comprobatórios já disposto no processo de conhecimento.

Na anterior dicção do artigo 604, alterado pela Lei nº 8.898/94, tinha-se a remissão expressa ao procedimento da execução do valor da condenação “na forma do art. 652 e seguintes”, em razão do que alguns doutrinadores defendiam uma interpretação sistemática do Código de Processo Civil, ao argumento de que se tratando o artigo 652 e seguintes do CPC sobre “citação do devedor e a nomeação de bens”, tal procedimento não se aplicaria à execução de sentença por quantia certa contra a Fazenda Pública, que contém disposições especiais dos artigos 730 do CPC.

Nesse sentido, colhe-se a doutrina de Luiz Rodrigues Wambier, em tese monográfica sobre liquidação de sentença:

O art. 604 do Código de Processo Civil faz remissão expressa ao art. 652, donde é possível se adotar interpretação no sentido de que se trata de norma especificamente dirigida ao trato da execução de título extrajudicial “comum”, isto é, que se encontra fora do âmbito de abrangência dos procedimentos executivos especiais.

Se tratar-se de execução contra a Fazenda Pública, o procedimento aplicável não é o previsto no art. 652, mas sim aquele que está definido no art. 730 do Código de Processo Civil. Desse específico tipo de execução, não se cita o devedor para pagar em 24 horas, mas tão-somente para que, se quiser, oponha embargos no prazo de 10 dias.³

Na mesma linha, colhe-se decisão do E. Superior Tribunal de Justiça, através de sua Primeira Turma, proferida no julgamento do Resp. nº 165.239/MG, cujo Relator, o Ministro Demócrito Reinaldo, ementa o seguinte acórdão:

PROCESSO CIVIL – EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA - APURAÇÃO DO QUANTUM DEBEATUR ATRAVÉS DE MEROS CÁLCULOS ARITMÉTICOS – INAPLICABILIDADE DO ART.604 DO CPC .

1 – A execução contra a Fazenda Pública encontra-se regularmente em rito específico, previsto nos arts. 730 e 731 da Lei Processual vigente.

2 – O art. 604 do CPC reporta-se ao procedimento de execução por quantia certa contra devedor solvente, onde há citação do executado para fins de saber o débito em 24:00 h, ou nomear à penhora; tal rito processual se afigura incompatível com a ação de execução intentada contra a Fazenda Pública.

3 – Os dados contidos em memória de cálculo, elaborada pelo próprio contribuinte, desservem para comprovar o real valor do débito, tornando-se necessária a dilação probatória prevista na modalidade de liquidação por artigos (art. 608 a 609 do CPC). (D.J. de 30/08/1999)

Com as modificações introduzidas pela Lei 11.232, ao revogar o artigo 604 e substituí-lo pelo artigo 475-B, há menção expressa da continuidade do procedimento previsto no artigo 475-j, que nada mais nada menos, trata do cumprimento de execução para os casos de execução civil de devedor solvente, senão vejamos:

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

³ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Liquidação de Sentença*. São Paulo: RT, 1997.

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.

Assim sendo, todos os argumentos doutrinários e jurisprudenciais anteriormente defendidos continuam sendo aplicáveis à nova sistemática, que de uma forma aleatória trata da liquidação, sem especificar a situação peculiar da Fazenda Pública, como o faz no caso da execução, admitindo ainda a oposição de embargos à execução, diferentemente do procedimento civil devido ao particular.

A omissão do texto legislativo carece de uma interpretação sistemática e ignora as peculiaridades da liquidação em processos em que entes públicos figuram como parte ré, cujos cálculos das obrigações da Fazenda Pública são freqüentemente compostos de diferentes indicadores econômicos, razão pela qual também não se recomenda a adoção do sistema simplório de mera apresentação discriminada de cálculos pelo próprio credor.

Nesse compasso, em se tratando de processo ajuizado contra a Fazenda Pública, o que se defende aqui é a inaplicabilidade do artigo 475-B, que substituiu a antiga redação do artigo 604 do CPC, porquanto não se apresenta em consonância com o artigo 730 do mesmo diploma legal. O que se afigura, na espécie, é a necessidade de que a elaboração do cálculo de liquidação, seja sempre precedida de requisição do juízo de dados, informações ou planilhas que estiverem em poder da Administração, se ainda não disponíveis no processo de conhecimento, para feitura da respectiva conta pelo próprio contador judicial, para a partir de então haver o pronunciamento judicial acerca do quantum liquidado através de decisão interlocutória, da qual caberá agravo, na forma prevista no artigo 475-H.

O que se sustenta, portanto, é a subsistência da liquidação por cálculo do contador, ou para falar na linguagem apropriada às reformas, que se proceda conforme a liquidação por artigos, notadamente, quando os dados estiverem em poder da Administração, cuja apresentação dependerá de concordância pelo credor para então se valer do valor apurado como se fosse memória discriminada com a qual o exequente, após homologação do juiz, através de decisão interlocutória, requer a citação da Fazenda Pública.

Tal raciocínio só vem a conferir mais segurança e celeridade para o próprio credor, eis que na novel sistemática, embora o exequente possa proceder a apuração do valor da condenação quando este depender de mero cálculo aritmético, verifica-se, ainda, a demora e os custos do processo de execução, a qual a lei quis eliminar, porquanto se o executado considerar incorreto o cálculo, particularmente no caso da Fazenda Pública, poderá impugná-lo nos embargos sob o fundamento de excesso de execução, conforme permissivo do artigo 741, inciso V, do CPC, cuja natureza é de ação de conhecimento, no qual o embargado será citado para contestar.

Da mesma forma, no julgamento dos embargos à execução, o juiz vai se defrontar com o mesmo problema existente no antigo “processo de liquidação”, ou seja, dirimir dúvidas e as impugnações do cálculo – matéria que não faz o gosto da maioria dos juízes e operadores do direito.

Considere-se, ainda, que da sentença que acolher ou rejeitar os embargos, caberá apelação, havendo, também, a possibilidade, em tese, de recurso especial do acórdão.

Na realidade, ao eliminar a liquidação por cálculo do contador, as sucessivas reformas legislativas apenas conseguiram transferir esse angustiante problema para os embargos à execução, cuja discussão torna-se infundável, na famosa cultura do “diga o contador”, “diga a parte”, com o agravante de a impugnação ser resolvida numa ação de conhecimento, onde deverão ser praticados mais atos processuais e mais delongas na resolução do conflito.

Sem sombra de dúvidas, a abolição desta fase processual, a liquidação por cálculo do contador, na execução contra a Fazenda Pública das sentenças que dependem apenas de cálculo aritmético, não condiz com o procedimento especial e, na prática, não reprime a protelação do processo em infundáveis recursos, haja vista que a discussão nos embargos conduz a uma seara sem fim em torno da discussão do quantum debeatur.

De outro giro, cumpre ressaltar, ainda, que, na maior parte dos casos, a determinação

do valor da condenação não depende apenas de cálculos aritméticos, mas nas muitas das vezes, de efetiva verificação de novos fatos e provas, que não constam do processo de conhecimento, cujo procedimento, na realidade, deveria ser observado a liquidação por artigos, atualmente prevista no artigo 475- E.

Não há muita dúvida, em doutrina, acerca da conceituação deste fato novo. Sabe-se que tal fato se relaciona, exclusivamente, com o *quantum debeat*, não dizendo respeito à existência ou inexistência do direito liquidando (isto porque, como visto, no processo de liquidação não se discute nada a respeito da existência ou não deste direito, pois que esta questão já terá ficado superada pela sentença condenatória genérica).

A liquidação por artigos se dá quando o credor houve de provar fato novo ou se as outras modalidades se revelarem inadequadas e insuficientes. No caso de prescindir de fatos novos, não é possível ao juízo determinar a citação da Fazenda Pública ou adotar o procedimento do artigo 475-B, porquanto inaplicável à espécie, mas sim requisitar as informações necessárias para a apuração do quantum pelo próprio contador antes da instauração da fase de execução, sob pena de se liberar do dever de zelar pela coisa julgada e pela adequação dos cálculos.⁴

A adequação entre o cálculo e o título é, portanto, matéria de ordem pública, controlável não apenas por provocação do devedor, na via de embargos (CPC, art. 741, VI), como também por iniciativa oficial.⁵ Resguarda-se com isso o princípio da fidelidade no incidente de atualização da dívida cuja salvaguarda deve ser promovida inclusive por iniciativa do juiz.

Nesse caso específico, a depender de prova de novos fatos, há de ser instaurado o processo autônomo de liquidação de sentença, devendo outra decisão ser proferida para delimitar o valor da condenação, na liquidação por artigos, conforme artigo 475_E, que preceitual: “Far-se-á a liquidação por artigos, quando, para determinar o valor da condenação, houver necessidade de alegar e provar fato novo.”

Havendo, portanto, uma sentença que declare a existência da obrigação, sem, contudo, determinar exatamente o seu valor ou a coisa ou, ainda, a obra a ser executada, tem-se constituída uma sentença ilíquida, isto é, uma sentença na qual se sabe da obrigação sem se ter a certeza (*quantum debeat*) específica (valor, coisa).

Como reverbera o ministro do Superior Tribunal de Justiça, Eduardo Ribeiro, em lapidar voto: “decidindo a sentença apenas a existência de um direito, sem especificar o quantum debeat e sem fornecer os requisitos necessários para o credor manejar o processo de execução e para o devedor apresentar a sua defesa, necessária a liquidação, nos termos do art. 603.”⁶

Posta assim a questão, não é crível que se prossiga com a fase executiva em processo de conhecimento ajuizado contra a Fazenda Pública pela simples admissão da apresentação de meros cálculos aritméticos apresentados unilateralmente pelo credor, sem efetivamente fazer prova dos valores utilizados como base de cálculo, que estejam necessariamente fundamentados em planilhas e informações administrativas ou legislações estaduais, sob pena de vulnerar a coisa julgada.

De outra banda, cumpre distinguir-se o que é ‘operação aritmética’, algo que se passa só no âmbito da matemática pura, abstratamente, do que seja determinar-se, mediante cálculo, algo concreto, em termos de quantidade. Essa ‘concreção’, que deve preceder ao cálculo, necessária para realizar-se a operação aritmética, é o que se denomina de base de cálculo.⁷

Portanto, as bases de cálculos dizem respeito aos elementos materiais de concreção da obrigação, necessários à sua tradução em dinheiro, não se confundindo com a operação aritmética, abstratamente considerada.

Nesse compasso, a liquidação de sentença se efetua por meio da conjugação de elementos matemáticos, portanto exatos, como a “base de cálculo” ou de apuração do valor

⁴ ASSIS, Araken de. Manual do Processo de Execução. 8ª ed. , São Paulo: RT, 2002.

⁵ TALAMINI, Eduardo. A determinação do valor do crédito por simples cálculo. Atualidades sobre liquidação da sentença. Obra coletiva. Coordenadora Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 1997.

⁶ “(RESp 205.043-RJ, 20.04.99)

⁷ PASSOS, J. J Calmon de. Inovações no Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

monetário das obrigações deferidas no título exequendo, que é traduzida em parâmetros igualmente inalteráveis, definidos em comando da sentença exequenda.

A elaboração de conta em sede de liquidação deve-se fazer em estrita consonância com o decidido na fase cognitiva, para o que se impõe averiguar o sentido lógico da decisão liquidanda, por meio de análise integrada de seu conjunto.

Por tal razão, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça “o juiz não fica adstrito à homologação pura e simples dos cálculos, podendo, ao vislumbrar dissonância com a fase cognitiva ou excesso lesivo ao interesse público, determinar providências saneadoras.”⁸

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Feitas estas considerações, busca-se sensibilizar os julgadores e operadores jurídicos da importância de se respeitar o contraditório e os procedimentos aqui delineados no que tange ao processo de execução de título judicial contra a Fazenda Pública, com objetivo de preservar valores maiores afinados à plenitude de defesa, aos quais não se vem dando a imprescindível atenção, haja vista que se busca, muitas vezes, o propósito da eficácia a qualquer custo, ainda que, na prática, não atenda à efetividade do processo e aos anseios dos jurisdicionados.

A efetividade, sem dúvida, é o escopo primordial do processo civil, eis que garante concomitantemente, a entrega da tutela jurisdicional e a igualdade entre os cidadãos. A efetividade do processo permite, por outro lado, que se lhe dê uma função social, como mecanismo concreto, viável e eficaz de pacificação social.

Certamente que a questão da efetividade é mais ampla e complexa do que aparenta, pelo que não se pode almejar soluções estritamente processuais para o alcance do ideário de justiça.

Todavia, o processo só pode se revelar habilitado a cumprir todas as suas funções institucionais (sócio-político-jurídica) com eficiência se, a par de um contexto estrutural favorável, adequado ao pleno exercício do direito de ação e do direito de defesa – (...) (o procedimento como sede formal do bom desempenho do actum trium personarum); (...) (o provimento jurisdicional útil).⁹

Nesse compasso, urge repensar a sistemática utilizada na execução contra a Fazenda Pública, notadamente ante a inaplicabilidade do antigo artigo 604 do CPC, atual 475-B, em decorrência das peculiaridades e prerrogativas aplicáveis à espécie, bem como impõe-se a observância da necessidade de liquidação por artigos de título judicial, em cujo processo de conhecimento, inexistia a prova dos fatos que devem subsidiar e nortear a base de cálculo para aferição do quantum debeatur, nos estritos termos dos artigos 475-E do CPC, alterado pela Lei 11.232/05.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Araken de. **Manual do Processo de Execução**. 8ª ed. , São Paulo: RT, 2002.

CAMÂRA, Alexandre Freitas. **A nova execução de sentença**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

MACHADO, Antonio Cláudio da Costa, **Tutela Antecipada**, São Paulo. Editora Juarez de Oliveira, 1998.

PASSOS, J. J Calmon de. **Inovações no Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995

TALAMINI, Eduardo. **A determinação do valor do crédito por simples cálculo. Atualidades sobre liquidação da sentença**. Obra coletiva. Coordenadora Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 1997

⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. Título Executivo e Liquidação. São Paulo: RT, 1999.

⁹ MACHADO, Antonio Cláudio da Costa, Tutela Antecipada, São Paulo. Editora Juarez de Oliveira, 1998.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Liquidação de Sentença**. São Paulo: RT, 1997.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Título Executivo e Liquidação**. São Paulo: RT, 1999.

Breves Comentários à Lei 11.187/05

Alterações na Sistemática do Recurso de Agravo

Francisco Armando de Figueiredo Melo

Procurador do Estado do Acre; Graduado em Direito pela Universidade Federal do Acre - UFAC, Pós-Graduando em Direito Tributário pela Universidade da Amazônia - UNAMA, em parceria com o Instituto Luís Flávio Gomes - ILFG e com o Instituto Universidade Virtual Brasileira - IUVB.

Leonardo Silva Cesário Rosa

Procurador de Estado do Acre; ex-Advogado Júnior da Caixa Econômica Federal; Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UNICEUB; Pós-graduando “Latu Sensu” em Direito Processual Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL, em convênio com o Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP e com a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes – Rede LFG.

BREVES COMENTÁRIOS À LEI 11.187/05 – ALTERAÇÕES NA SISTEMÁTICA DO RECURSO DE AGRAVO

I – INTRODUÇÃO

A reforma do sistema processual brasileiro, mormente do sistema recursal, é reivindicação sempre presente na atual conjuntura política e jurídica da sociedade brasileira. A demora na entrega da prestação jurisdicional tem colocado em descrédito o Poder Judiciário, que cada vez mais debita a morosidade ao travamento dos procedimentos ocasionados pelos recursos disponíveis às partes.

Visando a tornar efetivo o princípio processual da celeridade, o legislador brasileiro, nos últimos anos, tem efetuado alterações na estrutura do processo civil, em detrimento, muitas vezes, do princípio constitucional da ampla defesa com os recursos e meios a ele inerentes.

Entre as várias inovações processuais, podem ser citadas: a) a elevação ao status de garantia constitucional do princípio da efetividade jurisdicional e da celeridade processual (art. 5º, LXXVIII, CF); b) alteração do art. 273 do CPC, criando a antecipação dos efeitos da tutela; c) criação dos Juizados Especiais Cíveis, Estaduais (Lei 9.099/95) e Federais (Lei 10.259/01); d) alteração das hipóteses em que o duplo grau de jurisdição é obrigatório (reexame necessário) pela Lei n. 10.352/2001; e) acréscimo do art. 461-A, que culminou com a extinção do processo de execução para entrega de coisa constante em título judicial (Lei n. 10.444/2002); f) Reforma do Judiciário (EC 45/2004); e g) as recentes modificações do CPC implementadas pelas Leis n. 11.276, 11.277 e 11.280, todas de 2006, inclusive posteriores à lei que reformulou o recurso de agravo (11.187/2005).

Todavia, tais reformas não se revelaram suficientes para implementar, a contento, a aplicação da efetividade jurisdicional e da celeridade processual.

A experiência na prática processual junto aos tribunais revela que o maior problema enfrentado pelo Poder Judiciário não é somente o número de processos que se avolumam nas prateleiras das suas Secretarias, mas, também, o grande número de recursos que aguardam julgamento.

Por isto, passou-se a buscar novas medidas que visassem a reduzir e a desestimular a interposição de novos recursos. Exemplo disto foi a criação do requisito da transcendência, no Recurso de Revista para o Tribunal Superior do Trabalho, e o da repercussão geral, no Recurso Extraordinário para o Supremo Tribunal Federal.

Continuando na reforma recursal, o Congresso Nacional aprovou e o Presidente da República sancionou a Lei 11.187, de 20.10.2005, trazendo alterações fundamentais ao recurso de agravo, com vigência a partir do dia 19/01/2006, inclusive.

Deve-se ressaltar, todavia, que a configuração do regime de agravos conhecida atualmente, principalmente a obrigatoriedade de ser interposto diretamente na instância *ad quem* e a possibilidade de lhe ser atribuído efeito suspensivo, já decorreu de modificação do sistema processual inserida pela Lei n. 9.135/95.

Agora, dez anos depois da modificação anterior, o legislador traz nova roupagem ao recurso de agravo, supostamente pautado em resposta aos clamores e no dinamismo social que o direito deve acompanhar.

II – ALTERAÇÕES IMPLEMENTADAS PELA LEI 11.187/05

2.1 – QUANTO À MODALIDADE DO AGRAVO

2.2.1 – REGRA GERAL DO AGRAVO

Anteriormente à edição da Lei 11.187/05, a regra imposta pelo art. 522 do CPC era a de que competia ao agravante escolher a modalidade de agravo a ser interposto.

Com efeito, assim dispunha a antiga redação do art. 522:

Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, **retido nos autos ou por instrumento**. (destaque nosso)

A partir da vigência da nova redação, não caberá ao recorrente escolher a modalidade em que interporá o agravo. A regra passa a ser o agravo retido. Confira-se:

Art. 522 – Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, **na forma retida, salvo** quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento. (grifo nosso)

Referida alteração tem a clara intenção de reduzir o número de recursos de agravo de instrumento perante os Tribunais, tornando como regra que o recurso de agravo seja interposto na modalidade retida.

A prática demonstra que, na maioria dos casos, o agravo de instrumento era a modalidade de agravo utilizada, o que a tornava a regra. A consequência disto era nefasta, pois ocasionava o abarrotamento dos Tribunais com recursos desta espécie, mas necessária, pois visava a dar cumprimento ao princípio maior da ampla defesa.

Todavia, após a vigência da referida lei, a regra passará a ser a modalidade retida. O *caput* do art. 522 é bem claro quanto a isto: “das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida”.

Com isto, o agravo, na modalidade de instrumento, tornar-se-á a exceção. Antes era cabível contra qualquer decisão interlocutória, salvo as proferidas em audiência de instrução e julgamento e as posteriores à sentença (a não ser contra a que inadmitisse a apelação ou que decidisse sobre os efeitos em que esta fosse recebida), onde o §4º do art. 523 exigia a modalidade retida.

Com a nova redação, o art. 522 somente autoriza o manejo do agravo, por instrumento, em três hipóteses: **1)** quando estiver caracterizado o risco de ocorrência de lesão grave e de difícil reparação; **2)** quando a decisão interlocutória inadmitir a apelação; e **3)** quando tiver por objeto discutir os efeitos em que a apelação é recebida.

2.1.2 – QUANTO AO AGRAVO CONTRA DECISÃO PROFERIDA EM AUDIÊNCIA

Como dito alhures, contra decisões interlocutórias proferidas em audiência de instrução e julgamento só era cabível o agravo na modalidade retida. Contra as demais decisões interlocutórias proferidas em audiência, seja de instrução, seja de conciliação, o recurso poderia ser por instrumento.

É o que se depreende da redação antiga do §3º e do §4º do art. 523, *in verbis*:

§ 3º - Das decisões interlocutórias proferidas em audiência **admitir-se-á** interposição oral do agravo retido, a constar do respectivo termo, expostas sucintamente as razões que justifiquem o pedido de nova decisão.

§ 4º **Será retido** o agravo das decisões proferidas na **audiência de instrução e julgamento** e das posteriores à sentença, salvo nos casos de dano de difícil e de incerta reparação, nos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida. (grifamos)

Entretanto, além da regra imposta pelo *caput* do art. 522, de que o agravo retido passa a ser a regra, com a alteração implementada na redação do §3º do art. 523, e a consequente revogação do §4º do mesmo artigo, este agravo retido deve ser interposto de forma oral, durante a audiência.

Isto significa que, especificamente nestes casos, o prazo do agravo não será de 10 (dez) dias, devendo a parte interpor o recurso de forma oral e imediata, *litteris*:

§3º - Das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento caberá agravo na forma retida, **devendo ser interposto oral e imediatamente**, bem como constar do respectivo termo (art. 457), nele expostas sucintamente as razões do agravante.(grifo nosso)

Veja-se que, antes da reforma, o §4º deste artigo, o qual foi revogado pela lei em comento, já determinava que a forma do agravo, neste caso, seria o retido. Agora, evoluindo, o legislador determinou que, além de retido, o agravo deverá ser interposto de forma oral e imediata.

Além disto, por estar disposto que a interposição deverá ser imediata, e levando-se em consideração que a audiência de instrução é complexa, comportando vários atos jurídicos em seqüência, deverá o prejudicado interpor o agravo logo em seguida à decisão proferida nessa audiência, sob pena de, não o fazendo, precluir o seu direito por intempestividade. Por tratar-se de exceção à regra geral do agravo, o prazo de interposição é específico, não se aplicando a regra do decêndio prevista no art. 522, *caput*, CPC.

Neste ponto, há que ser feita uma crítica ao legislador. A nova redação deste dispositivo assenta que o recurso de agravo, neste caso, deve ser interposto na forma retida, oral e imediatamente. Todavia, não determina como e quando deve o agravado contra-minutar o recurso: se de forma oral e imediata, ou se no prazo de 10 (dez) dias, como prevê o *caput* do art. 522.

Levando em consideração os princípios da isonomia e da ampla defesa, conclui-se que o agravado não pode ter o privilégio de responder o recurso em prazo superior ao do agravante. A ele deve-se aplicar, também, o princípio da oralidade e da imediatidade, ainda que este seja assistido pela Defensoria Pública, ou que seja o Ministério Público ou a Fazenda Pública. Com efeito, não há como se dobrar o prazo imediato.

Ademais, mesmo sendo interposto de forma oral na audiência, o agravante ainda deve novamente fazer menção às suas razões em eventual apelação, requerendo ao Tribunal que conheça do agravo retido preliminarmente por ocasião do julgamento de eventual apelação, sob pena de não ser conhecido (art. 523, § 1º).

Por fim, tendo em vista que a nova redação do §3º limitou-se à hipótese de decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento, resta que contra as decisões interlocutórias proferidas na audiência preliminar (ou de conciliação), persiste o cabimento de agravo retido, doravante com fundamento no *caput* do art. 522, e não mais com base no §3º.

2.2 – QUANTO AO PROCEDIMENTO DO RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO NO TRIBUNAL

2.2.1 – DA CONVERSÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AGRAVO RETIDO

Tendo em vista que o intuito deste artigo é de apenas comentar as alterações promovidas na sistemática do recurso de agravo, restringir-nos-emos apenas a estas.

Uma vez interposto o agravo de instrumento diretamente no Tribunal, o relator deverá realizar o primeiro juízo de admissibilidade do recurso. Neste momento, analisará a sua tempestividade, o pagamento do preparo e o cabimento do recurso.

Ao analisar o requisito do cabimento, a partir da alteração trazida pela Lei 11.187/05, deverá o relator verificar se realmente se trata de hipótese de cabimento do agravo de instrumento. Em outras palavras, deverá verificar se o agravo atende a uma das excepcionalidades previstas no *caput* do art. 522.

Caso o relator verifique que não é hipótese de cabimento do agravo por meio de instrumento, determina a nova redação do inciso II do art. 527 do CPC que este deverá ser convertido em agravo retido e ser enviado ao juiz do processo de origem. Confira-se:

Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído *incontinenti*, o relator:

II - converterá o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, mandando remeter os autos ao juiz da causa;

Merece crítica a nova redação deste dispositivo. Bastava ao legislador dispor que o relator “converterá o agravo de instrumento em agravo retido quando não atender à hipótese de cabimento do art. 522”. Não se fazia necessário repetir novamente a hipótese de cabimento do agravo por meio de instrumento no corpo deste inciso.

Por fim, a nova redação deste dispositivo suprimiu a possibilidade de interposição de Agravo interno (Regimental) contra a decisão que converter o agravo de instrumento em retido. Como se verá adiante, o parágrafo único do art. 527 veda o cabimento de recurso contra esta decisão.

2.2.2 – DOS PRAZOS PARA RESPOSTA AO AGRAVO DE INSTRUMENTO

As alterações ultimadas nos incisos V e VI do art. 527 não alteraram os prazos para a parte contra-minutar o agravo de instrumento e para a manifestação do Ministério Público. Estes continuam sendo de 10 (dez) dias.

Entretanto, a alteração levada a efeito no inciso V do art. 527 permitiu expressamente que o advogado da parte recorrida possa juntar aos autos do instrumento cópias de documentos que ainda não compunham o processo originário. Note-se que, na literalidade da antiga redação, ao advogado só era possível fazer juntada de cópias das *peças* (processuais) que entendesse convenientes, e não de documentos. *In verbis*:

V - mandará intimar o agravado, na mesma oportunidade, por ofício dirigido ao seu advogado, sob registro e com aviso de recebimento, para que responda no prazo de 10 (dez) dias, **facultando-lhe juntar cópias das peças que entender convenientes**; nas comarcas sede de tribunal e naquelas cujo expediente forense for divulgado no diário oficial, a intimação far-se-á mediante a publicação no órgão oficial; (grifo nosso)

Com efeito, a nova redação, atentando-se às dificuldades verificadas na prática, autoriza a juntada de cópia de *documentação* (qualquer que seja, esteja ou não nos autos de origem) que entender conveniente. Confira-se:

V – mandará intimar o agravado, na mesma oportunidade, por ofício dirigido ao seu advogado, sob registro e com aviso de recebimento, para que responda no prazo de 10 (dez) dias (art. 525, § 2º), **facultando-lhe juntar a documentação que entender conveniente**, sendo que, nas comarcas sede de tribunal e naquelas em que o expediente forense for divulgado no diário oficial, a intimação far-se-á mediante publicação no órgão oficial; (negritamos)

Deste modo, o legislador colocou um ponto final na discussão sobre a possibilidade do agravante fazer juntada de cópias de documentos que ainda não constassem dos autos do processo de origem.

É louvável esta atitude. A prática demonstra que, muitas vezes, quando analisava a inicial, o juiz a recebia e deferia medida parcialmente antecipatória da tutela. O Autor, buscando a integralidade da medida pleiteada, agravava por instrumento. O Réu, por sua vez, era intimado a contra-minutar o agravo. Entretanto, não havia sequer contestado a ação e, logicamente, não havia juntado documento algum em sua defesa. Nesta condição, pela literalidade da norma anterior, o agravado não poderia juntar cópia de documentos que lhe favorecessem.

Seguindo entendimento pacífico da jurisprudência, o legislador assentou definitivamente que é possível a juntada de cópia de documentos que não constem nos autos do processo de origem.

Por fim, a alteração efetivada no inciso VI do art. 527 excluiu a necessidade de que o Ministério Público opine nos casos dos incisos I e II. Nos demais casos, o *Parquet* só será intimado a se manifestar se for hipótese legal em que deva intervir no feito como fiscal da lei. É o que dispõe o citado dispositivo:

VI – ultimadas as providências referidas nos **incisos III a V** do caput deste artigo, mandará ouvir o Ministério Público, **se for o caso**, para que se pronuncie no prazo de 10 (dez) dias. (destacamos)

2.2.3 – DO AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA PROFERIDA EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

Antes do advento da Lei 11.187/05, sempre que o relator do agravo de instrumento liminarmente lhe negasse seguimento (inciso I do art. 527); determinasse sua conversão em agravo retido (inciso II do art. 527); concedesse-lhe efeito suspensivo; ou antecipasse ao agravante a tutela recursal (inciso III do art. 527), era cabível recurso de agravo interno (regimental), em conformidade com o inciso II do art. 527 e §1º do art. 557.

Todavia, com o advento da referida lei, as hipóteses de cabimento do agravo interno contra decisões monocráticas proferidas em agravo de instrumento foram reduzidas.

Com efeito, a nova redação do parágrafo único do art. 527 afirma que somente é possível a reforma no momento do julgamento do agravo, quando a decisão monocrática converter o agravo de instrumento em retido (inciso II do art. 527), conceder efeito suspensivo ou antecipar a tutela recursal (inciso III do art. 527), *litteris*:

Parágrafo Único – A decisão liminar, **proferida nos casos dos incisos II e III do caput deste artigo, somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo**, salvo se o próprio relator a reconsiderar. (grifo nosso)

Assim, o único recurso cabível nestas hipóteses é o de embargos de declaração, momento em que pode ser recebido com efeito infringente e o relator reconsiderar sua decisão. Além desta hipótese, a decisão é irrecorrível.

Não havendo omissão, contradição ou obscuridade, hipótese na qual seria cabível o recurso de embargos de declaração, restará ao agravante apenas o pedido de reconsideração, para viabilizar ao relator a retratação de sua decisão, sem o qual se torna inviável a hipótese da parte final do parágrafo único do art. 527.

Por outro lado, esta previsão legal, em termos práticos, provavelmente se mostrará ineficaz, uma vez que, pela experiência forense, são muito raras as situações em que o magistrado reconsidera sua decisão.

Destarte, deve o relator analisar o caso com cuidado, pois, quando se tratar de conversão do agravo de instrumento em agravo retido, o prejuízo causado por esta decisão, acaso mal tomada, é incalculável, posto que o recurso só será apreciado quando do julgamento da futura apelação, acaso ratificado como preliminar de mérito desta (art. 523, *caput*, CPC).

Entretanto, justamente por não ser cabível qualquer recurso contra a decisão monocrática do relator que determina a transformação do agravo por instrumento em retido, viável é o manejo do mandado de segurança¹, ação impugnativa autônoma que não é sucedânea de recurso. Nesse caso, o prejudicado deverá demonstrar que, ao contrário do que foi decidido monocraticamente, a manutenção da decisão atacada pelo agravo é capaz de lhe causar lesão grave e de difícil reparação.

Nos demais casos, a decisão monocrática só será revista quando do julgamento do agravo pelo órgão julgante.

