

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO PARÁ

CENTRO DE ESTUDOS

ISSN: 1519-0226

<i>R. PGE</i>	<i>Pará</i>	<i>Nº 8</i>	<i>jan./jun. – jul./dez.</i>	<i>2003</i>
---------------	-------------	-------------	------------------------------	-------------

Revista da Procuradoria Geral do Estado do Pará

©Copyright by Governo do Estado do Pará, 2003

Comissão Editorial: José Aloysio Cavalcante Campos; Soraya Fernandes da Silva Leitão, Mônica Martins Toscano Simões, Giselle Bennaroch Barcessat Freire, Artemio Marcos Damasceno Ferreira e Dennis Verbicaro Soares

Publicação semestral

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO PARÁ CENTRO DE ESTUDOS

Rua dos Tamoios, n. 1671 – Batista Campos

66.25-540 - Belém-Pará

Telefax : (91)241 1702

[www.http://pge.pa.gov.br](http://pge.pa.gov.br)

progeral5@prodepa.gov.br

Mônica Martins Toscano Simões

Procuradora do Estado

Chefe do Centro de Estudos

ISSN: 1519-0226

Projeto Gráfico e Impressão: Procuradoria Geral do Estado do Estado do Pará/
Imprensa Oficial do Estado do Pará.

Normalização: Maria Rosa Ferreira Lourenço – CRB2/324

Capa: Edson Lamarão Corrêa

Foto: João Ramid

Revisão de texto: Maria da Graça Ferreira Leal

Tiragem: 500 exemplares

Os conceitos e opiniões expressas nos artigos
são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO
ESTADO DO PARÁ. Belém: Imprensa Oficial do
Estado do Pará, 2003.

(semestral)

1. Direito - Periódicos. I. Procuradoria Geral do
Estado. II. Centro de Estudos.

GOVERNO DO ESTADO DO PARÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

SIMÃO ROBSON OLIVEIRA JATENE
Governador do Estado

VALÉRIA VINAGRE PIRES FRANCO
Vice-Governadora do Estado

WANDENKOLK PASTEUR GONÇALVES
Secretário Especial de Governo

JOSÉ ALOYSIO CAVALCANTE CAMPOS
Procurador Geral do Estado

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADOR GERAL
José Aloysio Cavalcante Campos

PROCURADOR GERAL ADJUNTO
Soraya Fernandes da S. Leitão

CHEFE DE GABINETE
Mário de Souza Figueiredo

PROC. CÍVEL, TRAB. E ADMINISTRATIVA
Marcelo Freire Sampaio Costa

PROCURADORIA CONSULTIVA
Artemio Marcos D. Ferreira

PROCURADORIA DE EXECUÇÕES
Ana Cláudia S. Santos Abdulmassih

PROCURADORIA FISCAL
Márcia N.R.F. dos Santos

PROCURADORIA FUNDIÁRIA
Ibraim José das Mercês Rocha

CENTRO DE ESTUDOS
Mônica M.Toscano Simões

PROCURADORIA SETORIAL BRASÍLIA
Antônio Sabóia de M. Neto

CONSELHO SUPERIOR
José Aloysio Cavalcante Campos

CORREGEDORIA
Soraya Fernandes da S. Leitão

PROCURADORES DO ESTADO

Alexandre Augusto Lobato Bello
Alfredo Antônio Goulart Sade
Ana Cláudia S. dos Santos Abdulmassif
Ana Cristina Soares
Anete Marques Penna de Carvalho
Ângelo Demetrius Carrascosa
Antônio Carlos Bernardes Filho
Antônio Paulo Moraes das Chagas
Antonio Saboia de Melo Neto
Aparecida Yacy das Neves Pinto
Artemio Marcos D. Ferreira
Ary Lima Cavalcanti
Bárbara Nobre de Faria
Caio de Azevedo Trindade
Carla Nazaré Jorge Melém Souza
Carlos Alberto Lamarão Corrêa
Carmen Lúcia Mendes Cunha
Carolina Ormanes Massoud
Caroline Teixeira da Silva Profeti
Celso Pires Castelo Branco
Cindi Ellou Lopes de Deus e Silva
Christianne Penedo Danin
Christianne S. Ribeiro Klautau
Cláudio Monteiro Gonçalves
Dennis Verbicaro Soares
Elísio Augusto Velloso Bastos
Elizabete de Oliveira Pereira
Elody Nassar de Alencar
Eloisa Maria Rocha da Costa
Fábio Guy Lucas Moreira
Fábio Theodorico Ferreira Góes
Fabíola de Melo Siems
Fernando Augusto B. de Oliveira
Francisco Edson L. Rocha Júnior
Giselle Benarroch Barcessat Freire
Graco Ivo Alves Coelho
Gustavo Vaz Salgado
Hubertus Fernandes Guimarães
Ibraim José das Mercês Rocha
Icarai Dias Dantas
José Aloysio Cavalcante Campos
José Henrique Mouta Araújo
José Rubens Barreiros de Leão

June Judite Soares Lobato
Léa Ramos Benchimol
Lílian Mendes Haber
Manoel Célio Prazeres
Marcelo Freire Sampaio Costa
Márcia N. R. F. dos Santos
Márcio Mota Vasconcelos
Marcos Vinicius Nery Lobato
Margarida Maria R. F. de Carvalho
Maria Avelina Imbiriba Hesketh
Mário de Souza Figueiredo
Mônica Martins Toscano Simões
Ophir Filgueiras Cavalcante Júnior
Paulo de Tarso Dias Klautau Filho
Rodrigo Cruz da Ponte Souza
Roland Raad Massoud
Sandoval Alves da Silva
Sérgio Oliva Reis
Silvana Elza Ferreira Cerqueira Peixoto
Soraya Fernandes da Silva Leitão
Tatiana Donza Cancela de Carvalho
Tatiana Chamoun Selligman Ledo
Thales Eduardo Rodrigues Pereira
Vera Lúcia Bechara Pardauil
Victor André Teixeira Lima
Zunilde Lira de Oliveira

PROCURADORES APOSENTADOS

Heloisa Helena Tavares de Souza
João Bernardino Drummond Martins
Leopoldino Brito Teixeira
Maria Sônia Rodrigues L. Gluck Paul
Nauto Justiniano Paiva da Silva
Pedro Raimundo Maia Miléo

In Memoriam

Bechara Fraiha Neto
João de Miranda Leão Filho
Mário Henrique Alves Moura

APRESENTAÇÃO

É com imensa satisfação que apresento ao público este novo número da Revista da Procuradoria Geral do Estado do Pará, que sela o encerramento de mais um ano de intensas e frutíferas atividades, bem como de importantes conquistas para este órgão.

Dando seqüência à ampliação da estrutura física, foram desapropriados neste ano, em favor da Procuradoria Geral do Estado, dois imóveis situados às laterais da sede. Ademais, importantes passos foram dados para a implementação da nova estrutura organizacional posta pela Lei Complementar nº 041, de 29 de agosto de 2002, valendo realçar, nesse sentido, a eficiente atuação do Conselho Superior. Por outro lado, a Corregedoria Geral está hoje bem mais estruturada, contando com normas próprias que já permitem o exercício de significativa parcela da atividade correicional.

A Revista é espaço destinado, sobretudo, a divulgação da produção doutrinária dos Procuradores do Estado, que não têm poupado esforços para apresentar à comunidade jurídica trabalhos voltados à análise de temas atuais e relevantes, numa abordagem séria e comprometida com a melhor interpretação do Direito.

Além de artigos elaborados por integrantes da carreira, este número, seguindo a tradição dos anteriores, conta a honrosa colaboração de respeitados profissionais do Direito, que gentilmente cederam trabalhos de sua autoria, contribuindo sobremodo para a excelência desta Revista, que, vale registrar, tem agradado bastante o público leitor, dele recebendo elogiosas referências.

Decidiu-se, ainda, inserir nesta publicação pareceres exarados por Procuradores lotados na Procuradoria Consultiva, todos devidamente aprovados e voltados a temas de amplo interesse para a Administração Pública,

quais sejam, a criação de empregos públicos, o exercício de cargos comissionados por pessoas com idade superior a 70 anos e, ainda, a venda de ações do Estado na Bolsa de Valores.

Ademais, considerando a relevância da questão, este número publica, na íntegra, a petição inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ajuizada, pelo Exmo. Sr. Governador do Estado, perante o Supremo Tribunal Federal, em face do artigo 34 do Regulamento do extinto Instituto de Desenvolvimento Econômico-Social do Estado do Pará, que vinculou ao salário mínimo o quadro de salários da autarquia (ADPF 33). Acompanham a petição inicial a íntegra da decisão liminar proferida em favor do Estado do Pará pelo Exmo. Sr. Ministro relator Gilmar Mendes, bem como a decisão na qual o Plenário da Corte a referendou.

É importante salientar que a liminar referendada determinou a suspensão, até o julgamento final da ação, de todos os processos em curso e dos efeitos de decisões judiciais que versem sobre a aplicação do referido dispositivo regulamentar, tendo em vista que o seu cumprimento poderá comprometer as finanças do Estado, além de dificultar o cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal, no que tange ao limite máximo de gastos com pessoal. Vale ressaltar que, ao apreciar a referida ação, o STF discutiu os parâmetros de incidência da ADPF, o que corrobora a grande relevância da ação ajuizada pelo Estado do Pará.

Por fim, cumpre registrar que esta publicação foi patrocinada pelo Banco do Estado do Pará, que tem sido constante parceiro desta Procuradoria Geral em iniciativas voltadas ao aprimoramento profissional dos advogados públicos e, conseqüentemente, à valorização do servidor público.

Belém, 01 de dezembro de 2003.

JOSÉ ALOYSIO CAVALCANTE CAMPOS
Procurador Geral do Estado do Pará

SUMÁRIO

DOUTRINA

ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA PRESCRIÇÃO QÜINQUENAL E AS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

Artemio Marcos Damasceno Ferreira

A AUTONOMIA DO DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

Marcelo Freire Sampaio Costa

OS CONCEITOS JURÍDICOS E O PODER DISCRICIONÁRIO DO JUIZ. CERTEZA OU ACEITABILIDADE JURÍDICA?

Fábio Theodorico Ferreira Góes

EFICÁCIA DA SENTENÇA NAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER DO ARTIGO 461 DO CPC

Tatiana Donza Cancela de Carvalho

A IMPRESCRITIBILIDADE DAS AÇÕES DE RESSARCIMENTO. EXEGESE DO ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL/88

Elody Nassar de Alencar

OS JUROS DE MORA NA ATUALIZAÇÃO DE PRECATÓRIO

June Judite Soares Lobato

PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR E DIREITO BANCÁRIO

Reynaldo Andrade da Silveira

TEORIA DA ASSERTÇÃO NAS CONDIÇÕES DA AÇÃO E A EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO

Bárbara Nobre de Faria

A TERCEIRA ELEIÇÃO CONSECUTIVA DO CHEFE DO EXECUTIVO: Possibilidade

José Rubens Barreiros de Leão e Ângela Serra Sales

A VIABILIDADE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA A DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO DIANTE DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Dennis Verbicaro Soares

PARECERES

EMPRESAS ESTATAIS. REGIME HÍBRIDO. DIREITO PRIVADO COM DERROGAÇÕES EXPRESSAS DO DIREITO PÚBLICO. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 173, § 1º, DA CF/88. CRIAÇÃO DE EMPREGOS PÚBLICOS. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA

Giselle Benarroch Barcessat Freire

SERVIDOR PÚBLICO EFETIVO OU ESTÁVEL PELO ART. 19 ADCT. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. PERMANÊNCIA NO SERVIÇO PÚBLICO OU PROVIMENTO EM CARGO EM COMISSÃO. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 37, § 10, 39, § 2º C/C 7º, XXX, 40, § 13, 170 E 230 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Sandoval Alves da Silva

VENDA DE AÇÕES DO ESTADO DO PARÁ NA BOLSA DE VALORES. DISPENSA DE LICITAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 17, II, C, DA LEI Nº 8.666/93. SERVIÇO DE CORRETAGEM

Tatiana Donza Cancela de Carvalho

PEÇA PROCESSUAL

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL, TENDO POR OBJETO O ART. 34 DO REGULAMENTO DE PESSOAL DO EXTINTO IDESP - INSTITUTO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO-SOCIAL DO PARÁ

DECISÃO JUDICIAL

MEDIDA CAUTELAR EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 33- 5 PARÁ

DESTAQUES DESTA EDIÇÃO

Aspectos Controvertidos da Prescrição Quinquenal e as Sociedades de Economia Mista - A Autonomia do Direito Coletivo do Trabalho - Os Conceitos Jurídicos e o Poder Discrecional do Juiz. Certeza ou Aceitabilidade Jurídica? - Eficácia da Sentença nas Obrigações de fazer e não fazer do Artigo 461 do CPC - A Imprescritibilidade das Ações de Ressarcimento. Exegese do Art. 37, § 5º, da Constituição Federal/88 - Os Juros de Mora na Atualização de Precatório - Proteção ao Consumidor e Direito Bancário - Teoria da Asserção nas Condições da Ação e a Extinção do Processo com Julgamento do Mérito - A Terceira Eleição Consecutiva do Chefe do Executivo: Possibilidade - A Viabilidade da Ação Civil Pública para a Defesa do Patrimônio Público diante de Atos de Improbidade Administrativa - Empresas Estatais. Regime Híbrido. Direito Privado com derrogações expressas do Direito Público. Tratamento Constitucional. Inteligência do Art. 173, § 1º, da CF/88. Criação de Empregos Públicos. Interpretação Sistemática - Servidor Público efetivo ou estável pelo Art. 19 ADCT. Aposentadoria compulsória. Permanência no Serviço Público ou Provimento em Cargo em Comissão. Possibilidade. Inteligência dos Artigos 37, § 10, 39, § 2º C/C 7º, XXX, 40, § 13, 170 e 230 da Constituição da República Federativa do Brasil - Venda de Ações do Estado do Pará na Bolsa de Valores. Dispensa de Licitação. Inteligência do Artigo 17, II, C, da Lei nº 8.666/93. Serviço de corretagem - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, tendo por objeto o Art. 34 do Regulamento de Pessoal do extinto Instituto de Desenvolvimento Econômico-Social do Pará (IDESP) - Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 33-5 / Pará.

BANPARÁ

DOUTRINA

ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA PRESCRIÇÃO QÜINQUENAL E AS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

*Artemio Marcos Damasceno Ferreira**

1 INTRODUÇÃO

Ensina Luís Roberto Barroso que, “num Estado democrático de direito, a ordem jurídica deve gravitar em torno de dois valores essenciais: a segurança e a justiça”¹ e que, em nome da segurança jurídica, é que se firmou e difundiu o conceito de prescrição.

Esta vem a ser, segundo Barroso, a “estabilização das situações jurídicas potencialmente litigiosas por força do decurso do tempo”², tendo como fundamento lógico, em qualquer campo do Direito, o princípio geral de segurança das relações jurídicas, ou seja, o princípio pelo qual não se pode sujeitar à perpetuidade as obrigações contraídas, nas quais o credor nada faça para exigí-las.

Como se sabe, os prazos prescricionais são tratados, via de regra, na legislação civil. Contudo, tal não ocorre nos prazos prescricionais fixados em favor do Poder Público, que são previstos em legislação esparsa.

Neste breve estudo, cuidar-se-á do exame de aspectos controvertidos da chamada prescrição administrativa ou, mais propriamente, da prescrição da viabilidade de adoção de ações judiciais de administrados contra as sociedades de economia mista, enfocando-se o tratamento que a jurisprudência tem dado ao tema.

2 LEGISLAÇÃO QUE DISPÕE SOBRE A APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA QÜINQUENAL

O prazo prescricional geral no ordenamento jurídico brasileiro está fixado no art. 205 do vigente Código Civil. Tal dispositivo substituiu o art. 177 do

* Procurador do Estado do Pará.

¹ BARROSO, Luís Roberto. A prescrição administrativa no direito brasileiro antes e depois da Lei nº 9.873/99. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 4, 2001. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 9 out. 2003.

² BARROSO, *Loc. cit.*

revogado Código Civil de 1916, prevendo que “a prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”³.

Dessa forma, continuaram vigentes, mesmo após o atual Código, as regras das normas especiais, entre as quais merecem destaque as seguintes:

- 1) Art. 1º do Decreto nº 20.910/32: “As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação, contra a fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originaram”;
- 2) Art. 2º do Decreto-lei nº 4.597/42: “O Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, que regula a prescrição quinquenal, abrange as dívidas passivas das autarquias, ou *entidades e órgãos paraestatais*, criados por lei e mantidos mediante impostos, taxas ou quaisquer contribuições exigidas em virtude de lei federal, estadual ou municipal, bem como a todo e qualquer direito e ação contra os mesmos” [grifo nosso].
- 3) Art. 1º-C da Lei nº 9.494/97: “Prescreverá em cinco anos o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos (NR)” (Artigo incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.8.2001).

3 CONTROVÉRSIAS NA APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA QÜINQUENAL

Apesar dos dispositivos legais acima transcritos, a aplicação da prescrição quinquenal tem provocado divergência jurisprudencial e doutrinária.

Inicialmente, deve desde logo ser estabelecido, como bem ressalta Celso Antônio Bandeira de Mello, que, nos termos do art. 1º do Decreto nº 20.910/32, as ações judiciais movidas contra o Poder público “*deveriam*, como regra, prescrever em cinco anos”⁴.

Todavia, apesar de o art. 1º do Decreto nº 20.910/32 prescrever que tal prazo prescricional se aplica a “qualquer direito ou ação”, “seja qual for a natureza”,

³ Desse modo, “como regra geral, o prazo prescricional, *agora*, é de dez anos. Tão geral é a regra que o novo Código nem faz distinção de prazo para prescrição relativa às pretensões reais ou pessoais, nem mesmo entre ausentes ou presentes, como ocorria no anterior art. 177” (MACHADO, Antônio Cláudio da Costa; OLIVEIRA, Juarez de; BARRETO, Zacarias. *Código Civil de 2002 comparado e anotado*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 64).

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 901.

Bandeira de Mello explica que a jurisprudência pacificou-se, “mesmo contra a dicção expressa do referido preceptivo, [...] no sentido de que ele só se aplica às ações pessoais”⁵.

Desse modo, quanto às ações reais, ao tempo do Código Civil de 1916, o prazo prescricional para a Administração Pública era o comum, isto é, de 10 anos entre presentes e de 15 entre ausentes, a teor do art. 177 do Código Civil, com a redação dada pela Lei nº 2.437/55. Os julgados consideravam que, se também as ações reais prescrevessem em cinco anos, estaria consagrada a possibilidade de o Poder Público usucapir uma propriedade em cinco anos, no que estaria criada uma espécie de usucapião especial, sem expressa previsão legal.

Contudo, no art. 205 do Código de 2002, para fins de prazo prescricional, não há mais distinção entre ações pessoais e reais. Não obstante, como lembra Bandeira de Mello, “se o Supremo Tribunal Federal mantiver o mesmo critério que o orientava no passado, possivelmente entenderá que, mesmo não havendo a distinção mencionada, o prazo prescricional nas ações reais não poderá ser inferior ao da usucapião”⁶.

Mencione-se que, no Código vigente, são contemplados diversos prazos para a usucapião, conforme a hipótese, sendo que o artigo 1.238 estabelece que “aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé”, prazo que se reduz “a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo” (parágrafo único do artigo em epígrafe).

Bandeira de Mello cita ser “impossível prever qual, dentre os prazos de usucapião, o STF tomará como paradigma”⁷. Para ele, seria mais lógica a adoção dos 15 anos, “pois a hipótese de desapropriação indireta com boa-fé é, no mínimo, remotíssima”⁸, muito embora lembre que, em abono dos dez anos, contaria a realização de obras ou a utilização para fins públicos.

5 MELLO, *Loc. cit.*

6 *Ibid.*, p. 902.

7 MELLO, 2003, p. 903.

8 MELLO, *Loc. cit.*

Hely Lopes Meirelles também se dedicou ao tema, lecionando:

a prescrição administrativa ocorre em cinco anos, nos termos do Decreto nº 20.910. Quando se trata de direito oponível à Administração, não se aplicam os prazos do direito comum, mas esse prazo específico aplicável à Fazenda Pública; apenas em se tratando de direitos de natureza real é que prevalecem os prazos previstos no Código Civil, conforme entendimento da jurisprudência⁹.

Assim, mesmo para a Administração Direta, ainda há sérias restrições à livre aplicação da prescrição quinquenal.

Por outro lado, essas restrições ganham relevo quando se examina a viabilidade de aplicação da prescrição quinquenal às demandas que envolvam “entidades e órgãos paraestatais”, nos termos do art. 2º do Decreto-lei nº 4.597/42.

O conceito de entidade paraestatal, segundo a doutrina clássica de Hely Lopes Meirelles¹⁰, inclui as empresas públicas, as sociedades de economia mista e os serviços sociais autônomos. Para ele, “a empresa pública apresenta-se como ente paraestatal, permanecendo na zona de transição entre os instrumentos de ação administrativa do Poder Público e as entidades privadas de fins industriais”¹¹. Quanto às sociedades de economia mista, seriam “espécie do gênero *paraestatal*, porque dependem do Estado para sua criação, e ao lado do Estado e sob seu controle desempenham as atribuições de interesse público que lhes foram cometidas”¹².

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, citando Cretella Júnior e Celso Antônio Bandeira de Mello, ensina que o termo “paraestatal” – que designa algo que não se confunde com o Estado, porque caminha paralelamente a este – foi empregado inicialmente no direito italiano, em 1924, para indicar a existência de certos entes paraestatais, ao lado das autarquias e que, no entanto, o mesmo vocábulo foi utilizado em outras leis italianas, para fazer referência a autarquias de base fundacional. Di Pietro esclarece que “o termo passou para o direito brasileiro com a

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 596.

¹⁰ Nas edições mais recentes da obra, não atualizadas por Meirelles, modificou-se o conceito do autor, mudando-se o título relativo às entidades paraestatais para “empresas estatais ou governamentais”. Não obstante, os atualizadores ressaltam que “muitas leis em vigor continuam a referir-se a entidades paraestatais com o conceito dado em edições anteriores, abrangendo, portanto, as empresas públicas e as sociedades de economia mista” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 332).

¹¹ MEIRELLES, *Op. cit.*, p. 329.

¹² MEIRELLES, *Loc. cit.*

mesma imprecisão conceitual, havendo diferentes correntes de pensamento a respeito de seu significado”¹³. Cita a já referida posição de Hely Lopes Meirelles, aduzindo que Cretella Júnior considera paraestatais as autarquias e que Themístocles Brandão Cavalcanti aplica o vocábulo aos entes autárquicos com menores laços de subordinação com o Estado.

A autora menciona ainda a posição de Celso Bandeira de Mello, para quem a expressão abrange pessoas privadas que colaboram com o Estado, desempenhando atividade não lucrativa, como o SESI, SESC, SENAI, não alcançando as sociedades de economia mista e empresas públicas, e defende posição semelhante, considerando ainda como paraestatais “todas as integrantes do chamado terceiro setor”¹⁴, inclusive as organizações sociais, as organizações da sociedade civil de interesse público, incluídas entre as chamadas “organizações não governamentais”, as ONG.

Apesar dessa discussão, Di Pietro reconhece que “o sentido em que se vulgarizou a expressão entidade paraestatal é mais aquele utilizado por Hely Lopes Meirelles, de modo a abranger as entidades de direito privado que integram a Administração Indireta (empresas estatais de todos os tipos e fundações de direito privado)”¹⁵, defendendo que em tal sentido deve ser interpretada a expressão “entidade paraestatal” do artigo 327, parágrafo único, do Código Penal.

Dessa forma, e considerando que o Decreto-lei nº 4.597/42 remonta a décadas passadas, sendo da mesma época do Código Penal, que é de 1941, em princípio se poderia defender que às empresas públicas e sociedades de economia mista seria aplicável a prescrição quinquenal.

Contudo, o art. 173, § 1º, II, da Constitucional Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98, estabelece que as empresas públicas e sociedades de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica devem necessariamente sujeitar-se ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias.

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 397.

¹⁴ *Ibid.*, p. 397.

¹⁵ *Ibid.*, p. 399-400.

É claro que se deve lembrar que nem todas as empresas instituídas pelo Poder Público, apesar de terem forma empresarial, são exploradoras de atividades econômicas, pois que muitas são prestadoras de serviços públicos.

É bem verdade que a Constituição não extremou tais diferenças essenciais expressamente, mas há muito a doutrina e a jurisprudência têm feito as necessárias e indispensáveis distinções a respeito das estatais prestadoras de serviço público.

Essa distinção entre as empresas estatais, segundo a qual há as exploradoras de atividade econômica e as prestadoras de serviços públicos, é feita, entre outros, por Eros Roberto Grau e Celso Antônio Bandeira de Mello, e tem relevantes consequências, pois, em regra, as empresas estatais que atuam livremente no mercado não podem ter qualquer privilégio estatal, pois, nesse caso, configurar-se-ia uma verdadeira concorrência desleal entre elas e as empresas privadas.

Anuncia-se, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98 ao art. 173, § 1º, da Constituição Federal, que deverá sobrevir lei estabelecendo o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e suas subsidiárias, que explorem “atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços” Assim, aguarda-se que a futura lei defina o tratamento jurídico dessa espécie de estatais e que possa diferenciá-las das prestadoras de serviços públicos.

De qualquer forma, ainda que inexistente norma a respeito, Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que há duas espécies de empresas públicas, a saber: a) as que exploram atividade econômica; b) as que prestam serviço público. Nesse sentido, quanto às primeiras,

é compreensível que o regime jurídico de tais pessoas seja o mais próximo possível daquele aplicável à generalidade das pessoas de Direito Privado. Seja pela natureza do objeto de sua ação, seja para prevenir que desfrutem de situação vantajosa em relação às empresas privadas. [...] No segundo caso, quando concebidas para prestar serviços públicos ou desenvolver quaisquer atividades de índole pública propriamente, é natural que sofram o influxo mais acentuado de princípios e regras de Direito Público, ajustados, portanto, ao resguardo de interesse desta índole¹⁶.

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.p.124.Também assim pensa Eros Roberto Grau que, escrevendo ainda sob a influência normativa da Emenda Constitucional nº 1/69, também percebeu a existência de empresas públicas

A propósito, veja-se o incisivo pronunciamento do Ministro Paulo Brossard, em lapidar voto como Relator do Recurso Extraordinário nº 172.816:

Em verdade, não me parece que o § 1º do art. 173, da Constituição, legitime, ainda que em tese, a desapropriação de bens pertencentes a empresas públicas e sociedades de economia mista; nem ele abrange toda empresa pública e toda sociedade de economia mista; *seu alcance é outro; supõe, obviamente, sociedade de economia mista ou empresa pública que exerça atividade econômica em regime de concorrência*, a fim de não se beneficiar de privilégio em relação a empresas privadas concorrentes, que se dedicam a atividade na mesma área econômica [grifos nossos].

Também a respeito, é conclusiva a doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

quando a empresa estatal desempenha serviço público, ela é concessionária ou permissionária de serviço público. Ela executa o serviço por delegação do poder público e sem competição com a iniciativa privada. *A elas não se estende a regra do art. 173, § 1º, da Constituição, que manda aplicar o direito privado às sociedades de economia mista e empresas públicas que exerçam atividade econômica*¹⁷ [grifo nosso].

Para Di Pietro, ainda que o serviço público seja, também, em muitos casos, uma atividade econômica, ele não é alcançado pelo dispositivo, que tem que ser interpretado em consonância com o *caput*, que cuida do exercício de atividade econômica de natureza privada, exercida só excepcionalmente pelo poder público. Ao contrário do serviço público, que constitui atribuição típica do poder público (art. 175).

De qualquer forma, não se pode perder de vista que se costuma entender que, quando o Estado cria uma sociedade mista, ou seja, uma pessoa jurídica de direito privado, ele busca agilidade, fazendo-o no propósito de lançá-la no livre mercado.

Por isso, e considerando que, embora recebam recursos financeiros públicos, tais entidades não são mantidas por tributos, há forte e dominante entendimento segundo o qual não se aplicam os privilégios processuais, tampouco o

que exerciam serviços públicos e outras que exercitavam mister ligado à iniciativa econômica em caráter suplementar (GRAU, Eros Roberto. *Elementos de Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 103-106).

¹⁷ DI PIETRO, 2000, p.369.

privilégio da prescrição quinquenal, às ações judiciais em que forem parte as sociedades de economia mista, pois tais privilégios apenas poderiam aplicar-se às entidades descentralizadas de natureza pública (autarquias e fundações).

Nessa linha o magistério de Hely Lopes Meirelles, que ensina:

as sociedades de economia mista, como os demais entes paraestatais, não têm, por natureza, qualquer privilégio estatal, só auferindo as prerrogativas administrativas, tributárias e processuais que lhes forem concedidas especificamente na lei criadora ou em dispositivos especiais pertinentes, conforme a doutrina e a firme orientação da jurisprudência¹⁸.

Destaco que tal entendimento é atualmente o mais acatado, apesar de haver divergências na doutrina e na jurisprudência, sendo possível a defesa da aplicabilidade da prescrição quinquenal às estatais prestadoras de serviços públicos, que podem ser consideradas paraestatais para os efeitos do citado Decreto-lei nº 4.597/42, mormente porque o art. 2º do referido Decreto-lei não se refere apenas à entidades mantidas com a arrecadação de impostos e taxas, pois se aplica ainda às entidades mantidas “mediante quaisquer contribuições exigidas em virtude de lei federal, estadual ou municipal”.

4 PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS

Viável citar as seguintes decisões, que formam jurisprudência minoritária sobre a questão:

FEPASA – Ação contra ela proposta – Prescrição – Prazo quinquenal – Aplicação às dívidas passivas da entidade do Decreto-Lei nº 4.597/42 – Sociedade anônima com natureza de economia mista e incluída no conceito de entidade paraestatal – Desenvolvimento de função delegada e de interesse coletivo – Manutenção com preços públicos e subsídios provenientes de impostos transferidos – Preenchimento dos requisitos do art. 2º do referido diploma legal (TJSP – Apelação Cível 155.681-2-13ª Câmara Civil)¹⁹ (Disponível no site [tj.sp.gov.br](http://www.tj.sp.gov.br): Ementa nº 102516).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REAJUSTE DE TARIFA DE ENERGIA ELÉTRICA. PORTARIAS DNAEE Nº 38 E 45/86.

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 338.

¹⁹ EMENTA nº 102516. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 9 out. 2003.

ILEGALIDADE. CONGELAMENTO DE PREÇOS. DECRETOS-LEIS Nº 2.283/86 E 2.284/86. RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS A MAIOR. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO E IMPOSTO ÚNICO SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE PEDIDOS DIFERENTES CONTRA RÉUS DIVERSOS. *PRESCRIÇÃO QÜINQUENAL COM RELAÇÃO À UNIÃO E À ELETROBRÁS*. [...] 4. Ajuizada a presente ação em 19/01/96, quando ultrapassado em muito o prazo de cinco anos, patente é a ocorrência da prescrição. 6. Sentença anulada parcialmente. 7. Apelação da União e remessa oficial providas, para *reconhecer a prescrição qüinquenal em relação à União e à ELETROBRÁS*. 8. Apelações da CEB e da ELETROBRÁS prejudicadas (TRF, 1ª Região, Apelação Cível nº 01395229, Processo nº 199601395229. Segunda Turma Suplementar, julgado em 17/12/2002, publicado no DJ de 23/01/2003, p. 57. Relator (conv.) Juiz Cândido Moraes) [grifos nossos].

Além desses julgados, deve-se mencionar a posição do Min. Oscar Dias Corrêa, ainda que vencida, exposta no julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, em 29.4.88, do Recurso Extraordinário 112.292-7. Na ocasião, ele chegou inclusive a citar o Precedente do Supremo no Recurso Extraordinário 113.122-5, relatado pelo Min. Moreira Alves, em que o relator aplicou o art. 1º do Decreto nº 20.910/32 à pretensão de enquadramento de funcionários da FEPASA.

Todavia, mencionáveis algumas decisões judiciais que demonstram que cada vez mais os Tribunais, e até mesmo o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal, vêm entendendo ser inaplicável a prescrição qüinquenal às sociedades de economia mista, e inclusive às prestadoras de serviços públicos²⁰:

PRESCRIÇÃO – Ação em que é parte sociedade de economia mista – Pessoa jurídica de Direito Privado – Inaplicabilidade do privilégio da prescrição qüinquenal conferido às entidades descentralizadas – Empresa que não é mantida por tributos, embora receba recursos financeiros de Órgãos públicos – Inteligência do art. 2º do Decreto-lei nº 4.597/42 (TJSP – Apelação 393.267-0 – 2ª C. Esp.).

ADMINISTRATIVO. REAJUSTE DE TARIFA DE ENERGIA ELÉTRICA. PORTARIAS DNAEE Nº 38 E 45/86. ILEGALIDADE. *PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA*. RESTITUIÇÃO LIMITADA AO PERÍODO DE VIGÊNCIA DAS PORTARIAS. LEGITIMIDADE DA UNIÃO. LEGITIMIDADE DA ELETROBRÁS. PROVA DO NÃO REPASSE DOS REAJUSTES AOS PREÇOS FINAIS. DESNECESSIDADE. [...] 5. Uma vez afastada a legitimidade passiva *ad causam* da União, para responder solidariamente pela repetição

²⁰ As referências feitas à prescrição vintenária devem ser consideradas em função do Código Civil de 1916.

dos valores indevidamente cobrados, e, em face da participação na lide de sociedades de economia mista, *aplica-se, na espécie, a prescrição vintenária. Precedente da 2ª Seção deste Tribunal Regional Federal. Todavia, deve ser mantida a v. sentença a quo, que reconheceu a prescrição quinquenal, em virtude da proibição de reformatio in pejus.* [...] 7. Apelação das Centrais Elétricas Brasileiras S/A – ELETROBRÁS – e remessa oficial, tida por interposta, parcialmente providas (TRF, 1ª Região, Apelação Cível nº 01001192610, 4ª Turma, julgado em 17/09/2002, DJ de 17/10/2002, p. 93. Relator Desembargador Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes. [grifos nossos]).

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. PORTARIAS Nº. 38/86 E 45/86. DNAEE. ILEGALIDADE. RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS A MAIOR. PRESCRIÇÃO. COMPENSAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. I – *A prescrição é de vinte anos (art. 177 do CC) e não quinquenal, como previsto no Decreto 20.910/32, que não beneficia empresa pública, sociedade de economia mista ou qualquer outra entidade estatal que explore atividade econômica* (Súmula 39 do STJ). [...] VII – Apelação parcialmente provida (TRF, 1ª Região, Apelação Cível nº 01001003748, Processo: 199901001003748. Órgão Julgador: 3ª TURMA, julgado em 30/04/2002, publicado no DJ de 27/05/2002, p. 36. Relator Desembargador Federal Candido Ribeiro) [grifo nosso].

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA. INAPLICABILIDADE DO DECRETO-LEI 20.210/32. *A prescrição quinquenal não atinge as sociedades de economia mista concessionárias de serviço público, que se sujeitam ao lapso vintenário, pois têm inequívoca natureza jurídica de direito privado, aplicando-lhes a prescrição vintenária atribuída às ações pessoais, consoante o disposto no art. 177 do Código Civil.* Precedentes desta Corte. Agravo regimental improvido (STJ, 1ª Turma. Julgado em 04/02/2003. AGA 468185/RS; Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 2002/0105399-0, publicado no DJU de 07/04/2003, p. 246, Relator Min. Francisco Falcão) [grifo nosso].

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – FORNECIMENTO DE ÁGUA – REPETIÇÃO DE INDÉBITO – PROCEDÊNCIA PARCIAL – RECURSO ESPECIAL – NÃO CONHECIMENTO DA PARTE EM QUE HÁ AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO E QUESTIONA-SE MATÉRIA CONSTITUCIONAL E DE INTERPRETAÇÃO DE DIREITO LOCAL – DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO – INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ARTIGO 965 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO – *PRESCRIÇÃO QÜINQUENAL INOCORRENTE (...)* III – *As sociedades de economia mista não se encontram entre as entidades beneficiadas com a redução do prazo prescricional quinquenal.* IV – Recurso parcialmente conhecido, mas improvido”. (RESP. 337284/SP, Proc. nº 2001/0096112-0, DJ de 25/02/02 p. 234, Relator Min. Garcia Vieira, j. em 6/11/2001, 1ª Turma do STJ) [grifo nosso].

PROCESSO CIVIL – RECURSO ESPECIAL – VIOLAÇÃO AO ART. 535, II DO CPC NÃO CARACTERIZADA – REPETIÇÃO DE INDÉBITO – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ERRO NO PAGAMENTO – MATÉRIA DE PROVA – SÚMULA 07/STJ – PRESCRIÇÃO – SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO – PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA – ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO.

[...]

- A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a prescrição quinquenal não atinge as sociedades de economia mista concessionárias de serviço público. A prescrição, in casu, é vintenária.

- Recurso desprovido.

(RESP 337236/SP. Proc. nº 2001/0088249-I, DJ de 15/04/02, p. 173, Relator Min. Luiz Fux, j. em 7/3/2002, 1ª Turma do STJ) [grifos nossos].

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. PRESCRIÇÃO QÜINQUÊNAL. DECRETO Nº 20.910/32. INAPLICABILIDADE. AÇÃO AJUIZADA POR SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. OMISSÃO. SÚMULA Nº 85/STJ. INEXISTÊNCIA.

- Nas ações propostas contra as sociedades de economia mista, órgãos da Administração Indireta dotados de personalidade jurídica de direito privado, não se aplica o prazo prescricional quinquenal das ações contra a Fazenda Pública disciplinado no Decreto nº 20.910/32, submetendo-se às regras do Código Civil. (EDRESP 194266/RS. Embargos de declaração no Resp. nº 1998/0082398-0, DJ de 13/12/1999, p. 184, Relator Min. Vicente Leal, j. em 23/11/1999, 6ª Turma do STJ) [grifos nossos].

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. PENSÃO PAGA A MENOR. PRESCRIÇÃO QÜINQUÊNAL. DECRETO Nº 20.910/32. INAPLICABILIDADE.

- Nas ações propostas contra as sociedades de economia mista, órgãos da Administração Indireta dotados de personalidade jurídica de direito privado, não se aplica o prazo prescricional quinquenal das ações contra a Fazenda Pública disciplinado no Decreto nº 20.910/32, submetendo-se às regras do Código Civil. Recurso especial não conhecido.

(RESP nº 225239/SP, Proc. 1999/0068530-0, DJ de 6/12/99, p. 130, Relator Min. Vicente Leal, julgado em 18/10/1999, 6ª Turma do STJ) [grifo nosso].

É interessante destacar que os precedentes do STJ acima citados não fazem referência às disposições do Decreto-lei nº 4.597/42, passando ao largo da questão do cumprimento dos requisitos do art. 2º de tal diploma. O mesmo não ocorreu, contudo, na decisão abaixo, em que a citada Corte afasta o cabimento da

prescrição quinquenal à sociedade de economia mista, pela imprecisão do conceito de ente paraestatal, no próprio direito italiano:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. FERROVIA ESTADUAL (SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA). *PRAZO PRIVILEGIADO PARA PRESCRIÇÃO: INEXISTÊNCIA. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO ART. 2º DO DECRETO-LEI Nº 4.597/42. SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: IMPOSSIBILIDADE DE SER INVOCADA COM BASE NA ALÍNEA A DO INCISO III DO ART. 105 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, UMA VEZ QUE NÃO SE ENQUADRA COMO "LEI". RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO POR AMBAS AS ALÍNEAS.* I – A Ferrovia Paulista S. A. interpôs recurso especial, invocando prescrição quinquenal do fundo de direito de alguns dos recorridos (decreto-lei nº 4.597/42, art. 2.). II – *Numa interpretação sistemática, não se tem como privilegiar a recorrente, uma sociedade de economia mista estadual, com as benesses do art. 2º do decreto-lei nº 4.597/42, feito por influência do direito fascista italiano, onde impreciso já era o conceito de ente "parastatale"* (RESP nº 39306. Processo nº 199300272217. 6ª Turma do STJ, julgado em 22/03/1994, publicado no DJ em 25/04/1994, p. 9279, Relator Min. Adhemar Maciel) [grifos nossos].

A aplicabilidade das disposições do art. 2º do Decreto-lei nº 4.597/42 também foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal, no já citado Recurso Extraordinário 112.292, em que, por maioria, foi vencida a referida posição do Ministro Oscar Dias Corrêa:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO, POR RESPONSABILIDADE CIVIL, PROPOSTA CONTRA A FEPASA – FERROVIA PAULISTA S.A. PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA (E NÃO QUINQUENAL), *POR NÃO SATISFAZER A RÉ, SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA, AOS PRESSUPOSTOS ESTABELECIDOS NO ART. 2 DO DECRETO-LEI Nº 4.597-42, NÃO SE ACHANDO DIRETAMENTE VINCULADOS, A RECEITA DE ENTIDADE, OS IMPOSTOS, TAXAS OU CONTRIBUIÇÕES CUJO PRODUTO LHE ESTARIA SENDO TRANSFERIDO PELO ESTADO.* (STF, 1ª Turma, RE 112292/SP, Relator Min. Octavio Gallotti, julgado em 29/04/1988. DJ de 01/07/88, p. 16907) [grifo nosso].

Mais recentemente, porém, o Supremo não adentrou o mérito da questão, considerando que seria matéria infraconstitucional, resolvida pelo S.T.J.:

CONSTITUCIONAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. FEPASA. PRESCRIÇÃO. *AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA.* I – O Acórdão afastou a prescrição quinquenal, decidindo a causa sem ventilar a matéria constitucional invocada no recurso extraordinário. II – Matéria infraconstitucional resolvida pelo

S.T.J., no sentido da prescrição vintenária. III – R.E. não conhecido. (STF, 2ª Turma, RE 117956/SP, Relator Min. Carlos Velloso, julgado em 09/02/1993, publicado no DJ de 05/03/93, p. 02899).

Deve-se mencionar também o entendimento do STJ, constante da Súmula 39 de tal Tribunal, mediante o qual “prescreve em vinte anos a ação para haver indenização, por responsabilidade civil, de sociedade de economia mista”, que não distingue as sociedades de economia mista como aptas à prescrição quinquenal, nem faz qualquer ressalva às estatais concessionárias de serviços públicos, em dissonância com o citado art. 1º-C da Lei nº 9.494/97, que expressamente determina que prescreverá em cinco anos o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

5 CONCLUSÕES

- a) A ampla aplicabilidade do prazo de prescrição quinquenal a quaisquer ações movidas contra a Fazenda Pública, federal, estadual ou municipal, seja qual for a natureza, apesar da clara redação do Decreto nº 20.910/32, que foi inclusive reafirmada pelo art. 1º-C da Lei nº 9.494/97, tem sido recusada pela jurisprudência pátria. Com o advento do Código Civil de 2002 e a retirada do ordenamento da prescrição vintenária, caso a jurisprudência continue deixando de aplicar os preceitos do Decreto nº 20.910/32, a questão merece ser vista com bastante cuidado, caso a caso, visto que no Código vigente são contemplados diversos prazos para a usucapião, de 10 e 15 anos, que podem, conforme a hipótese, caso vencida a tese da prescrição quinquenal, ser supletivamente utilizados pela Administração Pública;
- b) No que tange às empresas estatais, apesar do consolidado entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que genericamente tem afirmado a inaplicabilidade da prescrição quinquenal às empresas públicas e sociedades de economia mista, a questão tem especificidades, que devem ser sopesadas para cada entidade,

pois não cabe, considerando até mesmo o precedente do STF (RE 112.292-7), simplesmente a não aplicação do art. 2º do Decreto-lei nº 4.597/42 às estatais prestadoras de serviço público, que sejam mantidas com repasses de verbas públicas;

- c) A aplicabilidade da Súmula 39 do STJ é questionável, para quaisquer sociedades de economia mista, ante a superveniência das normas do art. 1238 do Código Civil de 2002, e mais ainda no que tange às prestadoras de serviços públicos, considerando a redação do art. 1º-C da Lei nº 9.494/97.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. A prescrição administrativa no direito brasileiro antes e depois da Lei nº 9.873/99. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 4, 2001. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 9 out. 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

GRAU, Eros Roberto. *Elementos de Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa; OLIVEIRA, Juarez de; BARRETO, Zacarias. *Código Civil de 2002 comparado e anotado*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. _____. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. _____. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. _____. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

A AUTONOMIA DO DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

Marcelo Freire Sampaio Costa*

INTRÓITO

Malgrado a incessante produção científica na seara jurídica, o que acaba obviamente produzindo novas discussões, teorias e teses firmadas por juristas já consagrados e por aqueles que ainda buscam seu espaço nas letras do direito, há aspectos de determinados ramos dessa ciência em que, por razões indecifráveis, a dialética não avançou, quando muito foram apreciados em pouquíssimas páginas de obras doutrinárias.

Em passado recente, abordei uma questão, a obrigatoriedade da cobrança do imposto sindical aos não filiados¹, também pouco analisada pelas letras jurídicas nacionais. Embora bastante enfrentada antes da edição da Carta Magna de 1988, tirantes as modificações largamente implementadas no modelo sindical brasileiro (uma reconhecida e nefasta reminiscência do modelo fascista) pela *lex fundamentalis*, o que no nosso pensar implicaria uma natural mudança da postura interpretativa das leis infraconstitucionais e a aplicação dessa matéria ao mundo dos fatos, *data maxima venia*, não houve maiores evoluções doutrinárias, nem muito menos jurisprudenciais acerca dessa questão.

Novamente volta-se à carga neste modesto trabalho ora trazido à tona. Pretende-se tratar de um assunto, se não sonogado, pouco apreciado pela doutrina coletivista – a questão da nomenclatura do Direito Coletivo (ou Sindical) – e, também, retomar o debate acerca da autonomia, ou não, desse pretenso ramo da ciência jurídica em relação aos demais, notadamente o Direito Individual do Trabalho.

Antes, porém, é preciso consignar sinceros agradecimentos ao Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado do Pará que, dotado de um extenso e

* Procurador do Estado do Pará, ex-assessor jurídico da INFRAERO, especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Unama, autor de diversos artigos doutrinários, colaborador das revistas *A Justiça do Trabalho*, *Consulex*, *Justiça & Poder*, *Genesis*, *Meio Jurídico*, *Revista de Direito do Trabalho* (RDT), *Síntese*, entre outras. E-mail: marcelofscosta@hotmail.com

¹ Cf. COSTA, Marcelo Freire Sampaio. Obrigatoriedade de Imposto Sindical para não Filiados. *Jornal Trabalhista Consulex*, Brasília, n. 820, jul. 2000.

rico acervo de livros jurídicos, além de abnegados serventuários que ali mourejam, forneceu parte do material necessário à produção destas modestas linhas.