III – CONCLUSÃO

Em uma análise primária, pode-se concluir que as alterações efetuadas pela Lei 11.187/05 realmente contribuirão para diminuir o número de recursos de agravo de instrumento nos tribunais.

Com efeito, a restrição da hipótese de cabimento do agravo na modalidade de instrumento reduzirá significativamente o número destes nos tribunais. A regra passa a ser o agravo retido, o qual é julgado na mesma sessão de julgamento da apelação, conforme determina o art. 523 do Código de Processo Civil.

Todavia, há que se ter em mente outro problema criado por esta lei. Levando-se em consideração que se tornam irrecorríveis as decisões monocráticas proferidas nos termos

¹ Inteligência da súmula nº 267/STF: “não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”.

dos incisos II e III do art. 527 do CPC, por força do parágrafo único deste mesmo artigo, aumentará o número de mandados de segurança, posto que serão os únicos remédios jurídicos contra estas. Talvez tenha o legislador tapado um buraco e criado outro, ou mesmo regredido ao tempo em que para se conseguir efeito suspensivo ao agravo era necessária a utilização daquela via estreita.

Um ponto que se deve considerar quando da introdução de alterações no sistema processual brasileiro, e que, aparentemente, não tem sido observado pelo legislador, é que a modificação ou supressão dos recursos fica a um passo de ferir de morte o princípio constitucional da ampla defesa, tão ou mais importante que o princípio da celeridade processual.

IV – BIBLIOGRAFIA

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme et alter. **Manual do Processo de Conhecimento**. 4ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2005.

NEGRÃO, Theotônio. **Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor**. 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SOUZA, Bernardo Pimentel Souza. **Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

ANEXO ÚNICO

LEI Nº 11.187, DE 19 DE OUTUBRO DE 2005.

Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para conferir nova disciplina ao cabimento dos agravos retido e de instrumento, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Os arts. 522, 523 e 527 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento.

.....” (NR)

“Art. 523.....

.....

§ 3º Das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento caberá agravo na forma retida, devendo ser interposto oral e imediatamente, bem como constar do respectivo termo (art. 457), nele expostas sucintamente as razões do agravante.” (NR)

“Art. 527.....

.....

II- converterá o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, mandando remeter os autos ao juiz da causa;

.....

V- mandará intimar o agravado, na mesma oportunidade, por ofício dirigido ao seu advogado, sob registro e com aviso de recebimento, para que responda no prazo de 10 (dez) dias (art. 525, § 2º), facultando-lhe juntar a documentação que entender conveniente, sendo que, nas comarcas sede de tribunal e naquelas em que o expediente forense for divulgado no diário oficial, a intimação far-se-á mediante publicação no órgão oficial;

VI- ultimadas as providências referidas nos incisos III a V do caput deste artigo, mandará ouvir o Ministério Público, se for o caso, para que se pronuncie no prazo de 10 (dez) dias.

Parágrafo único. A decisão liminar, proferida nos casos dos incisos II e III do caput deste artigo, somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar.” (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor após decorridos 90 (noventa) dias de sua publicação oficial.

Art. 3º É revogado o § 4º do art. 523 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil.

Brasília, 19 de outubro de 2005; 184º da Independência e 117º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
Márcio Thomaz Bastos

Análise das Diretrizes Curriculares do Curso Jurídico

Maria Nazareth Mello de Araújo Lambert

Corregedora-Geral da PGE/AC, Pós-Graduada "Latu Sensu" em Direito Público pela Faculdade Integrade de Pernambuco - FACIPE em parceria com a Associação dos Procuradores do Estado do Acre - APEAC; Pós-graduanda em Competências Gerenciais pela FGV; Membro do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública - IBAP/AC e da Diretoria da Associação das Mulheres de Carreira Jurídica/AC.

ANÁLISE DAS DIRETRIZES CURRICULARES DO CURSO JURÍDICO

I. INTRODUÇÃO

Os cursos de Direito estão entre os que de maior número existem no País, e um dos mais procurados nos vestibulares, formando um número de profissionais que, por vezes, sequer conseguem obter sucesso no Exame da Ordem dos Advogados do Brasil, fatos que vem provar a total defasagem dos cursos de ensino jurídico.

Historicamente, percebe-se uma tendência em achar as soluções para todos esses problemas na reforma curricular do ensino jurídico, que são elaboradas sem a participação dos interessados e envolvidos no processo de educação, sem a observância do problema com um todo, deixando-se de lado questões importantes como, a didática e a metodologia do ensino jurídico, envolvido nas grandes questões sociológicas, de pensar a ciência do Direito e a arte de exercer a advocacia como instrumento de realização da Justiça. Daí as críticas tão nefastas aos profissionais carecedores de ética e de postura profissional que se deixam levar ao sabor e pelos humores de quem pague mais por suas consciências.

Procurando apresentar à sociedade respostas para a redução da crise em que se encontrava o ensino jurídico, o MEC em 1993, no mês de março, nomeou uma Comissão de Especialistas em Ensino do Direito, o que culminou com a aprovação da Portaria 1.886/94/MEC. Hoje, referido diploma regula o novo currículo mínimo dos cursos jurídicos, além de fixar as diretrizes curriculares e o conteúdo mínimo dos cursos. Faz também referência direta à prática jurídica em seus arts. 10, 11, 12 e 13.

Diante das modificações propostas para o ensino jurídico, em termos de graduação, para o ano de 1999, muito se tem discutido sobre o excesso de teoria, destituído de atividades práticas na sala de aula.

A prática referida não é aquela voltada somente para o dia-a-dia do profissional do Direito, mas aquela também direcionada à realização de exercícios de análise e crítica dos conteúdos teóricos ministrados na própria sala de aula, tendo em vista a construção individual do conhecimento, pelo aluno.

Tal proposta de um ensino pedagógico crítico é ressaltada por RAYS (1990), que vê, na conexão entre a teoria e a prática, um ponto pacífico para o desenvolvimento da didática escolar.

Nesse processo de ensino, o aluno deixa de ser um mero repetidor (memorizador) de conceitos e definições de outrem, fato presente na pedagogia tradicional descrita por LIBÂNEO (1994) (1), e passa a ser o pesquisador crítico dos conteúdos que lhe estão sendo apresentados. Ou, conforme nos ensina FREIRE (1981), estar-se-á deixando de lado a “educação bancária” – entendendo-se esta como se os alunos fossem um banco, no qual o professor faz o depósito e os alunos o recebem, arquivando-o, até a chegada da prova, ocasião em que o professor vem buscar o extrato memorizado de seu depósito - para um ensino de construção do conhecimento, em que a pesquisa científica e a formação da cidadania estão a todo momento presentes.

Pode-se afirmar que a crise única, de percepção da integralidade da vida, apresenta diferentes facetas. O caos do interior do sistema educacional é resultado da grande crise que se vive na sociedade. A crise da sociedade repercute no interior do sistema jurídico.

O caos que há em cada indivíduo se reflete na vida coletiva. E as dificuldades da vida social produzem um caos interior em cada ser humano.

De acordo com os especialistas em educação, quais são as grandes crises?

a) A crise funcional (crise de mercado de trabalho e a crise de identidade e legitimidade dos operadores jurídicos). Os estudantes de Direito já sentem os problemas que enfrentarão fora da Universidade.

b) A crise operacional (crise curricular, crise didático-pedagógica e crise administrativa). O que se ensina num curso de Direito? Dá-se, única e tão-somente, a

reprodução da ideologia da classe dominante. Ensina-se ao neófito que o melhor caminho é a apreensão dos conteúdos constantes do curso e que somente assim conseguirá vencer as barreiras apresentadas pela profissão e terá possibilidade de obter aprovação em concurso público.

c) A crise estrutural (a crise a política e a crise epistemológica. Como se viu, a crise que afeta o ensino jurídico é a mesma que atinge a sociedade como um todo. Afinal, para onde caminha a humanidade? É a questão crucial que, no máximo, comporta uma resposta provisória. As estruturas políticas estão passando por uma profunda transformação. A simples acusação da globalização enquanto arma da burguesia para o exercício do poder não traz uma luz maior para a discussão da transição paradigmática.¹

II - A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO NA ANÁLISE DAS DIRETRIZES CURRICULARES DO CURSO JURÍDICO

O presente trabalho tem por objetivo focalizar as mudanças introduzidas pela Portaria Mec da Revisão do Ensino do Direito devida a crise do ensino jurídico, vivida a partir do modelo tradicional. Na verdade, a crise do ensino jurídico é parte da grande crise que se vivencia, e que atinge todas as áreas do conhecimento humano. Para compreendê-la, necessariamente, tem-se de inseri-la na realidade multifária que lhe dá origem.

Há necessidade de serem analisadas as grandes crises que afetam o ensino jurídico. Horácio Wanderlei Rodrigues, em *Ensino Jurídico e Direito Alternativo*, faz uma divisão das grandes crises que afetam o ensino jurídico de graduação no Brasil contemporâneo, que analisaremos no transcórrer deste texto. Diz que a crise funcional desdobra-se em crise do mercado de trabalho e em crise de identidade e legitimidade dos operadores jurídicos. Por sua vez, a crise operacional se subdivide em crise curricular, crise didático-pedagógica e crise administrativa. A terceira grande crise, segundo ele, é estrutural e apresenta, em essência, duas vertentes: a crise do paradigma político-ideológico e a crise do paradigma epistemológico. Não deve deixar de levar em consideração que a moderna racionalidade organizou o modelo de ensino que impera até hoje em dia.

É, sem dúvida, importante que haja a focalização dos vícios do positivismo, para que se possa construir, a partir da educação, um agente crítico do sistema, e não apenas um operador comprometido com a reprodução da estrutura autoritária de poder.

Há a necessidade de libertar o ensino jurídico dos modelos políticos impostos. De acordo com Horácio Wanderlei Rodrigues, o Direito Alternativo é um novo paradigma epistemológico viável, possibilitando a recuperação da legitimidade da instância jurídica pela busca da realização concreta da justiça nas situações de conflitos que se apresentam. Incorpora também o novo parâmetro teórico para o ensino jurídico. O Direito impõe um conhecimento dogmático, abstrato, divorciado da realidade e que solidifica o mito de que o sistema jurídico tem respostas para todas as questões apresentadas pela sociedade. O que se vislumbra é o despreparo dos operadores do direito para resolverem questões cada vez mais complexas.

Susana Albornoz Stein, por seu turno, sustenta que a escola reproduz a injustiça da sociedade. Em diferentes níveis do “inconsciente coletivo”, na sociedade do mundo ocidental, faz-se notar expectativa de que a escola corrija a injustiça social.

Principalmente em países dependentes, como ainda é o Brasil, onde não se verifica uma escolarização plena como nos países desenvolvidos, espera-se da escola que ela desfaça, ou, ao menos, diminua, as diferenças sociais; que aproxime as classes sociais, que promova a mobilidade de uma classe a outra (o que, em certa medida, ela realiza, em alguns casos...), enfim, que promova a célere “igualdade de oportunidades” que, supõe-se, permitirá um início igualitário das “carreiras”, na competição própria ao mercado de trabalho capitalista.

É claro que, mesmo havendo uma profunda reformulação no sistema educacional, ele sempre refletirá as relações que são mantidas na sociedade. Devemos, contudo, pensar que

¹ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Ensino jurídico e direito alternativo*, p. 192-200.

a própria escola é objeto de reflexão. Ivan Illich, Everett Reimer e outros, e outros não buscam a integração da escola com a comunidade, segundo a professora Suzana Albornoz Stein, em *Por uma Educação Libertadora*. “A palavra que surge é outra : a palavra nova é “desescolarizar” : desescolarizar a sociedade, desescolarizar a escola.

Internamente, a escola se “desescolariza” libertando-se do currículo rígido e obrigatório, e assumindo a consciência de ser um centro de educação e cultura entre muitos outros centros de educação e cultura.

O sistema educacional se “desescolariza” adquirindo coragem de imaginar e experimentar alternativas múltiplas, libertando-se do modelo único de escola, seja tradicional ou moderna, elitista ou democrática, mas sempre escola, se depender de um currículo obrigatório.²

Há uma interação entre o sistema educacional e o sistema político-econômico que nos impõe regras e práticas despidas de ética.

Porém, ensina Warat que “A prática dos juristas unicamente será alterada na medida em que mudem as crenças matrizes que organizam a ordem simbólica desta prática. A pedagogia emancipatória do Direito passa pela reformulação e seu imaginário instituído” (WARAT, 1990:98).

Regis de Moraes diz que é urgente a libertação e questiona :

De que precisamos libertar-nos? de todas as infidelidades que praticamos diariamente contra nós mesmos e contra os que estão no caminho conosco. Por exemplo : as escolas têm que parar de trair suas comunidades. Quero dizer : é preciso trazer a vida da cidade para dentro das escolas e, ao mesmo tempo, levar a escola para a cidade. Todos têm o que ensinar a todos, mesmo na correria das grandes cidades e no interior dos efeitos lamentáveis das lutas de classes.³

Adverte Sousa Santos, referindo-se à universidade, a ciência pós-moderna deverá transformar os seus processos de investigação, de ensino e de extensão segundo três princípios: a prioridade da racionalidade moral-prática e da racionalidade estético-expressiva sobre a racionalidade cognitivo-instrumental; a dupla ruptura epistemológica e a criação de um novo senso comum; a aplicação edificante da ciência no seio das comunidades interpretativas.⁴ Se não se integrar com a comunidade, terá curto prazo.⁵

Whithead, citado por Regis de Moraes, em *Entre a Educação e a Barbárie*, “mostrase categórico : “ou a universidade é imaginativa ou não é nada - pelo menos nada de útil”. E desejaríamos estender tal afirmação à realidade toda das escolas. Em 1929 (atente-se para a data!), quando o matemático e filósofo escreveu a mencionada sentença alternativa, ele fez questão de não incorrer em uma visão unilateral do problema universitário, esclarecendo que “A imaginação não deve ficar separada dos fatos; é um meio de iluminá-los”. (...) “A tragédia do mundo está em terem as pessoas dotadas de imaginação pequena experiência, e as que são experientes terem fraca imaginação.” (...) “À universidade cabe soldar a imaginação à experiência.”⁶

Se bem interpretado o quadro, isto significa que o valor da imaginação não deve eclipsar o valor da experimentação, sob pena de que a imaginação se neurotize. Portanto, ao se procurar a instalação da criatividade como um grande valor educacional não se estará negando outros valores ou menosprezando-os.

No entanto, sempre que os valores forem apenas transmitidos, sem o devido apreço à liberdade de valoração do educando, isto há de significar opressão e desrespeito ao direito de crítica, e há de funcionar como fonte geradora de conflitos sérios.

² STEIN, Suzana Albornoz. *Por uma educação libertadora*, p. 10.

³ MORAIS, Regis de. *Entre a educação e a barbárie*, p. 46.

⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de alice: o social e o político na pós-modernidade*, p. 223.

⁵ Idem, *ibidem*, p. 230.

⁶ MORAIS, Regis de. *Entre a educação e a barbárie*, p. 62.

Com o seu corpo, com as suas emoções, com o seu pensamento, o homem erige os seus valores e afirma sua capacidade de transcendência. Portanto, olhando o homem inteiro, sem os antigos preconceitos contra a sua realidade organísmica, podem ser encontrados esclarecimentos ainda maiores à gênese e à natureza dos seus processos de valoração.

O ensino jurídico vive a crise de criatividade e de identidade. Não sabe para que serve, de onde veio e para onde vai na sua visão maniqueísta do homem e da sociedade.

Horácio Wanderlei Rodrigues, na sua obra, cita Lyra Filho, o autor da crítica mais contundente do ensino jurídico brasileiro e, segundo ele, talvez o autor que melhor vislumbrou o conjunto de seus problemas, assim se manifestava sobre a possibilidade de uma revolução no ensino do Direito:

É evidente que uma reforma global do ensino jurídico (...) exigiria condições de viabilidade que estamos longe de entrever. Porém, ainda que atuando em campo mais limitado, é preciso ter sempre em vista o delineamento inteiro. Pois com ele é que discernimos o Direito apresentado no sistema tradicional como verdadeira mutilação, que apresenta as sobras torcidas do que realmente o Direito é. (...) E esta já é uma contribuição ao processo geral, histórico, de superação, que evidentemente transcende a reforma do ensino jurídico em si, ou mesmo a concepção global do Direito. Elas são, apenas, dois aspectos de outra totalidade ainda maior: o que se realiza no itinerário histórico para um futuro de liberdade, paz, justiça e união fraternal, em vez de dominação do semelhante. O Direito é substancialmente, na sua ontoteologia, um instrumento que "deve" (para preencher o seu fim) propiciar a concretização de justiça social, em sistemas de normas com particular intensidade coercitiva. No universo jurídico, entretanto, uma dialética se forma, entre as invocações de justiça e as manifestações de iniquidade, para a síntese superadora das contradições. Mas a consumação do projeto, como o de um ensino certo do direito certo, só pode ocorrer, como direito justo e homogeneizado, numa sociedade justa e sem oposição de dominantes e dominados. Preconizá-lo é também um passo, embora minúsculo, para o seu advento. O único, porém, ao alcance das minhas deficiências e temperamento; o que realizo, como posso, devolvendo o Direito, como um todo, aos espíritos jovens e inquietos que o reclamam. E isto é viável, dentro das próprias condições do ensino atual, desde que os professores de índole progressista o focalizem nos seus programas e aulas. (...) De qualquer maneira, "o mundo dos juristas tão calmos, tão bem-educados e tão-pensantes não é mais o mesmo. (...). É preciso ver os sinais do mundo diferente que está em gestação". (LYRA FILHO, 1980:18-9).⁷

A crítica é fundamental para construção de um novo mundo. Contudo, o que se vê hoje é a preponderância da dogmática ou um projeto de escola revolucionária que não consegue sequer definir o seu perfil no campo do ensino jurídico.

Os juízes estudam a lei e dela são escravos. Quando professores, levam a pensar também na santidade de lei enquanto instrumento de controle social da classe dominante. Sequer se pensa na possibilidade da decisão judicial resultar de uma construção que leve em conta a sociedade complexa, sujeita ao risco e ao perigo e que exige cada vez mais que o operador do direito tenha uma visão interdisciplinar e, sobretudo, ampla do fenômeno jurídico. Impõe-se a adoção de uma hermenêutica crítica que contemple, ao lado do direito, a moral, a política, a arte, a sociologia, enfim, a própria vida manifestada na sua plenitude.

É importante que se tenha um Direito voltado para o futuro e que não se preocupe tão-só com os problemas do passado. A questão ambiental exsurge na pós-modernidade como saber que requer a reflexão sobre o próprio devir da humanidade. É, em verdade, muito confuso o direito do dever ser, que não foi, que não é e que tampouco tem desejo de ser alguma coisa. Até porque envelheceu na sua alucinação mental, em que não se consegue vislumbrar com exatidão a divisão entre fantasia e realidade.

Para Lyra Filho o Direito em globo só pode ser apreendido, na sua dinâmica social, através da dialética. Apenas umavisão sociológico-dialética, que enfatize o devir e a totalidade, será capaz de apreender a síntese jurídica - a positivação da liberdade conscientizada e

⁷ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Ensino jurídico e direito alternativo, p. 211-2.

conquistada nas lutas sociais, expressão da justiça social atualizada.

Nas observações que faz a respeito do Direito, Lyra Filho deseja que resulte claro :

a) que o Direito é um fenômeno bem mais complexo do que se postula, ainda hoje, no debate sobre o seu estudo e ensino; b) que as condições baseadas nessa camisa de força, desfiguram o Direito, não só em termos gerais, mas até na reta compreensão de cada um dos seus aspectos, sempre isolados, como se fossem compartimentos estanques. (...).

A discussão da reforma didática há de assentar, portanto, na “revisão do conjunto”. (1980:14).

O que se deve fazer, neste momento, é colocar-se como partícipes do ensino jurídico, na busca da construção de uma sociedade democrática e humana, recuperando no Direito o seu aspecto libertário e colocando-o a serviço da justiça social efetiva.”⁸

Há necessidade do homem sonhar para que possa desmistificar o velho, desnudando o novo que se oculta detrás das cortinas brancas da verdade. Sonhar não é proibido. Deverá ser estimulado.

“A prática dos juristas unicamente será alterada na medida em que mudem as crenças matrizes que organizam a ordem simbólica desta prática. A pedagogia emancipatória do Direito passa pela reformulação de seu imaginário instituído” (WARAT, 1990:98).⁹

Para que se possa falar em ensino do Direito há a necessidade de saber-se primeiramente o que é Direito. Ensinar Direito não significa simplesmente reproduzir os dogmas. Indubitavelmente, a função principal do professor é problematizar a própria crise que afeta o direito para, a partir dela, apontar caminhos para a construção de uma sociedade nova de um Direito promotor de verdade e de justiça.

O operador do Direito deverá ser servo das arcaicas estruturas e dos valores do dogmatismo. Caso contrário, não há qualquer interesse na sua atuação. Daí o corporativismo dos agentes do sistema que filtram os operadores, a fim de que somente passem a funcionar pessoas ideologicamente afinadas com a ideologia das classes dominantes. Enfim, de pessoas que acreditem nos mitos e ritos jurídico-estatais.

III - CONCLUSÃO

O que podemos ao final afirmar é que há uma grande preocupação com o quanto podem os Escritórios de Prática Jurídica contribuir para o aprendizado do corpo discente, ressaltados aí assuntos tidos anteriormente como de pouca relevância, como o estudo do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e do Código de Ética e Disciplina, Filosofia do Direito, Introdução ao Estudo do Direito.

Os operadores do Direito deverão estar preparados para lidar com situações novas, com situações imprevistas e cuja solução não possa ser dada, a partir de parâmetros legislativos e jurisprudenciais existentes. E para termos operadores do direito com este perfil, necessário é criar um sistema de ensino que desenvolva determinados talentos e habilidades, tarefa esta que a tradicional escola de direito ainda é incapaz de realizar.

As modificações introduzidas pela Portaria que regulamentou o Ensino do Direito, trouxeram benefícios e melhorias a qualidade do ensino jurídico, tais como, bibliotecas maiores e atualizadas, docentes mais qualificados, o aumento da prática jurídica como formação profissional e técnica, mas não são suficientes para trazer a qualidade e o perfil esperado e exigido atualmente para os profissionais do direito, principalmente diante da porcentagem da aprovação nos exames da Ordem dos Advogados do Brasil.

Essa urgência afigura-se-nos face a necessidade de se adequar currículo e metodologia a nova realidade social viabilizando a evolução do Direito e no Direito por

⁸RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Ensino jurídico e direito alternativo, p. 206.

⁹RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Ensino jurídico e direito alternativo, p. 207.

intermédio das mais diversas possibilidades de exercer a profissão: advogado, assessor jurídico, consultor, ministério público, magistratura, procuradores, defensores públicos, delegados, técnicos, professores, pesquisadores, etc.

A sociedade contemporânea vem-se caracterizando pela participação crescente das transformações e inovações tecnológicas na mediação de todas as dimensões das relações sociais. Isto ocorre no âmbito de uma estrutura cuja reprodução se processa sob a hegemonia do conhecimento técnico-científico, que, por sua vez, tem apresentado desenvolvimento com dinâmica acelerada e complexidade crescente. Sendo assim, a formação em nível superior, para possibilitar a inserção profissional nesta realidade, exige a construção de relações com o conhecimento que levem ao efetivo domínio de seus fundamentos e, não apenas à assimilação das possíveis aplicações momentâneas. Ao mesmo tempo, na perspectiva do homem que se emancipa; ao relacionar-se com a ciência e a técnica, não como um fim em si, ou para si, mas como forma específica e determinada de agir e interagir no mundo, apresenta-se a necessidade da relação com o conhecimento que incorpore a historicidade de sua elaboração, os contornos epistemológicos em que cada área se insere, e ainda, os impactos exercidos sobre a sociedade e a cultura.

Pode-se concluir que as mudanças trazidas pela portaria do MEC, que introduziu mudanças curriculares importantes aos cursos de Direito, mas não atingiu todos objetivos esperados, pois continuamos encontrando alguns problemas que existiam antes das modificações, assim o Ensino Jurídico continua necessitando de outra reforma que possa criar profissionais integrados com Justiça Social e a Técnica Jurídica.

BIBLIOGRAFIA

MORAIS, Regis de. **Entre a educação e a barbárie**. Campinas : Papyrus, 1983.

OAB – ENSINO JURÍDICO, **Novas Diretrizes Curriculares**. Conselho Federal da OAB de Brasília-DF.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Ensino jurídico e direito alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de alice : o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo : Cortez, 1996.

STEIN, Suzana Albornoz. **Por uma educação libertadora**. Petrópolis : Vozes, 1984.

O Desenvolvimento Econômico Sustentável do Estado do Acre e as Relações de Trabalho Decorrentes

Maria Cesarineide de Souza Lima

Juiza do Tribunal do Trabalho da 14ª Região, Ex-Procuradora da PGE/AC; Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Acre - UFAC, em convênio com a Universidade Federal de Minas Gerais; Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Petrópolis; Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto Brasileiro em Direito Processual Civil; Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes-RJ e Pós-graduada "Latu Sensu" em Direito Público pela Faculdade Integrada de Pernambuco - FACIPE, em parceria com a Associação dos Procuradores do Estado do Acre - APEAC; Pós-Graduada pela Fundação Getúlio Vargas - FGV, em Poder Judiciário.

O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL DO ESTADO DO ACRE E AS RELAÇÕES DE TRABALHO DECORRENTES.

1. Introdução:

Iniciamos este painel trazendo à reflexão o seguinte trecho de Augusto Cury, em sua obra *O Mestre da Sensibilidade*:

Há duas maneiras de se fazer uma fogueira: com as sementes ou com um punhado de lenha. Qual maneira você escolheria?

Fazer fogueira com uma semente parece um absurdo, uma loucura. Todos, certamente, escolheríamos a lenha. Entretanto, o mestre de Nazaré pensava a longo prazo, por isso sempre escolhia as sementes. Ele as plantava, esperava que as árvores crescessem, dessem milhares de outras sementes e, aí sim, fornecessem a lenha para a fogueira.

Se escolhesse a lenha, acenderia a fogueira apenas uma vez, mas como preferia as sementes, a fogueira que se acendia nunca mais se apagava(...)¹

No do Acre também se pensa assim. É um Estado que há muito despertou para o poder da semente. Foi acreditando nele que está trilhando um modelo de desenvolvimento sustentável, que permita a geração de emprego e renda, sem ocasionar, contudo, qualquer devastação da natureza.

2. Breve esboço histórico

A agressão ao meio ambiente, em maior ou menor grau, coincide com a presença do homem na terra, sobretudo quando ele passa a utilizar os recursos naturais em seu benefício. Na idade média já podia se perceber, em certos lugares, escassez da madeira, em virtude de sua queimada para a produção de energia, o que ocasionou a destruição de grandes áreas florestais.²

Todavia, na era industrial, os danos ambientais ganharam proporções alarmantes, com transformações negativas sobre a natureza, acarretando uma rápida escassez dos recursos naturais nos países industrializados.³

Essa situação desperta uma consciência ecológica. A preocupação com o meio ambiente e a qualidade de vida alcança nível mundial, culminado com a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente, realizada em Estocolmo, no ano de 1972, onde foi declarado pela primeira vez ter o homem

o direito fundamental à liberdade, à igualdade e as condições de vida satisfatórias, em um meio ambiente no qual a qualidade lhe permita viver na dignidade e bem-estar. Ele tem o dever solene de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras. (Vladimir Passos de FREITAS, *Direito administrativo e meio ambiente*).⁴

A partir dessa declaração inicia-se a mudança de paradigma do homem para as questões atinentes à natureza. A preocupação com os efeitos da degradação ambiental cresce, ultrapassa fronteira, incorpora-se na cultura e na legislação dos mais variados países, inclusive daqueles em desenvolvimento, destacando-se o Brasil, que abriga a maior floresta tropical do mundo.

3. Tutela Jurídica da Natureza

Em nosso país, o meio ambiente, direito de terceira geração, foi alçado a nível constitucional, merecendo tratamento específico em capítulo próprio da Constituição de 1988, que pode ser considerada como uma das cartas mais avançada do mundo.

¹ CURY, Augusto Jorge. *O mestre da sensibilidade*, p. 31.

² LEUZINGER, Márcia Dieguez. *Meio ambiente: propriedade e repartição constitucional de competências*, p. 31-32.

³ Cf. ROCHA, Ibraim José das Mercês. *Meio ambiente e globalização: flexibilização normativa da lei brasileira sobre preservação florestal*. Livro de teses do XXV Congresso Nacional de Procuradores de Estado, p. 645.

⁴ *Apud* LEUZINGER, Márcia Dieguez. *Meio ambiente: propriedade e repartição constitucional de competências*, p. 12

Há que se ressaltar, por outro lado, que o direito ambiental foi consagrado como um direito fundamental, ao lado daqueles elencados no art. 5º, da Carta Magna.

Oportuno aqui destacar o art. 225, da citada Carta, que assegura a todos o direito público subjetivo ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida, determinando ao Poder Público e à coletividade o *múnus* de sua defesa e a preservação para as gerações presentes e futuras.

Com efeito, sem preservação do meio ambiente em todas as suas formas, não há que se falar em preservação do homem. Uma coisa prescinde da outra. E nisso a Constituição foi sábia ao colocar como destinatária da norma — não só de direito ambiental, mas de toda e qualquer norma de direito positivo — a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

4. Conceito de Meio Ambiente

A Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que instituiu formalmente uma Política Nacional de Meio Ambiente, nos traz o conceito legal de meio ambiente, em seu art. 3º, I, nos seguintes termos: “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.”

No magistério de José Afonso da Silva o meio ambiente pode ser considerado como “a interação entre o conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas.”⁵

Trata-se, portanto, de um conceito amplo. O meio ambiente é tudo o que nos rodeia. Ele não se resume a fauna e a flora, Embora uno, o meio ambiente deve ser interpretado de forma holística, como o meio ambiente natural, artificial, cultural. O meio ambiente de trabalho também alcançou *status* e tutela constitucional, malgrado não esteja inserido no capítulo destinado ao meio ambiente, porém, no de saúde, sendo destacado por José Afonso da Silva:

Merece referência, em separado, o meio ambiente do trabalho como o local em que se desenrola boa parte da vida do trabalhador, cuja qualidade de vida está, por isso, em íntima dependência da qualidade daquele ambiente. É um meio ambiente que se insere no artificial, mas digno de tratamento especial, tanto que a Constituição o menciona explicitamente no art. 200, VIII, ao estabelecer que uma das atribuições do sistema único de saúde consiste em colaborar na proteção do ambiente, nele compreendido o do trabalho. O ambiente do trabalho é protegido por uma séria de normas constitucionais e legais destinadas a garantir-lhe condições de salubridade e segurança.⁶

Constata-se, desse modo, que a sadia qualidade de vida, como direito fundamental, não é uma questão isolada, restrita a determinadas áreas. Diz Paulo de Bessa Antunes que há uma certa dificuldade do direito ambiental em relacionar-se com outros ramos do Direito, dada a interpenetração de seus princípios e de suas normas nos demais ramos, não existindo, assim, vizinhança, mas moradia comum. Ou seja, ele não se coloca em paralelo a “outros direitos”, mas, sim, penetra-os, fazendo com que estes assimilem as preocupações ambientais.⁷

5. Direito do trabalho e direito ambiental

A relação entre o Direito do Trabalho e o Direito Ambiental, ainda que não aparente, é histórica. Isto porque o viés do Direito Ambiental voltado ao controle da poluição, química, física e biológica origina-se da legislação trabalhista, pois foi na época da Revolução Industrial que se constatou a degradação do meio ambiente natural e humano de forma mais acelerada. A proteção do trabalhador, portanto, por mais de um século é regulada por normas inseridas no Direito do Trabalho, pois somente na década de 60 é que se deu a autonomia

⁵ SILVA, José Afonso da. Direito ambiental constitucional, p. 2.