O presente estudo pretende abordar a questão da autonomia ou não do Direito Coletivo no âmbito da ciência jurídica, em outras palavras, verificar se o mesmo constitui-se apenas e tão-somente num anexo do Direito do Trabalho, ou se possui verdadeiramente autonomia. Enfrentar-se-á, também, a questão da nomenclatura do Direito Coletivo, isso porque é sabido que a doutrina – ainda hodiernamente – utiliza-se indistintamente do nome já mencionado e daquele consagrado por quase todos, qual seja, o Direito Sindical.

1 DA NOMENCLATURA CORRETA

Por detrás de uma discussão aparentemente inútil, considerada por tantos como meramente cerebrina, a questão da correção da nomenclatura a ser utilizada em dado ramo da ciência jurídica possui profunda importância, porque demonstra, entre outras coisas, o grau de evolução e maturidade dessa disciplina, a perfeita delimitação do seu objeto de estudo, os conceitos e institutos próprios, além de uma principiologia também peculiar.

A questão da nomenclatura da disciplina ora sob enfoque encontra-se bem mais próxima da procéla que da calma.

José Augusto Rodrigues Pinto identificou “três correntes opinativas sobre a denominação da disciplina ao sabor das convicções doutrinárias dos que as sustentam”². Mostra-se possível, na verdade, identificar quatro correntes. Duas dessas são consideradas reciprocamente excludentes, pois, aos adeptos de cada uma delas, apenas existiria o Direito Coletivo ou o Direito Sindical. Para uma terceira corrente o Direito do Trabalho aglutinaria o viés individual e o coletivo. A quarta corrente utiliza-se dessa nomenclatura, e de outras similares, indistintamente, apenas como um recurso estilístico para evitar a monotonia do uso repetido de um dado nome.

Amauri Mascaro Nascimento foi, e continua sendo, o grande arauto do nome Direito Sindical. Afirma que, malgrado os sindicatos não participem de todas as relações coletivas de trabalho, é necessário convir que as relações das quais os

² PINTO, José Augusto Rodrigues. *Direito Sindical e Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1998. p. 46.

sindicatos ou outras entidades sindicais fazem parte ocupam “a quase-totalidade do espaço das relações coletivas do direito do trabalho, daí porque, segundo um critério de preponderância, é possível designar todo esse campo pela sua verdadeira nota característica, que é a organização, e a ação sindical”³.

Antônio Álvares da Silva pertence à classe daqueles que optam pela designação Direito Coletivo porque, segundo ele, a expressão Direito Sindical não abrangeria todo o objeto de estudo dessa disciplina, pois, entre outras razões, os sindicatos não participam de todas as relações do Direito Coletivo do Trabalho, daí porque tal expressão seria “curta e insuficiente”⁴.

A terceira corrente seria composta daqueles que utilizam os nomes Direito Coletivo e Sindical como se fossem sinônimos. Para Mozart Vitor Russomano, adepto dessa corrente, embora a expressão Direito Coletivo do Trabalho seja mais precisa cientificamente e cada vez mais granjeie a preferência dos autores, como os sindicatos estão presentes e atuantes em todos os níveis dessa disciplina, a “divergência existente a propósito”⁵ não seria tão pertinente.

José Cláudio Monteiro de Brito Filho é adepto da quarta corrente, a que utiliza indistintamente as expressões Direito Sindical e Direito Coletivo apenas como recurso “para evitar a monotonia decorrente do uso repetido de uma expressão”⁶.

Chegou o momento, então, de firmar análise crítica acerca de cada uma das posições já citadas.

No que pertine ao entendimento daqueles que defendem o nome de Direito Sindical em razão do chamado critério da preponderância, não se pode aceitar tal justificativa, entre outras razões, porque cada vez mais nas relações existentes nessa disciplina prescinde-se da figura dos sindicatos. Ademais, tal expressão poderia levar ao equívoco, bastante comum, diga-se de passagem, de que tal disciplina ocupar-se-ia apenas e tão-somente dos sindicatos, não possuindo nem mesmo instituições autônomas com regras próprias, tais como os acordos e convenções coletivas, os dissídios coletivos (econômicos e jurídicos), entre outros. Ratificamos posição já citada que considera a expressão Direito Sindical curta e

³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito Sindical*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 3.

⁴ SILVA, Antônio Álvares da. *Direito Coletivo do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 42.

⁵ RUSSOMANO, Mozart Vitor. *Princípios Gerais de Direito Sindical*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 47.

⁶ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Direito Sindical*. São Paulo: LTr, 2000. p. 26.

insuficiente, pois cada vez mais não consegue expressar a realidade das relações jurídicas ocorrentes no âmbito dessa disciplina.

Quanto à corrente que utiliza indiscriminadamente as denominações em destaque, não parece ser a mesma a mais adequada, visto que tal claudicância na escolha de um nome certamente não trará nenhum benefício à evolução científica desse ramo; muito pelo contrário, as incertezas já existentes e a interpretação restritiva dessa disciplina serão mantidas incólumes. Além do mais, não se conhece ramo jurídico que tenha oficialmente dois nomes.

Tampouco se pode concordar com a última posição apresentada, que defende a possibilidade da utilização de ambas as expressões indistintamente, como recurso de estilo, a fim de evitar a monotonia de um texto. O Direito Coletivo ainda atravessa um momento, como se pode observar, de afirmação em relação aos demais ramos da ciência jurídica, especialmente ante o Direito do Trabalho, daí porque tal recurso, mesmo que seja apenas para evitar a repetição cansativa de uma dada expressão, não parece nem um pouco salutar diante desse cenário de incertezas e primordialmente de afirmação de tal disciplina. Tal recurso poderia até ser admissível em relação ao Direito do Trabalho, pois as discussões acerca do nome e da autonomia desse ramo, ocorridas ao longo de várias décadas de passado recente com acirrada cizânia, já restaram ultrapassadas, havendo a vitória final da expressão Direito do Trabalho, em detrimento de tantas outras.

Ao contrário do Direito do Trabalho, repita-se, disciplina já consolidada como autônoma na ciência jurídica, o Direito Coletivo ainda precisa firmar-se como ramo distinto dos demais e dotado de métodos próprios e posição definida, daí porque a correção na denominação de suas instituições merece observância mais acurada. Dessa feita, assume-se o risco de incorrer nestas linhas na monotonia do uso repetido da expressão Direito Coletivo do Trabalho. Dela não se farão concessões, nem muito menos serão utilizados artifícios estilísticos.

Por fim, deve-se adotar no presente o critério da preponderância, paginado contudo, sob outro enfoque, pois merece predominar o bom senso, a razoabilidade e, mais notadamente, a precisão terminológica sem claudicâncias. Para tanto, deverá a correta designação desse ramo do direito alcançar, além dos sindicatos, os acordos e convenções coletivas, os dissídios coletivos, os conflitos e seus meios de soluções, as Comissões de Fábricas, as Comissões de Conciliações

Prévias etc., devendo tal ramo assumir, por conseguinte, cada vez mais importância na paisagem da ciência jurídica pátria.

2 A QUESTÃO DA AUTONOMIA DOS RAMOS DA CIÊNCIA JURÍDICA

2.1 Considerações preliminares

É necessário, também, enfrentar a questão da autonomia do Direito Coletivo enquanto ramo⁷ da ciência jurídica.

É lição recorrente a existência do Direito onde quer que haja presença humana, cuja função primordial seria justamente ordená-la, pacificando os conflitos sociais decorrentes da convivência em sociedade.

A evolução da teia social ocasionou uma natural complexidade da vida em comunidade, em uma sociedade hoje alcunhada de *pós-indústria*⁸. Mostra-se necessário, então, distinguir a aplicação das regras jurídicas de ordenação consoante pessoas ou assuntos a serem separadamente disciplinados. Tal distinção não merece ser considerada imutável, nem muito menos estanque, porque não se pode – via de regra – escolher apenas regras específicas de um dado ramo dessa cadeia para pacificar um determinado conflito de interesses. Contudo, na lição sempre atual de Antônio Álvares da Silva, “se a área ocupada pelo conjunto de regras é típica (mas não isolada, nem fechada), diz que tal disciplina é autônoma e pode ser estudada em separado das demais, procurando-se noções próprias, conceituações específicas para melhor precisão de seu conteúdo”.

Ainda segundo Antônio Álvares da Silva, a tipicidade de uma determinada disciplina jurídica, que lhe confere autonomia em relação aos demais ramos da frondosa árvore jurídica, caracteriza-se “pelos sujeitos, dela participantes; pelo objeto; pela natureza das relações nela compreendidas”⁹

Alfredo Rocco, em lição recorrentemente repetida, preleciona a existência de três condições para uma disciplina jurídica atingir autonomia: “que

⁷ Sobre a divisão do Direito em ramos, assim se manifesta Paulo de Bessa Antunes: “Entendo que a divisão do Direito em diversos ramos não pode ser encarada com um dogma. A divisão do Direito deve ser vista fundamentalmente como didática” (*Uma Nova Introdução ao Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 245).

⁸ Expressão cunhada por Domenico de Masi.

⁹ SILVA, 1979, p. 44

possua um domínio suficientemente vasto, que possua doutrinas homogêneas presididas por conceitos gerais e comuns, distintos de outros ramos do Direito, e que possua método próprio”¹⁰.

Amauri Mascaro Nascimento afirma a necessidade de considerar-se quatro dimensões para se configurar a autonomia de um determinado ramo do direito: “a legislativa, a doutrinária, a didática e a jurisdicional”¹¹.

Para José Cláudio Monteiro de Brito Filho, como regra geral, “uma disciplina é considerada autônoma quando dotada de autonomia em três aspectos: científico, didático, e legislativo”¹². Isso não significa, continua o jurista, que não se possa admitir uma disciplina como autônoma em relação às demais sem que todos esses elementos estejam presentes, pois basta a existência de “autonomia científica”¹³, com objeto de estudo próprio.

É inegável que a conquista da autonomia de um dado ramo do Direito em relação aos demais que lhe sejam próximos ou contrapostos confirma a maturidade atingida por essa disciplina jurídica, pois “se desgarrar dos laços mais rígidos que o prendem a ramo ou ramos próximos, sedimentando uma via própria de construção e desenvolvimento de seus componentes específicos”¹⁴.

Pretende-se apresentar breve panorama de três vertentes atestadas no estudo da questão da autonomia do Direito Coletivo. A primeira nega por completo tal autonomia. A segunda, considerada aqui intermediária, embora tampouco admita a autonomia, afirma estar em via de ser concretizada. A terceira, por fim, sustenta a autonomia do Direito Coletivo em confronto com os demais ramos do Direito, especialmente ante o Direito do Trabalho.

2.2 Da negação da autonomia. Da corrente intermediária

Necessário salientar desde logo que boa parte da doutrina ainda nega peremptoriamente a autonomia do Direito Coletivo do Trabalho em relação aos demais ramos do Direito, mais especificamente em relação ao Direito do Trabalho.

¹⁰ ROCCO, Alfredo. *Principios de Derecho Mercantil*, 1931. p. 67 *apud* PLÁ RODRIGUES, Américo. *Principios de Direito do Trabalho*. Tradução de Wagner Giglio. São Paulo: LTr, 1978. p. 9.

¹¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 30.

¹² BRITO FILHO, 2000, p. 28.

¹³ BRITO FILHO, *Op. cit.*, p. 28.

¹⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 97.

Muitos, como já visto anteriormente, costumam utilizar indistintamente a denominação Direito Sindical ou Direito Coletivo do Trabalho, também como reflexo da inexistência da autonomia ora apreciada.

Amauri Mascaro Nascimento nega enfaticamente a autonomia do direito coletivo do trabalho. Sustenta que as quatro dimensões, já citadas anteriormente, não se perfazem, porque não existe uma lei esparsa sindical, a autonomia doutrinária ainda “não se completou”¹⁵, nem muito menos existe autonomia didática, porque nos cursos jurídicos o Direito Coletivo é parte (menor, diga-se de passagem) do programa de Direito do Trabalho.

Otávio Bueno Magano ensina que no Direito Coletivo do Trabalho não se reúnem os três elementos necessários à configuração da autonomia pretendida pelo ramo do Direito, quais sejam: “domínio de vasta matéria, princípios próprios e institutos peculiares”¹⁶.

Arion Sayão Romita, também adepto da concepção unitarista ora em destaque, preconiza que, “no caso particular do Brasil, não existem, ainda, motivos suficientes que justifiquem a distinção entre Direito do Trabalho e Direito Sindical”¹⁷.

Mozart Vitor Russomano, também adepto da corrente unitarista, preleciona que o Direito do Trabalho está dividido em dois hemisférios distintos (o primeiro seria o das relações individuais; o segundo das relações coletivas), porém, “intimamente acoplados”¹⁸, não existindo força capaz de separá-los.

Há, também, a corrente, aqui denominada de intermediária, que ainda não reconhece a autonomia do Direito Coletivo, contudo admite que a mesma está em via de ser efetivada e em franco processo de construção.

Maurício Godinho Delgado pode ser enquadrado na linha de transição em destaque, porque reconhece nítidas distinções entre o Direito Coletivo e o Individual, inclusive principiológicas, porém, afirma serem segmentos correlatos, “partes integrantes de uma mesma realidade jurídica especializada, o Direito do Trabalho”¹⁹

João Régis Teixeira Júnior afirma que o Direito Coletivo do Trabalho encontra-se em fase de transição entre a autonomia propriamente dita e a

¹⁵ NASCIMENTO, 2000, p. 30.

¹⁶ MAGANO, Otávio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho: direito coletivo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1990.v.3, p. 10.

¹⁷ ROMITA, Arion Sayão. *Direito Sindical Brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Brasília, 1976. p. 89.

¹⁸ RUSSOMANO, Mozart Vitor. *Direito Sindical: princípios gerais*. Rio de Janeiro: Konfino, 1975. p. 62.

¹⁹ DELGADO, *Op. cit.*, p. 90.

integração com o Direito do Trabalho, pois vem evoluindo e caminhando “para uma futura libertação”²⁰.

2.3 Da autonomia

Por fim, faz-se mister trazer a lume o entendimento daqueles poucos (nosso inclusive) que pregam a autonomia do Direito Coletivo ante o Direito do Trabalho.

Não podemos deixar de citar - primeiramente - Antônio Álvares da Silva, doutrinador pátrio e pioneiro na defesa da autonomia desse ramo coletivo. A lição do mestre merece transcrição em sua íntegra, *in verbis*:

Os sujeitos participantes do Direito Coletivo não são os mesmos que participam do Direito do Trabalho. Aqui o trabalhador, ali a categoria. [...]

O objeto do Direito Coletivo é também, como se viu, outro que o do Direito Individual. Este, satisfazendo os interesses do trabalhador como pessoa, aquele os do trabalhador como categoria.

O tipo de relação jurídica tutelado pelo Direito Coletivo é também totalmente diverso do Direito Individual. A relação de trabalho fixa obrigações de ordem contratual e, portanto, bilaterais, entre as partes contratantes. O Direito Coletivo não estabelece obrigações bilaterais mas atua unilateralmente como princípio mais favorável, como conteúdo mínimo de todos os contratos que se concluírem²¹.

Antonio Ojeda Avilés ratifica a autonomia, preconizando que “o Direito Coletivo do Trabalho não pode ser considerado como um mero anexo do Direito do Trabalho, mas um segmento jurídico da macrodisciplina das relações industriais”²².

A autonomia do Direito Coletivo do Trabalho ressalta evidente. As únicas justificativas contrárias, *data maxima venia*, somente podem ser creditadas ao receio do novo e ao exagerado apego ao passado, comportamento que muitas vezes atravanca inclusive a evolução jurisprudencial de alguns entendimentos já ultrapassados e petrificados pela inércia dos tribunais pátrios.

²⁰ TEIXEIRA JÚNIOR, João Régis. *Introdução ao Direito Sindical*. São Paulo: Revista do Tribunais, 1979. p. 89.

²¹ SILVA, 1979, p. 46.

²² AVILÉS, Antonio Ojeda. *Derecho Sindical*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 58.

Tanto pela autonomia científica, didática, legislativa, como pela distinção dos sujeitos, do objeto, e pela natureza das relações envolvidas, é mister ser reconhecida a autonomia do Direito Coletivo do Trabalho.

Antes, contudo, é necessário acompanhar o entendimento de José Cláudio Monteiro de Brito Filho, para quem basta apenas a autonomia científica para que se configure uma disciplina autônoma, com objeto de estudo próprio, como é o caso do Direito Coletivo do Trabalho, distinto dos demais ramos da ciência jurídica. Tal ramo, diante das informações já apresentadas, é irrefragavelmente autônomo.

Não se pode deixar de salientar também a distinção entre os partícipes do Direito Coletivo e os do Direito do Trabalho. Neste o trabalhador é o ator principal, aquele que prepondera nas relações aqui disciplinadas. Naquele o que prevalece são os interesses categoriais, de trabalhadores componentes de uma organização, constituída justamente para a satisfação e a proteção de interesses deles.

Ademais, a (interpretação da) norma do Direito do Trabalho é construída com base na diferença – algumas vezes quase abissal – existente entre os sujeitos desse ramo do Direito. De um lado, a potência econômica e o poderio social do empregador, ser coletivo, e toda sua capacidade de imposição unilateral de normas de conduta; do outro lado, o empregado, ser individual, com diminuta capacidade de dialogar (leia-se negociar posições) em igualdade com a parte adversa. O fulcro histórico do direito individual busca, justamente, o reequilíbrio de tal desproporção de forças, daí o caráter protetivo do hipossuficiente.

Já o Direito Coletivo do Trabalho não necessita reequilibrar juridicamente os sujeitos que dele participam, aspecto de extrema importância na distinção dos ramos aqui apreciados, pois ambos são coletivos ; o empregador, de um lado; do outro, os entes coletivos defensores dos interesses laborais. Portanto, não há necessidade de proteção estatal a fim de buscar o reequilíbrio das partes. O princípio da proteção, “critério fundamental que orienta o direito do trabalho”²³, passa completamente ao largo do Direito Coletivo, pois, como já visto, os entes dele participantes, ambos coletivos, detêm – *in thesi* – a capacidade de diálogo equivalente.

Ousamos divergir triplamente do luminar do direito laboral, Amauri Mascaro Nascimento. Ele afirmou que o Direito Coletivo do Trabalho não seria

²³ PLÁ RODRIGUES, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. Tradução de Wagner Giglio. São Paulo: LTr, 1978. p. 28.

detentor de autonomia doutrinária, didática e jurisdicional. A autonomia doutrinária há décadas é evidente. Basta ver a edição de dezenas de obras específicas sobre o Direito Coletivo do Trabalho. Tal autonomia até já avançou um pouco mais, porque já existem autores, como é o caso de Maurício Godinho Delgado, em obra já citada no presente, que tem construído uma principiologia própria desse ramo do Direito. Acerca da inexistência de autonomia didática afirmada por Amauri Mascaro Nascimento, vale sustentar que o Direito Coletivo do Trabalho já é estudado (com carga horária ainda longe do ideal, é verdade) como disciplina autônoma e com conteúdo programático próprio. Sobre a inexistência de autonomia jurisdicional, pois supostamente os mesmos órgãos julgadores dos conflitos individuais julgariam também os coletivos, há apenas razão parcial em tal afirmação, pois, como é de sabença geral, em diversos tribunais laborais pátrios, inclusive no Tribunal Superior do Trabalho, com a Seção de Dissídios Coletivos, existem turmas ou seções encarregadas apenas e tão-somente do julgamento das matérias afetas ao Direito Coletivo do Trabalho, daí porque é mister reconhecer a autonomia jurisdicional da disciplina em enfoque.

Por todo o exposto, entendemos que a inércia e o medo de ousar devem ser expungidos, dando-se passagem ao reconhecimento da autonomia do Direito Coletivo do Trabalho em relação aos demais ramos jurídicos, notadamente ao Direito do Trabalho.

CONCLUSÕES

Ante o exposto no presente trabalho, podemos concluir, de modo singelo, da seguinte maneira:

- a) deve ser utilizado, sem concessões, nem mesmo estilísticas, o nome *Direito Coletivo do Trabalho*, pois tal nomenclatura é, sob todos os aspectos, inclusive o científico, a mais correta e engloba a totalidade do objeto de estudo dessa disciplina;
- b) mister reconhecer a *autonomia* do Direito Coletivo do Trabalho em relação aos demais ramos da ciência jurídica, notadamente em

relação ao Direito do Trabalho, por conta das razões esposadas no presente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Uma Nova Introdução ao Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

AVILÉS, Antônio Ojeda. *Derecho Sindical*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Direito Sindical*. São Paulo: LTr, 2000.

COSTA, Marcelo Freire Sampaio. Obrigatoriedade de Imposto Sindical para não Filiados. *Jornal Trabalhista Consulex*, Brasília, n. 820, jul. 2000.

DELGADO, Maurício Godinho. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.

DE MASI, Domenico. *A Sociedade Pós-industrial*. São Paulo: SENAC, 1999.

MAGANO, Otávio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho: direito coletivo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1990.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000.

_____. *Direito Sindical*. São Paulo: Saraiva, 1989.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Direito Sindical e Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

PLÁ RODRIGUES, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. Tradução de Wagner Giglio. São Paulo: LTr, 1978.

ROMITA, Arion Sayão. *Direito Sindical brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Brasília, 1976.

RUSSOMANO, Mozart Vitor. *Princípios gerais de Direito Sindical*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. *Direito Sindical: princípios gerais*. Rio de Janeiro: Konfino, 1975.

SILVA, Antônio Álvares da. *Direito Coletivo do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

TEIXEIRA JÚNIOR, João Régis. *Introdução ao Direito Sindical*. São Paulo: Revista do Tribunais, 1979.

OS CONCEITOS JURÍDICOS E O PODER DISCRICIONÁRIO DO JUIZ. CERTeza OU ACEITABILIDADE JURÍDICA?

*Fábio Theodorico Ferreira Góes **

1 INTRODUÇÃO

A idéia do texto nasce da necessidade do intérprete jurídico em identificar os vazios legislativos e qual a influência que estes espaços podem exercer sobre a decisão judicial.

Nesse diapasão, surge o problema que se tem, quando a decisão judicial enfrenta os conceitos jurídicos indeterminados.

Normalmente se diz que terá o juiz uma margem do exercício de um poder discricionário optando pela melhor aplicabilidade do direito.

Mas, será que ao decidir por opção estaria o magistrado decidindo discricionariamente ou apenas aplicando princípios e regras jurídicas que estão dentro do sistema jurídico (do Direito) ponderando ou sopesando princípios? Se assim for não haveria poder discricionário do juiz, já que este aplicaria o direito que lhe é posto como certo, onde não há possibilidade de duas ou mais decisões ao mesmo caso.

Essa é a questão: a decisão judicial comporta a certeza ou a aceitabilidade?

Fazendo a abordagem dos conceitos jurídicos indeterminados, onde dentre eles estão todos os princípios jurídicos, procuraremos, em uma modesta análise, identificar se a decisão judicial ao se defrontar com casos em que haja a necessidade de aplicação destes conceitos, o juiz estará produzindo uma certeza ou uma aceitabilidade jurídica.

Para tanto, revisitamos as obras de ENGISH, ENTERRIA, DWORKIN e ALEXY, tendo-as como base norteadora de nosso trabalho, fazendo breve incursão na filosofia do direito para conceituarmos verdade, apenas para contrapor-la a idéia de certeza e assim apurarmos qual é o resultado da decisão judicial.