⁶ SILVA, José Afonso da. Direito ambiental constitucional, p. 4-5.

⁷ FARJALLA, Víctor. Meio ambiente do trabalho: competência legislativa, vol. 2, p. 727.

científica do Direito Ambiental. A partir daí a OIT – Organização Internacional do Trabalho passa a cuidar das questões atinentes ao ambiente do trabalho sob uma nova perspectiva.⁸

O Direito do Trabalho, como se sabe, surgiu do chamado Estado do bem-estar social que introduziu os direitos sociais como de segunda geração. O Estado liberal e não-intervencionista é sucedido por um Estado provedor, para garantia dos direitos fundamentais do homem. Entretanto, não bastava apenas assegurar a liberdade de aquisições desses direitos, mas prover o próprio direito. Por essa razão é que a Carta de 1988, após severos anos de regime de exceção, deu ênfase, em seu texto, a vida, o trabalho, a saúde e o meio ambiente, visando proteger, sobretudo, a dignidade da pessoa humana.

Paralelamente aos direitos sociais, surgiram os direitos cunhados de terceira geração, como é o caso do direito ao meio ambiente e ao desenvolvimento.

O Direito Ambiental surge como uma necessidade de frear a devastação do ambiente em escala mundial, embalada por duas ideologias: a do progresso e o desenvolvimento econômico.

Verifica-se que, ainda, que esses ramos do direito tenham se desenvolvido por razões sociais distintas:

ambos são instrumentos voltados para a garantia de direitos fundamentais do homem, sempre que ameaçados pela atividade econômica, seja na exploração do trabalho, seja na exploração dos recursos naturais. O nobre objetivo destes ramos do direito é impedir a degradação do homem e do meio ambiente pela atividade econômica.⁹

6. Meio ambiente e desenvolvimento econômico

Como dito anteriormente, o desenvolvimento de muitos países na era industrial se deu às custas de grandes perdas ambientais.

Entretanto, quando eles constataram a escassez dos seus recursos naturais, passaram a priorizar a preservação do meio ambiente e a exigir dos países de terceiros mundo maior responsabilidade na gestão dos seus recursos naturais. Estes, no entanto, reagiram pela manutenção de sua soberania e direito ao desenvolvimento, o que implica na exploração de seus recursos naturais.

Ao abordar este ponto, Márcia Leuzinger é incisiva ao afirmar que o discurso aparentemente ambientalista dos países ricos, “a propósito de frear a degradação ecológica mundial, pretendiam, em um segundo plano, dificultar o desenvolvimento econômico dos países do terceiro mundo.”¹⁰

Coerentemente, no entanto, a mencionada jus-ambientalista adverte:

(...) apesar de o discurso dos países desenvolvidos ocultar propósitos que estão longe de buscar a proteção da natureza, são as críticas por eles tecidas, em grande parte, verdadeiras, pois a forma de desenvolvimento empreendida pelos países do terceiro mundo, sem qualquer tipo de controle, assim como acontecera outrora naqueles Estados hoje desenvolvidos, responsáveis por grande parte dos problemas ambientais existentes atualmente, leva, sem dúvida, à destruição descontrolada do ambiente natural, colocando em risco a qualidade de vida de seus habitantes.¹¹

Comungamos do entendimento esposado pela autora. É mister que haja mecanismos que permitam a compatibilização do desenvolvimento das atividades econômicas, com o direito de preservação do meio ambiente.

Cumpramos esclarecer, no entanto, que:

⁸ FIGUEIREDO, Guilherme de Purvin de. O papel dos trabalhadores na construção de uma sociedade economicamente sustentável, p.1935-1940.

⁹ Idem, p. 1934-1935.

¹⁰ LEUZINGER, Márcia Dieguez. Meio ambiente: propriedade e repartição constitucional de competências, p. 27.

¹¹ Idem, p. 27-28.

quando se falar em preservação, não se está objetivando uma estagnação econômica ou a não-utilização absoluta dos recursos naturais. A produção industrial e os avanços tecnológicos são igualmente indispensáveis a vida dos seres humanos, mas a medida de exploração é que deve ser levada em consideração, a fim de que não se esgotem os recursos naturais renováveis ou não, mantendo-se um nível aceitável de sua utilização, para que deles possam desfrutar não apenas as presentes, mas também as futuras gerações.¹²

Não se pode olvidar, por outro lado, que o art. 3º da Lei Fundamental coloca o desenvolvimento nacional como objetivo fundamental do Brasil. E o direito ao desenvolvimento é garantido tanto individual como a toda coletividade de maneira ampla, haja vista que a ordem econômica é fundada na livre iniciativa, sendo assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização dos órgãos públicos, salvo quando previsto em lei (art. 170, § único), tendo a livre concorrência como um de seus princípios (art. 170, IV).

É importante enfatizar, ainda, que nos países em desenvolvimento tormentosa é a questão da pobreza, visto que parte dos problemas ambientais é decorrente dela. Logo, a erradicação desta, com o desenvolvimento sustentável, com crescimento econômico equilibrado, está na base para as soluções ambientais, para a geração de trabalho e a garantia de uma vida sadia cercada de bem-estar.

A Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992, dispõe em seu princípio: "(...) o direito soberano de cada Estado explorar seus próprios recursos segundo suas próprias políticas de meio ambiente e desenvolvimento, mas sempre com a responsabilidade de assegurar que as atividades não causem danos ao meio ambiente."

No ordenamento brasileiro consta desde 1981 a Lei nº 6.938, que objetiva compatibilizar o desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico, promovendo-se assim o **desenvolvimento sustentável**.

Por sua vez, a atual Carta Magna também estabeleceu um limite às atividades econômicas, conforme se vislumbra em seu art. 170, VI, ao condicionar o exercício da ordem econômica à observância do princípio da defesa do meio ambiente.

Nesse ponto, é importante trazer à baila o magistério de Cristiane Derani, quando ela aborda a simbiose existente entre os princípios econômicos pautados na Lei Maior e o meio ambiente:

Este modo de pensar o desenvolvimento econômico decorre da interpretação dos princípios da ordem econômica constitucionalmente construídos, e que se destinam a reger a atividade econômica, inserindo outros fatores. Um novo ângulo de se observar o desenvolvimento econômico, inserindo outros fatores na formação de políticas públicas, é conformado pela presença do capítulo do meio ambiente na Constituição Federal. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado exposto no art. 225 se faz presente como princípio a ser respeitado pela atividade econômica no art. 170, IV. A positivação desse princípio ilumina o desenvolver da ordem econômica, impondo sua sustentabilidade.¹³

Na mesma linha de raciocínio, manifesta-se, com muita propriedade, a Dra. Mary Helena Alegrette, Secretária de Coordenação da Amazônia, do Ministério do Meio Ambiente:

Urge sairmos da dicotomia tradicional, na qual o desenvolvimento implica degradação dos recursos naturais, e a proteção do meio ambiente significa manter a população na pobreza. O que necessitamos, mesmo, é de um modelo de desenvolvimento sustentável, que permita a geração de emprego e renda, além de meios favoráveis à preservação da vida, mas sem ocasionar a devastação da natureza.¹⁴

Desenvolvimento sustentável, segundo Luis Roberto Barroso, é "aquele apto a atender

¹² Idem, p. 36.

¹³ DERANI, Cristiane. Direito ambiental econômico, p. 3344.

¹⁴ LEITE, Paulo Costa. Abertura do III SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, p.11.

as necessidades básicas das gerações atuais e futuras, bem como garantir a renovação dos estoques atuais de recursos.”¹⁵

7. Desenvolvimento sustentável do Estado do Acre

O ontem: A população acreana, em sua grande maioria, é descendente dos migrantes nordestinos, sobretudo dos bravos cearenses, que se deslocaram para este Estado, em decorrência do ciclo da borracha, ocupando as margens dos rios, para extrair seringa na selva acreana. Até a metade do século XX, nosso Estado foi o principal fornecedor do látex fornecido aos países desenvolvidos.

Na década de 70, por políticas alheias às peculiaridades da Amazônia, imigrantes de outras plagas vieram para cá seduzidos pela recém-iniciada atividade pecuária extensiva. Nessa época, a percepção de lucros rápidos cegou as inteligências, endureceu os corações, negligenciou-se a atividade extrativista, ocasionando perda de identidade. Essa situação, aliada a decadência da borracha, contribuíram para que muitas famílias dos seringais passassem a ocupar as cidades, “levando consigo o jeito próprio de coexistir com a floresta.”¹⁶ Outras, porém, mesmo com as condições adversas, resistiram àqueles que pretendiam derrubar nossas matas.

Com efeito, os povos tradicionais do Acre, ao contrário dos de outros Estados da própria Amazônia, não se quedaram ao novo processo de produção, decidindo “lutar pela vida em harmonia com a natureza, do jeito que aprenderam a sobreviver na floresta.”¹⁷ Nessa cruzada, o seringueiro acreano CHICO MENDES tem sua vida ceifada o que chama a atenção planetária para a AMAZÔNIA, tornando mais intensa e permanente a preocupação com as questões ambientais.

O hoje: A Administração Estadual, capitaneada pelo Governador do Estado, o Engenheiro Florestal Jorge Viana, certa de que as políticas, os planos de desenvolvimento devem ser pensados sob a perspectiva de atendimento das gerações atuais e futuras “adotou a política de desenvolvimento sustentável como princípio para a construção de um novo paradigma na relação do homem com a floresta amazônica.”¹⁸

Para tanto, elaborou-se o Zoneamento Ecológico Econômico¹⁹ que está sendo consolidado como instrumento básico e referencial para o planejamento e gestão do processo de desenvolvimento, identificando a potencialidade de cada região e orientando os investimentos do governo para que sejam feitos de acordo com a vocação natural de cada sub-região.

Haverá espaço para o extrativismo, a agroindústria e também para a agropecuária. O patrimônio do povo acreano abrange os recursos da produção agrícola e pecuária, dos sistemas agroflorestais, das florestas, do extrativismo, da exploração madeireira, das áreas protegidas e dos nossos rios.

Não se pode ignorar, portanto, que a ecologia está relacionada aos aspectos econômicos e sociais.

Atualmente já se começa a colher frutos de todo esse trabalho. Prova disso é a geração de emprego e renda que se encontra em desenvolvimento em nosso Estado.

Relações de trabalho decorrentes do desenvolvimento econômico sustentável do Estado do Acre.

O governo do Estado do Acre está ciente de que a geração de empregos sustentáveis constitui atualmente um grande desafio a ser enfrentado, bem como ser ele uma solução para melhorar a qualidade de vida do planeta.

¹⁵ BARROSO, Luis Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas.

¹⁶ GOVERNO DO ESTADO DO ACRE, Revista “produtos e empresas”, p. 5.

¹⁷ Cf. GOVERNO DO ESTADO DO ACRE, Revista “produtos e empresas”, p. 5.

¹⁸ GOVERNO DO ESTADO DO ACRE, Revista “produtos e empresas”, p. 3.

¹⁹ Segundo consta no próprio texto do ZEE, ele é um instrumento estratégico de planejamento regional e gestão territorial, cujo objetivo principal é contribuir para a implementação prática do desenvolvimento sustentável.

Nesse cenário, podemos afirmar que existem diversas iniciativas do governo, de um plano de geração de empregos sustentáveis bastante abrangente, o qual inclui a valorização e modernização do extrativismo, por exemplo, com o desiderato de proteger os recursos florestais acruanos e manter as populações tradicionais em seu habitat natural. E essas iniciativas já começam a se consolidarem.

O extrativismo é uma das principais atividades da Amazônia, envolvendo produtos como palmito, cupuaçu, açaí, guaraná, ervas medicinais, buriti e óleos vegetais. O grande potencial, no entanto, é a extração do látex e da coleta da castanha-do-brasil. Esta, encontra-se em expansão. O setor é estratégico porque ocupa intensa mão-de-obra. Estima-se que 2.000 mil famílias foram beneficiadas. Após a castanha ser coletada e pré-selecionada pelos castanheiros, ela é processada e industrializada por Cooperativas. A produção desse produto destina-se preponderantemente ao mercado internacional, motivo pelo qual estão sendo instaladas duas usinas de castanhas, nos municípios de Xapurí e Brasiléia, com capacidade de 1.900 toneladas ano, a partir de 2005.

A safra da castanha vai de dezembro a maio, época em que o extrativista suspende as atividades do látex.

A Borracha

O subsídio estadual para o preço da borracha proporcionou o retorno de 1.800 famílias aos seringais de origem. O preço pago pelo quilo da borracha aumentou em 230% nos primeiros anos. O aquecimento do setor gerou emprego e renda na floresta, ocasionando o aumento na produção anual, triplicando a renda do seringueiro. Além disso, temos empresas produzindo e comercializando o couro, que é utilizado na fabricação de bolsas, mochilas, pastas, artigos de vestuário, calçados, etc., destinado ao mercado internacional e que vem beneficiando associações de seringueiros e agricultores. É importante destacar que, com projetos em parceria com o Governo Federal, a produção de borracha ganha com a instalação de uma fábrica de preservativos no município de Xapurí, com geração de 150 empregos diretos e 700 ocupações produtivas.

A agricultura

Na agricultura, via cooperativas, que reúne associações de seringueiros e de agricultores (ocupando 1.200 famílias), há mais de mil casas de farinha de mandioca em atividade, gerando empregos e renda a pequenos produtores, principalmente na cidade de Cruzeiro do Sul. O potencial de mercado se encontra em expansão, atingindo outros Estados. Tendo sido comercializada até pelo Grupo Pão de Açúcar – Programa Caras do Brasil.

O governo, por outro ângulo, criou instrumentos para incentivar a indústria, recuperando o distrito industrial e implantando o Pólo Moveleiro. Neste setor, as empresas estão comprometidas em valorizar a arte milenar da marcenaria e do *design*, confeccionando peças com madeira e outros produtos da floresta, retirados de reservas extrativistas certificadas e com selo verde do FNC (Conselho de Manejo Florestal).

O amanhã

Nesse novo caminhar o Estado do Acre busca preparar o ser humano para ser um engenheiro de idéias e não pedreiro das mesmas obras, pois

quem não consegue enxergar o poder contido numa semente nunca mudará o mundo que o envolve, nunca influenciará o ambiente social e profissional que o cerca. Uma mudança de cultura só será legítima e consistente se ocorrer por intermédio das singelas e ocultas sementes plantadas na mente dos homens e não por intermédio da imposição de pensamentos.²⁰

Para isso, aliou educação e desenvolvimento econômico, criando um Centro de Formação Profissional, a chamada Escola da Floresta, objetivando difundir tecnologias

²⁰ Augusto Jorge CURY, O mestre da sensibilidade, p. 31.

sustentáveis aos filhos de produtores rurais, seringueiros, pescadores e até pequenos empresários dos municípios. Os cursos oferecidos são de Técnico Florestal, Técnico Agroflorestal, Técnico Agroindustrial. Estão programados, ainda, os cursos de Técnico em Turismo e de Empreendedorismo.

8. Conclusão:

Encerrando nossas palavras, podemos concluir que no Acre se busca um equilíbrio entre os aspectos econômicos e sociais das atividades produtivas e o uso dos produtos naturais. Além disso, a agregação de valor às atividades agrícolas, extrativistas e florestais, fixa as populações tradicionais que, além de deterem conhecimento secular sobre a propriedade dos recursos naturais, contribuem sobremaneira para a preservação da natureza. De outra parte, nesse processo de desenvolvimento sustentável há geração de emprego e renda, bem como abertura para novas perspectivas na região, onde “os futuros investidores possam olhar para os povos da floresta não com uma visão paternalista ou filantrópica, mas que possam ganhar dinheiro com eles, e não deles”²¹, preservando-se, também, a dignidade do ser humano, com a valorização de seu trabalho.

Oportuno acrescentar, ainda, que todas as relações decorrentes do desenvolvimento econômico sustentável do Estado do Acre, sejam com vínculo empregatício ou não, com a nova reforma do Poder judiciário, deverão ser incluídas na competência da Justiça do Trabalho. Isso porque o “juiz do trabalho não deve ser o juiz da CLT e sim o magistrado da legislação social.”²²

Tudo isso aponta para um cenário de maior atuação da Justiça do Trabalho em nosso Estado.

Por fim, parafraseando o poeta amazonense Thiago de Melo, o Acre não tem um caminho novo, mas um novo jeito de caminhar.

9. BIBLIOGRAFIA:

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 3. ed., Rio de Janeiro: renovar, 1996.

COUTINHO, Grijalbo S. P., **Ampliação da competência da justiça do trabalho**. Disponível em <www.anamatra.org.Br>. Acesso em out. 2004.

CURY, Augusto Jorge. **O mestre da sensibilidade**. São Paulo: Academia da inteligência, 2000.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 2. ed., São Paulo: max limonad, 2001.

FARJALLA, Victor. **Meio ambiente do trabalho: competência legislativa**. In: CADERNO DE TESES XXVIII CONGRESSO NACIONAL DOS PROCURADORES DE ESTADO, Gramado, 2002.

FIGUEIREDO, Guilherme de Purvin de. **O papel dos trabalhadores na construção de uma sociedade economicamente sustentável**. Direito difusos, São Paulo, v. 15, n. III, 2002.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Direito administrativo e meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 1995.

GOVERNO DO ESTADO DO ACRE. **Revista “produtos e empresas”**. Rio Branco: p. 3 – 40, 2003.

²¹ GOVERNO DO ESTADO DO ACRE, Revista “produtos e empresas”, p. 36.

²² COUTINHO, Grijalbo S. P. Ampliação da competência da justiça do trabalho. www.anamatra.org.Br, out. 2004.

LEITE, Paulo Costa. **Discurso de abertura**. In: III SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, Brasília: CJP, 2002.

LEUZINGER. Márcia Dieguez. **Meio ambiente: propriedade e repartição constitucional de competências**. Rio de Janeiro: Esplanada, 2002.

ROCHA, Ibraim José das Mercês. **Meio ambiente e globalização: flexibilização normativa da lei brasileira sobre preservação florestal**. in: LIVRO DE TESES DO XXV CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DE ESTADO, Maceió 1999.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

O Papel dos Juízes nas Democracias Constitucionais segundo Ronald Dworkin

Caterine Vasconcelos de Castro

Procuradora-Chefe da Coodenadoria de Cálculos, Execução e Precatórios - CCEP, Graduada pela Universidade Federal do Acre; Pós – Graduada em Processo Civil pela UCAM; Pós-Graduada “Latu Sensu” em Direito Público pela Faculdade Integrada de Pernambuco - FACIPE, em parceria com a Associação dos Procuradores do Estado do Acre - APEAC e Mestranda em Direito pela UFSC.

O PAPEL DOS JUÍZES NAS DEMOCRACIAS CONSTITUCIONAIS SEGUNDO RONALD DWORKIN

“Os Tribunais são as capitais do império do direito, e os juízes são seus príncipes”.
(Ronald Dworkin)¹

1 INTRODUÇÃO

A presente resenha tem por objetivo apresentar as idéias consagradas pelo professor Ronald Dworkin ² (Frank Henry Sommer Professor of Law, New York University School of Law) em Conferência Magna de Abertura do I Congresso Internacional de Direito Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro, organizado no período de 28 a 30 de novembro de 2005, cujo marco teórico é o neoconstitucionalismo, a força normativa da constituição e jurisdição constitucional.

Cumpre preambularmente destacar, que o Presidente de Honra do Congresso, professor titular da cadeira de Direito Constitucional da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Luís Roberto Barroso, inaugura o congresso ressaltando que “o constitucionalismo democrático é a ideologia do mundo contemporâneo e que a superação do positivismo democrático se dá pela democratização do direito, pela argumentação jurídica.”

Prossegue enfatizando que o constitucionalismo foi o projeto político vitorioso ao final do milênio. A proposta do minimalismo constitucional, que procura destituir a Lei Maior de sua dimensão política e axiológica, para reservar-lhe um papel puramente procedimental, não é compatível com as conquistas do processo civilizatório. O ideal democrático realiza-se não apenas pelo princípio majoritário, mas também pelo compromisso na efetivação dos direitos fundamentais.

Com efeito, todos os temas da teoria constitucional, por mais tópicos que sejam, sempre têm a ver com a jurisdição constitucional, a soberania popular e a limitação de poder. Ou seja, onde une-se direito e política. Esses paradoxos encontram-se na raiz do constitucionalismo.

Nesse contexto, o professor Ronald Dworkin, abrilhanta o evento com sua conferência de abertura propondo-se a responder a seguinte indagação: “Devem os juízes ser filósofos no contexto das democracias constitucionais?” Os juízes devem tirar os livros de filosofia das prateleiras para saber o que dizem. Mas os juízes podem ser filósofos?

2. FILOSOFIA DO DIREITO E ATIVIDADE JUDICIAL

Segundo o conferencista, os juizes são responsáveis pela concretização das expectativas constitucionais. Todas as idéias de igualdade e isonomia são pensadas pelos filósofos há séculos. Os filósofos por todos estes séculos se perguntaram também sobre a liberdade, igualmente como os juízes. Então, perquire-se: os juízes devem ser filósofos numa Democracia?

Para Dworkin, os juízes devem seguir as intenções e expectativas do constituinte e não se substituem ao legislador, o que significa que o poder judiciário tem como função garantir direitos preestabelecidos, de forma que o juiz está subordinado à lei e ao direito.

Porém, adverte que a lei utiliza-se de linguagem abstrata, por exemplo, refere-se a conceitos subjetivos, como Liberdade, Igualdade, Propriedade. Então como o juiz irá estabelecer a extensão desses conceitos no julgamento de um caso concreto? Nos casos difíceis, os juízes não baseiam suas decisões em objetivos sociais ou diretrizes políticas, mas os resolvem com base em princípios que fundamentam direitos.

¹ DWORKIN, Ronald. O império do Direito, Mass: Harvard University Press: 1986,p.214.

² Ronald Dworkin é atualmente o sucessor de Hart em sua cátedra da Universidade de Oxford e um dos principais representantes da filosofia jurídica anglo-saxônica. Crítico implacável e rigoroso das escolas positivistas e utilitaristas, baseando-se na filosofia de Rawls e nos princípios do liberalismo individualista, pretende construir uma teoria geral do direito que não exclua nem o argumento moral nem o argumento filosófico.

Dworkin propõe um modelo segundo o qual o juiz sempre encontra resposta correta no direito preestabelecido, através de uma teoria que seja capaz de justificar do melhor modo os materiais jurídicos vigentes, advertindo que o juiz carece de discricionariedade e, portanto, de poder político. Sugere, contudo, que a escolha dessa visão envolve uma questão filosófica.

A primeira constatação que se pode fazer é a de que o “político” será determinado em função de princípios, que irão definir o papel da lei. Essa servirá para tornar o governo mais coerente em princípio e preservar a integridade da ação governamental, de modo que a comunidade seja governada por “princípios e não somente por normas que podem ser incoerentes, em princípio”.

Esses objetivos, na sociedade democrática, tem a ver com a realização da tríade dos revolucionários do século XVIII: a liberdade, a igualdade e a fraternidade (que pode ser lida modernamente como solidariedade). Em torno desses três valores superiores da sociedade democrática, processa-se a determinação dos princípios constitucionais.

Ressalta que na América Latina há uma forte herança da visão positivista do direito, que significa que a fonte do Direito decorre do Soberano. Então sugere que se torna necessário estabelecer diferença entre concepção democrática de constituição majoritária, onde nem sempre há legitimidade, e concepção democrática de parceria da constituição, idéia filosófica, na qual as idéias e os valores legitimam as decisões, preocupando-se com o destino de todos, onde os direitos sociais são encarados com o intuito de concretizá-los.

Nos Estados Unidos, segundo ele, a idéia de que todos têm os mesmos direitos, é uma idéia falsa e impossível de concretizar, pois as pessoas são diferentes, vivem em realidades e circunstâncias diferenciadas.

Assim, Dworkin, diz preferir, então, a concepção de parceria do que a regra majoritária, defendida pelos teóricos comunitaristas, porque a aplicação da premissa majoritária na leitura do texto constitucional corre o risco de ignorar direitos individuais, que, porventura, entrem em conflito com a vontade da maioria. Assinala que a Democracia não é só Governo da maioria, pressupõe muito mais como a garantia de alguns direitos.

Dworkin afirma que o equívoco dos comunitários ao associar à democracia à regra da maioria, que se traduz em uma ação coletiva estatística – em que a maioria de cidadãos individuais, através do voto, toma decisões políticas – e não em uma ação coletiva comunal, que pressupõe uma entidade distinta da maioria, ou seja, o conjunto da cidadania coletivamente entendida.³

Na concepção liberalista de Dworkin, os direitos subjetivos são trunfos contra possíveis decisões de maioria eventuais que procurem restringir as liberdades individuais, onde liberdades negativas são defendidas no sentido de que entraves não devem ser interpostos ao seu pleno exercício.

O argumento dele contra a premissa majoritária baseia-se no respeito aos direitos individuais, que são relacionados com valores superiores à ordem jurídica, mas que são determinantes na sua aplicação. A concepção constitucional da democracia rejeita a tese de que o valor supremo da democracia encontra-se na vontade transitória da maioria dos cidadãos, ainda que plenamente informados e racionais em suas decisões.

Atribui a função de decisões coletivas às instituições políticas cuja estrutura, composição e prática considera em pé-de-igualdade todos os cidadãos. Situa, portanto, a igualdade de tratamento e de oportunidades como o vetor principal na prática da democracia constitucional.

Nesse sentido, assinala que as pretensões individuais justificadas pelo princípio de que todos devem ser tratados com igual respeito e consideração não podem ser violadas, segundo Dworkin, nem por diretrizes políticas nem por decisões judiciais, ainda que majoritariamente aceitas.

³ CITTADINO, Gisele. Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. 3^o ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p.157.

Para ele, de uma maneira ou de outra, os juízes, não tem como escapar dessa realidade. Por tal razão conclui que a parte clássica da filosofia moral e política deve fazer parte da formação dos profissionais de direito, porque os Juízes carecem de informação, controle e legitimidade para concretizar os direitos sociais, econômicos e financeiros.

As teorias nas quais se ancoram os atos interpretativos dos juízes, segundo Dworkin, tem o objetivo de evitar decisões judiciais fundadas em sentimentos subjetivos, assegurando os requisitos de certeza exigidos pelo direito, daí porque confere um sentido de validade deontológico aos princípios, ao se voltar contra a tese da função discricionária dos juízes formulada pelo positivismo jurídico.

3 O PAPEL DO JUIZ HÉRCULES E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS.

Para Dworkin, os direitos sociais e econômicos não podem ser previstos na constituição somente como justificativa. O governo legítimo deve demonstrar preocupações com todos a que procuram por direitos subjetivos, portanto, não é suficiente somente a previsão desse direito como declaração.

Argumenta que a idéia de direitos negativos parece subverter a idéia de democracia de parceria. O que se mostraria uma consideração igual entre os indivíduos? Aqueles que defendem a igualdade adotaram uma postura equivocada, a medida que sustentam que “todos” devem ser tratados igualmente (Igualdade Plena).

Defende que para não haver o paradoxo entre a tirania da igualdade x tirania do Judiciário, na qual apenas 11 ministros resolvem as questões de dimensão filosófica abrangente, dentro de um modelo de moral objetiva, os ministros do Supremo deveriam ser temporários (15 anos), de modo há haver uma rotatividade e alternância, indicando a possibilidade de os ministros após largarem a toga irem lecionar nas faculdades.

Dworkin ataca a teoria da função discricionária dos juízes enunciando a tese da resposta correta. A análise dos casos difíceis e a incerteza do direito que supõe é a estratégia eleita pelo autor americano para criticar o modelo da função judicial positivista. Um caso é difícil se existe incerteza, seja porque existem várias normas que determinam sentenças distintas - porque as normas são contraditórias - seja porque não existe norma exatamente aplicável.

Assinala que os juízes, nos casos difíceis, devem acudir aos princípios. Dworkin propõe um modelo de juiz onisciente, de habilidade, sabedoria, paciência e perspicácia sobre-humanas - o célebre Hércules - que deve indagar não só o texto positivo, como também a filosofia moral e política, através da qual será capaz de solucionar os casos difíceis e encontrar respostas corretas para todos os problemas.

O direito não é mais que um dispositivo que tem como finalidade garantir os direitos dos indivíduos frente às agressões da maioria e do governo. É a linguagem o meio pelo qual se torna possível coordenar e integrar os planos individuais de ação dos integrantes de uma sociedade. Como nossa linguagem, também a razão é dialógica. Assim, o diálogo é condição fundamental para que *hércules* atinja o fim desejado – a decisão racional.

O esquema utilizado por Dworkin para explicar a tese dos direitos está centrado na análise das controvérsias judiciais. Poderia ser sintetizada do seguinte modo: A) Em todo processo judicial existe um juiz que tem a função de decidir o conflito; B) Existe um direito a vencer no conflito e o juiz deve indagar a quem cabe vencer; C) Este direito a vencer existe sempre, ainda que não exista norma exatamente aplicável; D) Nos casos difíceis o juiz deve conceder vitória a uma parte baseando-se em princípios que lhe garantem o direito; E) Os objetivos sociais estão subordinados aos direitos e aos princípios que o fundamentam; F) O juiz - ao fundamentar sua decisão em um princípio preexistente - não inventa um direito nem aplica legislação retroativa, mas se limita a garanti-lo.

Dworkin, através de seus estudos, manifesta ser partidário do ativismo judicial, identificando-se com a corrente do interpretativismo moderado, cuja posição poderia ser descrita como a de um substantivista, interpretacionista e ativista, na medida em que advoga um conjunto de decisões que vai vincular as gerações de Jurisdição Constitucional e que

defende terem os Juízes mais condições de concretizar os direitos fundamentais.

Sua corrente doutrinária se encontra em oposição ao Procedimentalismo, que propõem o minimalismo constitucional, a regra de direito democrático de eleger os direitos fundamentais e se contrapõem aos fundamentos de moralidade política de uma Constituição que se perpetua nas gerações. A leitura moral da Constituição, segundo Dworkin, “coloca a moralidade política no coração do direito constitucional”.⁴

Sustenta que os juízes, na tarefa de Hércules, devem impor ordem à doutrina – devem dar sentido ao passado de modo que o projeto possa ser reinterpretado e revitalizado para o futuro. Analogicamente, compara a doutrina do precedente à construção de um romance e cadeia, uma situação em que vários autores escrevem um livro que nunca é concluído. Queremos que os juízes atuais partam de onde os juízes decidira há cem anos, mas acrescentando algo de novo e propiciar a continuidade.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A idéia de que existe uma interpretação correta está profundamente enraizada no projeto de Dworkin na medida em que argumenta que a interpretação não implica a perda de um critério porque uma interpretação deve ajustar-se ao objeto, o qual é o critério para a validação da teoria.

Desse modo, Dworkin caracteriza o direito como uma prática interpretativa fundada num consenso geral anterior quanto a natureza do direito. Portanto, exorta os juristas a não se verem como meros servidores do Estado, porque eles têm a chave do desenvolvimento de uma sociedade. Porém, adverte, que os juízes não exercem, nem podem de boa fé exercer, um poder discricionário descontrolado ao decidirem qualquer caso, mesmo quando aparentemente não houver regras jurídicas para o juiz aplicar.

Para ele, a tarefa do juiz num caso difícil consiste em decidir o caso à luz da moralidade política mais ampla do sistema jurídico, de modo a proteger os valores jurídicos fundamentais do sistema democrático de um país.

Dworkin pede aos profissionais do direito, como os advogados e juízes, que voltem seu raciocínio para o mundo exterior e situem suas deliberações numa concepção holística de sua sociedade.⁵

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CITTADINO, Gisele. Pluralismo, **Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**. 3^o ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's Laws. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1996.

_____. **O papel dos juízes nas democracias constitucionais**. IN: I Congresso Internacional de Direito Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro, organizado pela Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro, 2005.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: Dos Gregos ao Pós-Modernismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

⁴ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Laws. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1996, p. 2.

⁵ MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito: Dos Gregos ao Pós-Modernismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

Análise Interpretativa Acerca de Dispositivos da Lei de Licitações

David Laerte Vieira

Procurador do Estado, atualmente exercendo o cargo de Secretário Adjunto de Compras, Licitação e Contratos. Mestrando em Direito Econômico pela Universidad Autónoma de Assunción, Especialista em Direito Público pela Faculdade Integrada de Pernambuco - FACIPE, Especialista em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes - UCAM e Especialista em Biologia pela Universidade Federal de Lavras e Especializando em Administração Pública pela União Educacional do Norte - Uninorte.

Francisca Rosileide de oliveira Araújo

Procuradora-Chefe da Procuradoria Administrativa, Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Acre - UFAC, em convênio com a Universidade Federal de Minas Gerais e Pós-graduada "Latu Sensu" em Direito Público pela Faculdade Integrada de Pernambuco, em parceria com a Associação dos Procuradores do Estado do Acre - APEAC.

PARECER PGE/PA Nº 47/2004
PROCESSO PGE Nº 428/2004
INTERESSADO: SECRETARIA DE ESTADO DE EDUCAÇÃO
ASSUNTO: ANÁLISE INTERPRETATIVA ACERCA DE DISPOSITIVOS DA LEI DE LICITAÇÕES.

I - RELATÓRIO

A Secretaria de Estado de Educação, mediante **OF/GAB/ADJ/SEE/Nº 175/2004, datado de 01 de junho de 2004**, consulta esta Procuradoria-Geral do Estado sobre a interpretação de dispositivos da **Lei nº 8.666/93 (inciso II do art. 57; incisos I e II do art. 24 e § 1º do art. 65)**, em matéria de prorrogação de serviços de natureza contínua e a estipulação do limite para supressão ou acréscimo em contratos administrativos.

Desta feita, oportuno transcrever as consultas, *ipsis litteris*:

“1) As prestações de serviços de vigilância armada, limpeza e conservação, manutenção de veículos com reposição de peças, fotocópias, transportes de água potável, locação de automóvel, e de agenciamento de viagens com fornecimento de bilhetes de passagens, **podem ser considerados de natureza contínua e, portanto, prorrogados com fundamento legal no inciso II do art. 57 da Lei nº 8.666/93, e subseqüentes alterações?**

2) **As prestações de serviços cabíveis de prorrogação com fundamento no inciso II do art. 57 da Lei nº 8.666/93, quando prorrogados, podem ultrapassar na somatória de valores (contrato principal + termos aditivos) o limite da modalidade de licitação que originou o contrato?**

3) Considerando que os diversos órgãos do Estado contratam diretamente (através de coletas de preços) serviços e compras eventuais de pequeno valor, no limite previsto no inciso II do art. 24 da Lei nº 8.666/93, pergunta-se: **Pode a Secretaria de Educação, por analogia, e com fundamento no inciso I, do art. 24 da Lei nº 8.666/93, contratar obras e serviços de engenharia (instalações elétricas, hidráulicas, construção de poços, etc.), através de Processo de Coleta de Preços, sem o encaminhamento à Procuradoria Geral do Estado, haja vista o disposto no art. 3º, do Decreto 351/95?**

4) **Podemos aditar um contrato nos termos do § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666/93, se a somatória de valores (contrato principal + termo aditivo) ultrapassar o limite da modalidade de licitação?**

5) Em uma Tomada de Preços, cujo **objeto** é o de “Limpeza e conservação nas dependências internas e externas das escolas rurais e urbanas” de um município, onde consta no edital o quantitativo de pessoas necessárias à sua execução, pergunta-se: **Em função de ampliação nas dependências de escola (s) e/ou aumento do quantitativo de serventes necessários na escola em virtude do disposto no art. 46, § 1º, da Instrução Normativa nº 004/2004 (cópia anexa), pode-se prorrogar o prazo de vigência do contrato com uma quantidade de pessoas, e por consequência de valores, superior aos 25% (vinte e cinco por cento) estabelecidos no § 1º do art. 65 da Lei 8.666/93?”**

Instruindo os autos, constam os seguintes documentos: OF/GAB/ADJ/SEE/Nº 175/2004, datado de 1º de junho de 2004, da Secretária Adjunta de Ensino, destinado ao Procurador-Geral do Estado (fls. 02/03); Cópia da Instrução Normativa nº 004/2004, de abril de 2004, que Estabelece Diretrizes Administrativo-Pedagógicas no Âmbito das Escolas da Rede Estadual de Ensino (fls. 04/26).

É o relatório.

Passamos a opinar.

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.1– Dos Serviços de Natureza Contínua.

Serviços de Natureza Contínua, como o próprio nome sugere, são serviços que não podem sofrer solução de continuidade, sob pena de prejuízo para Administração Pública. Tais serviços, não ficam adstritos a vigência dos respectivos créditos orçamentários, podendo ser prorrogados pela Administração Pública.

Neste particular, nos contratos de serviços a serem prorrogados, quando de natureza contínua, há um limite à faculdade da Administração Pública, vez que não é do talante da mesma caracterizar todo e qualquer serviço como sendo de natureza contínua.

Acerca da matéria, a Instrução Normativa nº 18, MARE, datada de 22 de dezembro de 1997, tratou de conceituar e elencar alguns serviços como sendo de natureza contínua, sendo que tal elenco não se apresenta como numerus cláusus, ou seja, é apenas exemplificativo, podendo Administração, levando em consideração a situação concreta, admitir outro serviço como de tal natureza.

Por oportuno, impende salientar que a mesma lei que flexibiliza à Administração a prorrogação de contratos de serviços de natureza continuada (Lei 8.666/93) prevê em seu art. 92, pena de detenção de dois a quatro anos, e multa para o Administrador que **“(...)admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei(...)”**, ainda no parágrafo único do artigo em comento, leia-se: **“(...) incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais”**. (destacamos)

Nesse aspecto, resta ao Administrador ser coerente e inserir os serviços de natureza contínua no limite por lei determinado.

Destarte, restou providenciado o conceito de tais serviços quando da edição da *Instrução Normativa nº 18, de 22 de dezembro de 1997*, do então Ministério de Administração e Reforma do Estado – MARE, que a propósito dispõe:

SERVIÇOS CONTINUADOS são aqueles serviços auxiliares, necessários à Administração para o desempenho de suas atribuições, cuja interrupção possa comprometer a continuidade de suas atividades e cuja contratação deva estender-se por mais de um exercício financeiro.¹

Acerca do tema em apreço, colheu-se o escólio do renomado Administrativista Jessé Torres Pereira Júnior que, em tempo, providenciou sintético conceito atinente a serviço de natureza contínua, conceituando-o como “aquele cuja falta paralisa ou retarda o serviço, de sorte a comprometer a correspondente função estatal ou paraestatal.”²

¹ MARE – Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado – existiu entre janeiro de 1995 e dezembro de 1998 (1º mandato do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso).

² Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública, Ed. Renovar, 1997, p. 395.

Em igual sentido ensina o não menos festejado Marçal Justen Filho:

o dispositivo abrange os serviços destinados a atender necessidades públicas permanentes, cujo atendimento não exaure prestação semelhante no futuro. Estão abrangidos não apenas os serviços essenciais, mas também compreendida necessidade pública permanente relacionada com atividades que não são indispensáveis. O que é fundamental é a necessidade pública permanente e contínua a ser satisfeita através de um serviço.³

Acerca do assunto, trazemos matéria constante do Informativo nº 32, de março/2000, da Controladoria Geral do Estado do Rio Grande do Norte, onde se destaca a definição e a exemplificação de serviços de natureza continuada:

serviços de execução contínua – conceito

Procuremos aqui o real alcance da expressão, posto que não se pode abrigar em seu conceito toda espécie de serviço, tanto que no inciso I já existe a ressalva dirigida aos projetos contemplados no PPA e no inciso IV dá-se outro tratamento para aluguel de equipamentos e utilização de programas de informática.

(...) desde logo enquadra como contínuos os serviços de vigilância, limpeza e conservação, manutenção, locação de imóveis para funcionamento de serviços essenciais, escolas, hospitais e equivalentes.

Nessa direção, por conseguinte, podem ser acrescidos os serviços de manutenção preventiva e corretiva dos bens e equipamentos públicos, de uso da Administração ou de utilização da coletividade, pela própria natureza dos mesmos, que ficam a depender desses serviços para que permaneçam úteis ao interesse público e cuja interrupção ou cessação, certamente, provocaria descontinuidade danosa, a teor da limpeza pública, da conservação de ruas e estradas, desobstrução de galerias e esgotos, conservação e manutenção de veículos de uso essencial – viaturas de hospitais, da polícia, da fiscalização, transporte escolar, coleta de lixo, ainda assim se enquadram o fornecimento da alimentação escolar, o dos presidiários, o dos abrigos e creches, das passagens em geral para as tarefas oficiais obrigatórias, os serviços de comunicação institucional e publicização de certames, os sistemas operacionais de informações – enfim, todos aqueles que, se submetidos a permanentes licitações, acarretariam transtornos.⁴

Desta feita, em relação à primeira proposição, o entendimento desta Procuradoria-Geral é o seguinte:

a) vigilância armada: consideramos serviço de natureza contínua, já prevista, inclusive, no item 3 da Instrução Normativa nº 18, de 22 de dezembro de 1997, do MARE, e como manifestação da Consultoria Zênite⁵;

b) limpeza e conservação: consideramos serviços de natureza contínua, também já prevista na Instrução Normativa nº 18/1997, do MARE, em seu item 4, e como exemplo indicado pela Consultoria Jurídica Zênite⁶;

c) manutenção de veículos com reposição de peças: entendemos como serviço de natureza contínua. O fato de se incluir no serviço de manutenção de veículos a reposição de peças, esta há de ser considerada acessória. Por analogia, já houve entendimento doutrinário no sentido de que no projeto básico para licitação de serviço de manutenção preventiva e corretiva de veículos haveria de se incluir como acessório a reposição de peças “de vez que o fornecimento de material (no caso, manutenção preventiva e corretiva de veículos), a instauração da licitação e o conteúdo de seu ato convocatório obedecerão às normas reitoras

³Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 9. ed. Dialética, pp. 472/473.

⁴Controladoria-Geral do Estado do Rio Grande do Norte, endereço eletrônico oficial, em 24 de junho de 2004.

⁵Zênite. Comentários – 609:30;AGO;1996. Contrato de Prestação de Serviços a serem executados de forma contínua. Possibilidade de Sucessivas Prorrogações em face da nova redação do inc. II do art. 57 da Lei nº 8.666/93.

⁶Ibidem.

da licitação para serviços, seguindo-se que deve existir projeto básico em que figure a almejada reposição de peças com a discriminação de quais e quantas serão as fornecidas ao longo da execução dos serviços a serem contratados.” Assim, entendemos que a manutenção de veículos é considerada serviço de natureza contínua. No tocante à reposição de peças, enquanto figure como mera acessória da manutenção, incorporar-se-á a esta, vez que o acessório segue o principal. Se a reposição de peças assumir uma dimensão a ponto de deixar de ser acessória à manutenção, não poderá ser enquadrada como serviço de natureza contínua, passando a ser compra, aquisição ou fornecimento.

d) fotocópias: não há que se confundir locação de equipamento de reprografia com a prestação de serviços de reprografia. Quanto à primeira, não obstante o teor do art. 6º da Lei de Licitações incluir locação de bens no conceito de serviço, Marçal Justen Filho critica o teor do dispositivo, pontificando que “supõe-se que tal decorreu da ausência de outra categoria genérica para acolher a figura. Obviamente, a locação não consiste na prestação de serviço.”⁷ Quanto à prestação de serviços de reprografia, o entendemos como de natureza contínua, se da situação fática ficar constatado o potencial prejuízo advindo de sua paralisação.

e) transporte de água potável: A situação trazida à baila se assemelha ao transporte de combustível. Acerca deste último, Marçal Justen Filho enfrentou a questão entendendo que se define a natureza da obrigação a partir da intenção fundamental das partes. É óbvio que a Administração, ao contratar o fornecimento de combustível não pretende obter uma ‘prestação de serviço’ correspondente ao transporte de combustível de um local para outro. Visa à aquisição do domínio do combustível. A entrega desse combustível em certo local é acessório.⁸ Portanto, para o caso em apreço, se a situação fática demonstrar que a pretensão da Administração Pública é a aquisição do domínio da água, o mero transporte, por ser acessório, é insuficiente para enquadramento como serviço, no termos do art. 57, inc. II, da Lei de Licitações.

f) locação de automóvel: entendemos que a pura e simples locação de automóvel não se enquadra como serviço de natureza contínua, vez que serviço consiste na obrigação de fazer, e a pura e simples locação de veículo, obrigação de dar, haja vista que nesta modalidade de obrigação ocorre a transferência da posse ou domínio de um bem.

Nas locações de automóvel ocorre, obviamente, a transferência da posse direta do bem ao locatário, e não a realização de uma atividade, não se enquadrando, portanto, no disposto do inc. II, do art. 57 da Lei 8.666./93.

g) agenciamento de viagens com fornecimento de bilhetes de passagem:

O agenciamento consiste em obrigação de fazer, não obrigação de dar. Agência de viagem, no dizer de De Plácido e Silva⁹ é a “empresa que se dedica à organização de viagens, nacionais ou internacionais, individuais ou coletivas, e à prestação dos serviços correlatos.”⁹ Acerca da questão, o Ministro Benjamin Zymler do TCU, em voto no Processo nº 550.141/98-7 manifestou-se da seguinte forma: “não vejo como considerar a compra de passagens aéreas prestação de serviço contínuo. Fundamentalmente, serviços consistem em obrigações de fazer. Compras, de dar. Caso o contrato houvesse sido firmado diretamente com a transportadora aérea, poder-se-ia cogitar da classificação da prestação como serviço contínuo.” Consoante visto, a manifestação do Ministro limitou-se em caracterizar a compra de passagens, não enfrentado, entretantes, a questão da natureza do serviço de agenciamento, mais amplo que a simples venda de bilhetes de passagens pelas Agências.

⁷Comentários à Lei de Licitações e Contratos, 9. ed., São Paulo: Dialética, 2002, p. 108.

⁸Ibidem, p. 110.

⁹Vocabulário Jurídico. 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 45.

Saliente-se que, no negócio realizado, o objetivo não é a aquisição, mas sim o serviço, tanto do agenciamento, que organiza as viagens, quanto da efetiva prestação do serviço de transporte.

Nesse sentido, Leon Frejda pontifica que serviços de agenciamento de transportes aéreos de passageiros são de natureza contínua.

Contrato de prestação de serviços de transporte aéreo de passageiros

(...)Esse contrato tem por objeto a prestação dos serviços de emissão de passagens aéreas e terrestres e também os de serviços de assessoramento para definição de melhor roteiro, entrega de bilhetes em local indicado, a apresentação de tabelas de preços das concessionárias dos serviços de transporte aéreo vigente a época da contratação, a emissão e entrega, em tempo hábil, das passagens solicitadas, através da requisição de passagens, por órgão gestores, o fornecimento de passagens terrestres, em caso de conveniência de servidor ou de contratante, a recepção ou o acompanhamento, quando do desembarque ou embarque, se solicitado pela contratante, a emissão, reservas, marcação e remarcação de passagens aéreas nacionais e internacionais, o assessoramento para definição de melhor roteiro, horário, frequência de vôo, tarifas promocionais, desembarço de bagagens, reserva, locação de veículos, emissão de passaportes etc.

(...)A doutrina não ficou inerte nessa questão, tendo estudado profundamente a natureza jurídica do contrato entre a Administração e as agências de turismo.

Sem dúvida, trata-se de contrato de prestação de serviços a serem executados de forma contínua.

O contrato em tela é de prestação de serviços, visto que se trata de atividade da qual se extrai uma utilidade, de conformidade com o conceito trazido pelo artigo 6º da Lei (...) ¹⁰

MARÇAL JUSTEN ensina que esse tipo de contrato consiste em uma prestação de serviço, posto que:

A Agência se obriga a identificar os transportadores que atendem as necessidades da Administração, realizar as reservas, providenciar a emissão de bilhetes e sua entrega à Administração e outras atividades similares, destinadas a assegurar a concretização do contrato de transporte.¹¹

O insigne autor, AIRTON ROCHA NÓBREGA, estudando a natureza do contrato destinado à aquisição de passagens aéreas, enfatiza, com muita propriedade, de forma irretorquível, que:

A aquisição de passagens aéreas é a atividade que transparece e salta à vista nesse tipo de contrato celebrado pela Administração Pública com a finalidade de atender a uma necessidade específica que, nem de longe, se assemelha ou pode ser rotulada como a de aquisição de um bem determinado (passagem aérea).

Não se compram passagens aéreas como atividade-fim desse tipo de contrato, adquire-se, em realidade, o bilhete que representa o instrumento de acesso ao objetivo final que é o de ver-se, em regra, um servidor ou terceiro autorizado transportado de um ponto a outro, no País ou no exterior.

Têm-se, desse modo, não a aquisição de um bem, caracterizando um fornecimento ou uma compra, consoante conceituação contida no art. 6º, III, da Lei nº 8.666/93, mas sim a obtenção de uma utilidade de interesse da Administração.

¹⁰ Leon Frejda Szklarowsky - advogado e consultor jurídico em Brasília (DF), subprocurador-geral da Fazenda Nacional aposentado, editor da Revista Jurídica "Consulex", artigo publicado em jus navegandi.

¹¹ Cf. ILC número 42, de julho/97, páginas 503 a 505.

Estabelece-se e disciplina-se nessa relação contratual a prestação de um serviço de transporte, estando o transporte conceituado pelo art. 6º, II, da Lei nº 8.666/93, como serviço.

Tratado como fornecimento, ter-se-ia que, necessariamente, realizar contratações para períodos coincidentes com o exercício financeiro (ano civil), baseando-se o contrato em quantitativos impossíveis de fixar, pois teria ele que determinar quantas viagens seriam realizadas nesse lapso de tempo e quantos bilhetes deveriam ser emitidos no mesmo período.

Como serviço que efetivamente é, permite a Lei de Licitações e Contratos o dimensionamento da duração do contrato por um período de até 60 (sessenta) meses, a teor do que preceituado se acha em seu art. 57, inciso II, gerando sensíveis economias para a Administração já que não se terá que, a cada exercício, iniciar um novo procedimento licitatório, culminando com a celebração de um contrato que terá efêmera duração.

Avaliado esse aspecto primeiramente proposto, conclusão clara que se extrai, com fundamento no art. 6º, II, da LLC, é que o contrato de transporte aéreo de passageiros celebrado pela Administração possui típica natureza de serviços contínuos, envolvendo uma atividade destinada à obtenção de uma utilidade e não uma aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente.”

(...)Efetivamente, não se coaduna esse tipo de contrato com as efêmeras contratações, para durar apenas um exercício, ou seja, não são contratos instantâneos, por sua própria natureza.¹²

Desta feita, restou fartamente demonstrado pelo insigne jurista, em sua interpretação, que os serviços prestados de agenciamento de viagens com fornecimento de bilhetes de passagens são de natureza contínua, entendimento esse com o qual comungamos.

Diante do exposto, entendemos que os serviços de reprografia, de vigilância armada, de limpeza e conservação, de manutenção de veículos com reposição de peças e de agenciamento de viagens com fornecimento de bilhetes de passagens, são de natureza contínua. Quanto aos serviços de transportes de água potável e locação de automóvel, como dito em linhas pretéritas, não os consideramos serviços de natureza contínua, vez que o transporte de água é mero acessório da aquisição do líquido, e a locação pura e simples de veículo não consiste em obrigação de fazer, não sendo, portanto, um serviço. Saliente-se que, consoante Decisão 1136/2002 do Plenário do TCU, “deve ser observado atentamente o inciso II do art. 57 da Lei 8.666, de 1993, ao firmar e prorrogar contratos, de forma a somente enquadrar como serviços contínuos contratos cujos objetos correspondam a **obrigações de fazer** e a necessidades permanentes” (destaquei).

11.2 – Prorrogação dos Contratos Administrativos e a Observância do Limite da Modalidade Licitatória.

Todo serviço traz consigo a expectativa de satisfazer uma necessidade. Para Administração Pública não é diferente, posto que as necessidades se fazem presentes diuturnamente, tendo em vista os interesses dos administrados a serem tutelados.

Decorre daí, a necessidade de se ponderar acerca de cada decisão a ser tomada frente aos problemas que vão surgindo na Administração, pois cada qual tem sua peculiaridade, impondo-se a necessidade de fazer valer o bom senso por parte do Administrador.

Ao se proceder a uma prorrogação nos contratos de serviços de natureza continuada, cumpre ao administrador a observância da real necessidade desse serviço, assim como é obrigatória a justificativa, por escrito, no tocante aos preços e às condições advindas da prorrogação.

¹² Cf. Boletim de Licitações e Contratos, dezembro de 1996, págs. 584 a 589.

Saliente-se que o *caput* do artigo 57 determina que a duração dos contratos fica adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, mas permite que essa duração se prorrogue, tendo em vista melhores condições e preços para a Administração.

Tais prorrogações haveriam de respeitar o limite máximo da modalidade licitatória?

As modalidades de licitações relacionam-se com o valor estimado do contrato. Daí, ser de fundamental importância, saber de antemão a modalidade adotada, com o intuito de prever possíveis aditamentos, para que não venha a ser afrontada a Lei federal de Licitações e Contratos da Administração Pública (Lei 8.666/93).

Deduz-se então, que cada valor contratual deverá estar de antemão, adequada à modalidade prescrita, sob pena de ser caracterizado burla à legislação.

Só para argumentar, no tocante à indagação sobre a possibilidade do aditamento dos contratos superarem, em termos de valor, a modalidade licitatória adotada, o *ILC*, acerca do art. 57, II, da Lei de Licitações, doutrina que:

Para leitura do dispositivo legal, percebe-se que não é suficiente a caracterização de um objeto como sendo um serviço. É imprescindível, para que a prorrogação seja realizada, que outros requisitos sejam satisfeitos.

Em primeiro lugar, o serviço deverá ser de natureza contínua.

(...)

Além de se tratar de um serviço contínuo, deverá a Administração verificar, para prorrogar o contrato pelo inc. II do art. 57, se estão presentes, no caso, os seguintes pressupostos:

- a) admissão no ato convocação e/ou no contrato;
- b) o limite máximo deve ser de sessenta meses e,
- c) a modalidade adotada deve ser adequada e compatível com o valor total estimado da contratação, contando o valor do contrato inicial e as possíveis prorrogações.¹³

Nessa esteira, resta evidente que deve a Administração prever possíveis necessidades de aditamento, quando se tratar de serviços de natureza continuada, posto que a Lei 8.666/93, não comporta tal elastério, ou seja, não prevê referida Lei a possibilidade de aditamentos sucessivos, sem que tais aditamentos sejam acomodados a modalidade adotada. Nesse sentido, exemplifica a consultoria Zênite para, ao depois, inferir da impossibilidade de prorrogação de contrato quando ultrapasse o limite da modalidade licitatória adotada:

suponha-se que a entidade governamental, necessitando contratar prestação de serviços a serem executados de forma contínua, tais como os de vigilância limpeza, manutenção, decida-se pela fixação de prazo inicial de vigência curto o suficiente para que o valor estimado da contratação seja compatível com a contratação direta ou mediante simples convite, quando, se mais dilatado fosse o prazo, seria obrigatória tomada de preços ou mesmo concorrência.

Poderia a autoridade, assim procedendo, decidir-se mais tarde por prorrogações que elevassem o valor real do contrato para além do limite fixado para a dispensa de licitação, ou para a modalidade de certame então adotada? Entendemos que não, sob pena de burla à lei.¹⁴

Assim, diante dos fundamentos apresentados, esta PGE entende que as prorrogações a que alude o inc. II do art. 57 da Lei de Licitações devem resultar em valores que não superem o limite máximo da modalidade licitatória adotada.

11.3 – Do teor do art. 3º do Decreto 351/95

O cerne da questão implica em saber se as contratações providenciadas pela Administração Pública, quando se fundamentar no inciso I do art. 24 da Lei 8.666/93, podem ser efetuadas sem prévia manifestação da Procuradoria-Geral do Estado. Obviamente que a resposta é negativa.

Não obstante ser necessária a prévia anuência da PGE nas contratações diretas

¹³ILC – Informativo de Licitações e Contratos – Ano X – Nº 109 – Março de 2003, pg. 247/248.
¹⁴Zênite. Comentários – 609;30;AGO;1996. Contrato de Prestação de Serviços a serem executados de forma contínua. Possibilidade de Sucessivas Prorrogações em face da nova redação do inc. II do art. 57 da Lei nº 8.666/93.

com fulcro no inciso I do art. 24 da Lei de Licitações, a manifestação prévia, embora por escrito, não necessita ser concedida em cada processo de contratação direta que se fundamente nesse dispositivo legal (art. 24, I), em razão do valor. Essa manifestação entendemos que possa ser o presente Parecer, após sua aprovação pelo Procurador-Geral do Estado, e uma vez que sejam observadas as recomendações constantes no manual de orientações básicas para compras, serviços e obras, elaborado por esta PGE e encaminhado à Secretaria de Estado de Educação através do OFÍCIO. CIR./PGE/GAB/Nº 005/2004, subscrito pelo Procurador-Geral do Estado, datado de 06.05.2004.

De outra face, admoestamos ao administrador para que adote todas as precauções necessárias, quando das contratações diretas em razão do valor, a fim de elidir qualquer questionamento acerca de suposto fracionamento do objeto a ser contratado, em infração à lei.

11.4 – Do Acréscimo de Quantitativo e a Questão da Observância dos Limites da Modalidade Licitatória

Indaga a consulente se é possível aditar um contrato nos termos do § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666/93, se a somatória de valores (contrato principal + termo aditivo) ultrapassar o limite da modalidade de licitação.

Entendemos que sim, desde que a necessidade do acréscimo decorra de fato imprevisível e superveniente à instauração do certame licitatório. As justificativas, para tanto, são as seguintes:

A modalidade de licitação é escolhida com vistas ao valor estimado da contratação não tendo relação com os aumentos quantitativos no objeto que se fizerem necessários.

As necessidades de acréscimo são oriundas de fatos supervenientes à instauração do certame e, portanto, à estimativa de custos para o contrato, sendo totalmente imprevisíveis, podendo tanto sobrevir, quanto jamais virem a ocorrer. Dito de outro modo, deve restar caracterizado que a Administração não possuía meios para identificar, no momento da eleição da modalidade de licitação, se necessitaria ou não de acréscimos nas quantidades do objeto contratado.

Saliente-se que a imprevisibilidade é requisito de legalidade da realização do acréscimo, já que, havendo possibilidade de antever a necessidade de quantidade maior, não é permitido à Administração instaurar certame tendo por objeto quantidade menor, sob pena de burla à sistemática imposta pela Lei nº 8.666/93 e ao próprio dever de licitar.

Diante dessas considerações, não é razoável exigir que a Administração agregue ao valor estimado da contratação, para fins de escolha da modalidade, o valor correspondente a acréscimos meramente possíveis.

Uma vez caracterizada a possibilidade legal de ser fazer o aditamento, na conformidade com o que estabelece o art 65 § 1º da Lei de Licitações, seria possível a realização do acréscimo de quantitativo, dentro dos percentuais máximos fixados na Lei, redundando em valor contratual superior ao limite fixado para a modalidade licitatória adotada.

A escolha da modalidade de licitação ou da possibilidade de realizar dispensa em razão do valor é feita com vistas ao valor estimado da contratação, nada tendo a ver com a alteração quantitativa do objeto contratual que se mostra necessária no decorrer da execução da avença, a qual se funda em fato superveniente.

Portanto, não haverá qualquer implicação para a Administração se o acréscimo quantitativo do objeto, necessidade que surge em momento posterior à escolha da modalidade, da qual não se pode furtar a Administração para o melhor atendimento do interesse público envolvido, redundar em valor superior ao limite legal para a dispensa.

Frise-se: o acréscimo quantitativo tem fundamento em fato superveniente e imprevisto, em momento posterior à eleição da modalidade ou a escolha da contratação direta. Ou seja, ocorre durante a vigência do contrato, para um melhor atendimento do interesse público e ou da administração.¹⁵

¹⁵ Zênite. Perguntas e Respostas – 1022/82/DEZ/2000 Pergunta 7.

Saliente-se que, conquanto as prorrogações de prazo de vigência não possam ser confundidas com aumentos quantitativos do objeto de contratos (art. 65, § 1º), não há óbices legais a aumentos quantitativos, nos termos da lei, mesmo que com isso o valor do contrato venha a ultrapassar o limite da modalidade de certame adotada.¹⁶

11.5 – O Disposto no art. 46, da Instrução Normativa nº 04/2004, da Secretaria de Estado de Educação e a Discussão sobre seus Reflexos em Contratos Administrativos para Prestação de Serviços de Limpeza.

Prima facie, o disposto no art. 46 da IN nº 004/2004 da SEE, ao que nos parece, se consubstancia em norma de organização dos serventes da Secretaria, servidores públicos que são, e apenas indiretamente reflete sobre a exigência, àqueles que prestam o serviço, de asseio e salubridade das salas de aula. Tanto é que o art. 46 está contemplado no Título V (fl. 19 dos autos) da IN, que trata “Do Quadro de Servidores”. Assim, na linguagem da própria IN, a regra se aplica a servidores, não a empregados de empresa contratada para a realização dos serviços de limpeza, ou seja, se a empresa vem prestando satisfatoriamente os serviços contratados, o que se exige é o resultado esperado, a limpeza do ambiente escolar, e não o número estabelecido de 1 (um) empregado a cada 2 (duas) salas de aula por turno. Se a regra aplica-se apenas a servidores, não há que se exigir sua aplicação a empregados da empresa contratada.

Ademais, se a legislação educacional viesse a afetar – embora a princípio não nos pareça-, o contrato administrativo em seu equilíbrio econômico-financeiro, ter-se-ia a configuração do *factum principis*, ensejando a possibilidade de aplicação do restabelecimento da relação pactuada inicialmente, consoante estabelece o art. 65, II, “d” da Lei de Licitações. De outra face, como a indagação refere-se à possibilidade de prorrogação, ao nosso ver, a Administração não é obrigada a suportar a majoração de valores em decorrência do reequilíbrio econômico-financeiro do ajuste decorrente da extensão de vigência do contrato, a não ser que ainda assim reste demonstrada a economicidade a justificar a continuidade do mesmo.