* Procurador do Estado do Pará. Especialista em Direito Civil e Processual Civil. Mestrando em Direito na Universidade Federal do Pará

A noção de justiça será abordada com o intuito de associarmos se o resultado da decisão judicial a ela se vincula.

Deixar-se-á de lado a verdade, pois o seu conteúdo de extrema valoração subjetiva, compete ser estudado mais no campo filosófico, não cabendo neste breve ensaio. Portanto, quando o termo verdade for utilizado o utilizaremos no sentido mais pragmático possível, daquilo que é plenamente comprovado como certo.

A nomenclatura conceito é utilizada no seu sentido mais amplo, abrangendo, princípios, regras e definições.

2 OS TERMOS JURÍDICOS

Denominamos termos jurídicos aos conceitos, princípios, definições, regras e normas jurídicas os quais possuem significados distintos dentro de um sistema normativo.

2.1 Conceitos

O conceito compreende uma apreensão de um determinado objeto, o qual segundo a ótica do observador irá ser caracterizado ou representado de uma determinada forma.

Essa apreensão não representa o próprio objeto, não é o próprio objeto, mas uma significação daquilo que ele é.

Assim teremos o conceito de um determinado objeto a partir do momento em que o vislumbramos e expressamos a sua significação em forma de linguagem.

GRAU diz que o “objeto” do conceito jurídico não existe “em si”; dele não há representação concreta, nem mesmo gráfica. Tal objeto só existe “para mim”, de modo tal, porém, que sua existência abstrata apenas tem validade no mundo jurídico quando a este “para mim”, por força de convenção normativa, corresponde um - seja-me permitida a expressão- “para nós”.¹

¹ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação: aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002. p.201

Percebe-se então que o conceito contém uma liberdade de expressão até que esse termo seja aceito e reconhecido de forma uniforme por aqueles que o utilizam.

Juridicamente, esse conceito terá a mesma finalidade a construção lingüística de um determinado objeto será feita para que se obtenha um determinado resultado querido pela norma jurídica. Aceito pela “comunidade jurídica” ou pelo grupo social a quem ele é destinado, o mesmo passará a ser um conceito jurídico.

GRAU neste ponto critica a possibilidade de existência de conceito jurídico “indeterminado”- *cuja significação não é reconhecível uniformemente por um grupo social-a interpretação/aplicação do direito será procedida à margem dele próprio, o direito.*²

Nos arriscamos a rebater a crítica do ilustre doutrinador, pois o conceito indeterminado como se verá não o é indeterminado por não ser reconhecível uniformemente por um grupo social, mas por poder conter diversa avaliação do seu conteúdo e alcance, e, como se verá o conceito indeterminado possui parcela de determinação.

O conceito será sempre uniformemente aceito a partir de sua decifração pelo intérprete, cuja exegese pode ser distinta da de outro.

O conceito, portanto, não pode encerrar-se em si mesmo, não o indeterminado.

Porém, nossa crítica não tem longo alcance, já que GRAU em verdade reconhece que não conceito indeterminado, mas sim *termos indeterminados de conceitos*.³

Ou seja, o conceito traz em si termos indeterminados, sujeitos as mais diversas interpretações. É nesse sentido que iremos discorrer sobre esses conceitos.

2.2 Princípios

² GRAU, 2002, p. 202.

³ *Ibidem*, p. 211

Na evolução do direito em que, normalmente, tomamos a doutrina Kelseniana como ponto de partida para tipificarmos o que vem a ser o Direito, nos deparamos com diversas concepções, muitas das quais rotuladas de positivistas.

Em verdade, não se pode apartar o Direito do positivismo de KELSEN, como também, nele não podemos isolá-lo.

Entendemos que KELSEN isola o Direito como sistema de regras positivadas como forma metodológica para formar o convencimento de que o estudo do Direito é uma ciência.

BOBBIO estuda esse sistema de regras positivadas e conclui que o mesmo, muito embora tenha unicidade, não se completa por si próprio.

O Direito é um sistema aberto de normas e de princípios. A completude somente se perfaz com a presença dos princípios.

BOBBIO não dúvida disso ao conceber os princípios como normas jurídicas.⁴

Inúmeras são as acepções que podem ser dadas aos princípios, dizemos acepções para não falarmos, ainda de conceitos.

CARRIÓ, por exemplo, nos dá 11 acepções do vocábulo.

JERZY WRÓBLEWSKI, conceitua os primeiros, como: *regras, palavras (noms) ou construções que servem de base ao direito como fontes de sua criação, aplicação ou interpretação.*⁵

Dentro da conceituação própria dos princípios cabem ainda diversas classificações, WRÓBLEWSKI, por exemplo, diz existirem os *princípios de direito positivo, implícitos, extrasistêmico, princípio nome do direito e princípio construção do direito.*⁶

⁴ BOBBIO. Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UNB, 1999. p. 158. “Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras.”

⁵ Citado por GRAU, In: *Ensaio e discurso sobre a interpretação*: aplicação do Direito. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 122.

⁶ *Ibidem*, “a) Princípio positif du droit: c’est la norme explicitement formulée dans le texte du droit positif. À savoir soit une disposition légale, soit une norme construite à partir des éléments contenus dans ces dispositions; b) Principe implicite du droit: c’est une règle traitée comme prémisses ou conséquence des dispositions légales ou des normes; c) Principe extrasystémique du droit: c’est règle traitée comme principe, mais qui ni principe positif du droit, ni principe implicite du droit; d) Principe-nom du droit: c’est le nom caractérisant les traits essentiels d’une institution juridique; e) Principe- construction du droit: c’est la construction du législateur rationnel ou parfait, présumée dans l’élaboration dogmatique du droit ou dans l’application et l’interprétation juridique.”

GRAU nos informa, ainda, que já em 1955, JEAN SCHMIDT, observava que o princípio pode ser tomado em duplo sentido: *(I) como fonte ou base e (II) como linha diretriz ou fio condutor.*⁷

Na primeira acepção os princípios não admitem exceções, salvo se contrapostos a outros princípios, onde teremos quando da aplicação destes uma contraposição de princípios.

Para SCHMIDT os princípios são extraídos da lei pelo intérprete, essa absorção do princípio da lei se dá de forma sistêmica perante todo o arcabouço jurídico posto a disposição da interpretação.

Por isso a personalidade do intérprete é de suma importância da formulação do princípio e na sua própria aplicação.

O princípio está no Direito, mas é o intérprete que o colhe e nessa colheita o contamina de uma certa carga valorativa, típica dos juristas e doutrinadores, os quais irão concebê-lo conforme a sua formação e entendimento. Por isso teremos princípios plurissignificativos.

Não cabe nesta pequena monografia estabelecer um debate mais amplo para identificação e discussão dos princípios, mas fazer um corte metodológico e traçarmos um mínimo conceito de princípio, para que este se engendre no texto de forma racional.

O princípio jurídico seria então uma carga sobreposta de valores plurisignificativos que ordenam uma sociedade.

No princípio temos o mais amplo campo interpretativo

2.3 Regras

As regras jurídicas diferem-se dos princípios em função do grau de sua generalidade, enquanto estes possuem maior generalidade e abrangência aquelas tem uma reduzida abrangência e pouca generalidade, no sentido de sua aplicação.

A regra ordem definida e aplicável de pronto, de imediato, não requer maiores interpretações, por exemplo: não pisar na grama, não matar, não furtar, não trair.

⁷ *Ibidem*, p. 123.

São imperativos que tem interpretação reduzida.

Já os princípios possuem uma base mais alargada de interpretação e aplicação, tais como, princípio da legalidade, da boa-fé, da liberdade.

Vale ressaltar a essa altura a diferença de princípio e regra proposta por CANOTILHO, com base na doutrina ALEXY e DWORKIN:

“ (1) Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *optmização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as *regras* são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem, proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual

(Zagrebelsky); a convivência das regras é antinômica. Os princípios coexistem; as regras antinômicas excluem-se.

(2) Conseqüentemente, os princípios, ao constituírem *exigências de optmização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à ‘lógica do tudo ou nada’), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço aberto para qualquer outra solução, pois se uma regra *vale* (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais, nem menos.

(3) Em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objecto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas ‘exigências’ ou *standarts* que, em ‘primeira linha’ (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm ‘fixações normativas’ *definitivas*, sendo insustentável a *validade* simultânea de regras contraditórias.

(4) Os princípios suscitam problemas de *validade* e *peso* (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são corretas deve, ser alteradas)”⁸

Por conseguinte, tal distinção é essencial para que possamos traçar em que ponto o intérprete se deparará com o conflito de princípios em busca de uma resposta certa ou adequada, notando-se desde já que este conflito não se dará entre regras jurídicas em face de seu reduzido espaço de interpretação e

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

significados, mas sim entre princípios e sobre princípios, em que pese serem aquelas a aplicação destes.

Contudo, o problema entre as regras é caso de antinomias, já o de princípios envolve a *interpretação* e o *chamado jogo de princípios*.

2.4 Normas jurídicas

As normas jurídicas encerram-se em cada princípio, regra ou conceito.

A norma é aquela que está acima dos demais termos, todos os termos conterão uma norma, sejam eles princípios, conceitos ou regras.

A norma seria então o continente e os demais o conteúdo é o mais abstrato e genérico de todos os termos.

Assim na regra *não matar* teríamos por detrás um princípio – direito à vida – e uma norma de proteção à vida e à paz social.

Infere-se que a norma contém então a finalidade da regra e do próprio princípio.

2.5 Classificação e âmbito de abrangência dos conceitos jurídicos. As proposições de English

Seguindo a classificação de ENGLISH⁹ os conceitos jurídicos podem ser determinados, indeterminados, normativos, descritivos e discricionários.

Conceitos determinados seriam aqueles em que o intérprete pode abstrair realmente o seu conteúdo e significado. Esses conceitos transmitem certeza, pois são apreendidos do mundo empírico com o mesmo sentido e formato que possuem na realidade.

Assim, estaremos tratando de um conceito jurídico determinado, quando nos referirmos a um limite legal, o que normalmente expressa-se em

⁹ ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Coimbra: Fundação Calouste Gulbekian, 2001. p. 208.

números definidos, v.g, o artigo 185 da Constituição Federal¹⁰, tal artigo expressa de início dois conceitos jurídicos indeterminados, quais sejam, pequena e média propriedade.

Não há possibilidade do intérprete identificar o que o legislador quis dizer com os termos pequena e média. Contudo, a revelação desses conceitos é remetida à legislação inferior onde teremos conforme a Lei nº 8.629, de 25.02.1993, em seu artigo 4º, que “pequena” propriedade é o *imóvel rural: a) de área compreendida entre 1 (um) e 4 (quatro) módulos fiscais*.

Note-se, que o legislador define o que vem a ser a pequena propriedade por meio de outro conceito que precisa ser elucidado que são os *módulos fiscais*. Estes, no entanto, são definidos por uma expressão numérica que são os hectares, assim um módulo fiscal pode ser um ou mais hectares. Determina-se, dessa forma o conceito por uma expressão numérica, a qual pode, evidentemente, ser variável e tornar-se indeterminada basta que se comece a perquirir o que vem a ser hectare.

Por esse exemplo o legislador utilizou-se de um conceito normativo, que será visto a seguir, para definir o que é pequena propriedade e um conceito determinado para definir o que vem a ser módulo fiscal. Somente este último finaliza-se por um conceito numérico, e, portanto tipicamente determinado.

Isso porque as ciências exatas convencionou que um hectare são cem ares e que um are corresponde a cem metros quadrados, assim um hectare são dez mil metros quadrados.

Percebe-se que mesmo em um conceito numérico aparentemente determinado a indeterminação pode persistir, pois se pode continuar a investigação de quanto mede um metro quadrado, com divisão em centímetros e assim sucessivamente.

Por isso, que ENGLISH a certa altura diz que: “Os conceitos jurídicos são predominantemente indeterminados pelo menos em parte”.¹¹

¹⁰ “Art. 185 . São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária: I – a *pequena e média propriedade rural*, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra.”

¹¹ ENGLISH, *Op. cit.*, p. 208-209

E explica que isso se deve ao fato de que a <<indeterminação>> de conceitos jurídicos pode resultar da pluralidade de sentidos de uma palavra que exprime um conceito.¹²

No método de determinação numérica essa pluralidade de sentidos, muito embora não desapareça, diminui, como demonstrado acima. Por isso se dá esse conteúdo mais determinado aos conceitos que utilizam padrões numéricos.

LARENZ considera essa atividade do legislador como uma *proposição jurídica restritiva*.¹³

Porém, o conceito poderá obter determinação por intermédio de outro conceito, normalmente normativo.

É caso da situação em que o legislador grava um conceito jurídico indeterminado, mas busca por intermédio de outro conceito, que não real ou empírico, extirpar a indeterminação.

Como exemplo temos o conceito contido no mesmo artigo 185 da Constituição Federal, quando se refere à “propriedade rural”.

Propriedade em si já encerra um conceito propriamente jurídico normativo, mas rural requer investigação.

O legislador, contudo, define o que é “imóvel rural” como sendo, o *prédio rústico de área contínua, qualquer que seja a sua localização, que se destine ou possa se destinar à exploração agrícola, pecuária, extrativa vegetal, florestal ou agroindustrial*.¹⁴

Portanto, por meio de um conceito jurídico normativo o legislador procura reduzir o índice de indeterminabilidade do conceito propriedade rural.

¹² *Ibidem*, p. 259, nota 3.

¹³ Diz LARENZ: “Muitas vezes, a previsão de uma proposição jurídica está conformada na lei, à primeira vista, de modo tão amplo que, segundo o seu sentido literal, abarca também situações de facto para as quais não deve valer. Então, esta proposição jurídica é por sua vez restringida por meio de uma segunda proposição jurídica. Tais proposições jurídicas restritivas podem reconduzir-se à seguinte forma: Se à previsão P (da norma previamente dada se faz acrescer a nota distintiva especial N a consequência jurídica ordenada C não vigora para a previsão P. As proposições jurídicas restritivas contêm um ordenação negativa de vigência (<<não vigora>>) que só se torna compreensível em conjugação com uma ordenação positiva de vigência precedente. A razão para que o legislador proceda deste modo pode residir em que o acolhimento na previsão da ordenação positiva de vigência de todas as notas distintivas restritivas daria como resultado uma proposição pesada, deselegante ou até mesmo incompreensível, ou também, porque o legislador, como é o caso do BGB, quer regular a repartição do ônus da prova mediante o esquema de <<regra>> e <<exceção>>”

¹⁴ Artigo 4º da Lei nº 8.629, de 25.02.1993.

Aqui, porém, ao contrário do que acontece com o conceito numérico, a penumbra permanece espessa nas expressões área contínua, exploração agrícola, agroindustrial e florestal.

Comprova-se, dessa forma, que os conceitos jurídicos são predominantemente indeterminados, sendo que se pode obter uma redução nos seus graus de indeterminabilidade utilizando-se os meios de exegese e subsunção predispostos ao intérprete.

O legislador por sua vez, utiliza-se dos conceitos normativos para reduzir o grau de indeterminabilidade dos conceitos.

Pois bem, os *conceitos indeterminados* segundo ENGLISH são então aqueles *cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos*.¹⁵

Há conceitos indeterminados, porém que podem ser facilmente decifráveis, como os *conceitos jurídicos propriamente ditos* que têm a sua indeterminação reduzida senão extirpada por outros conceitos normativos, como no direito penal: roubo (furto com violência), no processo: despacho, sentença, decisão interlocutória; no direito administrativo: exoneração, demissão, posse e nomeação.

No entanto, temos conceitos que possuem um *halo* conceitual que problematiza a sua aplicação e utilização pelo intérprete.

Esse *halo* conceitual se contrapõe ao núcleo do conceito, este decifrável e aquele representa a fuga a sua inteligência.

Quando estamos diante de uma clara e precisa compreensão do conceito nos deparamos com o seu núcleo conceitual, porém se há um escape dessa compreensão estaremos perante o *halo* do conceito e é este que causa espécie ao jurista.

Onde as dúvidas começam, começa o halo do conceito, diz ENGLISH.

PHILLIP HECK se refere como a mais penosa e mais importante indeterminação a que decorre do *halo* conceitual.¹⁶

Isso porque essa indeterminação faz com que até os conceitos mais determinados ou tidos como determinados, como os numéricos, passem a conter

¹⁵ *Op. cit.*, p. 208.

¹⁶ *Apud* ENGLISH, p. 209.

um grau de indeterminabilidade, como representado acima na utilização do parâmetro numérico hectare.¹⁷

Entendemos que a indeterminabilidade surge desde o momento em que o conceito cause a dúvida, e, não a partir do momento em que a complexidade ou a pluralidade do conceito pode atingir a univocidade da sua aplicação, tendo em vista que se o conceito causa dúvida ao intérprete, essa dúvida terá como consequência a possibilidade de pluralidade de decisão, sendo a aplicação judicial o modo que o direito fornece para a resolução do problema.

Pois, o conceito jurídico indeterminado conterà uma incerteza no seu significado e esta incerteza, que impõe a dúvida, fatalmente conduzirá o intérprete a pluralidade de decisão.

Não podemos então estabelecer limites onde começa a dúvida ou a incerteza e onde se inicia a subsunção que poderá dar ao caso diversas soluções.

Se a incerteza surgir, fatalmente trará consigo a possibilidade de diversidade de interpretação.

Ressalte-se, ainda, que a pluralidade de sentidos não se confunde com a indeterminabilidade.

A indeterminabilidade pressupõe ausência de clareza, obscuridade, incerteza, não há possibilidade de interpretação segura, pois o termo não se autodefine.

Já a pluralidade de sentidos contém excesso de significado, a dúvida não surge em função da obscuridade do termo, mas de seu múltiplo significado.

Em ambos os casos poderemos ter conceitos jurídicos indeterminados.

Juridicamente os conceitos indeterminados podem vestir diversas roupagens de outros conceitos.

Uma dessas roupagens é na de *conceito normativo*. Mas, o que vem a ser conceito normativo?

¹⁷ Contra: BACHOF diz que: "...só deve falar-se de um conceito "indeterminado" quando a subsunção, em virtude da pluralidade e complexidade das considerações a fazer, pode por em causa a univocidade do resultado, mas não logo que a interpretação do conceito levante dúvidas, neste último caso caberia ao tribunal a tarefa de eliminar as dúvidas." Nesse sentido, também, KOCH, H. J. *apud* ENGLISH, *Op. cit.*, p. 260.

O conceito *normativo* em si contém indeterminabilidade, no entanto, procura-se defini-lo como sendo todo aquele que apreende no mundo fenomênico uma determinada descrição e o transporta para o mundo jurídico.

Logo, conceitos descritivos como <<homem>>, <<mulher>>, <<morte>>, <<nascimento>>, <<escuridão>>, <<força>>, passam a ser normativos quando estiverem contidos em um determinado diploma legal.

Ou seja, o *conceito descritivo*, aquele que designa determinada realidade ou objeto será normativo a partir do momento em que o direito assim o considere.

Muito embora os conceitos descritivos continuem possuindo as suas características naturais, o direito ao trazê-los para a sua esfera poderá lhe conceder outro significado.

Aqui, porém, ao contrário do que acontece com o conceito numérico, a penumbra permanece espessa nas expressões área contínua, exploração agrícola, agroindustrial e florestal.

Comprova-se, dessa forma, que os conceitos jurídicos são predominantemente indeterminados, sendo que se pode obter uma redução nos seus graus de indeterminabilidade dos conceitos.

Pois bem, os conceitos indeterminados segundo ENGISH são então aqueles cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos.

Há conceitos indeterminados, porém que podem ser facilmente decifráveis, como os conceitos jurídicos propriamente ditos que têm a sua indeterminação reduzida senão extirpada por outros conceitos normativos, como no direito penal: roubo (furto com violência), no processo: despacho, sentença, decisão interlocutória; no direito administrativo: exoneração, demissão, posse e nomeação.

No entanto, temos conceitos que possuem halo conceitual que problematiza a sua aplicação e utilização pelo intérprete.

Esse halo conceitual se contrapõe ao núcleo conceitual, porém se há um escape dessa compreensão estaremos perante o halo do conceito e é este que causa espécie ao jurista.

Onde as dúvidas começam, começa o halo conceito, diz ENGISH.

PHILLIP HECK se refere como a mais penosa e mais importante indeterminação a que decorre do halo conceitual.

Isso porque essa indeterminação faz com que até os conceitos mais indeterminados ou tidos como determinados, como os numéricos, passem a conter um grau de indeterminabilidade, como representado acima na utilização do parâmetro numérico hectare.

Entendemos que a indeterminabilidade surge desde o momento em que o conceito cause a dúvida, e, não a partir do momento em que a complexidade ou a pluralidade do conceito pode atingir a univocidade da sua aplicação, tendo em vista que se o conceito causa dúvida ao intérprete, essa dúvida terá como conseqüência a possibilidade de pluralidade de decisão, sendo a aplicação judicial o modo que o direito fornece para a resolução do problema.

Pois, o conceito jurídico indeterminado conterà uma incerteza no seu significado e esta incerteza, que impõe a dúvida, fatalmente conduzirá o intérprete a pluralidade de decisão.

Não podemos então estabelecer limites onde começa a dúvida ou a incerteza e onde se inicia a subsunção que poderá dar ao caso diversas soluções.

Se a incerteza surgir, fatalmente trará consigo a possibilidade de diversidade de interpretação.

Ressalte-se, ainda, que a pluralidade de sentidos não se confunde com a indeterminabilidade.

A indeterminabilidade pressupõe ausência de clareza, obscuridade, incerteza, não há possibilidade de interpretação segura, pois o termo não se autodefine.

Já a pluralidade de sentidos contém excesso de significado, a dúvida não surge em função de obscuridade do termo, mas de seu múltiplo significado.

Em ambos os casos poderemos ter conceitos jurídicos indeterminados.

Juridicamente os conceitos indeterminados podem vestir diversas roupagens de outros conceitos.

Uma dessas roupagens é na de conceito normativo. Mas, o que vem a ser conceito normativo?

O conceito normativo em si contém indeterminabilidade, no entanto, procura-se defini-lo como sendo todo aquele que apreende no mundo fenomênico uma determinada descrição e o transporta para o mundo jurídico.

Logo, conceitos descritivos como <<homem>>, <<muça>>, passam a ser normativos quando estiverem contidos em um determinado diploma legal.

Ou seja, o conceito descritivo, aquele que designa determinada realidade ou objeto será normativo a partir do momento em que o direito assim o considere.

Muito embora os conceitos descritivos continuem possuindo as suas características naturais, o direito ao trazê-los para a sua esfera poderá lhe conceder outro significado.

Deve ser ressaltado, porém, que nem todo conceito descritivo que for transportado para o mundo jurídico será normativo.

Somente será normativo se o direito lhe atribuiu outro significado distinto daquele possuído na realidade.

Assim, se transportarmos o conceito descritivo *escuridão* para a norma jurídica e considerarmos *escuridão* somente a situação em que não se pode ver, esta terá conteúdo normativo. Porém se não houver a ressalva a *escuridão* terá significado descritivo como sendo a situação em que há pouca claridade, muito embora se possa ver.

Infere-se que o conceito normativo comporta um elemento que está fora da percepção ser humano quando vislumbra o conceito descritivo.

Portanto, quando digo que alguma coisa está na posse de alguém, tal posse pode ser vislumbrada de imediato, pela percepção do ser humano. No entanto, essa posse poderá ter várias conotações jurídicas, haja vista que não se pode dizer ao passar d'olhos que a posse é legítima, é nova ou velha.

No caso de vermos duas pessoas do mesmo sexo trocarem carícias em público poderemos dizer que elas formam um casal de pessoas do mesmo sexo, mas o Direito pode não contemplar tal relacionamento como a de um casal.