Ainda que entendamos que o art. 46 da IN não se aplica aos empregados de empresas contratadas pela Administração, apresentamos, outrossim, as seguintes considerações:

Primeiramente, é de bom alvitre realçar a distinção existente entre prorrogação de prazo e acréscimo de serviços, salientando que são institutos de natureza diversa.

Da questão erigida, entende o BLC que não há que se estabelecer o limite de 25% do valor do contrato à hipótese de prorrogação constante do art. 57, II do estatuto licitatório. Vejamos:

prorrogação de prazo e acréscimo de obras, serviços ou compras são coisas distintas. Tratam de institutos diversos, que encontram na lei tratamento cada qual num dispositivo apartado, sem remissão entre eles. Notemos que os limites previstos nos §§ 1º e 2º do art. 65 prendem-se à hipótese de alteração quantitativa do objeto, na forma como prevista no inc. I, b, deste mesmo artigo. No art. 65, cuida de alteração dos contratos administrativos, a única referência, mesmo assim indireta, à questão do prazo está na alínea d do inc. II do caput.

(...)

à luz do regime legal hoje vigente, as prorrogações lastreadas no inc. II do art. 57 da Lei 8.666/93 não estão adstritas aos limites de acréscimo previstos no § 1º do art. 65, pois que estes tratam de acréscimos de objeto e não de extensão do prazo de vigência.¹⁷

No tocante aos critérios estabelecidos para a fixação do valor do contrato, da leitura da perquirição da consulente - que não restou muito bem clara, extraímos que o valor do contrato firmado foi atrelado ao número de pessoas necessárias a sua execução. Assim, aumentando-se o número de pessoas, aumentar-se-ia, proporcionalmente, o valor contratual. Nesse sentido, o que se está aumentando é o quantitativo do contrato, estando assim, sujeito à limitação de 25% a que alude o § 1º do art. 65.

¹⁶ Zênite. Comentários – 609;30/AGO/1996. Contrato de Prestação de Serviços a serem executados de forma contínua. Possibilidade de Sucessivas Prorrogações em face da nova redação do inc. II do art. 57 da Lei nº 8.666/93.

¹⁷ Boletim de Licitações e Contratos – agosto/2000 – p. 433/436.

É de se ressaltar que, para contratações como a exposta na consulta, entendemos oportuna a observância do modelo federal sobre a questão. Nesse sentido, relativamente à contratação de serviços de limpeza e conservação, em consonância com o Decreto nº 2.031, de 11.10.96, os órgãos e entidades contratantes da Administração Pública federal, direta, autárquica e fundacional, estão obrigados a dimensionar suas necessidades adotando como referência a área física.¹⁸

As contratações de limpeza que utilizam como parâmetro, para a estipulação de preço, a área física, evitam inconvenientes tal qual o vislumbrado no caso trazido pela consulente. Ideal que se exigisse da contratada o resultado do serviço, tendo como parâmetro o dimensionamento pela área e não pelo número de pessoas.

III – CONCLUSÃO

Isto posto, em conformidade com o que foi esposado em linhas pretéritas, esta PGE responde às questões erigidas da seguinte forma:

Quanto à primeira questão, entendemos que os serviços de reprografia, vigilância armada, limpeza e conservação, manutenção de veículos com reposição de peças e de agenciamento de viagens com fornecimento de bilhetes de passagens são de natureza contínua. Quanto ao transporte de água potável e à locação de automóvel, como dito em linhas pretéritas, não os consideramos serviços de natureza contínua, vez que o transporte de água é mero acessório da aquisição do líquido, e a locação pura e simples de veículo não consiste em obrigação de fazer, não sendo, portanto, um serviço.

No tocante à segunda questão, inferimos que nos serviços de natureza contínua, a prorrogação contratual com fundamento no inc. II do art. 57 da Lei de Licitações não pode resultar em valores que ultrapassem o limite da modalidade licitatória que originou o contrato.

Acerca da terceira questão, entendemos ser obrigatória a disposição contida no art. 3º do Decreto nº 351/95, sendo que a interpretação do que seja “manifestação prévia”, quando se tratar de contratação direta com fulcro no art. 24, I da Lei de Licitações, encontra-se na fundamentação do presente Parecer.

Quanto à quarta questão, o entendimento dominante na doutrina é o de que não há óbices legais a aumentos quantitativos nos limites do § 1º, do art. 65 da Lei 8.666/93, mesmo que com isso o valor do contrato venha a ultrapassar o limite para a modalidade de certame adotada.

Finalmente, no tocante à quinta questão, entendemos que não restou clara a aplicabilidade do art. 46 da Instrução Normativa nº 4/2004, da Secretaria de Estado de Educação, aos empregados de empresas contratadas pelo Estado, uma vez que tal dispositivo encontra-se contido no Título V, que trata “Do Quadro de Servidores”, sendo que os trabalhadores da contratada não são servidores. De outra banda, entendemos que os aumentos quantitativos do contrato hão de se sujeitar aos limites de 25% a que alude o § 1º do art. 65 da Lei de Licitações.

S. M. J. É o Parecer.

Rio Branco - Acre, 02 de julho de 2004.

DAVID LAERTE VIEIRA
FRANCISCA ROSILEIDE DE OLIVEIRA ARAÚJO
PROCURADORES DO ESTADO

¹⁸ BLC, nº 6, de junho de 2002, p. 368.

Reclamação Constitucional - STF - Constitucionalidade de **Lei Estadual** que fixa o valor para fins de **RPV**

Roberto Barros dos Santos

Procurador-Chefe da Judicial; Secretário Estadual do Instituto Brasileiro de Direito Público - IBAP/AC; Pós-graduado "Latu Sensu" em Direito Público pela Faculdade Integrada de Pernambuco - FACIPE, em parceria com a Associação dos Procuradores do Estado do Acre - APEAC; Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes em parceria com IES Amazônia; Pós-Graduando pela Fundação Getúlio Vargas - FGV, em Poder Judiciário.

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO-PRESIDENTE DO
EXCELSO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

ESTADO DO ACRE, pessoa jurídica de direito público interno, representado por seu procurador signatário, com endereço infra-margeado onde receberá intimações, fulcrado nas disposições do art. 132 da Constituição Federal, art. 119 da Constituição Acreana, combinado com o art. 1º, parágrafo único, da Lei Complementar Estadual nº 45/94 e art. 12, inciso I, do Código de Processo Civil, vem perante Vossa Excelência, apresentar

**RECLAMAÇÃO COM PEDIDO DE
CONCESSÃO DE CAUTELAR**

contra a Egrégia 4ª Turma do Col. Tribunal Superior do Trabalho ou, se assim não entender, seja considerado o Col. Tribunal Superior do Trabalho como Tribunal reclamado, haja vista que a Eg. Turma é um órgão fracionário daquela Corte Superior, nos termos do art. 102, inciso I, alínea “I”, da Constituição Federal, c/c o art. 13, da Lei nº 8.038/90 e com os preceitos do art. 156 e seguintes do Regimento Interno deste Excelso Supremo Tribunal Federal, pelas razões fáticas e jurídicas expostas a seguir:

I – DO OBJETO DA RECLAMAÇÃO

Trata-se de reclamação que visa garantir a autoridade da decisão proferida pelo Plenário desse Excelso Supremo Tribunal Federal ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2868-5/PI, porquanto a Eg. 4ª Turma do Col. Tribunal Superior do Trabalho prolatou decisão em sentido diametricamente oposto ao julgar agravo de instrumento no recurso de revista nº 01414.1995.403.14.40-6.

Anote-se, de plano, que a vulneração à autoridade da decisão desse Excelso Supremo Tribunal Federal consiste na prolação de acórdão que declarou incidentalmente inconstitucional lei estadual que fixou valor inferior ao preceituado no art. 87, inciso I, do ADCT, concernente ao pagamento de dívidas da Fazenda Pública Estadual, reconhecidas em sentença judiciária transitada em julgado, pela via da requisição direta.

II – DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DA RECLAMAÇÃO

2.1. DO CABIMENTO DA RECLAMAÇÃO

Como é cediço a reclamação é a via adequada para preservar a competência desse Tribunal ou garantir a autoridade de suas decisões, por força da art. 102, inciso I, alínea “I”, da Constituição Federal, c/c o art. 13, da Lei nº 8.038/90 e com os preceitos do art. 156 e seguintes do Regimento Interno deste Excelso Supremo Tribunal Federal.

O DESRESPEITO À EFICÁCIA VINCULANTE, DERIVADA DE DECISÃO EMANADA DO PLENÁRIO DA SUPREMA CORTE, AUTORIZA O USO DA RECLAMAÇÃO. - O descumprimento, por quaisquer juízes ou Tribunais, de decisões proferidas com efeito vinculante, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade, autoriza a utilização da via reclamatória, também vocacionada, em sua específica função processual, a resguardar e a fazer prevalecer, no que concerne à Suprema Corte, a integridade, a autoridade e a eficácia subordinante dos comandos que emergem de seus atos decisórios. Precedente: Rcl 1.722/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Pleno).

2.2 – LEGITIMIDADE ATIVA

É ampla a legitimidade ativa para ajuizamento da reclamação constitucional para preservação da autoridade das decisões desse Excelso Supremo Tribunal Federal prolatadas em sede de controle abstrato de constitucionalidade.
verbis”:

LEGITIMIDADE ATIVA PARA A RECLAMAÇÃO NA HIPÓTESE DE INOBSERVÂNCIA DO EFEITO VINCULANTE. - Assiste plena legitimidade ativa, em sede de reclamação, àquele - particular ou não - que venha a ser afetado, em sua esfera jurídica, por decisões de outros magistrados ou Tribunais que se revelem contrárias ao entendimento fixado, em caráter vinculante, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos processos objetivos de controle normativo abstrato instaurados mediante ajuizamento, quer de ação direta de inconstitucionalidade, quer de ação declaratória de constitucionalidade.” (Rcl 2143 AgR / SP - SÃO PAULO)

Prosseguindo no julgamento do agravo regimental acima mencionado, o Tribunal, por maioria, a ele deu provimento para determinar o processamento da reclamação Irresignado, o Estado do Acre interpôs embargos de declaração enfocando a omissão da Eg. 4ª Turma do Col. TST quanto à autonomia dos entes federados para legislar sobre a matéria à luz de suas respectivas capacidades financeiras (art. 100, “caput” e § 3º e 5º, c/c o art. 87, do ADCT). Outrossim, pugnou-se pela preservação da autoridade de decisão desse Excelso STF proferida em sede de controle abstrato de constitucionalidade, qual seja, julgamento da ADI 2868-5/Pl. Por outro lado, requereu a obediência aos princípios da reserva do plenário e da maioria absoluta para declaração incidental de inconstitucionalidade de norma legal (art. 97, da CF), ajuizada em face do desrespeito à decisão de mérito da ADI 1.662-SP, assentando a legitimidade do requerente. O Tribunal, por maioria, reservou-se para examinar, quando necessário para o julgamento da causa, a questão sobre a extensão do efeito vinculante às medidas liminares em ação direta de inconstitucionalidade. Vencidos, parcialmente, os Ministros Maurício Corrêa, Ellen Gracie e Carlos Velloso, que proviam o agravo para assentar a legitimidade e também o não-cabimento da reclamação quando em jogo o descumprimento de medida liminar deferida em ação direta de inconstitucionalidade e a possibilidade de o próprio relator julgar a reclamação. Vencido, totalmente, o Min. Marco Aurélio, que desprovia o agravo por entender que o Município agravante não é parte legítima para ajuizar reclamação, já que o ato objeto da ADI 1.662-SP foi editado pelo TST e o ato que se impugna é do TRT. Rcl (AgR-QO) 1.880-SP, rel. Min. Maurício Corrêa, 7.11.2002. (RCL-1880)

2.3 – DO ÓRGÃO JURISDICIONAL RECLAMADO

Dúvidas não pairam quanto à certeza da indicação do órgão jurisdicional reclamado, qual seja, a Eg. 4ª Turma do Col. Tribunal Superior do Trabalho. Entretanto, se assim não for entendido, pugna-se para que o Col. Tribunal Superior do Trabalho seja considerado o Tribunal reclamado, haja vista que a Eg. Turma é um órgão fracionário daquela Corte Superior.

2.4 – DA COMPETÊNCIA

Na espécie, a competência para processar e julgar a presente reclamação é do Plenário desse Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 5º, inciso I, de seu Regimento Interno.

III – CONTEXTUALIZAÇÃO FÁTICA

Originariamente, o Estado do Acre interpôs agravo de petição contra decisão do Juízo da Execução que determinou o pagamento de dívida exequenda (R\$ 8.394,54 – 07/04/2003), sob pena de seqüestro de quantia correspondente, haja vista que essa notificação ofendia os preceitos da Lei Estadual (Lei nº 1.481, de 17/01/2003 e publicada em 22/01/2003) que fixava

em 30 salários mínimos o teto para tal forma de pagamento (àquela época o limite era R\$ 7.200,00).

Ocorre que o Eg. TRT da 14ª declarou incidentalmente inconstitucional referida lei estadual por ter fixado valor inferior ao disposto no art. 87, I, do ADCT, para fins de pagamento de dívida reconhecida em sentença judiciária transitada em julgado por meio de requisição direta.

A par disso, interpôs-se embargos de declaração, recurso de revista e derradeiramente agravo de instrumento, visando reformar aquele acórdão. De efeito, a Eg. 4ª Turma do Col. TST conheceu do agravo de instrumento, mas o desproveu argumentando que não houve violação direta e literal ao art. 100, § 4º, da CF.

Irresignado, o Estado do Acre interpôs embargos de declaração enfocando a omissão da Eg. 4ª Turma do Col. TST quanto à autonomia dos entes federados para legislarem sobre a matéria à luz de suas respectivas capacidades financeiras (art. 100, “caput” e § 3º e 5º, c/c o art. 87, do ADCT). Outrossim, pugnou-se pela preservação da autoridade de decisão desse Excelso STF proferida em sede de controle abstrato de constitucionalidade, qual seja, julgamento da ADI 2868-5/PI. Por outro lado, requereu a obediência aos princípios da reserva do plenário e da maioria absoluta para declaração incidental de inconstitucionalidade de norma legal (art. 97, da CF).

Entretanto, a Eg. 4ª Turma do Col. TST considerou inaplicável à norma em testilha ao caso, pois não poderia ela ter fixado valores inferiores aos previstos no art. 87, I, do ADCT.

No processo objetivo de controle de constitucionalidade não se faz necessário examinar as condições financeiras do Estado do Acre, porém é de bom alvitre deixar grafado a razoabilidade da fixação desse patamar em 30 (trinta) salários mínimos, vez que estamos diante de um Estado Federado que tem sua renda quase totalmente comprometida, sendo que a principal fonte de receita são os repasses da União.

In casu, é inegável que o Estado do Acre encontra-se sujeito às múltiplas obrigações de hierarquia constitucional, a exemplo da estabelecida no art. 212, da CF, que prescreve o dever do Estado, Distrito Federal, Município, aplicar, nunca menos que vinte e cinco por cento, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

Insta registrar que o Estado do Acre, comprometido com o desenvolvimento do ensino estadual, aplica muito mais do estabelecido na nossa Constituição Federal, como dá fé a letra da Constituição acreana, em seu art. 197, *caput*, que assim prescreve: “O Estado do Acre, a partir do ano de 2001, aplicará, anualmente, no mínimo, trinta por cento da receita resultante de impostos, inclusive transferências constitucionais da União, na manutenção e desenvolvimento do ensino.”

De outra banda, ressalta-se também que a Constituição Federal estabelece no art. 198, § 2º, a aplicação de recursos mínimos pelos Estados na área de saúde.

Consoante se verifica pelas informações dos Relatórios de Execução Orçamentária e de Gestão Fiscal, exigidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal e publicados pela Secretaria da Fazenda Estadual no sítio www.ac.gov.br, bem como de acordo com a Lei Orçamentária Anual, considerando as estimativas de arrecadação para o exercício corrente de 2004 (R\$ 976.905.207,00) se equivalem às despesas (R\$ 976.905.207,00), nas quais se incluem gastos com pessoal dos três Poderes do Estado que deverão se situar em torno de 55,28% das receitas correntes líquidas estaduais; os gastos com custeio, que permite o funcionamento do aparato administrativo, incluindo-se certas parcelas que compõem o percentual mínimo a ser aplicado no desenvolvimento do ensino (art. 197, da CE) e nas ações e serviços de saúde (art. 198, 2º, da CF), atingem o montante de 13,20% das receitas correntes líquidas, ao passo que os serviços da dívida junto à União consumirá 12,07% das receitas; os gastos com investimentos mínimos indispensáveis para a simples manutenção do funcionamento de serviços essenciais mínimos (rodovias estaduais, aparato de segurança pública, rede de ensino, pagamento de dívidas reconhecidas em sentenças judiciais etc.) estimados em 12,67%, resultando no comprometimento total das receitas.

Dessa forma, fica patente que o comprometimento orçamentário do Estado e sua realidade financeira não dão margem para despesas outras que estejam devidamente provisionadas no orçamento. Por isso, fixou-se com razoabilidade e responsabilidade fiscal o patamar de 30 (trinta) salários mínimos para fins de pagamento de dívidas pela via da Requisição de Pequeno Valor (art. 100, §§ 3º, 4º e 5º, da CF c/c o art. 87, do ADCT).

Portanto, a fixação compulsória de valor diverso inviabilizaria o funcionamento das atividades fins do Estado e, por conseguinte, redundaria em sérias conseqüências à população do Estado do Acre.

Assim, assegurar de modo irrestrito o patamar de 40 (quarenta) salários mínimos inviabilizará o cumprimento do Estado com essas obrigações constitucionais, o que representaria negativa de eficácia às referidas normas constitucionais.

Imperioso, dessa forma, aferir a existência de proporção entre o objetivo perseguido, qual seja o adimplemento de obrigação com as requisições de pequeno valor e o ônus imposto ao atingido que, no caso, não é apenas o Estado, mas a própria sociedade. Não olvidamos a relevância do cumprimento das requisições de pequeno valor, contudo, é inconteste que existem inúmeros outros bens jurídicos de base constitucional que estariam sendo sacrificados na hipótese de deferimento desse patamar diverso (40 salários mínimos), considerando o efeito multiplicador da decisão ora impugnada.

Vislumbra-se, destarte, que estão evidentes os princípios constitucionais de confronto. De um lado, a proteção constitucional às decisões judiciais com a fixação compulsória de patamar mínimo de 40 (quarenta) salários mínimos para consecução dos fins do art. 100, §§ 3º, 4º e 5º, da CF c/c o art. 87, do ADCT, e de outro lado, a não limitação ao ente estatal de não ver prejudicada a continuidade da prestação de serviços públicos essenciais, como a saúde e educação.

Portanto, deixamos grafada a razoabilidade do patamar criado pelo Estado do Acre e a informação de que o ora reclamante visa preservar a sua autonomia, a fim de continuar pagando adequadamente as RPV's, evitando um "estoque" de dívidas. Anote-se que o ora reclamante não deve nenhuma RPV vencida.

IV – FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Como dito alhures, a *ratio* subjacente desta reclamação é garantir a autoridade do acórdão do Plenário desse Excelso Supremo Tribunal Federal, proferido nos autos do processo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2868-5/PI ajuizada pelo Ex.mo. PGR, porquanto a Eg. 4ª Turma do Col. Tribunal Superior do Trabalho prolatou decisão em sentido diametricamente oposto ao julgar agravo de instrumento no recurso de revista nº 01414.1995.403.14.40-6.

Nesse quadrante, insta demonstramos que a decisão da Eg. 4ª Turma do Col. TST colidiu frontalmente com a decisão desse Excelso STF na ADI 2868-5/PI.

Atente-se que o relator originário para a ADI 2868-5/PI restou vencido, cujo douto voto assim expressava, *in verbis*:

(...) 18. Ora bem, da mesma forma que a Emenda Constitucional nº 20/98 incumbiu o legislador ordinário de definir débitos e obrigações de pequeno valor, a Emenda Constitucional nº 37/02 também o fez, mas foi além. E é do meu pensar que esta última instituiu uma limitação material para o legislador infraconstitucional, qual seja: **a de não fixar os débitos e obrigações de pequeno valor abaixo do limite dos quarentas salários mínimos para o Estado e o Distrito Federal e de trinta salários mínimos para as Fazendas dos Municípios.** Estes os números que o legislador federal de reforma entendeu como o *minimum minimorum*. Vale dizer, a autorização concedida pelo art. 87 do ADCT não foi absoluta. Foi no sentido de a lei de cada um dos entes componentes da Federação dispor de uma margem de manobra sempre para cima do valor já minimamente fixado.

19. É bom repisar: os entes da federação somente poderão definir débitos e obrigações

de pequeno valor se em patamar igual, ou superior, ao *quantum* de logo previsto no art. 87 do ADCT(...) (grifo nosso)

Por outro lado, a tese vencedora restou assentada na ata de julgamento da seguinte forma, “in verbis”:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 5.250/2005 DO ESTADO DO PIAUÍ. PRECATORIOS. OBRIGAÇÕES DE PEQUENO VALOR. CF, ART. 100, § 3º. ADCT, ART. 87.

Possibilidade de fixação, pelos estados-membros, de valor referencial inferior ao do art. 87 do ADCT, com a redação dada pela Emenda Constitucional 37/2002.

Ação direta julgada improcedente.

A C O R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em julgar improcedente a ação direta e declarar a inconstitucionalidade da Lei 5.250, de 02 de junho de 2002, do estado do Piauí, vencido o ministro Carlos Britto, relator.

Brasília, 02 de junho de 2004.

NELSON JOBIM - Presidente

JOAQUIM BARBOSA – Redator p/ o acórdão

De efeito, incumbe transcrever o voto do Min. Marco Aurélio Mello a título ilustrativo, pois foi esse o entendimento de todos os demais Ministros que compõem a Corte Suprema, ressalvada à convicção do eminente relator originário.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Senhor Presidente, a lei do Estado do Piauí definiu débito de pequeno valor aquele igual ou inferior a cinco salários mínimos. Se eu pudesse, numa visão leiga, identificar, aqui, a deficiência do dispositivo, diria que ela está no valor do próprio salário mínimo, que não atende às necessidades básicas do trabalhador.

O que há no corpo permanente da Carta? Que o estabelecimento de valores foi relegado à definição da própria unidade, podendo haver, inclusive, no estado, variação, considerada a pessoa jurídica de direito público devedora. Assim está no § 5º do artigo 100:

Artigo 100 ...

§ 5º. A lei poderá fixar valores distintos para o fim previsto no § 3º deste artigo, segundo as diferentes capacidades das entidades de direito público.

Para preencher o vácuo, até a edição da legislação local, o artigo 87 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, previu, então – numa sinalização que poderia ser tomada simplesmente como tal - , que se observaria o seguinte:

Art. 87 ...

I – quarenta salários-mínimos, perante a Fazenda dos Estados e do Distrito Federal;

II – trinta salários-mínimos, perante a Fazenda dos Municípios.

Esse preceito, porém, teve vigência delimitada no tempo. Como está na cabeça do artigo 87, ele foi formalizado para vigor “até que se dê a publicação oficial das respectivas leis definidoras pelos entes da Federação” dos valores dos débitos de pequeno valor. Veio, então, a lei do Estado do Piauí, sabidamente um Estado pobre, muito embora já

tenha dado á Nação grandes homens públicos – lembro Petrônio Portela -, a dispor que se considera de pequeno valor, para a dispensa do precatório, o débito igual ou inferior a cinco vezes o salário mínimo.

Diante da realidade e das finanças do próprio Estado, não tenho como entender que essa quantia não é razoável. Como disse, de *lege ferenda*, temos até a proposição do legislador reformador ao preconizar, respectivamente, os quarenta e trinta salários mínimos, mas, evidentemente, essa fixação se mostrou transitória. A menos que pudesse proclamar a falta de razoabilidade do dispositivo – e não me sinto à vontade para fazê-lo - devo concluir pela constitucionalidade do preceito.

Peço vênua ao nobre relator para julgar improcedente o pedido formulado na inicial.

Conseqüentemente, veio à lume o acórdão do Col. TST, no qual desproveu o agravo de instrumento em recurso de revista interposto pelo Estado do Acre, vazado nos seguintes termos:

(...)

Sem razão.

A partir da promulgação da Emenda Constitucional de nº 37/2002, não comporta mais discussão a possibilidade de pagamento de dívida de pequeno valor da Fazenda Federal, Estadual ou Municipal em virtude de sentença judicial transitada em julgado, sem a expedição de precatório. Isso porque foi acrescentado o art. 87 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que dispõe:

Art. 87. Para efeito do que dispõem o § 3º do art. 100 da Constituição Federal e o art. 78 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias serão considerados de pequeno valor, até que se dê a publicação oficial das respectivas leis definidoras pelos entes da Federação, observado o disposto no 4º do art. 100 da Constituição Federal, os débitos ou obrigações consignados em precatório judiciário, que tenham valor igual ou inferior

a: I - quarenta salários mínimos, perante a Fazenda dos Estados e do Distrito Federal; II - trinta salários mínimos, perante a Fazenda dos Municípios”.

Embora, na hipótese, o valor da execução seja de R\$ 8.394,54 (oito mil, trezentos e noventa e quatro reais e cinquenta e quatro centavos), valor acima do montante definido na referida legislação, a norma apontada como violada não é aplicável ao caso, ou seja, não houve ofensa direta e literal ao art. 100, § 4º, da CF.

Com efeito, a única hipótese de cabimento de recurso de revista, em fase de execução, surge quando demonstrada inequívoca violação direta da Constituição Federal. Logo, inservível a indicação de afronta à legislação infraconstitucional ou divergência jurisprudencial, nos termos do art. 896, § 2º, da CLT e do Enunciado nº 266 do TST, verbis:

Art. 896.

(...)

§ 2º Das decisões proferidas pelo Tribunais Regionais do Trabalho ou por suas Turmas, em execução de sentença, inclusive em processo incidente de embargos de terceiro, não caberá Recurso de Revista, salvo na hipótese de ofensa direta e literal de norma da Constituição Federal.

(...)

Enunciado nº 266 Recurso de revista. Admissibilidade. Execução de sentença Revisão do Enunciado nº 210. A admissibilidade do recurso de revista contra acórdão proferido em agravo de petição, na liquidação de sentença ou em processo incidente na execução, inclusive os embargos de terceiro, depende de demonstração inequívoca de violência direta à Constituição Federal.” (Res. 1/1987, DJ de 23.10.1987 e 14.12.1987) Nesse contexto, com base no art. 896, § 2º, da CLT e no Enunciado nº 266 do TST, NEGO PROVIMENTO ao agravo de instrumento.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento.

Brasília, 13 de abril de 2005.

JUÍZA CONVOCADA MARIA DORALICE NOVAES

Relatora

Ciente: REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO"

Por fim, a Eg. 4ª Turma do Col. TST reapreciou a matéria ao conhecer e desprover o recurso de embargos de declaração interposto pelo Estado do Acre, *ipsis litteris*:

NÚMERO ÚNICO PROC: ED-AIRR - 1414/1995-403-14-40

PUBLICAÇÃO: DJ - 19/08/2005

PROC. Nº TST-ED-AIRR-1414/1995-403-14-40.6

A C Ó R D Ã O 4ª Turma.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXECUÇÃO. PRECATÓRIO. DÍVIDA DE PEQUENO VALOR. FIXAÇÃO POR LEI ESTADUAL DE MONTANTE INFERIOR AO PREVISTO NA CARTA REPUBLICANA. Não viola qualquer dispositivo constitucional acórdão regional que considera ilegítimo que Estado estabeleça, através de lei própria, valor inferior àquele fixado pela Carta Republicana para fins de enquadramento de seus débitos como de pequeno valor, já que as normas constitucionais sempre desempenham uma função de limite às normas hierarquicamente inferiores, de forma que o direito ordinário jamais pode ser considerado autônomo, como sustentado. Embargos de declaração acolhidos para prestar esclarecimentos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-ED-AIRR-1414/1995-403-14-40.6, em que é Embargante ESTADO DO ACRE e Embargada TELMA MACIEL DE SOUZA.

Esta 4ª Turma, mediante o v. acórdão de fls. 136/141, negou provimento ao agravo de instrumento em recurso de revista do reclamado ao fundamento de não restar demonstrada violação direta e literal do texto da Constituição Federal, conforme art. 896, § 2º, da CLT e Súmula nº 266 do TST.

O reclamado opõe embargos declaratórios, pelas razões alinhadas na peça de fls. 143/151. Alega omissão no v. acórdão embargado quanto à autonomia dos Estados para editar suas próprias leis, in casu, a constitucionalidade da Lei nº 1.481/2003, que fixou valor inferior (30 salários mínimos) ao previsto no art. 87, I, do ADCT (40 salários mínimos), para fins de pagamento por meio de requisição direta. Aponta violação dos arts. 5º, II, LV e LV, 93, IX, 1º, 2º, 18, 25, 60, § 4º, I, 100, caput, c/c §§ 3º e 5º e 87, caput, I, do ADCT, da Constituição Federal.

É o relatório

V O T O

CONHEÇO dos embargos de declaração porque são tempestivos (fls. 142/143) e subscritos por Procurador do Estado.

Esta 4ª Turma, mediante o v. acórdão de fls. 136/141, negou provimento ao agravo de instrumento em recurso de revista do reclamado ao fundamento de não restar demonstrada violação direta e literal do texto da Constituição Federal, conforme art. 896, § 2º, da CLT e Súmula nº 266 do TST.

O reclamado opõe embargos declaratórios, pelas razões alinhadas na peça de fls. 143/151. Alega omissão no v. acórdão embargado quanto à autonomia dos Estados para editar suas próprias leis, in casu, a constitucionalidade da Lei Estadual nº 1.481/2003, que fixou valor inferior (30 salários mínimos) ao previsto no art. 87, I, do ADCT (40 salários mínimos), para fins de pagamento por meio de requisição direta. Aponta violação dos arts. 5º, II, LV e LV, 93, IX, 1º, 2º, 18, 25, 60, § 4º, I, 100, caput, c/c §§ 3º e 5º e 87, caput, I, do ADCT, da Constituição Federal.

Não obstante não se reconheça, in casu, omissão, contradição ou obscuridade no v. acórdão embargado, para que não parem dúvidas acerca do decidido, passa-se a prestar alguns esclarecimentos.

E, o fazendo, declara-se que o julgado de origem, ao desconsiderar a aplicação da Lei Estadual supracitada, que trata de dívida de pequeno valor, ao fundamento de que ao legislador ordinário estadual não é dado estipular valor inferior ao mínimo estabelecido na norma constitucional, de forma alguma viola a literalidade dos artigos constitucionais citados pela parte.

É que não obstante seja legítimo que Estado estabeleça, através de lei própria, limite diverso daquele fixado pela norma federal para fins de enquadramento de seus débitos como de pequeno valor, considerando sua capacidade para suportar execuções, não há dúvida no sentido de que a fixação de valores inferiores àqueles definidos pela Carta Republicana mostra-se imprópria a produzir efeitos no mundo jurídico.

Primeiro, porque se considerada válida ter-se-ia por inócua a Lei Maior.

Segundo, porque as normas constitucionais sempre desempenham uma função de limite às normas hierarquicamente inferiores, de forma que o direito ordinário jamais pode ser considerado autônomo, como defendido.

Terceiro, porque a supremacia constitucional, sua força jurídica superior regula inteiramente o conteúdo das normas infraconstitucionais e, como tal, é o único instrumento que o direito pode oferecer contra o arbítrio.