Os conceitos normativos podem ainda, conter uma avaliação valorativa.

É que determinados conceitos somente têm o seu significado definido conforme a cultura do lugar.

O conceito de mulher honesta contido no vetusto código civil, hoje não serve para avaliar a conduta de uma mulher, pois o mesmo comporta uma valoração distinta da década de 20.

A tais conceitos ENGLISH proclama de <<carecidos de um preenchimento valorativo>>.

Esses conceitos que requerem valoração, que pode ser pessoal ou de comunidade é que fornecem ao legislador a oportunidade de afrouxar a vinculação legal que deve se submeter o aplicador da norma.

Surge assim, o impasse da discricionariedade.

A discricionariedade aponta, portanto, para uma indeterminação, mas uma indeterminação pessoal, valorativa. Guardemos de início essa noção de contaminação pessoal na avaliação do conceito discricionário.

O entendimento inicial e prático da discricionariedade nos leva a conclusão de que esta, tanto no âmbito judicial como no administrativo, conduz o aplicador da norma a uma opção pessoal. Dadas as opções pela lei o aplicador dentre elas escolhe uma e na escolha de qualquer uma delas o direito será aplicado corretamente.

Contudo, o conceito de discricionariedade, diz ENGLISH, *é um dos conceitos mais plurissignificativos e mais difíceis da teoria do Direito.*¹⁸

Essa importância do conceito atribuída por ENGLISH se dá em função da discussão jurídica acerca da possibilidade de modificação das decisões judiciais discricionárias por instâncias superiores. Tal pergunta deverá ser respondida no decorrer do texto.

Por enquanto temos o objetivo de conceituar e esclarecer e que vem a ser a discricionariedade, somente depois desse esclarecimento poderemos chegar a uma conclusão a respeito de sua aplicabilidade.

De início o conceito de discricionariedade não tem apenas como característica a indeterminabilidade, que estaria contida na possibilidade de

¹⁸ *Op. cit.*, p. 214

opções dispostas ao intérprete, mas outras características que dificultam ainda mais o entendimento do conceito.

Na tradicional discricionariedade vemos que o seu principal ponto de identificação é a opção pessoal do intérprete. Porém, será que a opção do intérprete é própria ou é vinculada a lei e aos princípios jurídicos de maneira que qualquer intérprete no âmbito de uma racionalidade média poderia decidir ou optar da mesma forma, fazendo com que seja demonstrado que aquela decisão ou interpretação estava ali, no Direito ou na lei, somente sendo aclarada pelo intérprete mais atencioso?

A hipótese de RUDOLF LAUN¹⁹ bem identifica o tradicional entendimento da discricionariedade: “Quando podemos admitir que, segundo a vontade da lei, duas possibilidades entre si contrapostas são igualmente conformes ao direito, e a autoridade, portanto, pode optar por A ou não A, sem agir contrariamente ao direito em qualquer das alternativas, então temos poder discricionário.”

Assim, a possibilidade de opções de decisão conferidas pelo próprio Direito, cujo qualquer um dos resultados obtidos são aceitos pela norma legitimamente, confere ao poder discricionário uma característica peculiar de indeterminabilidade previamente determinada.

Ao nosso ver, portanto, a indeterminabilidade do conceito discricionário tem menor grau ou é menos espessa do que a dos conceitos indeterminados propriamente ditos e com grau de equivalência com os normativos, já que nestes últimos o legislador também procurar aclarar o direito por meio de uma interpretação (ou valoração) própria do mundo jurídico.

Porém, uma ressalva deve ser feita a esta altura, a de que essa pessoalidade, em verdade, não existe com toda a amplitude do termo, já que ao aplicador da norma discricionária cabe nada mais do que fazer a opção predisposta pelo legislador, retirando assim um possível grau de subjetividade ou valoração pessoal o que despiria o conceito de sua mais tradicional característica.

O poder discricionário seria norteador por mais de uma característica: possuiria *um ponto de vista pessoal, uma possibilidade de escolha, um espaço de*

¹⁹ *Apud* ENGLISH, *Op. cit.*, p. 216

liberdade e uma multiplicidade de sentidos. ENGLISH questiona se todas essas formulações ou apenas uma delas se correlacionam com o conceito discricionário.

Tais correlações, contudo, não podem conviver mutuamente.

Se tivermos o poder discricionário como uma *possibilidade de escolha* atribuída pelo legislador, essa possibilidade afasta de plano o ponto de vista pessoal, pois o legislador imaginou que qualquer das hipóteses contidas na lei satisfazem ao direito e qualquer decisão adotada pelo aplicador da norma será aquela suposta pelo legislador.

Também não haverá uma *pluralidade de sentidos*, pois a opção concedida pelo legislador retira a interioridade subjetiva que deve norteá-la, ou seja, o aplicador não poderá fazer avaliações em sua consciência e experiência, mas adotar uma das hipóteses colocadas como justas pelo legislador.

Por outro lado, o *espaço de liberdade* se reduz com a *possibilidade de escolha*, também pelo fato de que esse espaço será restrito as opções legisladas.

Com efeito, poderá o aplicador da norma entender que a as opções que a lei lhe dá não refletem a sua subsunção do caso, porém ele não terá outra opção senão aplicar aquilo que a lei lhe oferece, sem medo de errar, já que a decisão além de estar amparada legalmente será aceitável.

Esse é um dos nós górdios da decisão discricionária, poderá o juiz ou o administrador ultrapassar as hipóteses legais e inserir um novo conceito na decisão?

Veremos que sim, restará saber se essa decisão se amparará por sua “aceitabilidade” ou por ser a “decisão certa” do ponto de vista do direito.

É certo, ainda, que se a possibilidade de escolha pode remeter o intérprete a uma opção não dada pela lei em função da generalidade de opções postas pelo legislador, tal situação nos conduzirá a uma conclusão lógica: a de que o poder discricionário está impregnado de indeterminabilidade, e, por isso a decisão poderá ir além das hipóteses legais, desde que amparada pelo Direito e seus princípios.

Em função disso nos resta concordar com a proposição de ENGLISH de que o poder discricionário nos leva a uma <<possibilidade de escolha>>,

devendo esta ser vista *não apenas como uma possibilidade de fato, mas também uma possibilidade jurídica: o direito.*²⁰

Neste ponto de vista a justificativa é a de que o legislador, pela impossibilidade de prever todas as hipóteses fáticas na lei transfere a responsabilidade de sua aplicação e completude ao administrador ou ao juiz, o qual avaliando as inúmeras situações fáticas poderá sopesar essas circunstâncias inerentes ao caso e aplicar da melhor forma possível o Direito, inclusive objetivando a justiça.

Mas, nem por isso a discricionariedade deixa de ser vinculada, pois a decisão deve alcançar o objetivo a que se refere a lei, e, que teoricamente atenda aos ditames da justiça.

É claro que nessa decisão, como em todas as outras, se tem a alcunha da incerteza, pois o que pode ser declarado justo na decisão pode não ser aceito como tal pelo destinatário dela ou por qualquer outro interessado no julgado.

Isso porque o <<justo>> está no rol daqueles conceitos que mesmo depois de serem utilizadas todas as regras de interpretação e aplicação do direito restará um resíduo de incerteza – em função da subjetividade da apreciação do justo, diz ENGLISH - mas, que deverá ser aceito em função do seu real conteúdo conter interpretações de vontade.

Nesse sentido não teremos um controle legal ou judiciário concreto do justo, mas tanto a lei como o judiciário deverão persegui-lo objetivamente.

Assim, na margem do *espaço livre* da decisão haverá o limite objetivo de alcance do justo que deve ser obtido dentro do direito.

Portanto, o real poder discricionário será encontrado toda vez que a lei deixe ao critério de uma pessoa, dentre hipóteses determinadas, a escolha do justo, mesmo sabendo-se que este (justo) pode não se coadunar com avaliação de outrem. O que interessa é que a busca do justo tenha como condão a objetividade.

Isso representa dizer que os elementos objetivos e concretos contidos no caso em julgamento devem convergir com uma opção individual do

²⁰ ENGLISH, *Op. cit.*, p. 219.

juiz que o aprecia, de maneira que qualquer que fosse o julgador que se defrontasse com aquela situação o resultado seria objetivamente o mesmo, ainda que nela esteja contida uma carga de individualidade – pela própria manifestação do julgador não poder ou não dever ser igual com a de outro.

Pode, assim, o julgador na avaliação de condenação de alguém numa indenização por dano moral mensurar a indenização em 1.000 enquanto outro julgador de instância superior ou especial mensurar em 1.500 ou em 500, contudo dificilmente se verá os julgadores revisores indeferirem a concessão da indenização.

Isso porque na análise da decisão de concessão da indenização fatalmente estarão presentes elementos que vinculam o juiz e forçam o julgamento a um direcionamento independentemente da avaliação pessoal e individual do julgador.

Porém, no momento em que se avalia o valor do dano e se ingressa numa esfera de mensuração indeterminada a individualidade aflora e teremos diferentes conclusões, muito embora o objetivo da norma e do direito (do justo) seja atingido que é punir o infrator e não enriquecer a vítima.

O mesmo ocorre na aplicação de uma pena no direito penal, ou ao inverso, numa avaliação de promoção entre servidores públicos.

Em realidade, entendemos que nestes casos de avaliação da pena a discricionariedade se converte em aplicação do direito como diz BRUNS.²¹

Isso demonstra que o poder discricionário está presente no âmbito judicial.

A concessão de uma antecipação de tutela ou a de uma medida cautelar previstas em nosso Código de Processo Civil, o reconhecimento de uma justa causa na Justiça do Trabalho, a própria avaliação do dano, nos levam a crer que o magistrado está sempre envolto em questões discricionárias.

Essa discricionariedade pode ocorrer tanto como *estatuição* – espaço livre de escolha – como na hipótese legal.

²¹ *Apud* ENGLISH, *Op. cit.*, p.269, nota 15

A *estatuição* conteria sempre os chamados conceitos objetivos, tipo interesse público, periculosidade, boa-fé etc., que normalmente norteiam as *hipóteses legais*.

Assim se numa análise de concessão de uma liminar em mandado de segurança onde devem estar presentes o *periculum in mora*, o *fumus bonis iuris* e o *direito líquido e certo*, como hipóteses legais, nestes mesmos conceitos se poderá identificar a estatuição, pois o *espaço de liberdade* e de opção do julgador estará dentro dos próprios conceitos descritos na norma.

Outro exemplo claro ocorre em uma ação de indenização por dano material contra o Estado onde vige a chamada responsabilidade objetiva. Comprovado o dano e o nexo causal do fato não há que se perquirir se houve culpa da administração, esta deverá indenizar a vítima, por tal norma ser disciplinada legalmente e constitucionalmente. Isso porque é do interesse público a proteção da sociedade. Ou seja, tem-se a hipótese legal de indenização, mas que tem valia em função de um princípio estatuído que o é o do interesse público.

Com a mesma fundamentação do interesse público o julgador poderá reduzir a indenização, basta que ele apure que a vítima concorreu para a ocorrência do evento danoso.

Assim, o julgador normalmente se defrontará com hipóteses em que a decisão poderá conter valoração pessoal, contudo tal valoração estará sempre predisposta no Direito, como no caso acima a valoração da indenização, estará adstrita ao interesse público.

Pois bem, aqui se encerra a abordagem dos conceitos, nos resta enfrentar o problema da aplicabilidade desses conceitos e do resultado jurídico dessa aplicação.

3 APLICAÇÃO DO PODER DISCRICIONÁRIO DO JUIZ PERANTE OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

ENTERRÍA diz que: “No hay, pues, discrecionalidad al margen de la Ley, sino justamente sólo en virtud de la Ley y en la medida en que la Ley haya dispuesto.”²²

²² ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramon. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 1994. p. 441.

Tal afirmativa do doutrinador espanhol nos leva a crer, em princípio, que a discricionariedade deverá ser sempre restrita e limitada às hipóteses legais.

Ou seja, o juiz somente poderá exercer poder discricionário vinculado pelas premissas expressamente contidas na lei.

Mas, ENTERRÍA admite os conceitos jurídicos indeterminados e suas influências no exercício do poder discricionário, chega inclusive a diferenciá-los.²³

“Si lo propio de todo concepto jurídico indeterminado, en cualquier sector del ordenamiento, es que su aplicación sólo permite una única solución justa, el ejercicio de una potestad discrecional permite, por el contrario, una pluralidad de soluciones justas, o, en otros términos, optar entre alternativas que son igualmente justas desde la perspectiva del Derecho.”²⁴

Portanto, para ENTERRÍA, o poder discricionário se diferencia do conceito jurídico indeterminado, pois este admite somente uma solução justa enquanto aquele admite várias soluções justas que são dispostas na lei.

Com efeito, se no caso estivermos diante de uma única solução justa, trata-se de conceito jurídico indeterminado, se estivermos diante de várias soluções justas estaremos perante um poder discricionário.

Partindo desses ensinamentos, o problema da decisão judicial diminui-se, pois ao se deparar com um caso de exercício de poder discricionário - hipóteses - o juiz decidirá tranqüilamente de conformidade com qualquer uma das disposições legais, onde em qualquer caso se obterá o justo. Por isso o alerta de ENTERRÍA no sentido de que não há discricionariedade à margem da lei.

²³ *Idem*. “Por el contrario, con la técnica del concepto jurídico indeterminado la Ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto. (...) La Ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación. La Ley utiliza conceptos de experiencia (incapacidad para el ejercicio de sus funciones, premeditación, fuerza irresistible) o de valor (buena fe, estándar de conducta del buen padre de familia, justo precio), porque las realidades referidas no admiten otro tipo de determinación más precisa. Pero al estar refiriéndose a supuestos concretos y no a vaguedades imprecisas o contradictorias, es claro que la aplicación de tales conceptos o la calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución: o se da o no se da el concepto; o hay buena fe o no lo hay; o el precio es justo o no lo es; e se ha faltado a la probidad o no se ha faltado. *Tertium non datur*. Esto es lo esencial del concepto jurídico indeterminado: la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales permiten una “unidad de solución justa” en cada caso.

²⁴ *Ibidem*, p. 445

Mas, quando o juiz se deparar com uma situação do tipo discricionária de estatuição, que contém um conceito jurídico indeterminado a situação se complicará e a resolução não será tão fácil.

Para ENTERRÍA, mesmo essa situação não traz complicador, pois o conceito jurídico indeterminado admite somente uma resposta certa, não há pluralidade de soluções justas.

Esse entendimento decorre do fato de que por traz da decisão estará um conceito (princípio) que, muito embora seja indeterminado, deve conduzir o intérprete a uma só conclusão, como urgência, interesse público, boa-fé etc.

Esses, como conceitos indeterminados que são, somente admitiriam uma solução.

Tal raciocínio coincide com a *estatução* de ENGLISH, o problema é se realmente não há possibilidade de pluralidade de respostas justas e certas, onde a resposta certa deve ser a aceitável e não a única, exatamente pelo conteúdo indeterminado do conceito que garante a decisão.

É claro que a decisão deverá ser fiel ao objetivo do conceito, há ou não há boa-fé, v.g, mas se houver boa-fé esta poderá ser deduzida de diversas formas, onde a resposta para indicá-la poderá ter diversas matizes e colorações.

Assim, em um determinado caso o intérprete identificou a boa-fé porque o contratante não sabia do vício contratual que lhe beneficiava. Ora, a resposta certa, para validar o contrato, é a boa-fé, mas a valoração do conceito poderá ser diferente, o sujeito sabia do defeito, mas comunicou ao outro contratante que o aceitou. Tudo dependerá do intérprete e da razoabilidade da sua decisão.

Se a decisão não fizer fronteira com o absurdo a mesma será adequada, sendo certa, mas não a única.

Vale transcrever o posicionamento de EROS GRAU:

“Dá-se na interpretação de textos normativos algo análogo ao que se passa na interpretação musical.

Não há uma única interpretação correta (exata) da Sexta Sinfonia de Bethoven: A *Pastoral* regida por Toscanini, com a Sinfônica de Milão, é diferente da *Pastoral* regida por von Karajan, com a Filarmônica de Berlim. Não obstante uma seja mais romântica, mais derramada, a outra mais longilínea, as duas são autênticas – e corretas.

Nego peremptoriamente a existência de uma única resposta correta (verdadeira, portanto) para o caso jurídico – ainda que o intérprete esteja, através dos princípios, vinculado pelo sistema jurídico. Nem mesmo o juiz Hércules [Dworkin] estará em condições de encontrar para cada caso uma resposta verdadeira, pois aquela que seria a única resposta correta simplesmente não existe.

O fato é que, sendo a interpretação convencional, não possui realidade objetiva com a qual possa ser confrontado o seu resultado (o interpretante), inexistindo, portanto, uma interpretação objetivamente verdadeira [Zagrebelsky].”²⁵

Portanto, em que pese a existência de um determinado princípio ou conceito que irá resolver o problema dando a aparência de que somente este é a resposta certa ao caso, a forma pelo qual se chega nele, a interpretação (que dá a resposta) poderá ser diferente.

Em função de a discricionariedade ter que estar vinculada a Lei, o seu controle poderá ser perfeitamente feito pelo Poder Judiciário, já que este ao avaliar o conteúdo discricionário estará, na realidade, exercendo juízo de legalidade.

Dentro desse juízo de legalidade caberão várias interpretações e várias respostas, portanto, que serão certas, não por serem as únicas cabíveis, repetimos, mas por serem as que resolvem o problema da forma mais justa.

A não ser assim, teríamos que a resposta certa será sempre aquela dada pelo Tribunal de última instância e se esta resposta é certa, porque é a única cabível, então todas as demais decisões devem a ela se adequar porque estariam erradas.

Com isso retiraríamos o filtro do juiz de 1ª instância, que estando mais próximo dos fatos seria obrigado a aceitar sempre as decisões superiores.

Some-se a isso o fato de que os conceitos jurídicos indeterminados assim o são exatamente em função da sua plurisignificação.

Tendo abrangência de sentidos, automaticamente se terá elasticidade de interpretação.

Portanto, nem sempre o intérprete ao analisar um conceito jurídico indeterminado alcançará aquele ponto que foi alcançado por outro.

²⁵ GRAU, *Op.cit.*, p. 30.

Por isso, cremos, que na análise do conceito indeterminado caberá mais de uma resposta e em qualquer delas teremos dose do justo, que ao nosso ver assim será considerado conforme a aceitabilidade da decisão.

4 A DECISÃO JUDICIAL. ACEITABILIDADE OU CERTEZA JURÍDICA APLICAÇÃO DO PODER DISCRICIONÁRIO OU INTERPRETATIVO DO JUIZ

O juiz ao deparar-se com o conflito da indeterminação de termos contidos nos princípios ou nos conceitos deverá buscar decidir de forma a alcançar a o ponto de equilíbrio e de justiça.

Nessa análise estará o magistrado despido do seu sentimento subjetivo? Se ao conflito jurídico somente cabe uma resposta certa, fatalmente essa decisão estará despida de juízo subjetivo, pois outra ela não poderá ser.

Entendemos, no entanto, que essa apreciação do conflito e posterior decisão não poderá estar despida da valoração pessoal do juiz, já que essa valoração é inerente ao ser humano. O magistrado está envolto por valores que os acompanha a vida toda.

Um juiz que milita em um determinado grupo católico, participando de reuniões de casais, dirigindo cultos religiosos e eminente defensor dos sagrados sacramentos, terá séria dificuldade em conduzir uma ação de divórcio ou de separação judicial de forma equilibrada e distante dos valores dos próprios atores do litígio, posto que os seus valores são em prol do casamento.

LARENZ,²⁶ citando ZIPPELIUS, reconhece que a resolução dos conflitos pelos juízes deve ser feita de acordo com o chamado *ethos jurídico*, nele estariam contidos os valores que determinado grupo social considera basilares e norteadores das condutas humanas. Tal *ethos* estaria agrupado nas Constituições sob o signo dos Direitos e Garantias Fundamentais, entre outros, e que tais valores indicariam o sentido valorativo que o magistrado deveria adotar.

Claro, que o conceito de *ethos* encerra um elemento empírico e um elemento normativo, e, nesse sentido dá abertura a interpretação valorativa do juiz.

Ao conter um elemento empírico, estar-se-á permitindo ou admitindo-

²⁶ *Op.cit.*, p. 149.

se que o juiz está adstrito ao seu conhecimento da realidade.

É verdade, o magistrado não julga o que não conhece, o que nunca ouviu falar, julga com base em seu próprio conhecimento da realidade, conforme a argumentação que lhe é posta, mas a esta não está adstrito.

Com efeito, a resposta do conflito será a que lhe parecer certa.

E será certa até o momento em que a decisão seja reformada e mesmo se mantida nas últimas instâncias recursais, ainda assim a resposta poderá não ser certa, mais aceitável, a partir do momento que poderemos ter um caso idêntico resolvido de outra forma.

Por isso, que dizemos que o discurso de DWORKIN de que para cada conflito há sempre uma resposta certa é apologia de súmula vinculante.

Porém, se considerarmos que jamais haverá casos idênticos que possam ser resolvidos de forma diferente então a proposição “dworkiana” é verdadeira, ou seja, teremos sempre a mesma resposta para casos idênticos, e, assim a súmula vinculante estaria justificada.

Como cremos ser isso impossível, que sempre os casos idênticos serão resolvidos da mesma forma, em função do *ethos jurídico* disponível ao juiz, da argumentação das partes e da própria evolução social, a resposta das decisões judiciais devem ser aceitáveis e não certas.

Pois, a cada interpretação que for dada a um determinado conflito em que estiver em jogo um conceito ou princípio jurídico indeterminado, teremos uma solução adequada, válida e aceitável, mas que poderá não ser certa.

Isso porque, não há discricionariedade do juiz, o que há é a interpretação, a subsunção da norma a qual vem revestida de princípios ou de conceitos.

Ao deparar-se com um conflito entre princípios, por exemplo, a interpretação deverá ser conduzida por meio da comparação do peso do princípio, qual deles atinge com maior otimização a norma protegida, e, o resultado disso pode não ser uma resposta certa, mas uma resposta aceitável, porque resolveu de forma satisfatória o problema, extirpou o conflito social, somente sob este ponto de vista ela é certa.

Conquanto, em nossa leitura, entendemos válida a lição de DWORKIN, no sentido de que o que é certo é a argumentação que envolve a decisão, porque esta deve ser lógica não pode estar alheia aos fatos e detalhes que são intrínsecos ao caso.

No exemplo dado por DWORKIN do chamado contrato incoativo temos o juiz a decidir de forma interpretativa e não discricionária, pois diante de uma regra de validar o contrato e outra de invalida-lo, resolve não fazer nem uma coisa nem outra declarando-o incoativo, ou seja, aceita o contrato, mas lhe retira os efeitos.²⁷

Necessariamente, não há necessidade de se ter diante de proposições adversas uma terceira que possa resolver o problema.

A resolução do problema dependerá da interpretação do juiz e essa será aceitável, pois poderá não ser a mesma dada por outro magistrado nos mesmos limites concretos de apreciação.

Porém uma ressalva deve ser feita, já que DWORKIN, afirma que para todos os casos há uma resposta certa, mas sim que não existem casos sem resposta, o sistema jurídico fornece os elementos necessários para a obtenção das respostas.

Dizer que não há casos sem respostas não é mesma coisa que dizer que todos os casos têm uma resposta certa.