Ilesos, portanto, os arts. 5º, II, LV e LV, 93, IX, 1º, 2º, 18, 25, 60, § 4º, I, 100, caput, c/ c §§ 3º e 5º e 87, caput, I, do ADCT, da Constituição Federal.

Nem se argumente “que a declaração incidental de inconstitucionalidade” estivesse a exigir, no caso, a remessa da questão para o julgamento do plenário.

É que esta egrégia Corte não fez qualquer declaração nesse sentido. Apenas reafirma que a tese adotada pelo julgado de origem de modo algum está a vulnerar o Texto Constitucional.

Pelo exposto, PROVEJO os embargos de declaração apenas para prestar os esclarecimentos supra.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, acolher os embargos de declaração para o fim de prestar os esclarecimentos que constam do voto.

Brasília, 3 de agosto de 2005.

JUÍZA CONVOCADA MARIA DORALICE NOVAES

Relatora”

Daí se ver que ambos os julgados da Eg. 4ª Turma do Col. TST desrespeitaram a autoridade da decisão desse Excelso Supremo Tribunal Federal, porquanto encerrou conclusão diametricamente oposta.

A contrariedade ao acórdão desse Excelso STF levada a cabo pela Eg. 4ª Turma do Col. TST cinge-se à consideração de que o ora reclamante defende a constitucionalidade de lei estadual que fixou em 30 (trinta) salários mínimos o teto para pagamento de dívidas reconhecidas em sentença judiciária transitada em julgada, por meio de requisição direta de pagamento (art. 100, “caput” e § 3º e 5º, da CF, c/c o art. 87, do ADCT). É dizer, o Estado do Acre defende a constitucionalidade de sua Lei nº 1.481, de 17 de janeiro de 2003, por força do caráter de transitoriedade da norma do art. 87, “caput” e inciso I, do ADCT (“até que se dê a publicação oficial das respectivas leis definidoras pelos entes da Federação, observado o disposto no § 4º do art. 100 da Constituição Federal”).

Some-se a isso, a autonomia dos entes federados para definirem os valores para os fins supramencionados, inclusive em patamar inferior ao disposto no art. 87, I, do ADCT (40 salários mínimos), vez que o critério constitucional para definição desses valores é “a capacidade das entidades de direito público”, nos exatos termos dos arts. 1º, 2º, 60, § 4º, I,

18, 25, c/c o art. 100, “caput”, §§ 3º e 5º, da CF, jungidos ao comando do art. 87, “caput” e inciso I, do ADCT.

Entretanto, a Eg. 4ª Turma do Col. TST consolidou posicionamento oposto ao decidir que “*não viola qualquer dispositivo constitucional acórdão do regional que considera ilegítimo que o Estado estabeleça, através de lei própria, valor inferior àquele fixado pela Carta Republicana para fins de enquadramento de seus débitos como de pequeno valor*”.

Portanto, o acórdão da Eg. 4ª Turma do Col. TST afrontou a autoridade do acórdão do Plenário desse Excelso Supremo Tribunal Federal.

Interessa registrar ainda que a decisão monocrática objeto do agravo de petição foi prolatada em 07/04/2003 e versava sobre requisição direta de R\$ 8.394,54, afrontando direta e literalmente todos os dispositivos constitucionais em epígrafe, haja vista que Lei nº 1.481, de 17/01/2003 tem eficácia a partir de sua publicação (22/01/2003), fixando em 30 salários mínimos o teto para tal forma de pagamento (àquela época o limite era R\$ 7.200,00 – “tempus regit actum”).

Outrossim, insta asseverar que o acórdão ora impugnado se deu em 03/08/2005, portanto, posteriormente ao julgamento dessa ADI 2868-5/PI e publicação da ata da sessão de julgamento. Anote-se ainda que a publicação da ata da sessão de julgamento se deu em 12/11/2004, o que torna indiscutível a publicidade desse julgado.

Ademais, repise-se que a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade tem efeito vinculante e “erga omnes” em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal, nos termos da jurisdição constitucional do art. 102, § 2º, da CF (EC 45/04) e do art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99. Atente-se ainda para o efeito ambivalente das decisões de ADI e ADC.

Esclareça-se ainda que o reconhecimento de inconstitucionalidade no controle concreto (difuso) se opera com a negativa de aplicação da norma questionada, e não com a declaração de inconstitucionalidade da norma, como quis crer a Eg. 4ª Turma do Col. TST. É dizer, a declaração de inconstitucionalidade é inerente ao controle abstrato de constitucionalidade, ao passo que a inaplicabilidade da norma ao caso é a essência do controle difuso de constitucionalidade, por força da diferença entre os limites objetivos da coisa julgada (inter partes “versus” erga omnes) e dos próprios sistemas de controle de constitucionalidade (objetivo “versus” subjetivo - difuso).

Transcreve-se ainda o seguinte precedente desse Excelso STF:

As decisões consubstanciadoras de declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive aquelas que importem em interpretação conforme à Constituição e em declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, quando proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de fiscalização normativa abstrata, revestem-se de eficácia contra todos (“erga omnes”) e possuem efeito vinculante em relação a todos os magistrados e Tribunais, bem assim em face da Administração Pública federal, estadual, distrital e municipal, impondo-se, em conseqüência, à necessária observância por tais órgãos estatais, que deverão adequar-se, por isso mesmo, em seus pronunciamentos, ao que a Suprema Corte, em manifestação subordinante, houver decidido, seja no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade, seja no da ação declaratória de constitucionalidade, a propósito da validade ou da invalidade jurídico-constitucional de determinada lei ou ato normativo. (Rcl 2143 AgR/ SP. Relator: Min. CELSO DE MELLO)

V – DA IMPRESCINDIBILIDADE DA LIMINAR

A concessão de liminar apresenta-se juridicamente plausível vez que se encontram configurados os seus pressupostos.

Na presente reclamação fica configurado o *fumus boni iuris* do reclamante com a afronta à autoridade da decisão desse Excelso STF, proferida na ADI 2868-5/PI, nos termos do art. 102, I, “I”, da Carta Magna.

De outro lado, o *periculum in mora* decorrente da demora na solução da presente lide é latente, vez que o Estado do Acre está na iminência de percorrer ardorosa via recursal para que esse Excelso STF dê provimento ao recurso extraordinário, o que se mostra inadmissível diante da coisa julgada no processo de controle abstrato de constitucionalidade (art. 5º, XXXVI, da CF), da economia processual, da celeridade e da segurança jurídica.

Além disso, faz-se necessário estancar o quanto antes o efeito multiplicador do acórdão impugnado, a fim de evitar outras afrontas à autoridade da decisão desse E. STF levadas a cabo em demandas que tramitam nos órgãos da Justiça do Trabalho.

Repise-se que o ora reclamante visa preservar a sua autonomia, a fim de continuar pagando adequadamente as RPV's, evitando um "estoque" de dívidas. O reclamante não deve nenhuma RPV vencida. Por outro lado, a insegurança jurídica gerada pelos órgãos jurisdicionais trabalhistas quanto a esse particular aspecto tem gerado um gasto desnecessário de dinheiro público devido à interposição de recursos, no intuito de garantir a autonomia desse ente federado.

Portanto, presentes os pressupostos legais, imperiosa se faz a concessão de liminar à luz dos princípios constitucionais da legalidade, da inafastabilidade da jurisdição e do devido processo legal em sentidos formal e material.

VI - DO PEDIDO

De todo o exposto, resta claro e indubitado que o acórdão impugnado, prolatado pela Egrégia 4ª Turma do Col. Tribunal Superior do Trabalho, afrontou à autoridade da decisão desse Excelso STF no julgamento da ADI 2868-5/PI, vez que negou aplicabilidade da Lei Estadual nº 1.481/2003 ao caso concreto (declaração incidental de inconstitucionalidade), refutando a autonomia deste ente federado para fixar valor referencial inferior ao previsto transitoriamente no art. 87, I, do ADCT, razão pela qual pugna-se pelo seguinte:

a - imediata concessão da **MEDIDA CAUTELAR**, para suspender os efeitos dos acórdãos reclamados – originário e integrativo (art. 14, II, da Lei nº 8.038/90);

b - notificação da presidente da 4ª Turma do Col. TST, Min. Milton Moura França (art. 14, I, da Lei nº 8.038/90), considerando que se trata de decisão colegiada. Por outro lado, se assim não entender, seja considerado o Col. Tribunal Superior do Trabalho como Tribunal reclamado, haja vista que a Eg. 4ª Turma é um órgão fracionário daquela Corte Superior. Nessa derradeira hipótese, as informações devem ser solicitadas do Ex.mo. Sr. Presidente do Col. TST, Min. Vantuil Abdala. Ambas as autoridades supramencionadas têm endereço funcional na praça dos Tribunais Superiores, em Brasília/DF (grifo nosso);

c – oitiva da Procuradoria-Geral da República (art. 16, da Lei nº 8.038/90); e,

d – ao fim, confirmação da liminar, com a cassação dos referidos acórdãos da Eg. 4ª Turma do Col. TST, em garantia à autoridade da decisão desse Excelso STF na ADI 2868-5/PI (art. 17, da Lei nº 8.038/90).

Pede Deferimento.

Brasília/DF, 24 de agosto de 2005.

Roberto Barros dos Santos
Procurador do Estado do Acre
Decreto de nomeação nº 5.028/2002

Embargos de Declaração, com Efeito Modificativo, e Prequestionatórios

Janete Melo d'Albuquerque Lima

Assessora do Gabinete do Procurador-Geral do Estado; Pós-Graduada no Curso "Executive MBA" em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes; Pós-graduada "Latu Sensu" em Direito Público pela Faculdade Integrada de Pernambuco - FACIPE, em parceria com a Associação dos Procuradores do Estado do Acre - APEAC.

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILSON DIPP, RELATOR DO RECURSO
ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 11442**

“Os embargos declaratórios não consubstanciam crítica ao ofício judicante, mas servem-lhe de aprimoramento. Ao apreciá-los, o órgão deve fazê-lo com espírito de compreensão, atentando para o fato de consubstanciarem verdadeira contribuição da parte em prol do devido processo legal” (Ministro Marco Aurélio, do Excelso Supremo Tribunal Federal).

O ESTADO DO ACRE – MINISTÉRIO PÚBLICO, pessoa jurídica de direito público interno, representado por sua Procuradora signatária, investida dos poderes conferidos pelos artigos 132 da Constituição Federal, 119 da Constituição Estadual e artigo 1º, parágrafo único, da Lei Complementar n. 45/94, combinado com o artigo 12, I, do Código de Processo Civil, com endereço inframargado, onde recebe intimações de estilo, com fundamento nas disposições do artigo 535 e seguintes do Código de Processo Civil, combinado com os preceitos do artigo 263 do Regimento Interno desse Sodalício, vem, tempestivamente (acórdão publicado em 06.09.2004 – DJ nº 172), perante Vossa Excelência, opor os presentes

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, COM EFEITO MODIFICATIVO,
E PREQUESTIONATÓRIOS**

ao v. acórdão, a fim de sanar omissão e obscuridades e prequestionar matéria constitucional, nos termos das razões a seguir expostas, requerendo, pois, se digne Vossa Excelência de recebê-los e apresentá-los em mesa para o respectivo julgamento.

Pede deferimento.
Rio Branco-Ac, 17 de setembro de 2004.

Janete Melo d'Albuquerque Lima
PROCURADORA DO ESTADO

RAZÕES RECURSAIS

I—PREAMBULARMENTE:

De ressaltar que o desiderato deste recurso não é insinuar medida de caráter protelatório, tampouco submeter, impertinentemente, reexame de matéria.

É tão-somente de suprir pontos do v. acórdão em que, *concessa venia*, houve omissão e obscuridades, de cuja apreciação pontual poderá ensejar até mesmo o efeito modificativo.

Assim, o presente recurso não visa a criticar a decisão, senão promover-lhe efeito integrativo necessário, razão pela qual se requer que sua apreciação seja feita com espírito de compreensão, atentando-se para sua contribuição em prol do devido processo legal e da expressão jurídica que a causa em comento ostenta.

II – DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO:

O presente recurso é tempestivo.

O embargante foi intimado em 06.09.2004 (segunda-feira), mediante a publicação da decisão no Diário da Justiça, passando a fluir o prazo recursal a partir da data de 08.09.2004 (quarta-feira), tendo em vista o feriado nacional do dia 07.09.2004 (terça-feira), expirando-se em 17.09.2004, tudo de acordo com os artigos 536 e 188, ambos do Código de Processo Civil, e artigo 263 do Regimento Interno dessa Corte.

III – SÍNTESE FÁTICA:

O Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Acre, em 1994, abriu quatro vagas para promoção ao cargo de Procurador de Justiça, pelos critérios de Merecimento e Antiguidade, na seguinte ordem: 1ª vaga – MERECIMENTO; 2ª vaga – ANTIGUIDADE; 3ª vaga – MERECIMENTO; 4ª vaga – ANTIGUIDADE.

Na reunião do CSMP, foram promovidos os Promotores de Justiça Hildebrando Evangelista de Brito – na primeira vaga, pelo critério de MERECIMENTO; Giselle Mubárac Detoni – na segunda vaga, pelo critério de ANTIGUIDADE; Vanda Denir Milani Nogueira – na terceira vaga pelo critério de MERECIMENTO; Francisco Matias de Souza – na quarta vaga pelo critério de ANTIGUIDADE.

Inconformados por entenderem ter sido preteridos nas promoções por MERECIMENTO (primeira e terceira vagas), os impetrantes, ora embargados, MARIA DE SALETE DA COSTA MAIA e UBIRAJARA BRAGA DE ALBUQUERQUE, impetraram Mandado de Segurança perante o Tribunal de Justiça do Estado do Acre contra ato do Excelentíssimo Senhor Procurador Geral de Justiça do Ministério Público, que operou as promoções, apontando vícios de formalidade.

A irrisignação dos mesmos consistiu no fato de terem sido excluídos das duas listas tríplices, que tratam da primeira e terceira promoções, preenchidas pelo critério de **MERECIMENTO**, que promoveram ao cargo de Procurador de Justiça, HILDEBRANDO EVANGELISTA DE BRITO (1ª promoção) e VANDA DENIR MILANI NOGUEIRA (3ª promoção), sob a alegação de que HILDEBRANDO, na primeira vaga, não podia compor a primeira lista tríplice, porquanto, tendo o mesmo tempo de antiguidade na carreira que UBIRAJARA, pelo critério de desempate, perdia para este pelo número de filhos, enquanto a Doutora Salete Maia alegava que, na terceira vaga, a promovida, Dra. Vanda, não poderia integrar a lista tríplice, por ser mais moderna na carreira, reconhecendo que os recorridos GISELLE MUBARAC DETONI e FRANCISCO MATIAS DE SOUZA, que foram promovidos pelo critério de **ANTIGUIDADE**, respectivamente, na segunda e quarta promoções, eram efetivamente os mais antigos na carreira.

O Tribunal de Justiça do Estado do Acre, por maioria, denegou a Ação Mandamental, com a seguinte ementa do voto vencedor:

Mandado de Segurança – promoção de promotores de justiça por merecimento e antiguidade – empate no exercício da carreira – desempate pelo critério de maior tempo de serviço estadual – inexistência de prejuízo – ausência de direito líquido e certo – mandamental denegada.

1. O desempate, na antiguidade, entre os membros do Ministério Público do Estado do Acre com igual tempo de atividade em segunda entrância, é feito em favor daquele que tem mais tempo de serviço público estadual, conforme inteligência do artigo 127, parágrafo 1º, inciso II, da Lei Complementar nº 08/83.

2. O preenchimento da segunda vaga, pelo critério de antiguidade, aconteceu de maneira escorreita, com relação aos impetrantes, pois enquanto Maria de Salete da Costa Maia foi beneficiada, Ubirajara Braga de Albuquerque não foi prejudicado, o mesmo ocorrendo quanto à terceira vaga, uma vez que ambos fizeram parte da lista, o que significa dizer que a inclusão de Vanda Denir Milani Nogueira e Dinaura Margarida Dias Lins não lhes trouxe prejuízo.

3. Quando o Procurador Geral de Justiça resolve editar os atos de promoção logo após a eleição, a afixação das listas de indicação na Secretaria Geral, no dia imediato ao da reunião do Conselho Superior do Ministério Público, torna-se desnecessária.
4. Mandado de segurança denegado.

Não satisfeitos com a decisão, os impetrantes recorreram, em 15.12.95, via Recurso Ordinário, a esse Colendo STJ, para anulação do ato do Procurador-Geral de Justiça, através do qual foram preenchidas as quatro vagas de Procurador de Justiça, sob a alegação de afronta aos princípios da legalidade e publicidade.

Mediante o despacho de fl. 406 verso, o Presidente do Tribunal de Justiça determinou a intimação do Recorrido para apresentação das contra-razões ao Recurso, tendo tal despacho sido publicado em 20.12.1995, no Diário da Justiça nº 705.

Em 04 de março de 1996, foi aberta vista do processo ao *Parquet*, para manifestação sobre a admissibilidade do RO, sendo que o Procurador de Justiça designado para emissão de parecer, verificando a necessidade de apresentação de contra-razões ao recurso, sob pena de violação ao artigo 540 do CPC e ao Regimento Interno do STJ (art. 247), encaminhou à Chefia do órgão ministerial para que fosse observado tal procedimento.

Pelo despacho de fls. 416/417, o Recurso foi admitido pelo Presidente do Tribunal de origem, que ressaltou a ausência de contra-razões, sendo determinada a subida do recurso a esse Tribunal, que, por sua Quinta Turma, à unanimidade, deu-lhe provimento, em decisão assim ementada:

ADMINISTRATIVO – PROMOTORES DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ACRE – PROMOÇÃO POR MERECEMENTO E ANTIGUIDADE – OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E PUBLICIDADE – EXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – ANULAÇÃO DO PROCEDIMENTO PROMOCIONAL – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I – Nos termos do art. 61, IV da Lei 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) a promoção por merecimento pressupõe figurar o Promotor de Justiça na primeira quinta parte da lista de antiguidade, não havendo que se falar em elaboração de listas quádruplas, por ofensa ao princípio da legalidade.

II – A irregular elaboração de lista tríplex para promoção por merecimento, incluindo Promotor de Justiça que não integrava a primeira quinta parte da lista de antiguidade da carreira, macula toda a seqüência de escolhas, e ofende direito líquido e certo dos recorrentes.

III – A afixação e publicação das indicações do Conselho Superior do Ministério Público Estadual tem por escopo a transparência do procedimento adotado, oportunizando aos supostos prejudicados a reclamação dos seus direitos antes que o Procurador Geral de Justiça escolha os nomes dos Promotores contemplados com a promoção. O descumprimento de tal providência ofende o princípio da publicidade.

IV – Recurso conhecido e provido.

IV – PRELIMINARMENTE:

IV.1. DA NULIDADE DA INTIMAÇÃO. NECESSIDADE DE REABERTURA DE PRAZO À FAZENDA PÚBLICA PARA CONTRA-ARRAZOAR O RECURSO ORDINÁRIO, TENDO EM VISTA QUE DA PUBLICAÇÃO NÃO FOI POSSÍVEL A IDENTIFICAÇÃO DE SEUS PROCURADORES. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 236, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. OFENSA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA - ARTIGO 5º, LV, DA CF.

Inicialmente, suscita o ESTADO DO ACRE, ora embargante, com fulcro no artigo 245 da Lei Adjetiva Civil, que prevê a alegação “na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos”, a preliminar de nulidade da intimação, tendo em vista que não foram apresentadas as contra-razões do Recurso, pela irregularidade na intimação da Fazenda Pública, senão vejamos.

Mediante o despacho de fl. 406 verso, o Presidente do Tribunal de Justiça determinou a intimação do Recorrido (Ministério Público) para apresentação das contra-razões ao Recurso, tendo tal despacho sido publicado em 20.12.1995, no Diário da Justiça nº 705.

Eis o teor da referida publicação:

Recorrentes: MARIA DE SALETE DA COSTA MAIS E UBIRAJARA BRAGA DE ALBUQUERQUE

Advogado: Jorge Araken Faria da Silva

Recorrido: PROCURADOR GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DO ACRE

Litisconsortes Passivos Necessários: Hildebrando Evangelista de Brito, Gisele Mubárac Detoni, Vanda Denir Milani Nogueira e Francisco Matias de Souza.

Advogada: Maria Anunciação Lucena de Brito.

Despacho: 'Intimem-se os recorrido, bem como os litisconsortes passivos necessários para, querendo, responderem o recurso no prazo da Lei. Após, voltem-me os autos conclusos.

Em 04 de março de 1996, foi aberta vista do processo ao *Parquet*, para manifestação sobre a admissibilidade do Recurso Ordinário, sendo que o Procurador de Justiça designado para emissão de parecer, verificando a necessidade de apresentação de contra-razões ao recurso, sob pena de violação ao artigo 540 do CPC e ao Regimento Interno do STJ (art. 247), encaminhou à Chefia do órgão ministerial para que fosse observado tal procedimento.

No âmbito do órgão ministerial, o Exmo. Sr. Procurador-Geral da Justiça, ao invés de encaminhar o feito ao órgão que representa o Estado em juízo, remeteu o processo aos Impetrantes para "*manifestação que julgar necessária*", sendo que, naquela oportunidade, os embargados assim pronunciaram-se:

Os Impetrantes, já que surgida a oportunidade de falar, informam que têm interesse no seguimento do recurso ordinário, não obstante **sejam hoje Procuradores de Justiça**, pois o Mandado de Segurança foi para que fossem submetidos a processo regular e legal.

Pelo despacho de fls. 416/417, o Recurso foi admitido pelo Presidente do Tribunal de origem, que ressaltou a ausência de contra-razões, sendo determinada a subida do recurso a esse Tribunal.

Na instância recursal, a Corte tem conhecimento integral do processo, sendo-lhe permitido o exame de todos os assuntos. Extrai-se do Relatório, fl. 436, que não foram apresentadas as contra-razões.

Assim, tendo em vista a disposição contida artigo 236, § 1º, do Código de Processo Civil, que prevê ser "*indispensável, sob pena de nulidade, que da publicação constem os nomes das partes e de seus advogados, suficientes para sua identificação*", verifica-se que o Estado do Acre – Ministério Público foi prejudicado pela intimação irregular verificada, ante a impossibilidade de identificação do representante judicial do recorrido.

Aliás, como é sabido, o órgão ministerial não pode responder recurso interposto contra decisão exarada em sede de mandamental contra ato a ele imputado, na qualidade de parte.

Veja-se, sobre o tema, o seguinte julgado:

RE 97.282-0, rel. Min. Soares Muñoz:

MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE PARA RECORRER.

O coator é notificado para prestar informações. Não tem ele legitimidade para recorrer da decisão deferitória do 'mandamus'. A legitimação cabe ao representante da pessoa jurídica interessada.

Do bojo do acórdão, retira-se: "*O Presidente do Tribunal foi notificado para prestar informações como autoridade coatora (art. 7º, da Lei 1.533/51). Legitimado, no entanto, para recorrer da decisão deferitória do mandado de segurança não é o coator, cuja intervenção cessa com a apresentação das informações, mas a parte, ou, mais precisamente, o representante da pessoa jurídica interessada. No caso, a pessoa de direito público interessada é o Estado do Pará, representado judicialmente pelo Dr. Procurador-Geral do Estado*".

Castro Nunes adverte que o direito de recorrer compete, nos termos do art. 814 do Código, a quem for parte na causa, ou quando o determine a lei, ao órgão do Ministério Público. No regime da antiga lei, o coator era citado (e não apenas notificado, como o é hoje, para prestar informações), podia recorrer. Parte passiva no mandado de segurança é a pessoa pública interessada que contesta o pedido e representa a autoridade coatora.”¹

O antigo Tribunal Federal de Recursos, julgando o Agravo de Instrumento 38.492-MS, relatado pelo Ministro JORGE LAFAYETTE GUIMARÃES, decidiu:

MANDADO DE SEGURANÇA – PARTE – RECURSO.

A qualidade de parte, no Mandado de Segurança, cabe à pessoa jurídica de direito público interessada, cujo ato é atacado, e não a quem o praticou, e é notificado, para prestar informações, como coator, representando-a. A legitimação para recorrer cabe à parte, e não ao coator. Agravo provido, para ser processada a apelação.”

Ademais, eis o que reza a nossa Carta Magna:

Artigo 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Transcreve-se, ainda, abaixo, algumas decisões dessa Corte sobre o assunto:

Processual Civil. Atos processuais. Intimação. CPC. Art. 236, § 1º.

1. Para intimação e publicidade de atos processuais é indispensável a correta inclusão dos nomes do Advogados e das partes nas publicações dos atos judiciais proferidos no processo. A omissão atrai a incidência da regra sancionatória do art. 236, § 1º, do CPC.
2. Precedentes jurisprudenciais.
3. Recurso provido. (RESP 98.078 – SP. Rel. Min. MILTON LUIZ PEREIRA).

Processual Civil. Intimação. Nulidade. Omissão do nome do Advogado, Art. 236, Par. 1º, do CPC. A intimação para a prática dos atos processuais tem como destinatário o advogado e não a parte, eis que apenas aquele possui o ‘ius postulandi’.

Assim a omissão do nome do patrono de um dos litigantes compromete a identificação do processo, acarretando evidente prejuízo a parte, ensejando a nulidade da intimação. Recurso conhecido e provido. (RESP 36.265-MG, Rel. Min. Cláudio Santos, DJU. 16.5.94).

Inventário. Esboço de Partilha. Intimação. Nulidade, Omissão do Nome do Procurador da Parte.

Havendo sido omitido o nome do patrono de um dos interessados, é nula a intimação feita, tanto mais que concreto o prejuízo daí advindo a parte, a quem não se facultou oportunidade de deduzir em tempo hábil as suas objeções ao esboço de partilha. Recurso especial conhecido e provido. (RESP 67.055-MG, Rel. Min. Barros Monteiro, DJU 24.6.96).

Processual Civil. Decisão Interlocutória determinando ao autor-recorrente que promova a citação da litisconsorte passiva necessária: União Federal. Ausência do nome de qualquer dos patronos do autor-recorrente da publicação do ato judicial. Nulidade da Intimação. Ocorrência. Precedentes. Recurso provido.

I – É nula a intimação e por consequência, os atos processuais posteriores, quando não constar da publicação o nome de nenhum dos advogados da parte a qual o ato judicial é dirigido.

II – Inteligência do par. 1º do Art. 236 do CPC.

III – Precedentes do STJ: Resp 36.265/MG, Resp 36.482/RS, Resp 2.929/BA, Resp 58575/RJ e Resp 4.133/RO.

IV – Recurso ordinário conhecido e provido. (ROMS 3.346/PR, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJU 14.4.97).

¹ Do Mandado de Segurança, 8ª edição, p. 300.

De se ressaltar, também, que o não acolhimento desta preliminar acarretará violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa que, embora a Carta da República não preveja expressamente em seu texto, os dispositivos constitucionais que permitem a sua utilização consagram a sua previsão:

Art. 5º. LV - Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Ada Pellegrini Grinover ao tecer comentários sobre a temática, observa:

(...) esta é a única interpretação da norma constitucional que, em obediência ao princípio de que a lei não pode conter disposição inúteis, faz com que não se considere superposta a tutela constitucional para “os acusados em geral” e para os litigantes em processo administrativo. E esta é, sem dúvida, a vontade da Constituição pátria de 1988, coerente com as linhas evolutivas de fenômeno de processualidade administrativa.²

Como é sabido, o princípio do contraditório e da ampla defesa se estende a todos processos, sejam eles judiciais ou administrativos, em que haja controvérsia, conflitos de interesses, contenda. Esses princípios mantêm íntima relação e interação, como preleciona *Dinorá Adelaide Musetti Grott*³, professora da PUC-SP.

Afirma, ainda, a citada autora que:

“O entrelaçamento de ambos é tão grande que não se pode imaginar a existência de um sem o outro.”

Pode-se dizer, com *Ada Pellegrini Grinover*, que é do contraditório que brota a própria defesa. Mas também se pode dizer que a defesa é que garante o contraditório.

Em essência, o contraditório significa a bilateralidade do processo, ou seja, a faculdade de manifestar o próprio ponto de vista ou argumentos próprios ante fatos, documentos ou pontos de vista apresentados por outrem. O contraditório possibilita “tecnicamente contradizer a posição contrária”.

Por sua vez, *Nelson Nery Júnior* assevera:

Por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar-se conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis. Os contendores têm direito de deduzir suas pretensões e defesas, realizarem as provas que requereram para demonstrar a existência de seu direito, em suma, direito de serem ouvidos paritariamente no processo em todos os seus termos.⁴ (grifou-se)

Convém relembrar, ainda, que o princípio do contraditório e o da ampla defesa, não se aplica somente ao cidadão ou a pessoa física, mas, também, a pessoa jurídica, como leciona, com propriedade, *Nelson Nery Junior*.⁵

In specie, ao não intimar devidamente o Estado, neste processo, fez com que seguisse os trâmites sem que fosse dada oportunidade ao ente público para se insurgir contra os argumentos apresentados pelos recorrentes, ora embargados, principalmente a situação fática verificada *a posteriori*.

Ora, segundo o Professor *Cândido Rangel Dinamarco*⁶, o princípio do contraditório divide-se em dois momentos: a “informação necessária” e a “reação possível”. Ambas as

² do direito de defesa em inquerido administrativo, RDA 183: 09-18, p.p. 12/13.

³ BDA – Boletim de Direito Administrativos – janeiro/99.

⁴ Princípios do processo civil na constituição federal, 5ª ed., RT, 1999, p. 129.

⁵ idem

⁶ fundamentos de processo civil, 2ª ed., 1987, p. 93

situações, no entanto, não foram oportunizadas ao Estado, que não foi intimado, devidamente, para contra-arrazoar o recurso.

Evidencia-se, ainda, inobservância ao princípio constitucional do devido processo legal, insculpido no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição da República, segundo o qual “ninguém será privado da liberdade e de seus bens sem o devido processo legal”.

Não se pode olvidar que a ordem pública compreende a boa ordem do processo, que é igualmente público e objetiva colocar as partes em patamar de igualdade, de sorte que a subversão do princípio constitucional do devido processo legal, é fator de vulneração da ordem pública.

Segundo Alexandre de Moraes⁷, o devido processo legal configura dupla proteção do indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade e propriedade quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições (...) e plenitude de defesa (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, à produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos (...)).

Mais uma vez se constata que a forma como transcorreu o feito privou o Estado de, mediante a apresentação de contra-razões, apresentar os argumentos aptos a derrubar as alegações dos recorrentes, inclusive de levar ao conhecimento dessa Corte Superior o fato de que ambos, desde à época da admissibilidade do Recurso Ordinário, são PROCURADORES DE JUSTIÇA, promovidos através de procedimento regular, estando, aliás, a primeira já aposentada. Por esse motivo, a decisão proferida por esse Tribunal acarreta prejuízo ao ente estatal, decorrente da violação do devido processo legal.

Concessa venia, a decisão do STJ, nos moldes em que se apresenta, onde não houve a apresentação das contra-razões pelo ente público, por debilidade na intimação, ocasiona sérios gravames ao Estado.