É que para cada conflito sempre haverá uma argumentação vencedora, no halo dos conceitos sempre se terá uma interpretação que resolverá o problema, mas essa resolução não representa dizer que seja a certa, mas a adequada e a que deve ser aceita pelas partes.

O princípio da segurança jurídica, por exemplo, nos indica isso.

O princípio da segurança jurídica, que tem como norma a garantia de um direito, se efetiva por meio de outro conceito que é a coisa julgada.

Poderíamos dizer que quando há coisa julgada o judiciário pronunciou a resposta certa de forma definitiva.

No entanto, sabemos também que a coisa julgada pode representar uma decisão incorreta. No Brasil temos um grande exemplo disso no caso dos

²⁷ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 182.

planos econômicos, onde diversos casos foram favoráveis ao pagamento de diferenças em função da declaração de inconstitucionalidade de determinado plano econômico e muitas empresas pagaram valores altíssimos de indenizações referentes a esses planos.

Posteriormente o Supremo Tribunal Federal veio a julgar inconstitucional determinados planos que já haviam sido reconhecidos e cujas decisões já tinham transitado em julgado definitivamente.

Tivemos então nesses casos uma resposta aceitável materialmente e certa processualmente.

Certa, posto que a coisa julgada transformou em imutável uma decisão que continha uma resposta depois reconhecida como errada, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

Aceitável, já que dentro do processo a mesma obrigou as partes litigantes, muito embora fosse juridicamente errada.

A questão, portanto, foi resolvida não por ter-se achado uma resposta certa, mas porque se decidiu por uma resposta que foi aceita pelas partes.

5 CONCLUSÃO

Dessa forma concluímos que o sistema jurídico forma-se por termos jurídicos com significados distintos que são entrelaçados entre si cumprindo cada um o seu papel e finalidade específicas.

Tais termos facilitaram o entendimento que:

1) Os termos jurídicos contém elementos indeterminados, os quais devem ser interpretados pelo aplicador da norma de forma sistemática, aproveitando-se o *ethos jurídico* que lhe estiver disponível;

2) O Magistrado não exerce poder discricionário, mas sim interpretação no campo dos *halos* dos conceitos e dos princípios;

3) Os princípios jurídicos quando em conflito devem ser sopesados de forma a se obter a sua otimização para a melhor aplicação da norma;

4) Os conflitos jurídicos não admitem somente resposta certa, mas sim a aceitabilidade das respostas, tendo em vista que a interpretação é atividade única e inseparável de cada intérprete.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UNB, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Coimbra: Fundação Calouste Gulbekian, 2001.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 1994.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação*: aplicação do Direito. São Paulo: Malheiros, 2002.

EFICÁCIA DA SENTENÇA NAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER DO ARTIGO 461 DO CPC

Tatiana Donza Cancela de Carvalho*

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O dogma da intangibilidade da vontade humana¹, caro ao pensamento jurídico romano-germânico e perpetuado durante o Estado liberal, tornava tímido o avanço do Direito Processual na seara das obrigações de fazer e de não fazer.

Como a revolução tecnológica propiciou uma variedade de prestações de serviço, igualando a proporção quantitativa entre as obrigações de dar e as obrigações de fazer e não fazer, foram necessárias alterações no ordenamento jurídico processual. Tratava-se de limitar o dogma da intangibilidade da vontade do devedor, de sorte que, a par de respeitar a liberdade humana, dever-se-ia razoavelmente preservar os interesses do credor, cuja legitimidade deve ser reconhecida em face da recalcitrância injustificada ou ilegítima do devedor.

Com efeito, a tutela das obrigações de fazer e não fazer, nos moldes disciplinados notadamente pelo artigo 287² do CPC, sobretudo na redação anterior à edição da Lei nº 10.444/2002, não era suficiente para garantir a efetividade do provimento, dada a prevalência da eficácia condenatória da sentença final. Dessa sorte, tornou-se imperativo o aperfeiçoamento da tutela relativa à obrigação de fazer e não fazer; não sendo mais suficiente a mera

* Procuradora do Estado do Pará, especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Pará.

¹ Evidencia Humberto Theodoro Júnior: "Na plenitude do liberalismo, então, não havia lugar, em princípio, para a execução específica das prestações de fazer e não fazer. Por ser intocável o devedor em sua liberdade pessoal, uma vez recalcitrasse em não cumprir esse tipo de obrigação, outro caminho não restava ao credor senão conformar-se com as perdas e danos. Teria de apelar para a execução substitutiva ou indireta" (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2904>>. Acesso em: 15 jun. 2002).

² Com a nova redação do artigo 287, implementada pela Lei nº 10.444/2002, o dispositivo foi alterado nos seguintes termos: "Se o autor pedir que seja IMPOSTA ao réu a abstenção de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou ENTREGAR COISA, poderá requerer cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da DECISÃO ANTECIPATORIA DE TUTELA" (arts. 461, § 4º, e 461-A).

conversão em perdas e danos. Reclamava-se, pois, a efetividade do processo com a tutela específica³ da obrigação.

Nesse sentido, a doutrina foi paulatinamente engendrando formas de tornar mais efetiva a tutela das obrigações de fazer e não fazer. Para tanto, utilizou a distinção entre o resultado das obrigações de fazer e a atividade que constitui o próprio fazer, assentando que, embora não se pudesse coagir o devedor à atividade pactuada, poder-se-ia indiretamente conseguir resultado semelhante àquele que adviria dessa atividade.

Nessa perspectiva, a Lei nº 8.952/94⁴ alterou a regulamentação do artigo 461⁵ e⁶ do CPC, a fim de garantir ao provimento, tanto o final quanto o antecipado, eficácia mandamental ou exe-

³ Dinamarco assevera que "o que torna específica a execução para a entrega e das obrigações de fazer e não fazer é a especificidade do objeto do direito de satisfazer. Os meios executivos tendem a oferecer ao credor precisamente o bem (coisa, serviço) que por ato do devedor deveria ter-lhe sido proporcionado" (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 3. ed. Malheiros: São Paulo, 1993. p. 316).

⁴ Marcelo Guerra assevera que a produção normativa nesse sentido tem se intensificado, exemplificando com a edição da Lei da Ação Civil Pública, CDC, Estatuto da criança e do adolescente e a Lei Antitruste (GUERRA, Marcelo Lima. *Inovações na Execução Direta das Obrigações de Fazer e não Fazer*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo de Execução e Assuntos Afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 296).

⁵ "A norma do artigo comentado abandonou o princípio do respeito à individualidade do devedor da obrigação, que não podia ser compelido ao seu cumprimento, e deu prioridade à execução específica, que deve ser buscada por todos os meios que a tornem viável" (PASSOS, J. J. Calmon de. *Inovações no Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 52).

⁶ Cumpre, neste interregno, ressaltar que a presente abordagem das eficácias da sentença do artigo 461 restringe-se à prestação relativa à obrigação de fazer e não fazer, não se estendendo à alteração trazida pela Lei nº 10.444/2002, referente à prestação para a entrega de coisa, introduzida pelo art. 461-A, *in verbis*:

Art. 461-A. "Na ação que tenha por objeto a ENTREGA DE COISA, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

§ 1º Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.

§ 2º Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel.

§ 3º Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461".

cutiva *lato sensu*, restringindo, por conseguinte, as hipóteses de conversão da tutela das obrigações de fazer e não fazer em indenização por perdas e danos.

As eficácias mandamental e executiva *lato sensu*, a par da controvérsia doutrinária acerca da autonomia em relação à classificação tradicional tripartite, apresentam-se como instrumentos fundamentais para a efetividade do processo, nos termos consagrados pelo artigo 5º, XXXV, da CF/88.

1 EFICÁCIA DA SENTENÇA NA TUTELA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER

A eficácia da sentença é caracterizada como o seu próprio conteúdo; o conceito não se vincula, portanto, à validade do ato jurídico. Ovídio Baptista, pautado nas lições de Pontes de Miranda, aduz que "a eficácia é a qualidade própria de uma determinada sentença que a faz produzir os efeitos que lhe são peculiares [...] é uma energia da sentença. Ter eficácia declaratória ou constitutiva significa produzir efeitos declaratórios ou constitutivos"⁷.

A doutrina adota predominantemente a divisão trinária da eficácia da sentença, classificando o provimento jurisdicional de conhecimento em declaratório, constitutivo e condenatório.

O provimento declaratório destina-se essencialmente à declaração do direito, servindo como disciplinador das relações jurídicas das partes, não se configurando, portanto, como título passível de ensejar execução posterior, dado o caráter meramente declaratório.

A par da declaração de um direito, a sentença constitutiva visa *criar, modificar ou extinguir uma relação jurídica preexistente*⁸, não se prestando tampouco a servir como título executivo.

Quanto à sentença condenatória, Humberto Theodoro Júnior define-a como aquela que "atribui ao vencedor um título executivo, possibilitando-lhe recorrer ao processo de execução, caso o vencido não cumpra a prestação a que foi condenado"⁹.

Convém ressaltar que a classificação trinária da eficácia da sentença, conforme Marinoni, "não teve qualquer preocupação em evidenciar as relações do processo com o direito material,

⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de Processo Civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v.1, p. 502.

⁸ ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. 2, p. 637.

⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1, p. 520.

até porque isso não estava nos planos da doutrina clássica, que se empenhava em demonstrar a autonomia do processo frente ao direito material”¹⁰.

Numa nova perspectiva do direito processual, na qual é sobrelevado o direito não só de acesso à jurisdição, mas sim de adequada e tempestiva tutela jurisdicional, o processo exsurge como instrumento capaz de garantir aos jurisdicionados o resultado prático previsto no direito material, tornando cada vez mais diminuta a distância entre o direito material e o direito processual.

Sob esse aspecto, a classificação quinária da eficácia da sentença traduz, de forma mais consentânea com os novos princípios informadores do direito processual, a tendência de assegurar a tutela específica do direito, garantindo, portanto, a prestação jurisdicional adequada, nos moldes consagrados na Carta magna.

Acrescentam-se, por conseguinte, aos provimentos tradicionais¹¹, na condição de categoria autônoma, as eficácias mandamental e executiva *lato sensu*, que encontram na doutrina pátria diversos defensores, notadamente Pontes de Miranda e Ovídio Baptista¹².

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória (Individual e Coletiva)*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 382.

¹¹ “Ao lado da tripartição tradicional, alguns colocam a ação mandamental, tendente a obter um mandado dirigido a outro órgão do Estado, por meio de sentença judicial. Seria o caso da sentença que concede mandado de segurança, ou da proferida contra oficial do registro público, para retificação do nome etc. Não se trata, porém, de categoria processual congruente com as anteriores, pois não se funda na natureza peculiar da prestação jurisdicional invocada, mas numa especial qualidade do destinatário da sentença (funcionário ou agente). [...] Fala-se também na ação executiva *lato sensu*, para designar a ação que tende a uma sentença de conhecimento bastante análoga à condenatória, mas provida de uma especial eficácia consistente em legitimar a execução sem necessidade de novo processo, p. ex. ações possessórias [...] A inclusão da ação mandamental e da executiva *lato sensu* leva à classificação quintupla das ações, em oposição à clássica tripartição” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 256-257).

¹² Ovídio Baptista, ao contrário de pontes de Miranda, inclui a eficácia mandamental e executiva *lato sensu* no processo de execução e não no de conhecimento, fundamentando-se em razões de ordem teórica e histórica. Quanto ao primeiro argumento, assevera que há “necessidade de expurgá-lo (leia-se: do processo de conhecimento) de toda e qualquer atividade executória”, enquanto sob o aspecto histórico evidencia que há “uma iniludível tendência no sentido de preservar a pureza do processo de

2 EFICÁCIA MANDAMENTAL

Cumpre, preliminarmente, ressaltar que não há unanimidade doutrinária quanto à autonomia da sentença mandamental, no sentido de ser considerada eficácia diversa daquelas tradicionalmente aceitas. Defendem a autonomia autores como Alexandre Freitas Câmara¹³, Marcelo Abelha¹⁴ e Frederico Marques¹⁵. Em sentido contrário, posicionam-se sobretudo Eduardo Talamini¹⁶, Ovídio Baptista¹⁷ e Luiz Fux¹⁸.

Ultrapassada a celeuma doutrinária quanto à autonomia ou não das sentenças mandamentais, tem-se que, considerando a autonomia da sentença mandamental, a afronta ao mandamento jurisdicional configura desobediência à autoridade estatal, ensejando, portanto, as cominações legais decorrentes.

Não especificamente quanto a obrigações de fazer e não fazer, mas sobretudo com implicações nesse campo, discute-se a possibilidade de prisão do executado que deixa de cumprir a ordem judicial. À aparente inconstitucionalidade do que seria um caso típico de prisão em função de dívida, contrapõem-se os defensores da medida, sob o argumento de que esta não visaria a sancionar a dívida em si, mas sim o desrespeitoso descumprimento da determinação judicial.

Eduardo Talamini assevera que a prisão em epígrafe não se caracteriza com natureza civil, face ao artigo 5º, LXVII, da CF/88, tendo natureza penal, decorrente da tipificação no artigo 330 do Código Penal.

conhecimento, impedindo que novas manifestações jurisdicionais nele se incluam, ao mesmo tempo em que – dando cumprimento efetivo ao enunciado teórico segundo o qual o processo de execução haverá de ser o veículo de unificação dos meios executórios – transfere-se para este não apenas a execução das sentenças *lato sensu* executivas, [...] mas até mesmo de sentenças com visível eficácia mandamental” (SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 2, p. 22-23).

¹³ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. v. 1, p. 386.

¹⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 2, p. 263.

¹⁵ MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Millennium, 1999. p. 44.

¹⁶ TALAMINI, Eduardo. *Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e de não Fazer*: CPC, art. 461; CDC, art. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 204-205.

¹⁷ SILVA, 2000, p. 336.

¹⁸ FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela de Evidência*: fundamentos da tutela antecipada. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 13.

Ovídio Baptista espousa igual entendimento:

É verdade que a Constituição se refere à prisão por dívidas, mas ao mencionar as exceções que abre ao princípio, alude a um caso de dívida monetária [...], e a outro, que absolutamente não se confunde com essa espécie de obrigação, que é a prisão do depositário infiel. Se a prisão por dívidas que não fossem monetárias estivessem sempre autorizadas, não faria sentido a exceção constante do texto constitucional¹⁹.

Luiz Guilherme Marinoni²⁰ assevera que esse instituto, tal como a *astreinte*, assume contorno de medida coercitiva e é empregado nos países de tradição anglo-saxônica, bem como na Alemanha. A doutrina cada vez mais incisivamente defende a adoção desse mecanismo, pelo qual o juiz, ao final do processo de conhecimento, profere o *injunction*, provimento que, ao invés de simplesmente condenar, possui verdadeiro caráter mandamental, consistindo em ordem para que o devedor cumpra a prestação devida.

Outro instrumento conferido ao juiz para assegurar o cumprimento da prestação é a multa²¹, que se caracteriza como meio de coerção, cuja finalidade se circunscreve ao cumprimento específico do provimento jurisdicional. Trata-se de instrumento para a efetivação do provimento jurisdicional, de sorte a assegurar o exato cumprimento da ordem emitida. Sobreleva-se, portanto, a configuração da multa como um meio de execução indireta ou *medida indutiva negativa*²².

¹⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista. *Do Processo Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 535.

²⁰ MARINONI, 2000.

²¹ "A multa é medida de coerção indireta imposta com o objetivo de convencer o demandado a cumprir espontaneamente a obrigação. Não tem finalidade compensatória, de sorte que, ao descumprimento da obrigação, é ela devida independentemente da existência, ou não, de algum dano. E o valor desta não é compensado com o valor da multa, que é devido pelo só fato do descumprimento da medida coercitiva. Nesse sentido deve ser interpretado o § 2º do art. 461" (WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 47).

²² Expressão utilizada por Eduardo Talamini, que assevera que os mecanismos de indução "prestam-se a influenciar psicologicamente o sancionado, para que ele mesmo adote a conduta pretendida pela ordem jurídica. [...] há medidas indutivas positivas e negativas. Essas são tradicionalmente denominadas meios coercitivos, aquelas são operatividade a sanções positivas (ex.: incentivos fiscais, isenção de custas e honorários em caso de cumprimento espontâneo de determinadas decisões judiciais" (TALAMINI, 2001, p. 169).

Impende ressaltar que a previsão da multa no ordenamento jurídico não é exclusividade do provimento mandamental, podendo também ser parte integrante da sentença condenatória. Sob esse aspecto, consoante as lições de Eduardo Talamini, na sentença condenatória, a multa apresenta-se mais como *técnica de indução do comportamento do destinatário da cominação*, enquanto na sentença mandamental destina-se precipuamente a *funcionar como elemento de realce da autoridade estatal do provimento*²³.

Verifica-se, pois, que a multa²⁴ constante no artigo 461, § 4º, do CPC caracteriza-se como *elemento de realce da autoridade estatal*, sendo instrumento para a observância da ordem judicial.

Quanto à quantificação da multa, não apresenta a lei parâmetros obrigatórios para a fixação da multa; nesse sentido caberá ao juiz, conforme os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, arbitrar a multa que seja, segundo o mandamento legal, *suficiente ou compatível* com a obrigação.

Impõe-se que a multa tenha por finalidade o cumprimento da obrigação, não se revelando, portanto, um propósito de penalizar o inadimplente, sendo necessário, por conseguinte, que a medida sancionatória seja de fato útil e adequada ao fim proposto.

Cumprido neste íterim destacar outrossim a questão referente à possibilidade do juiz aplicar a multa independentemente do pedido do autor; trata-se de exceção ao chamado princípio da congruência entre o pedido e o dispositivo, previsto sobretudo nos artigos 128 e 460 do CPC. Com efeito, caberá ao prudente arbítrio do juiz²⁵, ponderar no caso concreto a necessidade de aplicação da multa, ainda que nada tenha sido suscitado pela parte em seu pedido. Trata-se de exceção justificável, eis que o processo, entendido como instrumento para a efetivação do direito material, deve resguardar o bem da vida lesionado, de sorte que, verificando o juiz a probabilidade de dano, decerto *deverá*, e não simplesmente *poderá*, impor a medida que entender suficiente e necessária para a resolução satisfatória da situação.

²³ *Ibid.*, p. 235.

²⁴ "A multa pode ser aplicada em tutela antecipatória; contudo, imposta a multa e não sendo cumprida a obrigação, esta só poderá vir a ser cobrada em execução por quantia certa" (ALVIM, 1997, p. 109).

²⁵ Reforçando a atuação do juiz para a efetivação da tutela específica, a Lei nº 10.444/2002 acrescentou ao artigo 461 o § 6º, segundo o qual "O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva".

A conduta do juiz deverá necessariamente estar pautada nos princípios²⁶ da razoabilidade, da proporcionalidade, da necessidade e da suficiência, não podendo, sob nenhuma hipótese, implicar arbitrariedade, sob pena de ferir os princípios vetores do Estado democrático.

Insta, pois, que haja observância do meio mais idôneo e que represente menor restrição ao direito da parte contrária; por conseguinte, ao juiz são atribuídos poderes para a obtenção do resultado mais próximo possível daquele existente, caso não tivesse ocorrido o descumprimento da obrigação, sob a égide do direito material.

3 EFICÁCIA EXECUTIVA *LATO SENSU*

O artigo 461, além de atribuir poderes ao juiz para conceder provimento mandamental, confere-lhe poderes para garantir o resultado prático equivalente²⁷, cuja efetivação se dá por meio de tutela com eficácia eminentemente executiva *lato sensu*.

A eficácia executiva *lato sensu*²⁸ materializa-se por meio de mecanismos de sujeitação ou sub-rogação, nos quais é

²⁶ A observância dos princípios pelo juiz é imprescindível para a esmerada aplicação do direito. Interessante aqui fazer referência à lição de Canotilho, que elucida a famosa distinção entre regras e princípios: "a) grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida; b) grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta; c) proximidade da idéia de direito: os princípios são standards juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (Dworkin) ou na idéia de direito (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional; e d) natureza normogenética: os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante" (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 172 et seq.).

²⁷ Kazuo Watanabe aduz que "Há outros exemplos de ação executiva *lato sensu* em nosso ordenamento processual, dos quais a mais representativa, ao lado da ação de despejo, é a ação possessória" (WATANABE, Kazuo. *Revista do Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 19, p.80, jul./set. 1996).

²⁸ Luiz Marinoni classifica a eficácia executiva *lato sensu* como tutela de remoção de ilícito, a esse sentido seria voltada a cessação da causa do dano, ou seja, o ilícito, e não ao dano propriamente, diferenciando-se assim da tutela ressarcitória (MARINONI, 2000, p. 117).

prescindível a concorrência da vontade do réu para a obtenção do resultado prático equivalente. É mister, portanto, que se trate de obrigação de fazer ou não fazer fungível²⁹, sendo juridicamente impossível a sub-rogação em se tratando de obrigações infungíveis.

Cândido Rangel Dinamarco, com a proficiência costumeira, assevera:

hoje considera-se integrada em nossa cultura a idéia de que em nada interfere na dignidade da pessoa, ou na sua liberdade de querer ou não querer, qualquer mecanismo que permita a realização de atividades por outrem e produção, mediante elas, da "situação jurídica final" a que o cumprimento da obrigação de fazer ou de não-fazer deveria ter conduzido³⁰.

São, portanto, exemplos³¹ de meios sub-rogatórios capazes de garantir o resultado prático equivalente o lacre de equipamento poluente ordenado, quando o réu se mantém inerte face ao provimento que determina a instalação de filtros, bem como o desfazimento por terceiro de obra que não tinha licença para ser realizada, entre outros exemplos que poderão concretizar-se de acordo com o caso concreto e o prudente e razoável arbítrio do juiz.

O artigo 461, § 5³², do CPC enumera *apertus* de medidas³³ das quais o juiz poderá valer-se para concretizar tanto a sentença mandamental quanto a executiva *lato sensu*; trata-se destarte de medidas passíveis de serem utilizadas no próprio processo de conhecimento, sem necessidade de instauração de um processo posterior de execução.

²⁹ Talamini ensina que a infungibilidade pode ocorrer em dois casos: a) quando o cumprimento por terceiro jamais representar resultado identificável ao que se teria com a conduta do próprio réu; b) quando houver sido estabelecido, em negócio jurídico que instituiu a obrigação, que o cumprimento só pode ser realizado pelo devedor (TALAMINI, 2001, p. 284-285).

³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 152.

³¹ Exemplos em TALAMINI, 2001, p. 286.

³² A Lei nº 10.444/2002 conferiu nova redação ao § 5º do artigo 461, *in verbis*: "Art. 461. § 5º. Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial" [grifos nossos].

³³ Cândido Dinamarco (1996) entende que se trata de medidas de apoio do juiz.

Busca-se criar mecanismos para garantir a tutela efetiva, em se tratando de provimento antecipatório ou final.

A adoção de medida cabível³⁴ no caso concreto ficará sob a competência do juiz que, utilizando-se de critérios fundamentados na proporcionalidade, determinará a providência mais adequada para o deslinde satisfatório da causa. Nesse sentido, não há ordem prévia e abstrata de preferência entre os meios que serão utilizados pelo juiz para o deslinde da controvérsia.

Revela-se que no exercício dos chamados poderes genéricos, previstos, sobretudo, no § 5º, do artigo 461, o juiz, em razão da inexistência de escala hierárquica preestabelecida acerca dos bens e valores da vida, deverá no caso concreto avaliar qual medida é mais condizente com a imprescindibilidade da situação, sobrelevando assim os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da finalidade da tutela jurisdicional.