Com efeito, pois o interesse defendido pelo ente estatal neste feito não é aquele interesse secundário, restrito da Fazenda Pública. Nesta causa evidencia-se, iniludivelmente, o interesse primário, que diz respeito a toda coletividade, pois a questão de mérito versada diz respeito à situação que repercute na organização político-administrativa do Estado e que veicula matéria de cunho constitucional, como aquela tratada nos artigos 5º, XXXVI e 37, caput, sobre as quais o ente estatal espera manifestação dos tribunais superiores.

Dessa forma, como há de convir Vossas Excelências, imperioso se faz abertura de prazo para que o Estado apresente as contra-razões ao Recurso Ordinário, sob pena de se ferir princípios constitucionais.

Portanto, como exaustivamente demonstrado, merece acolhida a presente preliminar para o fim de reconhecer a nulidade da intimação do recorrido, pela inobservância das disposições contidas no artigo 236, § 1º, do Código de Processo Civil, com a reabertura ao Estado do Acre da oportunidade para apresentação das contra-razões ao Recurso Ordinário, tudo de acordo com as disposições contidas nos artigos 247 e seguintes do Código de Processo Civil, sob pena de violação do artigo 132 da Constituição Federal.

V – DOS FATOS SUPERVENIENTES QUE LEVAM A PERDA DO OBJETO DO REMÉDIO HERÓICO:

São necessários esclarecimentos sobre fatos ocorridos posteriormente ao início desta demanda, que levam a perda do objeto do remédio heróico.

Excelências, transcorridos mais de 10 (dez) anos, a contar do ato administrativo impugnado (1994), a situação fática restou consolidada com o decurso do tempo, em decorrência das promoções dos impetrantes ao cargo de Procurador de Justiça, em 20 de setembro de 1996, ambos pelo critério de ANTIGUIDADE, dois anos após o ato impugnado, através dos Atos nº 11/1996 e nº 09/1996, publicados no Diário Oficial do Estado nº 6.872, de 24/09/1996, à fl. 09, estando a impetrante MARIA DE SALETE DA COSTA MAIA aposentada, como Procuradora de Justiça, desde 15/04/2002, bem como os litisconsortes passivos Hildebrando Evangelista de Brito, promovido por MERECIMENTO (primeira vaga), aposentado

⁷ in Constituição do Brasil Interpretada, pág. 360

desde 23/08/1995, e Francisco Matias de Souza, promovido por ANTIGUIDADE (quarta vaga).

Assim, considerando que os fatos já se consumaram, não se pode desconstituir os atos de promoção e aposentadoria.

Vejam os entendimentos já consignados pela jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE ANISTIA. ATO OMISSIVO. INOCORRÊNCIA. FATO SUPERVENIENTE EXTINTIVO DO DIREITO POSTULADO. PERDA DO OBJETO. EXTINÇÃO DO PROCESSO.

I – Impetrada a segurança, se advier, subsequente, algum fato modificativo ou extintivo do direito postulado, a ponto de influir no julgamento da lide, caberá ao Juiz, tomá-lo em consideração e julgar prejudicado o pedido. Precedente jurisprudencial (STJ – Primeira Seção – MS 5.901/DF – Rel. Min. Demócrito Reinaldo, Diário da Justiça, 22, fev. 1999, p. 059).

Deve-se enfatizar, por outra margem, que forçoso se faz reconhecer que os fatos supervenientes, já expostos, acarretam a perda de objeto da ação mandamental proposta, por falta de interesse de agir, a teor do disposto no art. 267, VI c/c 462 do Código de Processo Civil.

É bom lembrar o que diz a doutrina sobre o tema.

(...)Direito Superveniente. O jus superveniens pode consistir no advento de fato ou direito que possa influir no julgamento da lide. Deve ser levado em consideração pelo Juiz, de ofício ou a requerimento da parte ou interessado, independentemente de quem possa ser com ele beneficiado no processo (...)⁸

Em abono da tese ora externada, merecem destaque lapidares arestos dos tribunais pátrios:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. FATO SUPERVENIENTE.

1. Impetrado mandado de segurança com o fito de obter liminar para participar de etapa de concurso público, mas reprovado o recorrente antes de seu julgamento, impõe-se a recepção do fato superveniente e a extinção do processo, em virtude do desaparecimento do direito do autor. 2. Mandado de segurança julgado extinto. [Mandado de Segurança n. 70002025906 – 2º Grupo de Câmaras Cíveis – Porto Alegre, Relator Desembargador Araken de Assis, RTJRS 208/192, j. 11/05/2001].

“MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIÇO DE RADIODIFUSÃO. ADJUDICAÇÃO À LITISCONSORTE PASSIVA. DECADÊNCIA DA IMPETRAÇÃO. INOCORRÊNCIA. ATO DO MINISTRO DAS COMUNICAÇÕES INSENTO DE ILEGALIDADE OU ABUSIVIDADE. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RATIFICAÇÃO POSTERIOR POR DECRETO PRESIDENCIAL.

(...)

4. Demais disso, o DOU de 10.03.99, publicou Decreto do Presidente da República outorgando a exploração do mencionado Serviço de Radiodifusão à TV Cidade dos Príncipes S/C Ltda o qual obteve chancela do Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo nº 175/99 (DOU de 14.12.99), fatos supervenientes que tornam insubsistente a impetração contra o ato do Ministro das Comunicações [STJ – Primeira Seção – MS 6.408/DF – Rel. Francisco Peçanha Martins, Diário da Justiça, 18, fev. 2002, p 220].

O Egrégio Tribunal de Justiça Acreano, na mesma linha de raciocínio, por seu Tribunal Pleno, já decidiu que:

“MANDADO DE SEGURANÇA. ATO JUDICIAL. PERECIMENTO DO OBJETO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO.

⁸ Nelson Nery Junior et. alii, Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em vigor, ed. RT, 6ª edição, São Paulo, 2002, p. 765

Uma vez ilidido o objeto da impetração, resta prejudicado o mandado de segurança, afastando-se o exame da ilegalidade do ato ensejador da mandamental. Mandamental conhecida e julgada prejudicada à falta de objeto. [Relatora Desembargadora Eva Evangelista, Ementário de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Acre, ementa 660, página 282]”.

Insta registrar que, no caso *sub judice*, há supremacia do interesse público sobre o privado, pois deve vigorar a verticalidade nas relações entre Administração e os particulares, não podendo o interesse particular se sobrepor ao direito público do Requerente.

VI – DA PRIMEIRA OBSCURIDADE DO ACÓRDÃO VERGASTADO: PROMOTORES DE JUSTIÇA IMPETRANTES QUE JÁ FORAM PROMOVIDOS AO CARGO DE PROCURADOR DE JUSTIÇA, ENCONTRANDO-SE, UM DELES, APOSENTADO. TEORIA DO FATO CONSUMADO

Releva notar que reside na decisão recorrida OBSCURIDADE, consistente no fato de que o Exmo. Sr. Ministro Relator, a par das informações contidas no processo, de que os Impetrantes, à época da impetração, Promotores de Justiça, quando da admissibilidade do Recurso Ordinário, já eram PROCURADORES DE JUSTIÇA, conforme consta da manifestação de ambos acostada aos autos, ainda assim deu provimento ao Recurso para anular o procedimento promocional dos litisconsortes.

Não obstante, no bojo do relatório e voto de Sua Excelência, repetidamente, consta que os Impetrantes, Promotores de Justiça, não satisfeitos, interpuseram o presente apelo. Mais adiante, fl. 437, diz o Relator que “a discussão trazida no presente recurso diz respeito a aferição do direito líquido e certo dos recorrentes, promotores de justiça do Estado do Acre.”

Excelências, transcorridos mais de 10 (dez) anos, a contar do ato administrativo impugnado (1994), a situação de fática restou consolidada com o decurso do tempo, em decorrência das promoções dos impetrantes ao cargo de Procurador de Justiça, em 20 de setembro de 1996, ambos pelo critério de ANTIGUIDADE, dois anos após o ato impugnado, estando a impetrante MARIA DE SALETE DA COSTA MAIA aposentada, como Procuradora de Justiça, desde 15/04/2002, bem como os litisconsortes passivos Hildebrando Evangelista de Brito e Francisco Matias de Souza, ensejando o reconhecimento da obscuridade e o seu esclarecimento quanto à efetividade do cumprimento do Acórdão embargado no âmbito da Administração Superior do Ministério Público do Acre, uma vez que os fatos já se consumaram, não podendo se desconstituir os atos de promoção e aposentadoria, os quais, aliás, vêm acarretar graves inconvenientes de ordem prática, não só para os embargados mas também para os demais Procuradores de Justiça, cujas promoções se seguiram ao procedimento administrativo nº 152/94, em comento.

Esse Colendo Superior Tribunal de Justiça vem acolhendo, reiteradamente, a “Teoria do Fato Consumado”, no sentido de que alguns atos da administração pública não podem ser desconstituídos, devido ao transcurso de tempo considerável, dos quais acarretariam graves inconvenientes de ordem prática, não só para o próprio beneficiário da decisão, como também para terceiros de boa fé. Assim, tendo-se consumado o fato, não seria mais possível voltar ao *status quo ante*, mesmo que eivado de vícios jurídicos.

Vejam-se os seguintes julgados:

“AGRAVO REGIMENTAL – PRIVATIZAÇÃO DO SISTEMA TELEBRÁS – FATO CONSUMADO – RESULTADO POSITIVO – CIRCUNSTÂNCIAS SUPERVENIENTES – DESPROVIMENTO.

I – A ocorrência, com resultado positivo, do leilão de privatização do sistema TELEBRÁS, constitui fato consumado que se afigura inconveniente, na espécie, revolver.

II – Circunstâncias supervenientes, decorrentes de crise mundial no mercado financeiro, demonstram a conveniência e oportunidade da manutenção do certame.

III – Impugnação recursal que não elide as razões a que se nega provimento.

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CURSO PROFISSIONALIZANTE. CONCLUSÃO DO ESTÁGIO. ENSINO SUPERIOR. MATRÍCULA. FATO CONSUMADO, EM DECORRÊNCIA DE LIMINAR CONCEDIDA. SITUAÇÃO FÁTICA JÁ CONSOLIDADA. CIRCUNSTÂNCIAS ESPECIAIS. PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.

I – Se, na hipótese, a aluna, por força de decisão favorável do juízo monocrático, tendo concluído o estágio, já vem há muito tempo freqüentando as aulas do curso superior, faltando apenas dois semestre para concluí-lo, tem-se consolidada uma situação fática cuja desconstituição seria de todo desaconselhada, sobretudo se considerada a inexistência de prejuízos a terceiros.

II – Não como regra geral, mas em circunstâncias especiais e em respeito à segurança das relações jurídicas, a jurisprudência predominante desta Egrégia Corte, em casos semelhantes, tem admitido preservar a situação já consolidada e irreversível, sem que dela resulte prejuízo a terceiros.

III – Recurso provido. Decisão unânime.

ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. ESTUDANTE. TRANSFERÊNCIA. SITUAÇÃO FÁTICA CONSOLIDADA POR DECISÃO JUDICIAL. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.
(...)

IV – Segurança concedida há mais de 02 (dois) anos, determinando a transferência pleiteada, sem nunca ter sido a mesma cassada e que, pelo decorrer normal do tempo, a impetrante já deve ter concluído o curso. Ocorrência da teoria do fato consumado, aplicável ao caso em apreço.

V – Não podem os jurisdicionados sofrer com as decisões colocadas à apreciação do Poder Judiciário, em se tratando de situação fática consolidada pelo lapso temporal, face à morosidade dos trâmites processuais.

VI – Em se reformando a r. sentença concessiva e o v. recorrido, neste momento, estar-se-ia corroborando para o retrocesso na educação dos educandos, 'in casu', um acadêmico que foi transferido sob a proteção do Poder Judiciário e que já deve ter terminado seu curso. Em assim acontecendo, não teria o impetrante, com a reforma da decisão, o acesso à reta final do seu curso. Pior, estaria perdendo anos de sua vida freqüentando um curso que nada lhe valia no âmbito universitário e profissional, posto que cessada tal freqüência. Ao mais, ressalte-se que a manutenção da decisão 'a quo' não resultaria qualquer prejuízo a terceiros, o que é de bom alvitre.

VII – Cabe ao juiz analisar e julgar a lide conforme os acontecimentos passados e futuros. Não deve ele ficar adstrito aos fatos técnicos constantes dos autos, e sim aos fatos sociais que possam advir de sua decisão.

VIII – Precedentes desta Casa Julgadora.

IX – Recurso Especial improvido, em face da situação fática consolidada.

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal abraçou a tese de que os atos administrativos estão sujeitos ao efeito sanatório do tempo, ressalvada, exclusivamente, a hipótese de má-fé do beneficiário, sendo certo que assim sendo configuram ato jurídico perfeito e acabado, consoante o julgamento do RE n. 85.179/RJ (RTJ 83/921), no qual o Ministro BILAC PINTO destaca a lavra de Miguel Reale (Revogação e Anulação do Ato Administrativo, Forense, 1968), nos seguintes termos:

Não é admissível, por exemplo, que, nomeado irregularmente um servidor público, visto carecer, na época, de um dos requisitos complementares exigidos por lei, possa a Administração anular seu ato, anos e anos volvidos, quando já constituída uma situação merecedora de amparo e, mais do que isso, quando a prática e a experiência

podem ter compensado a lacuna originária. Não me refiro, é claro, a requisitos essenciais, que o tempo não logra por si só convalescer, como seria, por exemplo, a falta de diploma para ocupar cargo reservado a médico, mas a exigência outras que, tomadas no seu rigorismo formal, determina a nulidade do ato.

Destarte, a teor dos atos revogatórios baseados na Súmula 473 do STF, de que a Administração Pública pode rever seus próprios atos, a mesma Súmula garante o respeito ao direito adquirido, objetivando que um ato verificado ilegal, com efeitos perpetrados no tempo, fazendo surgir direitos em relação a terceiros que, de boa fé, em nada contribuíram para a materialização do ato, mas que dele sofreram seus efeitos, não se podendo retirar dessas pessoas direitos que conquistaram, ensejando, assim, a aplicação da “Teoria do Fato Consumado”.

Ora, decorridos mais de 10 (dez) anos, a contar do ato administrativo impugnado, e constatada a boa fé dos litisconsortes passivos no procedimento administrativo nº 152/94, deve ser enfrentada a questão constitucional da proteção ao direito adquirido e do ato administrativo perfeito com relação aos litisconsortes passivos, restando já promovidos no cargo de Procurador de Justiça os impetrantes UBIRAJARA BRAGA DE ALBUQUERQUE e MARIA DE SALETE DA COSTA MAIA, consolidando uma situação fática pelo decurso do tempo, razão pela qual deve ser aclarada no acórdão embargado esta situação, tendo em vista que apesar de eventual irregularidade na primeira promoção por MERECIMENTO, não se pode subverter situações de fato já consolidadas, como por exemplo, as aposentadorias da impetrante MARIA DE SALETE DA COSTA MAIA e dos litisconsortes passivos HILDEBRANDO EVANGELISTA DE BRITO e FRANCISCO MATIAS DE SOUZA, ambos no cargo de Procurador de Justiça.

Diz a jurisprudência:

RESP 365771 / DF ; RECURSO ESPECIAL

2001/0135981-0

Relator(a)

Ministro LUIZ FUX (1122)

DJ 31.05.2004 p.00177

Ementa

ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. APROVAÇÃO EM VESTIBULAR ANTES DA CONCLUSÃO DO SEGUNDO GRAU. MATRÍCULA. TEORIA DO FATO CONSUMADO.

1. As situações consolidadas pelo decurso de tempo devem ser respeitadas, sob pena de causar à parte desnecessário prejuízo e afronta ao disposto no art. 462 do CPC. Teoria do fato consumado.

Precedentes da Corte.

2. Discussão acerca da matrícula em curso superior na hipótese de ausência de Conclusão do 2º grau à época, cujo direito de matrícula foi assegurado por força de liminar. Situação consolidada. Segundo grau concluído.

3. Recurso especial provido.

EEROMS 13366 / DF ; EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO ROMS

2001/0079881-0

Relator(a)

Ministra ELIANA CALMON (1114)

DJ 22.09.2003 p.00278

Ementa

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – ERRO MATERIAL – CORREÇÃO.

1. Situação fática provocada por decisão judicial, que se consolidou e tornou-se irreversível quando foi denegada a segurança.

2. Transferência do projeto da Armando Sampaio Lacerda para a BPP Produções Audiovisuais Ltda, que, embora irregular, não pode ser desfeita, pois o filme já foi

concluído e exibido.

3. Inexistência de prejuízo à sociedade ou a terceiros.

4. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para conceder a segurança.

VII – DA SEGUNDA OBSCURIDADE DO ACÓRDÃO VERGASTADO. FORMA DE CUMPRIMENTO DA DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ANULAÇÃO DE PROCEDIMENTO PROMOCIONAL QUE REMONTA AO ANO DE 1994. PROMOTORES DE JUSTIÇA JÁ PROMOVIDOS AO CARGO DE PROCURADOR DE JUSTIÇA. PROMOÇÕES POSTERIORES DE OUTROS MEMBROS DO ÓRGÃO MINISTERIAL.

Outra obscuridade diz respeito à forma de cumprimento da decisão, tendo em vista a situação fática consolidada pelo decurso do tempo, que gerou direitos aos litisconsortes passivos, terceiros de boa fé, bem como a outros membros do órgão ministerial, promovidos em procedimentos posteriores.

Inicialmente, deve ser esclarecido o alcance da decisão do Superior Tribunal de Justiça, haja vista que se trata de *decisum* referente à anulação de todo o procedimento administrativo nº 152/94, que culminou com a promoção dos Promotores de Justiça HILDEBRANDO EVANGELISTA DE BRITO, GISELE MUBÁRAC DETONI, FRANCISCO MATIAS DE SOUZA e VANDA DENIR MILANI NOGUEIRA, sendo que os Procuradores Hildebrando e Matias já se encontram aposentados, estando na ativa as Procuradoras Gisele e Vanda, ou seja, o efetivo cumprimento da decisão nos moldes em que se encontra implica no retorno das mesmas ao cargo de Promotoras de Justiça? E o direito de ambas, deixará de ser respeitado?

Além disso, merece ser aclarado, ainda, como fica a situação dos Doutores Hildebrando e Francisco Matias, que já estão aposentados como procuradores de justiça. Qual o reflexo da decisão em suas aposentadorias?

Como é sabido, o Ministério Público Estadual, detentor de independência administrativa e financeira, estampada no artigo 127, § 2º, da Carta Magna e no artigo 3º da Lei Federal nº 8.625/93, ao proceder à promoção de seus membros, atua dentro de sua esfera administrativa, sendo de todo descabido ato judicial que interfere nos assuntos internos do *Parquet*, na medida em que consubstancia inaceitável violação do ordenamento jurídico Sem dúvida alguma a ordem administrativa encontra-se em iminente risco.

Acrescente-se ainda que a ordem pública condiz com a normal execução dos serviços públicos e do devido exercício das funções da administração pelas autoridades. Nessa esteira, existem decisões considerando atingida a ordem pública, quando o Poder Judiciário substitui ou obsta ato privativo do administrador, infringindo-se, nessa hipótese, também, o princípio da independência e harmonia entre os Poderes (CF, art. 2º, CE art.).

O instituto da promoção tem previsão legal no artigo 119 e seguintes da Lei Complementar Estadual nº 08/83 e no artigo 61 e seguintes da Lei nº 8.625/93, dos quais se inferem os seguintes requisitos para que a promoção ocorra: a) o cargo a ser preenchido será de entrância superior; b) o cargo deverá estar vago e em concurso, sendo pressuposto da promoção por merecimento, dois anos de exercício na respectiva entrância ou categoria e integrar o Promotor de Justiça a primeira quinta parte da lista de antigüidade (cf. artigo 61, inciso IV, da Lei 8.625/93).

No que tange aos critérios objetivos previstos no art. 124, § 2º, da Lei Complementar nº 08/83, são eles: estar com os serviços em dia, não haver dado causa injustificadamente ao adiamento de audiência no período de doze meses anterior ao pedido, não haver sofrido pena disciplinar, no período de um ano anterior à elaboração da lista e não haver sido removido no período de seis meses.

No que diz respeito aos critérios, a Lei 8.625/93, artigo 61, e a Lei Complementar Estadual nº 08/83, artigo 128, determinam que o merecimento seja apurado pela atuação do Membro em toda a Carreira, devendo prevalecer os critérios de ordem objetiva e sendo levado em conta a sua conduta na vida pública e particular; conceito que goza na Comarca; a pontualidade no cumprimento das obrigações funcionais; a atenção às instruções da

Procuradoria-Geral de Justiça e da Corregedoria-Geral do Ministério Público; eficiência no desempenho de suas funções; operosidade e dedicação no exercício do Cargo; presteza e segurança nas suas manifestações processuais; o número de vezes que já tenha participado de Listas; freqüência e aproveitamento em cursos oficiais, ou reconhecidos, de aperfeiçoamento; elogios insertos em Julgados de Tribunais; publicação de livros, teses, estudos, artigos, trabalhos forenses de sua autoria e obtenção de prêmio relacionado com a sua atividade funcional; contribuição à organização e melhoria dos serviços do Ministério Público e Judiciário e correlatos da Comarca; atuação em Comarca que apresente particular dificuldade no exercício das funções.

Tais critérios, a teor dos artigos 18, VI, e 23, § 1º, da Lei Orgânica Estadual, devem ser aferidos pela Corregedoria Geral do órgão ministerial.

Por fim, deve-se ressaltar, ainda, que não se aplica o disposto no art. 93, inciso II, alínea *b*, da Constituição da República, que trata da promoção no âmbito da magistratura e refere-se expressamente à lista de antiguidade relativa à respectiva entrância, tendo em vista que o art. 129, § 4º, da Carta Magna, determina a aplicabilidade do art. 93, incisos II e VI, ao Ministério Público somente no que couber.

O legislador federal, quando tratou das atribuições do Conselho Superior do Ministério Público, no artigo 15, da Lei Orgânica Nacional, disse que lhe cabe indicar ao Procurador-Geral de Justiça, em lista tríplice, os candidatos à promoção por Merecimento (cf. inciso II), repetindo o mesmo texto o legislador estadual, na Lei Orgânica Estadual (cf. artigo 18, inciso VI).

Nesse sentido preleciona, com muita propriedade, José Carlos Barbosa Moreira:

A obscuridade tanto pode situar-se na fundamentação do acórdão quanto no decisum propriamente dito. Pode acontecer que falte clareza na exposição das razões de decidir, que em acórdão bem redigido devem ser enunciadas em termos nítidos e ordenadas em seqüência lógica, compondo um todo sistemático e coerente; e pode acontecer que falte na própria parte decisória (“dispositivo”, conforme a dicção do Art. 458, nº III, aplicável aos acórdãos por força do Art. 165). Essa será a mais grave modalidade do defeito, pois o que acima de tudo se precisa saber, com absoluta certeza, é o sentido em que se pronuncia o órgão judicial, ao resolver a questão ou ao julgar a lide.

Há, naturalmente, graus na obscuridade, desde a simples ambigüidade, que pode resultar do emprego de palavras de acepção dupla ou múltipla sem que do contexto ressalte a verdadeira no caso -, ou de construções anfíbológicas, até a completa ininteligibilidade da decisão. Em qualquer hipótese cabem os embargos declaratórios; e o órgão judicial bem andar-se preferir esclarecer o seu pronunciamento, ainda que lhe pareça pouco relevante o ponto, ou exagerada a increpação de obscuridade, a suscetibilizar-se com a interposição.

De bom alvitre trazer à baila o que se encontra colacionado por HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, verbis:

Embargos declaratórios. Omissão e contradição. Os provimentos judiciais, como ato de inteligência, devem mostrar-se completos, expungidas as dúvidas nefastas ao entendimento que lhes é próprio. Por isso mesmo, o órgão investido do ofício judicante deve receber os embargos declaratórios como oportunidade ótima para possível elucidação quanto ao alcance do que for decidido (Ac. do STJ, nos ED na ADIN nº 1.098-4-SP, Rel. Min. Marco Aurélio; DJU de 29.09.95, p. 31.904).⁹

VIII – DA OMISSÃO DO ACÓRDÃO VERGASTADO: ARTIGO 5º, XXXVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DO DIREITO ADQUIRIDO

Entende o embargante que o e. Relator, seguido pelos Pares, foi omisso quanto ao disposto no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República, que trata da proteção ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, com relação à segunda e quarta promoções, preenchidas pelo critério de ANTIGUIDADE, na qual foram promovidos ao cargo de Procurador

de Justiça GISELLE MUBARAC DETONI e FRANCISCO MATIAS DE SOUZA, que, efetivamente, eram os mais antigos na carreira, conforme reconhecido no acórdão embargado e as promoções por ANTIGUIDADE não causaram prejuízos aos impetrantes, nem atingiram direito líquido e certo dos mesmos.

Ora, tendo o acórdão embargado reconhecido que a Doutora GISELLE MUBARAC DETONI era a mais antiga da lista de antiguidade, na disputa da segunda vaga ao cargo de Procurador de Justiça, pelo critério de ANTIGUIDADE, a sua indicação, mesmo que precedida por uma irregular promoção por MERECIMENTO, que prejudicou o Procurador UBIRAJARA, não ensejou qualquer nulidade ou prejuízo para os impetrantes, nem violou direito líquido e certo dos mesmos, porquanto foi escolhida a candidata mais antiga na carreira, sendo, portanto, ato administrativo perfeito, o que significa dizer que não podem os litisconsortes, diante do princípio da proteção ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, ter sua promoção por antiguidade anulada, já que, efetivamente, eram os mais antigos, sendo a primeira promovida, pelo critério de desempate (maior tempo de serviço público no Estado do Acre), como reconhecido no acórdão embargado.

O acórdão embargado deixou de mencionar expressamente o artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, que trata da proteção ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, com relação aos litisconsortes passivos GISELLE MUBARAC DETONI e FRANCISCO MATIAS DE SOUZA, promovidos pelo critério de ANTIGUIDADE, prejudicando o prequestionamento da matéria constitucional, para efeito de interposição de Recurso Extraordinário junto ao Supremo Tribunal Federal.

Portanto, os presentes Embargos Declaratórios visam suprimir a omissão e as obscuridades apontadas no v. acórdão, em razão da situação fática consolidada pelo decurso do tempo, que gerou direitos aos litisconsortes passivos, terceiros de boa fé.

IX- DO EFEITO MODIFICATIVO

Desse modo, necessário suprir a omissão e sanar as obscuridades, impondo-se o acolhimento dos embargos declaratórios apresentados, para, emprestando-lhe efeito modificativo, corrigir a decisão.

Vale lembrar que os Embargos de Declaração, em princípio, visam a aclarar ou complementar a decisão. Há casos, entretanto, que eles, embora não tenham sido concebidos para esse fim, podem produzir a reforma da decisão embargada, apresentando, assim, verdadeiro efeito infringente do julgado.

Tal efeito é conhecido tanto na doutrina, como na jurisprudência.

Bom exemplo da consolidação da doutrina, neste particular, é o magistério de Barbosa Moreira, quando ele afirma de forma categórica que:

Costuma asseverar-se que a decisão sobre os embargos se limita necessariamente a revelar o verdadeiro conteúdo da decisão embargada e não pode trazer inovação alguma. **Formulada em termos absolutos, a afirmação comporta reparos.** Na hipótese de obscuridade, realmente o que faz o novo pronunciamento é só esclarecer o teor do primeiro, dando-lhe a interpretação autêntica. Havendo contradição, ao adaptar ou eliminar algumas das proposições constantes da parte decisória, já a decisão altera, em certo aspecto, a anterior. **E, quando se trata de suprir omissão, não pode sofrer dúvida que a decisão que acolhe os embargos inova abertamente: é claro, é claríssimo, que ela aí diz mais que a outra.**^{10[1]} (grifos nossos).

Esse, também, é o entendimento de Antonio Carlos de Araújo Cintra. Este autor adverte, ainda, que *“qualquer restrição que se oponha a essa força modificativa dos embargos de declaração nos estritos limites necessários à consecução de sua finalidade específica constituirá artificialismo injustificável, que produzirá a mutilação do instituto.”*^{11[2]}

⁹ in CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ANOTADO, 2ª ed., 1996, pág. 237:

^{10[1]} Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. V, arts. 476-565, Rio de Janeiro – São Paulo: Forense, p.

427.

^{11[2]} RT 595/15-20.

Cintra salienta, por outra margem, que o efeito modificativo se justifica, ainda, pelo fato de os embargos de declaração estarem arrolados entre os recursos e, vedando-se tal efeito, se criaria uma única exceção na categoria dos recursos.

É importante enfatizar, por sua vez, a existência de representativa corrente jurisprudencial que, cada vez mais, vem acolhendo o entendimento ora expandido.

O Supremo Tribunal, por exemplo, além de não restringir o efeito modificativo dos embargos de declaração, ao tratar sobre ele em seu Regimento Interno, art. 38, dispõe que: *“se os embargos forem recebidos, a nova decisão se limitará a corrigir a inexatidão, ou sanar a obscuridade, dúvida, omissão ou contradição, salvo se algum outro aspecto da causa tiver de ser apreciado como consequência necessária.”*

O próprio Tribunal de Justiça Acreano tem se manifestado em sucessivos e recentes julgamentos neste sentido. À guisa de ilustração, pedimos vênias para citar algumas dessas decisões:

ACÓRDÃO nº 3403

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO MANDADO DE SEGURANÇA Nº 00.001062-6

Relator Originário: Desembargador Feliciano Vasconcelos

Relatora Designada: Desembargadora Eva Evangelista

Recorrente: Estado do Acre

Recorrido: Kedson Pereira França

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM EFEITO MODIFICATIVO. OMISSÃO VERIFICADA NO ACÓRDÃO. QUESTIONAMENTO. ADMISSIBILIDADE. EMBARGOS CONHECIDOS E PROVIDOS.

1. Em regra, somente é possível conferir caráter modificativo aos declaratórios, se verificada omissão no julgado sobre questão central debatida na via recursal e devidamente demonstrada a contradição e o manifesto equívoco do julgador.

2. Verificada a omissão no Acórdão, tanto que aclarada pelo relator dos declaratórios, admitem-se os embargos com fim de prequestionamento, observando-se os lindes traçados no art. 535, do Código de Processo Civil.

3. Embargos conhecidos e providos.

E mais:

ACÓRDÃO Nº 4.286

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO MANDADO DE SEGURANÇA Nº 01.000975-2,
DE RIO BRANCO

Relatora: Desembargadora Miracele Lopes

Embargante: Estado do Acre

Embargado: Cláudio Custódio de Andrade

PROCESSUAL CIVIL. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA SUSCITADA EM SEDE DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS. APRECIÇÃO PELO TRIBUNAL ESTADUAL: IMPRESCINDIBILIDADE, SOB PENA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

As questões de ordem pública, mesmo quando não suscitadas em fase anterior do processo, devem examinadas, ex officio judicis, pelo órgão julgador, servindo os embargos declaratórios, em caso de eventual omissão, para suprir a falha, colmatando a lacuna porventura existente.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Membros que compõem o Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Acre, por votação unânime, em conhecer do recurso e dar-lhe provimento, tudo nos termos do Voto da Relatora, que integra o presente Julgado. Sem custas.

X - DO PREQUESTIONAMENTO:

Os presentes Embargos visam, ainda, a prequestionar, explicitamente, os dispositivos que a Fazenda Pública entende violados, com a finalidade de admissibilidade do recurso extraordinário, entendimento este consagrado pelas Súmulas 282 e 356 do Pretório Excelso.

Ainda que a respeito do prequestionamento, a doutrina aponte que tal exigência é

desnecessária, bastando para tanto a matéria ser debatida no acórdão, leiam-se as preciosas e modernas lições de **RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO**:

(...) atualmente, o prequestionamento da matéria devolvida ao STF e ao STJ por força dos recursos extraordinário e especial há que ser entendido com temperamento, não mais se justificando o rigor que inspirou as Súmulas 282, 317 e 356. Desde que se possa, sem esforço, aferir no caso concreto que o objeto do recurso está razoavelmente demarcado nas instâncias precedentes, cremos que é o quantum satis para satisfazer essa exigência que, diga-se, não é excrescente, mas própria dos recursos de tipo excepcional. (...) Daí por que, tanto que o tema federal ou constitucional tenha sido agitado, discutido, tornando-se res dúbia ou res controversa (RTJ 109/371), cremos que ele estará prequestionado.¹²

Apesar de entendimentos favoráveis ao prequestionamento implícito, prevalece nos Tribunais Pátrios a tese de que o mesmo tenha que ser explícito.

Assim, o presente recurso tem o objetivo, também, de prequestionar matéria para efeito de recursos subseqüentes.

XI – DO PEDIDO:

Isto posto, o Embargante REQUER:

a) seja acolhida a preliminar de nulidade da intimação, uma vez não obedecida a disciplina do artigo 236, § 1º, do CPC, com reabertura do prazo para que o Estado do Acre apresente as contra-razões ao Recurso Ordinário, tudo de acordo com o artigo 247 e seguintes da Lei Adjetiva Civil;

b) caso Vossas Excelências entendem por bem não acolher a preliminar suscitada, seja suprida a omissão e sanadas as obscuridades do v. acórdão, dando-lhe inclusive efeitos modificativos na forma dos artigos 463, *caput* e inciso II, interpretado em conjunto com art. 535 e seguintes do Código de Processo Civil, ante a impossibilidade de anulação do procedimento promocional, transcorridos dez anos, a contar do ato administrativo impugnado, tendo em vista a consolidação de situações de fato, que geraram direitos em relação aos litisconsortes passivos e a outros Procuradores de Justiça, terceiros de boa fé, ensejando a aplicação da “teoria do fato consumado”.

c) em não sendo atribuído efeito infringente ao julgado, sejam debatidos os dispositivos constitucionais ventilados, a fim de prequestionar a matéria para recurso excepcional a ser interposto.

Requer, ainda, a juntada das certidões anexas, que comprovam as situações narradas nesta petição, bem como da cópia do Diário da Justiça, a fim de comprovar a nulidade da intimação, tudo de acordo com o artigo 397 do Código de Processo Civil.

Em assim procedendo, V. Ex^a. estará distribuindo a verdadeira justiça e dando a necessária e inquestionável prestação jurisdicional a que tem direito o Embargante, e estará, também, cumprindo o preceito Constitucional do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988.

Pede Deferimento.

Rio Branco/AC, 17 de setembro de 2004.

JANETE MELO D’ALBUQUERQUE LIMA
PROCURADORA DO ESTADO

¹²Cf. Recurso Extraordinário e Recurso Especial, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1990, pp. (23 e 24).

Memorial para o Supremo Tribunal Federal

Marize Anna Monteiro de Oliveira Singui

Procuradora-Chefe do Centro de Estudos Jurídicos da PGE/AC; Diretora da Escola Superior do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública - IBAP/AC, Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Acre - UFAC, em convênio com a Universidade Federal de Minas Gerais e Pós-graduada "Latu Sensu" em Direito Público pela Faculdade Integrada de Pernambuco - FACIPE, em parceria com a Associação dos Procuradores do Estado do Acre - APEAC; Pós-Graduanda pela Fundação Getúlio Vargas - FGV, em Poder Judiciário.

Maria Cesarineide de Souza Lima

Juiza do Tribunal do Trabalho da 14ª Região, Ex-Procuradora da PGE/AC; Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Acre - UFAC, em convênio com a Universidade Federal de Minas Gerais; Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Petrópolis; Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto Brasileiro em Direito Processual Civil; Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes-RJ e Pós-graduada "Latu Sensu" em Direito Público pela Faculdade Integrada de Pernambuco - FACIPE, em parceria com a Associação dos Procuradores do Estado do Acre - APEAC; Pós-Graduanda pela Fundação Getúlio Vargas - FGV, em Poder Judiciário.

EXCELENTÍSSIMOS SENHORES MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

1.- PREAMBULARMENTE

A repercussão da decisão a ser proferida nesse processo, em face de existência de inúmeros servidores na mesma situação, bem como a recente publicação da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em caso similar, no início do mês de setembro do ano em curso, faz com que se torne necessário o oferecimento do presente memorial a respeito da matéria, que será objeto de julgamento por esse colendo Tribunal.

2.- EXPOSIÇÃO DOS FATOS E DIREITOS

Trata-se de questão de servidores públicos, tanto ativos como inativos, que ocuparam cargos comissionados por mais de uma década. Essa circunstância deu azo a que adicionassem aos vencimentos/proventos a diferença remuneratória entre os cargos efetivos e os comissionados.

2.1.- DO INSTITUTO DA INCORPORAÇÃO

Excelências, inicialmente imperioso analisar o instituto da incorporação, à luz do entendimento jurisprudencial dominante, para melhor análise do *thema*.

Essa diferença conhecida como incorporação, é o instituto da denominada estabilidade financeira que, segundo preceitua o eminente Ministro OCTAVIO GALLOTTI, do Supremo Tribunal Federal

garante ao servidor efetivo, após determinado tempo de exercício de cargo em comissão ou assemelhado - a continuidade da percepção dos vencimentos dele, ou melhor, da diferença entre este e o do seu cargo efetivo -, constitui vantagem pessoal (RE nº 141.788, Pertence, 6.5.93), que, embora tenha por base a remuneração de cargo diverso daquele que o servidor ocupa em caráter efetivo, não constitui a vinculação vetada pelo art. 37, XIII, da Constituição(...) (ADIn nº 1.264-9/SC, Publicada no DJ de 30.06.95).

Assim, vislumbra-se que o objeto da incorporação é a garantia da estabilidade financeira com a manutenção do mesmo padrão de vida ao servidor que exerceu por longo período, relevantes serviços à administração, de forma que não haja, com o retorno ao cargo efetivo, um abrupto decesso na sua remuneração.

2.2.- DA LEGISLAÇÃO ESTADUAL

O Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Acre, Lei Complementar nº 39, de 29.12.93, em seu art. 67 (doc. 03), prescrevia originariamente o seguinte:

“Art. 67 - Ao servidor, investido em função de direção ou chefia, é devida uma gratificação pelo seu exercício.

§ 1º Os percentuais das gratificações previstas neste artigo serão estabelecidos em lei e se incorporarão à remuneração do servidor, que tenha exercido função de direção ou chefia por período de 10 (dez) anos consecutivos ou intercalados.

§ 2º Quando mais de uma função houver sido desempenhada no período de um ano, a importância a ser incorporada terá como base de cálculo a função de nível mais elevado.

§ 3º A incorporação de que trata este artigo caracteriza-se como adicional e será pago a título de vantagem pessoal nominalmente identificada.

§ 4º Lei específica estabelecerá a remuneração e a aplicação do disposto nos §§ 1º e 2º deste artigo aos cargos em comissão de que trata o inciso II, do art. 9º, deste Estatuto.”

Verifica-se pelo artigo transcrito que a previsão da incorporação, todavia, dependia de legislação regulamentadora. Portanto, norma *not self-executing*, não auto-executável, não auto-aplicável, não bastante em si.

Oportuno o escólio de José Afonso da Silva, sobre as características principais de referida norma:

São normas que, em regra, solicitam a intervenção do legislador ordinário, fazendo expressa remissão a uma legislação futura; mas o apelo ao legislador ordinário visa a restringir-lhes a plenitude da eficácia, regulamentado os direitos subjetivos que delas decorrem para os cidadãos, indivíduos ou grupos.¹

Por essa razão, o Egrégio Tribunal Acreano decidiu, por unanimidade, ser ilegal a incorporação pleiteada naquela oportunidade, por MESSIAS FREIRE DA SILVA, nos autos do Mandado de Segurança nº 431/95, em que figurou como impetrado o Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado de Administração e teve como relatora a Des. Miracele de Souza Lopes Borges (doc. 04), que em seu voto asseverou:

(...)a falta de lei específica para regulamentar o Art. 67 da LC nº 39/93, torna o dispositivo inaplicável para efeito de todo e qualquer pagamento da vantagem por ele criada ou instituída e, por via de consequência, não há direito algum líquido e certo a ser reparado pela via escolhida.

Posteriormente, os parágrafos do art. 67 foram revogados pela Lei Complementar nº 062 de 13 de janeiro de 1999 – (doc. 05), publicada no Diário Oficial, naquela mesma data, que em seu art. 7º, prescreve o seguinte: “Art. 7º. Ficam revogados os §§ 1º a 4º, do Art. 67, da Lei Complementar nº 39, de 29 de dezembro de 1993, acrescentando-se em seu lugar o seguinte Parágrafo único: (...)”

Vislumbra-se, assim, que as incorporações de DAS e FGS tiveram dois momentos, ou seja: a) existia previsão, contudo, não era auto-aplicável, dependia de lei regulamentadora e, b) inexistia previsão, com a revogação dos parágrafos do Art. 67, da LC 39/93;

Destarte, no período de dezembro de 1993 a 12 de janeiro de 1999, não havia o direito líquido e certo a tal incorporação, em face de inexistência da lei regulamentadora.

A partir de 13 de janeiro de 1999, cai por terra qualquer pedido de incorporação, uma vez que foram suprimidos os §§ 1º a 4º, do Art. 67, da Lei Complementar nº 39/93, que tratava sobre a malfadada incorporação, ficando somente o “caput” do Art. 67, que trata somente sobre o exercício da função de DAS e FGS, não prevendo qualquer direito à incorporação.

Mister esclarecer que a situação continua a mesma, ou seja, inexistia direito líquido e certo à incorporação: antes por falta de norma regulamentadora, hoje por falta de previsão legal do instituto da incorporação.

De outra parte, é oportuno frisar que a citada Lei Complementar Estadual nº 62/99 concedeu reajuste aos cargos comissionados. Esse reajuste, obviamente, não foi repassado aos servidores que incorporaram a diferença remuneratória entre o cargo efetivo e o comissionado, haja vista que a eles aplica-se reajuste geral dos vencimentos dos cargos efetivos.

2.3.- DO SERVIDOR APOSENTADO

Situação um pouco diferente é do aposentado, aplicando-se a eles o disposto no art. 250, da Lei Complementar, que assim dispõe:

art. 250. O servidor que tiver exercido função gratificada de direção ou chefia, ou cargo em comissão, por período de 10 (dez) anos consecutivos ou intercalado, poderá aposentar-se com a gratificação da função ou remuneração do cargo em comissão de maior valor, desde que exercido por um período mínimo de 2 (dois) anos:

§ 1º Quando o exercício da função ou cargo em comissão de maior valor não corresponder ao período de 2 (anos), será incorporada a gratificação ou remuneração da função ou cargo em comissão imediatamente inferior dentre os exercidos.

§ 2º A aplicação do disposto neste artigo exclui as vantagens previstas no Art. 248, bem como a incorporação de que trata o Art. 67, ressalvado o direito de opção.

¹Aplicabilidade das normas constitucionais, 3ª edição, editora Malheiros, ano: 1998, pág.104

Aqui o objeto da incorporação é o mesmo, a garantia da estabilidade financeira para o servidor por ocasião de sua aposentadoria, possa aposentar-se com a remuneração do cargo em comissão de maior valor.

Verifica-se que para os servidores aposentados existe dispositivo na Lei Complementar No. 39/93, assegurando o direito do servidor de se aposentar com a remuneração do cargo comissionado, em homenagem a estabilidade financeira, nada mais.

Importantíssimo observar que os recorrentes se aposentaram nos cargos efetivos que ocupavam, sendo-lhes somente concedido o valor correspondente à diferença daquele cargo com o comissionado, conforme dão fé as portarias colacionadas nos *mandamus*.

De igual modo, não há atrelamento - *ad perpétuum* - a quantitativo do cargo comissionado, que possa assegurar o mesmo reajuste remuneratório daquele cargo.

Entretantes, os servidores inconformados impetraram mandados de segurança com o desiderato de que o Excelentíssimo Senhor Secretário de Administração e Recursos Humanos seja compelido a estender-lhes o referido reajuste.

Gizam, o seu pretense direito, basicamente, em dois fundamentos: 1) O direito adquirido; e 2) O disposto no artigo 40, § 4º, da Constituição Federal determina que seja estendida aos servidores inativos todos os benefícios concedidos aos ativos.

2.4. - DIREITO ADQUIRIDO

Para alcançar o âmago da presente questão é necessário que se busque a natureza jurídica do vínculo que liga o servidor público ao Estado. Esse caminho irá levar até o ponto em que se pode chegar o direito adquirido do servidor público, ou seja, os seus limites.

Com esse objetivo, verifica-se que a Lei Complementar Estadual nº 062/99 revogou os parágrafos do art. 67 da Lei Complementar Estadual nº 39/93 e, por outro lado, alterou o critério de reajuste do valor incorporado, isto é, o regime jurídico.

Saliente-se, todavia, que a referida Lei Complementar n.º 062/99, respeitou o direito do servidor, pois manteve a vantagem para quem a tinha conquistado e no percentual a que fazia jus. Assim, o percentual incorporado pelo servidor, qual seja, 60%, 80% ou 100%, não sofreu alteração pela lei nova. E, nem poderia. Até aí chega o direito adquirido do servidor.

Respeitou-se, destarte, a Carta Magna, pois não houve redução de vencimentos e nem supressão da vantagem, estando, inclusive, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que em diversos pronunciamentos, reitera que a garantia constitucional da irredutibilidade proíbe é a diminuição de vencimentos ou vantagens que se estejam percebendo, por lei posterior. O que incoorreu no caso em baila.

O que a lei Complementar n.º 62/99 fez foi mudar-lhe a forma de reajuste, que passa a ser de conformidade com o reajuste geral dos servidos.

Em torno da validade dessa lei gira toda a controvérsia. Entendem os recorrentes serem dela beneficiários, em razão do valor incorporado que acompanharia todas as alterações remuneratórias posteriores, havendo, no entendimento deles, direito adquirido à manutenção desse regime jurídico. Em outras palavras, o legislador não poderia outorgar qualquer vantagem aos ocupantes de cargos comissionados, sem estendê-las aos que incorporaram. Essa exegese não se afina, com a devida vênia, com o regime estatutário.

2.5.- NATUREZA JURÍDICA DO REGIME ESTATUTÁRIO

Resta indagar a natureza jurídica do vínculo que existe entre o servidor e o Estado. O assunto é magistralmente tratado por Celso Antônio Bandeira de Mello. Ao fazê-lo ele afasta o seu caráter contratual e demonstra a sua natureza institucional. Esclarece a questão com a acuidade que lhe é peculiar como se observa abaixo:

Isto significa que o funcionário se encontra debaixo de uma situação legal, estatutária, que não é produzida mediante um acordo de vontades, mas imposta unilateralmente pelo estado e, por isso, suscetível de ser, a qualquer tempo, alterada por ele, sem que o funcionário possa se opor à mudança das condições de prestação do serviço, de sistema de retribuição, de direitos e vantagens, de deveres e limitações, em uma

palavra, de regime jurídico. (Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta. 1.990. RT, p. 9).

Linhas adiante conclui o mestre:

Em face do exposto, ao contrário do ocorrente quando o vínculo é contratual, não se constitui em favor do funcionário direito adquirido à persistência das condições de prestações de serviços ou direitos e deveres existentes ao tempo da formação do vínculo, isto é, vigentes à época de sua investidura no cargo. (Obra citada, p. 13 14).

Atente-se para o fato de que, no caso em apreço, como dito, o valor incorporado não foi suprimido nem tampouco reduzido. Respeitou-se o direito do servidor. Só e tão somente, alterou-se a forma de reajuste. Nada mais. E, para isso, a sua aquiescência não era necessária.

Questão similar passou inúmeras vezes pelo crivo do Colendo Supremo Tribunal Federal, notadamente quando se discutiu o direito adquirido ao IPC, ocasião em que foi salientado: “Tendo se antecipado, validamente, à incorporação desse direito no patrimônio jurídico dos servidores, o ato ab rogatório não ofende a cláusula constitucional que tutela a intangibilidade de situações definitivamente consolidadas (CF, art. 5.º, XXXVI). In. RTJ 155/590.

Em seu relatório o eminente Ministro CELSO DE MELLO, destaca:

No regime estatutário da função pública, os direitos, deveres e garantias do funcionário são determinados unilateralmente pelo Estado, por via de normas legais e regulamentares, alteráveis a qualquer tempo, também de modo unilateral. Diante de mudança de regime jurídico, o funcionário só poderá invocar direito adquirido quando tiver preenchido, ainda no regime anterior, todos os seus pressupostos e requisitos (RTJ 155/592).

2.6.- REGIME JURÍDICO

Do acima exposto resulta a possibilidade de se afirmar que a discussão acerca da vantagem incorporada, em suma, repousa num ponto a saber: o regime jurídico dos servidores públicos. E, foi sob esse ângulo, que o STF firmou sua posição proclamando a rigidez da Lei Complementar n.º 43, do Estado de Santa Catarina, que versa sobre matéria semelhante ao caso em pauta, com conseqüente inexistência de direito adquirido.

Após longas discussões judiciais, em que a matéria foi amplamente debatida, o Colendo Supremo Tribunal Federal deu o norte à questão, ao decidir:

“Não há falar em direito adquirido, pois a Lei Complementar n.º 43/92, assegurando o *quantum* da vantagem, limitou se a alterar o seu regime jurídico, ao qual, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, não há direito adquirido.”

Estender os vencimentos dos novos cargos, tidos como correspondentes aos que deixaram de existir, com base no princípio da isonomia, contraria, além da Súmula 339 do STF, os princípios da separação dos poderes e da legalidade na fixação dos vencimentos. Recurso extraordinário conhecido e provido”. Re: n.º 193.807 2. Rel. Min. OCTÁVIO GALLOTTI. DJU de 3.10.97, p. 49244.

Nessa decisão a Excelsa Corte enfocou todos os fundamentos em que os recorrentes buscam respaldar os seus direitos e alguns mais. Contudo, a assertiva de que não há direito adquirido à regime jurídico, por si só, é suficiente para não admitir a sua pretensão. Deveras, ao afirmar que não há direito adquirido a regime jurídico, a Suprema Corte, na verdade, está dizendo que os recorrentes não têm o direito de reclamar a manutenção de regime jurídico. Ou seja, de que o valor incorporado acompanhe as alterações remuneratórias dos cargos comissionados.

2.7. - A JURISPRUDÊNCIA DO STF

Na mesma linha de raciocínio da ementa do aresto acima reproduzido, tem-se a decisão proferida no Recurso Extraordinário n.º 193.810:

Estabilidade Financeira: LC 43192 de SC. Não ofende a garantia do direito adquirido, vez que a Lei que, no tocante à parcela remuneratória decorrente do exercício de cargo em comissão, adota critérios de reajuste diferenciados a) para os servidores que se encontrem no efetivo exercício desses cargos, e b) para os servidores aposentados ou não, beneficiados pelo instituto da estabilidade financeira (incorporação da diferença de remuneração entre o cargo em comissão em virtude do exercício deste por determinado período de tempo). Com base nesse entendimento, a Turma reformou decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que, fundada no princípio da intangibilidade do direito adquirido e no da isonomia, determina a observância, no reajuste da parcela remuneratória incorporada por servidor aposentado, dos mesmos critérios aplicáveis aos servidores em exercício de cargos em comissão”. Rel. Min. MOREIRAALVES. Informativo STF, Brasília, 7 a 11 de abril de 1.997 – n.º 66.

No RE 191.490 4 SC, ficou consignado:

EMENTA: SERVIDOR DO ESTADO DE SANTA CATARINA. VENCIMENTOS. AGREGAÇÃO. DIREITO ADQUIRIDO. INOCORRÊNCIA. SÚMULA 339. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 193.810, Rel, Min. Moreira Alves, afastou a existência de direito adquirido à percepção de vencimentos do cargo correspondente ao que deixou de existir, em razão de alteração no regime jurídico do reajuste dessa vantagem. Recurso extraordinário conhecido e provido.

Ao examinar um caso similar da União Federal, o Plenário do colendo Supremo Tribunal Federal decidiu:

EMENTA: CÂMARA DOS DEPUTADOS. RESOLUÇÃO N.º 70/94, ART. 7º, PARÁGRAFO ÚNICO. SERVIDOR AFASTADO PARA SERVIR EM OUTROS ÓRGÃOS E ENTES DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL, ONDE EXERCEU FUNÇÕES COMISSIONADAS. PRETENDIDA A INCORPORAÇÃO DOS “QUINTOS”, HOJE “DÉCIMOS”, COM BASE NA REMUNERAÇÃO DE FUNÇÕES EQUIVALENTES CONSTANTES DO QUADRO DE PESSOAL DA CASA LEGISLATIVA.

Pretensão que não tem respaldo nas leis disciplinadoras da espécie, onde se prevê que a referida vantagem funcional será calculada sobre a remuneração da função comissionada efetivamente exercida, como disposto na Lei n.º 8.112/90, art. 62, § 2º, na Lei n.º 8.911/94, art. 3º e na MP n.º 1.480-28/97, art. 1º, normas insuscetíveis de ser modificadas por meio de resolução legislativa.

Mandado de segurança indeferido”. MS n.º 22.735.735 4 DF Rel. Min. ILMAR GALVÃO.

As decisões da Suprema Corte põem termo à discussão que grassa em torno da questão tanto no tocante aos servidores ativos quanto aos inativos. Constata-se ser pacífico e incontroverso o entendimento do STF no sentido de não existir direito adquirido ao regime jurídico:

“VENCIMENTOS: REAJUSTE: DIREITO ADQUIRIDO: INEXISTÊNCIA.

Segundo a jurisprudência do STF que reduz a questão à inexistência de direito adquirido a regime jurídico, as leis ainda quando posteriores à norma constitucional de sua irredutibilidade que modifiquem sistemática de reajuste de vencimentos ou proventos são aplicáveis desde o início de sua vigência. Ressalva do entendimento do relator, expresso no julgamento do MS 21.216 (Gallotti, RTJ 134/1.112). (...)”²

“Recurso Extraordinário. Adicional por tempo de serviço. Lei estadual. Lei Complementar paulista n. 6454/1989. Pretensão a que se aplique o sistema da lei nova, considerando já incorporados aos vencimentos os adicionais por tempo de serviço.

2. Ação julgada improcedente.

3. Adotado o novo sistema de cálculo de remuneração com base na Lei Complementar n. 645/1989 e na Lei n.º 6628/1989, ambas do Estado de São Paulo, não é possível pretenderem os servidores que sua retribuição, disciplinada pelas leis novas, permaneça, também, vinculada ao regime de cálculo da legislação anterior, quanto aos adicionais por tempo de serviço.

4. Constituição Federal art. 37, XV. ADCT de 1988, art. 17.

² 4 REEx n.º 177.644 7, DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, IN: DJU n. 188, de 29.09.95, seção 1, pág. 31920.

5. Não há, na espécie, cogitar de direito adquirido a uma certa forma de cálculo de vantagens funcionais. Relevante é registrar, no caso, que os adicionais por tempo de serviço continuarão a ser computados, segundo a forma estipulada na lei nova.
6. Hipótese em que as instâncias ordinárias dirimiram a controvérsia com base, também, na exegese da legislação local. Súmula 280.
7. Inocorrência de ofensa à Constituição Federal.
8. Recurso extraordinário não conhecido.³

ADMINISTRAÇÃO. MILITAR. ESTÁGIO DE ADAPTAÇÃO. REQUISITO. PROMOÇÃO. A modificação no regulamento que disciplina a participação do militar no estágio de adaptação ao oficialato, exigindo novas condições, além da simples antigüidade, não ofende quaisquer princípios jurídicos ou viola direito líquido e certo. Segurança denegada.⁴

A matéria vem merecendo reiterados pronunciamentos da Excelsa Corte. No Pedido de Suspensão de Segurança n.º 844 7 de Pernambuco, o Ministro Sepúlveda Pertence acentuou:

O que agora se indaga é se a lei superveniente pode, sem ofensa a direito adquirido, alterar aquele sistema anterior e desatrelar a vantagem questionada das variações da remuneração do cargo em comissão considerado, de modo a que a parcela nominal a ela correspondente passe, no futuro, a sofrer exclusivamente os reajustes gerais dos servidores públicos estaduais.

Já não se pode negar, à primeira vista, extrema plausibilidade à postura do Estado. Pois a ela não cabe opor a garantia da irredutibilidade de vencimentos, que, segundo a leitura prevalente na doutrina do Supremo Tribunal, estaria satisfeita com a determinação, na lei questionada, de que não haja 'decesso da remuneração', em conseqüência alteração determinada.

De outra parte, não se tratou de eliminar a vantagem pessoal oriunda do exercício do cargo em comissão, mas sim de mudar o critério do seus reajustes, contra o que, em princípio, não se tem admitido a invocação de direito adquirido.

No que toca aos pressupostos específicos da suspensão de segurança, é certo que os percentuais do comprometimento da receita do Estado com a folha de pessoal, ao menos no que toca ao exercício de 1994, perdeu muito o seu impacto catastrófico com os dados trazidos no AGRGSS 761, relativo a caso idêntico.

Ainda assim, porém, não há negar que a continuidade da eficácia da liminar concedida e de tantas outras oriundas da mesma controvérsia traz riscos de danos graves e de difícil reparação às finanças estaduais em quadro de notória crise fiscal.

Constata-se, pois, indiscutivelmente que o colendo Supremo Tribunal Federal tem sustentado: a) não existir direito adquirido a regime jurídico; e b) ser inviável estender aos servidores beneficiários de vantagem pessoal, como é a incorporação, o vencimento dos novos cargos, sob pena de, ao fazê-lo violar, além da súmula 339, os princípios da legalidade e da separação dos poderes.

Por derradeiro, colaciona a jurisprudência, abaixo transcrita:

EMENTA: SERVIDOR DO ESTADO DE SANTA CATÁRINA PÚBLICO. VENCIMENTOS. AGREGAÇÃO. DIREITO ADQUIRIDO. INOCORRÊNCIA. SUMULA 339.

A primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no *juízo* do RE 193.810, Rel. Min. Moreira Alves, afastou a existência de direito *adquirido* à *percepção* de vencimentos do cargo correspondente ao que deixou de existir em razão de alteração no regime Jurídico do reajuste dessa vantagem.

Recurso extraordinário conhecido e provido (RE 191.490 4 SC. Rel. Min. ILMAR GALVÃO).

Não há que falar em direito adquirido, pois a Lei Complementar n.º 43/92, assegurando o *quantum* da vantagem, limitou-se a alterar o seu regime jurídico, ao qual, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, não há direito adquirido.

⁴ MMS n. 3.45 1 DF, Rel. Min. Wilham Patterson, IN: DJU n. 77, de 22.04.96, seção 1, pág. 12.513

³ REX n. 1541521, SP, Rel. Min. Néri da Silveira, IN: M n. 188, de 29.09.95, seção 1, pág. 31.991

2.8.- INAPLICABILIDADE DO ART. 40 DA CF

O STF já manifestou no sentido de ser inaplicável à espécie o §4º do art. 40, da CF – que determina a extensão aos inativos de quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em ativa. Como se vê na recentíssima publicação, no DJ de 01.09.2000, da decisão proferida no Recurso extraordinário nº 222.480-9 SC, em que figura como recorrente o Estado de Santa Catarina e recorridos Luiz Antonio Lehmkuhl e outros, cujo relator foi o eminente Ministro Moreira Alves:

Ementa: Recurso extraordinário. Estabilidade financeira. Gratificação complementar de vencimento. Medida Provisória 61/95 convertida na Lei 9.847/95, ambas do Estado de Santa Catarina.

- A estabilidade financeira, que não se confunde com o instituto da agregação, não viola o princípio constitucional da vedação de vinculação ou equiparação de vencimentos.

- Inexistência, no caso, de direito adquirido, porquanto é entendimento firme desta Corte e de que não há direito adquirido a regime jurídico.

- Não observância, de outra parte, dos artigos 2º e 373, “**caput**”, da atual Constituição – e no caso, do § 4º do artigo 40 da Carta magna, porquanto, não houve tratamento diferenciado entre os em atividade e os inativos com o benefício da estabilidade financeira. Recurso extraordinário conhecido e provido.

Nesse mesmo sentido:

Tendo em vista a orientação da jurisprudência do STF no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico, o Tribunal, por maioria, conheceu e deu provimento ao recurso de Santa Catarina contra acórdão do Tribunal de Justiça local que, fundado no princípio da intangibilidade do direito adquirido e no da irredutibilidade de vencimentos, determinou a observância, no reajuste da (estabilidade financeira), dos mesmos critérios aplicáveis ao reajuste dos vencimentos dos atuais ocupantes daqueles cargos. Considerou-se que o instituto da estabilidade financeira visa manter o padrão de ida do servidor quando este ocupava cargo em comissão, conservando, portanto, o valor nominal da remuneração por ele percebida, não implicando o direito a ter seus vencimentos atrelados aos dos atuais ocupantes de cargos em comissão. Afastou-se, também, a alegada ofensa ao princípio da irredutibilidade de vencimentos uma vez que não houve decréscimo no valor nominal da remuneração dos servidores beneficiados pela referida estabilidade financeira.

Conclui-se, ainda, não ser aplicável à espécie o §4º, do art. 40, da CF, que determina a extensão aos inativos de quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, porquanto não houve tratamento diferenciado entre os servidores em atividade e os inativos. Precedentes citados: SS (AgRg) 761-PE(DJU DE 22.3.96); RE 193.810 – SC (DJU de 6.6.97). Vencidos os Ministros Maurício Corrêa, Marco Aurélio, Néri da Silveira e Carlos Velloso. RE 226.462-SC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 13.05.98”. (Informativo STF n. 10)⁵ (destaque nosso)

Ademais, os servidores da ativa que foram beneficiados com a incorporação das diferenças existentes entre os cargos efetivos e DAS, também não tiveram o reajuste concedido pela Lei Complementar nº 062/99. Portanto, não há que se falar em aplicação do Art. 40, da CF, no caso *sub judice*, pois o próprio STF já manifestou asseverando que:

“A extensão aos aposentados dos benefícios e vantagens posteriormente criados, como prevê o § 4º, do Art. 40 da Constituição, é relativa aos de caráter geral, o que exclui situações particulares(...)”⁶

Sendo assim, os recorrentes só fazem *jus* aos aumentos gerais concedidos aos vencimentos básicos dos servidores públicos efetivos, sob pena de ofensa ao princípio isonômico insculpido na Carta magna, por dar tratamento discriminatório.

Face ao exposto, requer o Estado do Acre que essa colenda corte - Supremo Tribunal Federal dê provimento ao Recurso Extraordinário.

⁵ Cf Constituição Federal Vista pelo STF, de Osório Silva Barbosa Sobrinho, São Paulo, ed. Juarez de Oliveira, 2000, pág. 369

⁶ ADIn 778–UF – RELATOR: MIN. PAULO BROSSARD, cf Constituição Federal Vista pelo STF, de Osório Silva Barbosa Sobrinho, São Paulo, ed. Juarez de Oliveira, 2000, pág.366