Sob o influxo de tal concepção, nada impede que o juiz conjugue dois mecanismos diversos, ou ainda que, tendo sido adotado apenas um dos caminhos, outro posteriormente seja empregado, caso o resultado específico não tenha sido alcançado. A variação das medidas adotadas poderá ficar adstrita às medidas sub-rogatórias, como também poderá haver a utilização dos mecanismos coercitivos, de forma alternada, simultânea ou sucessiva.

Sobre a aplicação das chamadas medidas sub-rogatórias, Thereza Alvim afirma:

todas as medidas de apoio previstas no § 5º, do artigo examinado, podem e devem ser tomadas no processo de conhecimento, visando forçar o cumprimento da tutela específica pelo réu. Exemplificativamente, se é movida ação para que uma fábrica não polua o ambiente, pode o magistrado mandar cessar essas atividades, até mesmo usando da força policial. Se for necessário o desfazimento de uma obra, o juiz pode, no processo de conhecimento, mandar demoli-la³⁵.

Marcelo Lima Guerra³⁶ entende que o preceito do § 5º do artigo 461 configura-se como *norma de encerramento* do sistema de tutela

³⁴ Cândido Dinamarco assevera que as medidas sub-rogatórias, tendentes a assegurar o resultado prático equivalente ao adimplemento, não podem ser aplicadas apenas ao provimento final. Se hoje o CPC permite antecipar qualquer efeito do tutela definitiva, claro é que, em liminar de ação de prestação de fazer e não fazer, ditas medidas tanto podem ser utilizadas na execução da sentença final como em liminares de antecipação de tutela (ALVIM, Thereza. A tutela específica do art. 461 do CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 80, p. 108, out./dez. 1995).

³⁵ ALVIM, Thereza, 1995, p. 109.

³⁶ GUERRA, 1998, p. 313-316.

executiva, análogo ao artigo 798 do CPC em relação à tutela cautelar. Nesse sentido dispõe que, antes da reforma do artigo 461, o direito brasileiro era regido pelo sistema típico, oriundo do direito germânico, no qual as providências para a concretização da tutela jurisdicional são exaustivamente previstas, ao contrário da nova regulamentação da matéria, que se filia ao sistema misto, no qual é ampliada a liberdade do juiz.

Entre as providências passíveis de serem adotadas pelo juiz, o autor exemplifica algumas medidas atípicas consagradas pelo direito norte-americano, como a utilização de um terceiro³⁷ que funciona como órgão auxiliar da justiça – são os chamados *receivers, masters, administrators, committees*, entre outros.

Com efeito, a eficácia executiva *lato sensu* realizar-se-á independente da concorrência da vontade do réu, por meio da intervenção de um terceiro; convém ressaltar, porém, que o procedimento de escolha e de remuneração desse terceiro é diverso daquele constante nos artigos 634 e seguintes do CPC. Assim, a licitação para a escolha do terceiro poderá ser realizada mediante procedimento simplificado, e a sua remuneração poderá ser efetivada sem a necessidade de ajuizar uma execução por quantia certa contra o devedor, nos moldes do capítulo IV do título II do CPC.

Eduardo Talamini ensina a respeito:

se possível adotar-se-ão medidas para desde logo se conseguir junto ao patrimônio do réu o dinheiro que custeará o desenvolvimento dos meios sub-rogatórios amparados em decisão antecipatória ou provimento final [...] Dessa forma - e consideradas as circunstâncias concretas -, são eventualmente possíveis providências como o bloqueio de valores depositados em bancos em nome do demandado, a apreensão de receitas por ele geradas³⁸.

O juiz, na avaliação do caso concreto, deverá sopesar os interesses e prejuízos das partes, não podendo impor ao réu um excessivo encargo, caso em que irremediavelmente recorrer-se-á ao procedimento da execução por quantia certa.

Dessa sorte, sempre que a conduta puder ser realizada pelo próprio réu, o autor deverá concordar com a execução, ainda que inicialmente o réu tenha apresentado recalcitrância para o

³⁷ A lei antitruste, nº 8.884/94, disciplina, nos artigos 69 e seguintes, a intervenção judicial mediante a nomeação de terceiro.

³⁸ TALAMINI, 2001, p. 291-292.

cumprimento, eis que falece ao autor interesse processual para a recusa, tendo em vista o escopo da efetividade da tutela jurisdicional que se pretende alcançar.

Cumpra ainda ressaltar que o provimento executivo *lato sensu* não se confunde com a eficácia condenatória, sendo registradas inúmeras diferenças, entre as quais pode-se evidenciar o fato de esta dar ensejo a uma nova relação processual, enquanto aquela é efetivada num único processo. Quanto a esse aspecto, convém ressaltar o entendimento de Eduardo Talamini³⁹, que afirma que, para a caracterização da eficácia executiva *lato sensu*, não é suficiente a mera junção, numa mesma relação processual, da fase de conhecimento e da fase executiva.

Nesse sentido, o citado autor cita como diferença entre a eficácia executiva *lato sensu* e a condenatória, afora a questão procedimental, os poderes dos sujeitos processuais existente nos diferentes provimentos.

Na eficácia condenatória, o processo de execução subsequente está adstrito a procedimento rígido, fixado conforme os termos do Livro II do CPC; ao revés, a atuação executiva *lato sensu* está pautada pela regulamentação *numerus apertus*, evidentemente fundada nos princípios gerais da tutela jurisdicional adequada e efetiva.

Evidencia-se, outrossim, que, na *execução ex intervallo do provimento condenatório*⁴⁰, há o executado tem a faculdade de opor embargos à execução, ao contrário da executiva *lato sensu* em que tal possibilidade inexistente.

É escorreito, pois, asseverar que a tese que consagra a autonomia das sentenças executivas *lato sensu*, considerando-a como categoria diversa da condenatória, retrata a tendência da relatividade da dicotomia⁴¹ entre o processo de conhecimento e o de execução, eis que atos de execução podem ser detectados na fase de conhecimento, sem que para tanto seja mister a instauração de uma nova base procedimental.

³⁹ *Ibid.*, p. 195.

⁴⁰ Expressão utilizada por Eduardo Talamini (*Ibid.*, p. 195).

⁴¹ Essa relatividade da dicotomia é tratada por Kazuo Watanabe (1996).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A reforma da tutela das obrigações de fazer e não fazer decorre notadamente da tendência processual hodierna, que objetiva imprimir maior efetividade ao processo.

Destarte, a tutela específica impõe-se como forma de assegurar ao jurisdicionado o bem jurídico, tal como se não tivesse sido violado, o que, traduzido nas lições de Chiovenda⁴², significa dar a quem tem direito, na medida do possível, tudo aquilo e precisamente aquilo a que ele tem direito. Como forma de instrumentalizar essa tutela específica, sobreleva-se a importância das eficácias mandamental e executiva *lato sensu* do provimento jurisdicional.

A despeito da ausência de unanimidade doutrinária, sedimenta-se paulatinamente o entendimento de que a sentença meramente condenatória não é suficiente para proporcionar a prestação jurisdicional adequada, sobretudo em se tratando do cumprimento de obrigações de fazer e não fazer.

Verifica-se, pois, o aperfeiçoamento das técnicas e dos instrumentos do processo, a fim de garantir a efetividade e a adequação da prestação jurisdicional. Nesse sentido é mister atenuar a concepção tradicional, até então dominante, de rígida dicotomia entre o processo de conhecimento e o de execução, expandindo-se o sincretismo processual e, por conseguinte, a classificação quinária de eficácia da sentença, ínsita, sobretudo, na regulamentação das obrigações de fazer e não fazer, prevista no artigo 461 do CPC.

⁴² CÂMARA, 2001, p. 80.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. 1.

ALVIM, Thereza. A tutela específica do art. 461 do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 80, p. 108, out./dez. 1995.

ARENHAR, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 2. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil).

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. v. 1.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 3. ed. Malheiros: São Paulo, 1993.

_____. *Fundamentos do Processo Civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela de Evidência: fundamentos da tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GUERRA, Marcelo Lima. Inovações na Execução Direta das Obrigações de Fazer e não Fazer. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo de Execução e Assuntos Afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Millennium, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória (Individual e Coletiva)*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1998. t. 2.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em vigor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PASSOS, J. J. Calmon de. *Inovações no Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 2.

SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de Processo Civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 1.

_____. *Curso de Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 2.

_____. *Do Processo Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e de não Fazer*: CPC, art. 461; CDC, art. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1.

_____. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2904>>. Acesso em: 15 jun. 2002.

WATANABE, Kazuo. O CPC e as suas recentes alterações: Tutela Antecipada e Específica e Obrigação de Fazer e não Fazer. *Revista Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, v. 1.

_____. *Revista do Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 19, jul./set. 1996.

_____. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Tutela Específica das Obrigações de Fazer e não Fazer na Reforma Processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

A IMPRESCRITIBILIDADE DAS AÇÕES DE RESSARCIMENTO. EXEGESE DO ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL/88

*Elody Nassar de Alencar**

Não é possível uma ausência de limites para que alguém acione o outro por supostos danos materiais ao erário. Inexistindo prazo prescricional a determinada sanção administrativa, imperioso o recurso à analogia, suprindo-se eventual omissão do legislador, que está obrigado, constitucionalmente, a regular essa matéria.

Fábio Medina Osório

A pesquisa sobre os efeitos estabilizantes do decurso temporal, tema informado por normas jurídicas de indiscutível conteúdo ético, é um caminho tormentoso a ser trilhado pelo operador do Direito, soando como um paradoxo no mínimo angustiante extrair-se do disposto no § 5º do art. 37 da Constituição Federal que as ações de ressarcimento são imprescritíveis.

É notório princípio de exegese não presumir que disposições normativas novas infirmam as precedentes, sobretudo quando implicam rompimento com larga tradição legislativa anterior, a menos que isso resulte clara e indubitavelmente dos termos do regramento superveniente.

Partiremos da afirmação de que, se a regra é de prescribibilidade das ações condenatórias, não se pode afirmar derogada essa regra em face do disposto no § 5º do art. 37 da Constituição da República.

A prescrição é um instituto normal e sempre presente no Direito Administrativo Sancionador, mesmo que sua normatização ocorra, mais precisamente, na legislação infraconstitucional.

A imprescribibilidade, ainda que regra excepcional, está presente na Constituição Federal, mais precisamente nos incisos XLII e XLIV do art. 5º, que dispõem, respectivamente, sobre a prática do racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático. Está, ainda, presente na Magna Carta, em relação aos interesses da Fazenda Pública (art. 37, § 5º), matéria essa pouco analisada pela doutrina que, nos manuais jurídicos pertinentes, quase nada comentam a respeito da regra excepcional.

Por força do art. 37, § 5º, da Constituição Federal, são *imprescritíveis* as ações de ressarcimento por ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário.

* Procuradora do Estado do Pará, Professora de Direito Administrativo na Universidade Federal do Pará, Mestre em Direito pela UFPA.

Dispõe o artigo em comento: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.

O artigo acima tem sido interpretado no sentido de consagrar uma aparente imprescritibilidade das ações contra aqueles que promovem danos materiais ao erário.

Esse dispositivo prevê duas situações distintas: uma relativa à sanção pelo ato ilícito, outra relacionada à reparação do prejuízo. No primeiro aspecto, fica a lei ordinária encarregada de fixar os prazos prescricionais; no segundo, garantiu-se a *imprescritibilidade* das ações – medida timidamente considerada imprópria por alguns doutrinadores –, mas que veio consagrada na Constituição de 1988.

O dispositivo constitucional insculpido no art. 37, § 5º, consegue ensejar dúvidas e indagações quanto à própria regra geral, que é a da prescritibilidade das ações, em flagrante contrariedade com o princípio da segurança jurídica e da estabilidade nas relações jurídicas.

Bem sabemos que *direitos* existem que, *por sua natureza*, são imprescritíveis¹.

Surgiram direitos sobre os quais em vão passa o tempo porque, apesar de não serem exercidos, jamais se lhes reconhece uma prescrição. São eles: os direitos da personalidade; os direitos de estado, familiar ou cidadão. A rigor, não são estes casos de direito imprescritível, mas de *impedimento* da prescrição.

As ações sobre o estado civil, portanto, e outros direitos personalíssimos (como o de autor) constituem *ações declaratórias típicas*, conforme ensina Pontes de Miranda. Daí sua *imprescritibilidade*, visto que “A ação típica de declaração, positiva ou negativa, não prescreve. Se alguma pretensão, ou algumas pretensões, ou todas as pretensões irradiadas da relação jurídica, cuja existência se quer declarada, prescreveram, não é isso óbice a que se declare a relação jurídica”².

Veja-se, por exemplo, o direito à liberdade, à vida, à integridade corpórea, à própria imagem, ao nome. Todos esses são direitos da personalidade, porque o objeto deles – a vida, a liberdade, a honra, o nome etc. – está na personalidade do titular, dela fazendo parte integrante. As características dos direitos

¹ A doutrina mais conhecida sobre a teoria dos direitos imprescritíveis é aquela baseada no brocardo “não corre prescrição nas coisas meramente facultativas”. É a teoria dos direitos facultativos. Para essa teoria, todas as vezes que o nosso direito consiste numa faculdade, não se verifica a prescrição.

² MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*. Campinas: Bookseller, 1998. v. 2, p. 177 *et seq.*

da personalidade são: a) são absolutos; b) são inestimáveis, isto é, não têm valor equivalente exato em pecúnia; c) são inalienáveis, isto é, não se transmitem; d) são imprescritíveis, sendo sempre possível reclamar-se a reintegração do direito.

Não é, porém, essa a hipótese do art. 37, § 5º, que se refere explicitamente às ações de ressarcimento decorrentes de *danos causados ao erário pela prática de ilícitos praticados por agentes públicos*.

Por esse critério, tornar-se-iam imprescritíveis todas as ações que tenham por fundamento danos materiais ao patrimônio público.

É necessário observar que, na hipótese do artigo 37, § 5º, *segunda parte*, dois princípios chocam-se: de um lado, a necessidade do ressarcimento ao erário público e a observância do princípio da indisponibilidade do interesse público e, de outro, o ataque ao princípio da estabilidade das relações constituídas no tempo, fundamento principal do instituto da prescrição.

Aos tribunais incumbe firmar o verdadeiro critério, ante a hipótese posta. No entanto, colocamo-nos junto daqueles que entendem não poder subsistir a imprescritibilidade dessas ações, pois que contrária aos princípios gerais regentes do instituto prescricional.

Chamando a atenção para o problema de interpretação contido no § 5º, do art. 37, Celso Ribeiro Bastos, em poucas linhas, dada a perplexidade do tema, assim se posicionou:

No que tange aos danos civis, o propósito do texto é de tornar imprescritíveis as ações visando ao ressarcimento do dano causado. É de lamentar-se a opção do constituinte por essa exceção à regra da prescritibilidade, que é sempre encontrável relativamente ao exercício de todos os direitos. Wolgran Junqueira Ferreira³ levanta o problema consistente em saber se os herdeiros do causador do ilícito respondem pelos prejuízos causados pelo de cujus. Seu ponto de vista é de que “sim, na força de sua herança, pois esta é, em tese, fruto daquele ilícito”⁴.

Imprescritível é o delito em que se considera a inidoneidade ou a ineficácia do decurso do tempo sobre o *jus puniendi*, de que é detentor o Estado. Crime imprescritível é aquele cuja sanção é perene, porque o Estado poderá punir o infrator a qualquer tempo. São hipóteses constitucionais: a prática do racismo (art.

³ FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Comentários à Constituição de 1988*. 1. ed. São Paulo: Julex, 1989. v. 1, p. 479.

⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 167.

5º, inciso XLII)⁵, a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV).

Beviláqua, baseando-se nos artigos 66, n. III, e 67 do Código Civil de 1916, pelos quais as dívidas ativas ou os créditos pessoais da União, dos Estados e dos Municípios constituem bens públicos dominicais, inalienáveis, entendeu que as ações, para cobrança das dívidas ativas dessas entidades de Direito Público interno, seriam imprescritíveis⁶.

No direito anterior ao Código Civil de 1916, as ações do Estado contra particulares prescreviam em quarenta anos. Com o advento do Código, não havendo prescrição superior à trintenária, essas ações passaram a ter a prescrição de trinta anos, posteriormente de vinte e agora de dez anos (art. 205 do CC/2002).

Com relação àquelas ações que não são de caráter patrimonial, nenhuma dúvida se instala quanto à sua prescrição decenária. Todavia, a abalizada opinião de Beviláqua, cuja autoridade é incontestável, permeia dúvidas sobre a prescrição das ações patrimoniais, dado que essas ações têm por objeto direitos que a lei considerou bens dominicais públicos e, em consequência, inalienáveis.

Na lição imprescindível de Câmara Leal, tentamos dirimir essas dúvidas, cujas sábias palavras torna-se impossível não transcrever:

Não há qualquer preceito expresso ou princípio doutrinário que declare imprescritíveis os bens públicos, em geral. O próprio Beviláqua, entre os direitos imprescritíveis, só faz referência aos bens públicos de uso comum, excluindo, portanto, os demais bens públicos, que são os de uso especial e os dominicais.

Se o critério da imprescritibilidade é a inalienabilidade, essa é relativa, quanto aos bens públicos, porque o próprio Código admite que eles percam a inalienabilidade, que lhes é peculiar, nos casos e forma que a lei prescrever⁷.

Ademais, tratando-se de dinheiro, objeto dos direitos creditórios do Estado ou de suas dívidas ativas, ele é, por sua natureza, alienável, porque se destina à vida financeira da Nação, entrando para os

⁵ “A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

⁶ BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976. v. 5.

⁷ Os bens públicos são os de uso comum do povo, os de uso especial e os dominicais. Dispõe o art. 100 do novo Código Civil (anterior art. 67 do CC/1916): “Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar”. Art. 102: “Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião”. Exemplos de imprescritibilidade assegurada pela norma constitucional: os bens públicos não são suscetíveis de usucapião; as terras ocupadas pelos índios, se estes não as adquiriram nos termos da legislação civil, pertencem à União (CF art. 20, XI, c/c 231, § 1º, § 4º). Súmula 430 do STF: “Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião”.

cofres públicos e deles saindo para o patrimônio particular, por meio de pagamentos a funcionários e a credores do Estado. Não há, pois, um motivo jurídico que autorize a premissa do egrégio mestre, pressupondo imprescritíveis, por inalienáveis, os créditos do Estado contra os particulares⁸.

Desenvolvendo seu pensamento, Câmara Leal prossegue:

Por outro lado, o princípio da prescritibilidade das ações que competem ao Estado, como pessoa jurídica, é antiquíssimo no domínio da legislação e da doutrina. Entre nós, já o Reg. da Fazenda (cap. 210) e o Reg. dos Contos (cap. 92) estabeleciam a prescrição quarentenária contra a Fazenda Nacional, mantida pela Lei nº 243, de 30 de novembro de 1841 (art. 20) e pelo Dec. nº 736, de 20 de novembro de 1841 (art. 80).

E esse princípio foi, expressamente, confirmado pelo Cód. Civil, quando declarou que as pessoas jurídicas estão sujeitas aos efeitos da prescrição, sem fazer qualquer ressalva em relação às pessoas de direito público interno. Entendemos, pois, que as ações que competem à União, aos Estados e aos Municípios contra particulares, não subordinadas a prazo especial, prescrevem em vinte anos, quando pessoais, e em quinze ou dez, quando reais, segundo a regra geral do art. 177 do Cód. Civil⁹.

Cabe invocar aqui, sem alterações, as considerações do eminente jurista gaúcho Almiro do Couto e Silva que, em defesa do princípio da segurança jurídica, esclarece com propriedade:

A dificuldade no desempenho da atividade jurídica consiste muitas vezes em saber o ponto exato em que certos princípios deixam de ser aplicáveis, cedendo lugar a outros. Não são raras as ocasiões em que, por essa ignorância, as soluções propostas para problemas jurídicos têm, como diz Bernard Schwartz, 'toda a beleza da lógica e toda a hediondez da iniquidade'. A Administração pública brasileira, na quase-generalidade dos casos, aplica o princípio da legalidade, esquecendo-se completamente do princípio da segurança jurídica. A doutrina e jurisprudência nacionais, com as ressalvas apontadas, têm sido muito tímidas na afirmação do princípio da segurança jurídica. Ao dar-se ênfase excessiva ao princípio da legalidade da Administração Pública e ao aplicá-lo a situações em que o interesse público estava a indicar que não era aplicável, desfigura-se o Estado de Direito, pois se lhe tira um dos seus fortes pilares de sustentação, que é o princípio da segurança jurídica, e acaba-se por negar justiça¹⁰.

⁸ LEAL, Antônio Luiz da Câmara. *Da Prescrição e da Decadência*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 297-298.

⁹ *Ibid.*, p. 297-298.

¹⁰ SILVA, Almiro Couto e. Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. *Revista de Direito Público*, v. 84, p. 26, out./dez. 1987.

Destarte, o entendimento de que as ações de ressarcimento seriam imprescritíveis, sem limites temporais, ainda que em defesa do princípio da indisponibilidade do patrimônio público, está a merecer maior sustentação por parte da doutrina e da jurisprudência.

Não é defensável anularem-se os princípios basilares do Estado de Direito, quais sejam o princípio da segurança e o da estabilidade das relações jurídicas.

Sem regras estabelecidas para o tempo, os processos jamais chegariam ao fim. Afinal as formas têm por objetivo gerar segurança e previsibilidade. A garantia da correta outorga da tutela jurisdicional está precisamente no conhecimento do período temporal a ser percorrido por aquele que busca a solução para uma situação conflituosa.

Ademais, além dos princípios expressos, existem também no contexto constitucional princípios implícitos ou decorrentes daqueles, sem falar dos princípios consagrados pela teoria geral do Direito, como é o caso do *superprincípio da segurança jurídica*.

Nessa linha de raciocínio, acentuamos que o princípio da segurança jurídica, no caso, sobrepõe-se aos demais.

Ensina Ramón Real:

en todo sistema jurídico hay cantidad de reglas de gran generalidad, verdaderamente fundamentales, en el sentido de que a ellas vinculanse, de un modo directo o indirecto, una serie de soluciones expresas del derecho positivo, a la vez que pueden resolverse, mediante sua aplicación, casos no previstos, que dichas normas regulan implícitamente¹¹.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, princípio é “a disposição expressa ou implícita, de natureza categorial em um sistema, pelo que conforma o sentido das normas implantadas em uma ordenação jurídica positiva”¹².

Em passagem que já se tornou clássica, escreveu o renomado administrativista:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério

¹¹ REAL, Alberto Ramón. Los principios generales de Derecho en nuestra Constitución. *Estado de Derecho y Humanismo Personalista*. Montevideo: FCU, 1974. p. 8.

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Criação de Secretarias Municipais: inconstitucionalidade do art. 43 da Lei Orgânica dos municípios do Estado de São Paulo, São Paulo, *Revista de Direito Público*, n. 15, p. 284, jan./mar.1971.

para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. [...] Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o 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 [...]¹³.

Como o princípio da legalidade não é o único, nem é absoluto, situações existirão nas quais se tornará obrigatória a convalidação do ato por força necessária da observância de outros princípios jurídicos da mesma relevância, como é o caso, exatamente, do princípio da segurança jurídica, que é fundamento do instituto da prescrição, correlato ao da convalidação.

Já disseram os doutos, com inexcedível propriedade, que o sistema jurídico é um todo harmonioso que não admite contradições, e a imprescritibilidade, sem limites, seria uma delas.

As exigências de uma ordem pública impõem que se declare que, quando um pressuposto se revela insuficiente, não há maneira de salvá-lo, destacando-o do corpo para sustentar as vigas da harmonia jurídica.

Demais, o problema da prescritibilidade encontra-se na definição exata das exigências da ordem pública e da harmonia social.

Fábio Medina Osório, na obra *Direito Administrativo Sancionador*, comentando o art. 37, § 5º, assim se manifestou:

[...] sustentei, anteriormente, em outra obra, a idéia da imprescritibilidade dessas ações, defendendo-a sob um ponto de vista ideológico. Melhor refletindo sobre o assunto, parece-me que, ideologicamente, se mostra inaceitável tal tese, embora, pelo ângulo dogmático, não haja alternativa hermenêutica. Até mesmo um crime de homicídio (art. 121, caput, CP) sujeita-se a prazo prescricional, por que uma ação por danos materiais ao erário escaparia desse tratamento? Dir-se-á que essa medida não constitui uma “sanção”, eis a resposta. Sem embargo, tal medida ostenta efeitos importantes e um caráter nitidamente “afritivo” de um ponto de vista prático. Ademais, gera uma intolerável insegurança jurídica a ausência de qualquer prazo prescricional. A melhor solução talvez fosse fixar um prazo (elevado) mínimo de prescrição para essas demandas, jamais proibir, expressamente, a configuração legislativa de prazos prescricionais para os casos de ressarcimento. De qualquer modo, já se disse que a reparação do dano não é uma sanção, motivo pelo qual fica de fora do Direito Administrativo Sancionador. O constituinte

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 230.

de 1988 mandou que o legislador ressalvasse, sempre, as ações de ressarcimento, deixando-as de fora dos prazos prescricionais que deveriam ser estabelecidos nas hipóteses de ilícitos contra a Administração Pública. Trata-se de norma constitucional, que não está, por óbvio, sujeita a um juízo de inconstitucionalidade, sequer em face de princípios superiores, v.g., segurança jurídica. Não há “normas constitucionais inconstitucionais”, como se sabe. Nada impede, todavia, sob o ângulo doutrinário, uma crítica a essa espécie de postura. Aos operadores jurídicos, de qualquer sorte, cumpre respeitar a soberana decisão do constituinte, ajuizando e julgando as ações cabíveis¹⁴.

E continua Fábio Medina Osório:

Sem embargo, a justificação constitucional para o instituto da prescrição é, sem dúvida, o princípio da segurança jurídica. Ninguém pode ficar à mercê de ações judiciais por tempo e prazo indefinidos ou, o que é pior, perpétuos. Trata-se de uma garantia individual, porém com intensa transcendência social. As relações sociais necessitam de segurança e o direito busca, em um de seus fins, assegurar estabilidade na vida de relações. Não é possível uma ausência de limites para que alguém acione o outro por supostos danos materiais ao erário. Inexistindo prazo prescricional a determinada sanção administrativa, imperioso o recurso à analogia, suprimindo-se eventual omissão do legislador, que está obrigado, constitucionalmente, a regular essa matéria¹⁵.

Cumpra também fazer prevalecer, quanto à analogia, o preceito clássico impreterível, na lição imorredoura de Carlos Maximiliano:

não se aplica uma norma jurídica senão à ordem de coisas para a qual foi estabelecida. Não é lícito pôr de lado a natureza da lei, nem o ramo do Direito a que pertence a regra tomada por base no processo analógico. Decide-se com presumível acerto desde que se procurem e confrontem casos análogos subordinados a leis análogas¹⁶.

O tema, assim, merece ser enfrentado com serenidade e coragem porque a inexistência de restrição temporal ao *ius puniendi* do Estado põe reféns pessoas físicas e jurídicas, além de representar ofensa ao *devido processo legal*¹⁷ inscrito nos direitos fundamentais da Carta Política.

¹⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo sancionador. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

¹⁵ *Ibid.*, 2000.

¹⁶ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 212.

¹⁷ O devido processo legal é princípio fundamental de garantia ao administrado na Constituição Federal, art. 5º, LIV: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Relaciona-se com outro princípio fundamental (art. 5º, LV), que assegura aos acusados em processo administrativo ou judicial a mais ampla defesa e com os meios e recursos a ela inerentes. O *due process of law* é criação do Direito anglo-norte-americano (cap. 29 da Magna Carta e Emenda V da Constituição norte-americana), principalmente para conter os excessos da Administração, estando regulamentado nos Estados Unidos pelo *Federal Administrative Procedure Act* de 1946, que rege todos os processos administrativos e a revisão desses processos pelos órgãos judiciais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 3, t. 3.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976. v. 5.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Comentários à Constituição de 1988*. 1. ed. São Paulo: Julex, 1989.

LEAL, Antônio Luiz da Câmara. *Da Prescrição e da Decadência*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Criação de Secretarias Municipais: inconstitucionalidade do art. 43 da Lei Orgânica dos municípios do Estado de São Paulo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 15, p. 284, jan./mar.1971.

_____. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*. Campinas: Bookseller, 1998. v. 2.

SILVA, Almiro Couto e. Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. *Revista de Direito Público*, v. 84, out./dez. 1987.

OS JUROS DE MORA NA ATUALIZAÇÃO DE PRECATÓRIO

June Judite Soares Lobato*

Em recente decisão, RE 305.686, publicada no DJ de 18.10.2002 e relatada no Informativo nº 290, o STF trouxe para a Fazenda Pública mais uma importante tese a ser argüida e discutida em âmbito de execução, e até mesmo em autos de precatório: o da limitação de juros de mora no precatório complementar.

Após o julgamento do Recurso Extraordinário nº 305186, no qual o relator, Min. Gilmar Galvão, defendeu não estarem embutidos na expressão *atualização monetária* de precatório (art. 100, § 1º, da CF/88) os valores concernentes a juros de mora, o STF passou a adotar essa decisão como a posição majoritária daquela corte. É o que se verifica pelo teor das ementas abaixo transcritas:

EMENTA: Agravo regimental. *Precatário*. Crédito alimentar. Juros de mora. Não incidência. Precedente do plenário do STF.

O Plenário desta Corte, na sessão do dia 31.10.2002, no julgamento do RE 289.616, Relator Min. Gilmar Mendes, *reafirmou orientação de que não cabem juros moratórios em execução de crédito de natureza alimentar, no período compreendido entre a expedição do precatório e seu efetivo pagamento, na forma do art. 100, § 1º, da Constituição Federal*.

Agravo regimental desprovido.

(AREG RE 311.642-8/SP – 1ª Turma – STF – Min. Rel. Gilmar Galvão – D. 26.11.2002) [grifos nossos].

EMENTA: Constitucional. *Precatário complementar*. Juros de mora; não-incidência.

I – Não incidência de juros de mora no pagamento de precatório complementar.

II – *Precedente do STF: RE 298.616/SP, G. Mendes, Plenário, 31.10.02, D. J. de 08.11.2002*.

III – R. E. conhecido e provido. Agravo não provido.

(AREG RE 370.084-7 RS – 2ª Turma – STF – Min. Rel. Carlos Velloso. D. 29.04.2003) [grifos nossos].

Daí decorreram inúmeras discussões jurisprudenciais em vários tribunais brasileiros acerca da expressão “atualização monetária”. Questionou-se se essa expressão englobaria correção monetária e juros de mora ou tão-somente correção monetária.

* Procuradora do Estado do Pará.

Atualmente, já há tribunais favoráveis à tese, como o TST e o TRT da 8ª Região:

PRECATÓRIO. INCLUSÃO DE JUROS DE MORA NA ATUALIZAÇÃO DO DÉBITO. Em relação ao tema, o entendimento emanado do Excelso Supremo Tribunal Federal direcionou-se no sentido de que, *tratando-se de precatórios judiciais relativos a crédito de natureza alimentar, não cabe a incidência de juros de mora durante o período a que se refere o art. 100, § 1º, da Constituição da República, pois, enquanto não superado o prazo constitucional em questão, a entidade de direito público não poderá ser considerada em estado de inadimplemento obrigacional*, entendimento este que se harmoniza com o posicionamento sufragado pelo E. Tribunal "a quo". Recurso de revista não conhecido (TST – 2ª Tuma. PROC: RR nº 572737. Publicação no DJU de 16.05.2003. Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira) [grifo nosso].

Atualização do precatório. Art. 100, § 1º, da Constituição da República. Juros de mora. Não-incidência no período compreendido entre a expedição do precatório e o fim do ano fiscal em que este foi incluído no orçamento. Incidência apenas se o pagamento ocorreu após o exercício fiscal do orçamento a que se refere. Cálculo considerando-se somente em relação ao período entre o término do exercício em que o precatório foi incluído no orçamento e a data do respectivo pagamento. Segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, no período compreendido entre a data da promulgação da Constituição da República e a da Emenda Constitucional 30/2000, *não são devidos juros pela demora na tramitação do precatório, isto é, desde a sua expedição até o fim do ano em que foi incluído no orçamento*. Entretanto, são devidos os juros se frustrado o pagamento do precatório no prazo fixado para sua satisfação, ou seja, até o final do ano fiscal em que houve sua inclusão no orçamento. De fato, apenas nessa última hipótese, poder-se-á cogitar de mora, pois o atraso no pagamento passa a ser imputável ao devedor, e não em decorrência do trâmite administrativo previsto no art. 100 da Constituição da República. Nessa hipótese, incidirão os juros desde o fim do exercício orçamentário em que deveria ter sido pago até a data da efetiva satisfação do precatório. Por isso, imputar ao executado o pagamento de juros em virtude da demora na tramitação do precatório configura violação ao art. 100, § 1º, da Constituição da República. Recurso de revista de que se conhece parcialmente e a que se dá provimento para excluir apenas os juros decorrentes da demora da tramitação do precatório (TST – 5ª Turma. RR NUM: 478497. Publicação no DJU de 06.06.2003. Rel. Min. João Batista Brito Pereira) [grifo nosso].

PRECATÓRIO – INCIDÊNCIA DE JUROS – O Supremo Tribunal Federal já decidiu que não há incidência de juros moratórios no período entre a data da expedição e a do efetivo pagamento do precatório judicial, desde que observado o prazo constitucionalmente estabelecido para o seu cumprimento. Assim, a parcela de juros deve ser limitada ao período entre a efetivação dos cálculos e a expedição

do precatório, corrigindo-se os valores monetariamente (TRT 8ª Região – 4ª Turma. AP 2557/2003. DJ em 01.07.2003. Juíza Rel. Odete de Almeida Alves).

Verificados alguns posicionamentos jurisprudenciais, faz-se necessário expor a visão doutrinária sobre a limitação de juros de mora em precatório complementar.

O precatório complementar é consequência do pagamento do precatório principal quando neste não se procedeu à atualização monetária até a data da efetivação do pagamento, como exige o art. 100, § 1º, da Constituição, que dispõe:

§ 1º - É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, *quando terão seus valores atualizados monetariamente* [grifo nosso].

Desse parágrafo extrai-se a determinação constitucional da atualização dos valores requisitados até o efetivo pagamento, tendo em vista a defasagem da expressão monetária do valor da condenação pelo lapso temporal existente entre a data da elaboração dos cálculos e a quitação do débito original.

Há de se ressaltar que a atualização monetária enseja a correção dos valores referentes não só à prestação principal, mas também a todas as verbas acessórias, estando inclusos os juros lançados na conta originária.

A correção monetária visa impedir o prejuízo financeiro sofrido pelo beneficiário de um precatório durante o tempo de espera do pagamento do referido precatório. Recompõe-se assim a moeda aviltada pela inflação, impondo-se a correção monetária como imperativo de ordem jurídica e econômica.

Quando o art. 100, § 1º, da Carta Magna exige atualização monetária, está tentando repor a perda valorativa decorrente da inflação sobre o importe devido ao administrado; há, portanto, a preocupação com a correção monetária do valor. De maneira alguma poder-se-ia querer englobar naquela expressão juros de mora, com a finalidade única de repor um prejuízo financeiro causado pela mora do devedor.

Ora, sendo o prazo para o pagamento de precatórios fixado pela própria Magna Carta, tendo em vista tratar-se de patrimônio público, fazendo-se necessária a previsão orçamentária, como se poderiam inserir juros de mora na

atualização de precatório complementar se a fazenda pública não está incorrendo em mora, quando paga o precatório no lapso temporal constitucionalmente previsto?

Ao se examinar a decisão do STF, acima apontada, formadora de jurisprudência, pode-se notar que se embasou em entendimento do próprio STF, quando decidiu acerca do art. 33 do ADCT, que disciplinou o pagamento dos precatórios pendentes na data da promulgação da CF/88, os quais poderiam ser resgatados “em moeda corrente, com atualização, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de oito anos, a partir de 1º de julho de 1989”¹. O julgamento foi prolatado por ambas as turmas, que decidiram que o pagamento parcelado não ensejava a imposição de juros, uma vez inexistente a mora *solvendi*. A decisão do STF transcreveu ainda parte da decisão do RE 149.466 (Ministro Octávio Gallotti), qual seja:

Essa exegese gramatical coincide com a lógica, pois juros de mora são conceitualmente os decorrentes do retardamento no cumprimento da obrigação, não havendo razão para impô-los, em referência a uma dívida que, no caso, está sendo satisfeita dentro do prazo da Constituição.

Daí a nova interpretação emanada do STF que defende não estarem embutidos na expressão “atualização monetária” de precatório os valores concernentes a juros de mora, visto que não há mora quando o ente público efetua o pagamento do precatório no lapso temporal expressamente previsto pela Constituição Federal: quanto aos ofícios requisitórios apresentados até 1º de julho de um ano, o ente público tem até dezembro do ano seguinte para efetuar o pagamento.

Tal posicionamento coaduna-se, perfeitamente, com a doutrina, pois os juros de mora são previstos pelo Diploma Civil, e, segundo Carlos Roberto Gonçalves, podem ser assim definidos: “Os juros moratórios, diferentemente do que ocorre com os compensatórios, são previstos como consequência do inadimplemento ou inexecução do contrato, ou de simples retardamento”².

Nesse diapasão, ensina Maria Helena Diniz³ que os juros de mora constituem pena imposta ao devedor *pelo atraso no cumprimento da obrigação*,

¹ Ac. REX 305.686 do STF. Rel. Min. Gilmar Galvão. Publicado no D.J. de 18.10.2002.

² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito das Obrigações*: parte geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 142.

³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2, p. 308-310.

atuando como se fosse uma indenização pelo retardamento no adimplemento da obrigação. Podem ser estipulados, convencionalmente ou legalmente.

Ademais, no seu *Código Civil Anotado*⁴, a mesma autora acima citada, ao comentar o art. 394 do C.C., afirma que a mora se constitui pelo não cumprimento da obrigação nos três modos pelo qual se opera: na forma, no tempo e no lugar estipulado. Não se pode configurar a mora da Fazenda Pública quando se observa procedimento administrativo previsto pela Constituição Federal.

Também nesse sentido, Ricardo Fiúza ensina:

Mora é o retardamento no cumprimento da obrigação. Se por culpa do devedor, a mora se diz *solvendi*; se por ato do credor, diz-se mora *accipiendi*.

Pressuposto da mora *solvendi*:

- a) existência de dívida líquida e vencida;
- b) inexecução culposa pelo devedor;
- c) interpelação judicial ou extrajudicial, quando a dívida não for a termo⁵.

E continua: “A estipulação de prazo para o cumprimento da prestação dispensa o credor de qualquer medida para constituir em mora o devedor, desde que vencido o prazo e não adimplida a obrigação. A constituição em mora é automática”⁶.

Ainda sobre o não cabimento de juros de mora, há de se considerar a existência da Súmula 45 do TRF – 1ª Região, que prevê: “Não é devida a inclusão de juros moratórios em precatório complementar, salvo se não foi observado o prazo previsto no art. 100, § 1º, da Constituição Federal no pagamento do precatório anterior”.

Do ponto de vista doutrinário, verifica-se estar amplamente justificada a nova tese jurisprudencial do STF. Quanto ao aspecto processual, hão de se analisar algumas considerações.

O precatório complementar forma-se a partir do pagamento do precatório principal.

O trâmite processual para a formação do precatório principal inicia com a sentença condenatória, na qual fica estipulada, além das prestações principais a serem pagas ou cumpridas pelo Ente Estatal, as parcelas ditas acessórias, que

⁴ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 288.

⁵ FIÚZA, Ricardo. *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 353.

⁶ *Ibidem*, p. 355.

inclusive podem nem constar expressamente do título judicial, já que há previsão legal, como a correção monetária e os juros de mora.

Nos termos do art. 219, *caput*, do CPC, a citação válida constitui em mora o devedor, sendo essa mora objeto de condenação quando da prolação da sentença; conseqüentemente, será calculada e embutida nos cálculos embasadores do precatório principal, sobre os quais terão oportunidade de impugnação, tanto autor, como réu.

Após efetuada a quitação do precatório principal, com o pedido do exeqüente, e não tendo sido pago com atualização até a data do pagamento – atualização esta que agora é obrigatória, dada a Emenda Constitucional nº 37/02, art. 100, § 4º, que veda a expedição de precatório complementar –, proceder-se-á à atualização do valor pago entre a data da última atualização dos cálculos e a data de seu efetivo pagamento, com a utilização da correção monetária devida e *os juros de mora limitados até a data de expedição do 1º ofício requisitório*.

Da nova conta de atualização, será dada ciência à Fazenda Pública, que poderá insurgir-se contra ela, impugnando os critérios de sua formulação, bem como os eventuais erros materiais ou de cálculos existentes. É a oportunidade para a Fazenda Pública argüir a limitação dos juros de mora na atualização de precatório.

Ultrapassada a fase da execução, transitada em julgada a sentença homologatória dos cálculos de atualização, surge a dúvida: poder-se-á argüir a tese dos juros de mora em autos de precatório?

Na prática, a corte trabalhista da 8ª Região tem denegado o pedido acerca da limitação dos juros de mora em precatório, fundamentando-se na decisão de ADIN nº 1662-7, interposta pelo Governador do Estado de São Paulo sobre a Instrução Normativa nº 11/97 do TST, item VIII, alínea “b”, que decidiu:

Com relação ao item VIII, b segundo o qual “ao Presidente do Tribunal Regional compete [...] b) determinar, de ofício ou a requerimento das partes, a correção das inexatidões materiais ou a retificação de erros de cálculo, ressalvo que a correção referida está circunscrita às diferenças resultantes de erros materiais ou aritméticos ou de inexatidões dos cálculos dos valores dos precatórios, não podendo alcançar o critério adotado para a elaboração dos cálculos nem a adoção de índices de atualização monetária diversos dos que foram utilizados na primeira instância.

Adotando esse posicionamento, o TST em inúmeras decisões, conhecendo Recurso Ordinário *em precatório* (com fulcro no novo regimento interno,

art. 70, I, alínea “i”), passou a não rever matéria concernente a juros de mora visto que, segundo entende, tratar-se-ia de critério de elaboração de cálculo e não de erro material.

Abre-se um parêntese para ressaltar que, até o ano de 2002, muito dificilmente o TST conhecia de recurso ordinário em sede de precatório, por entender, embasando-se na Orientação Jurisprudencial nº 70 da SBDI-1, ser este um procedimento administrativo, de competência do presidente do TRT, havendo de ficar limitado ao âmbito do regional. Com o novo regimento interno do TST, art. 70, I, alínea “i”, abriu-se a oportunidade para a interposição de recurso ordinário no TST, como demonstra a transcrição do referido artigo:

Art. 70. Compete ao Tribunal Pleno dar posse aos membros eleitos para os cargos de Direção e aos Ministros nomeados para o Tribunal e:
I- em matéria judiciária
[...]
i) *julgar os recursos ordinários opostos a agravo regimental e a mandado de segurança que tenha apreciado despacho de Presidente de Tribunal Regional em sede de precatório* [grifo nosso].

No entanto, há de se considerar que a corte cuja função maior é a guarda da Carta Magna, de acordo com o art. 103 da CF, não poderia de forma alguma adotar posições contraditórias como a de, na ADIN acima referida, diferenciar erro material de critério de elaboração de cálculos e, em recentes decisões de entendimento majoritário, julgar a não incidência de juros de mora em precatório complementar a partir da expedição do ofício requisitório. Se assim fosse compreendido, estar-se-ia ferindo o princípio da razoabilidade, havendo, sim, a necessidade de se julgar que a corte constitucional não se contradirá em suas interpretações. Portanto, pode-se apenas concluir que juros de mora não devem ser considerados critérios de elaboração de cálculo, podendo ser revisto quando apresentarem algum erro material passível de ser modificado em precatório.

Tampouco pode ser suscitada violação de coisa julgada, uma vez que, como visto acima, a CF/88 só prevê atualização monetária a ser calculada até a data do efetivo pagamento. Incluir juros de mora na atualização seria inconstitucional, além de violar legislação infraconstitucional, visto que os juros de mora são parcela devida por inadimplemento.

Assim, ensina Carlos Valder do Nascimento:

No plano jurisdicional, se a sentença não se harmoniza com o texto constitucional, revela seu caráter inconciliável por contrariar os preceitos fundamentais dele irradiados. De sorte que essa incompatibilidade de adequação aos ditames do ordenamento maior é que a leva irremediavelmente ao patamar da inconstitucionalidade que, como esclarece De Plácido e Silva, na terminologia jurídica, serve para exprimir a qualidade do que é inconstitucional ou contravém a preceito, regra ou princípio instituído na Constituição⁷.

Continua mais adiante:

Sendo a coisa julgada inconstitucional estritamente de índole jurídico-processual, portanto, inserta no ordenamento infra-constitucional, *sua intangibilidade pode ser questionada desde que ofensiva aos parâmetros da Constituição. Nesse caso, estar-se-ia operando no campo da nulidade. Nula é a sentença desconforme com os cânones constitucionais, o que desmitifica a imutabilidade da res judicata* [grifo nosso]⁸.

Indo mais além, inclusive por considerar não se tratar de coisa julgada uma sentença transitada em julgado inconstitucional, assevera José Augusto Delgado:

Nunca terão força de coisa julgada e [...] poderão, a qualquer tempo, ser desconstituídas, porque praticam agressão ao regime democrático no seu âmago mais consistente, que é a garantia da moralidade, da legalidade, do respeito à Constituição e da entrega da justiça⁹.

Sendo assim, quando comprovada a nulidade de ato que homologar cálculos nos quais não houve respeito à limitação dos juros de mora, aquele deve ser invalidado pela autoridade judicial, até mesmo de ofício, isto é, sem provocação da parte interessada, por ser eivado de nulidade absoluta.

Convém ressaltar que a nulidade absoluta não pode ser convalidada, tendo em vista que é latente o prejuízo para o Erário, uma vez que o valor a ser cobrado no precatório complementar ainda pode ser discutido pela Fazenda Pública por meio de pedido revisional de cálculos ou de agravo regimental.

Esse é o entendimento que se extrai da novel jurisprudência do STF, não se podendo anuir com a posição do TST de que juros de mora é critério de elaboração de cálculo, não estando passível de revisão no precatório.

⁷ NASCIMENTO, Carlos Valder do. Coisa Julgada Inconstitucional. In: _____. *Coisa Julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 1-31.

⁸ NASCIMENTO, *Op. cit.*, p. 22.

⁹ DELGADO, José Augusto. Efeitos da Coisa Julgada e os Princípios Constitucionais. *Revista Virtual do Centro de Estudos Victor Nunes Leal* da AGU. Disponível em: <<https://www.agu.gov.br/agu.htm>>.

A Fazenda Pública há de lutar para obter o reconhecimento da nova tese, firmando-se em precedentes jurisprudenciais da Suprema Corte, visto que, na medida em que paga seus precatórios no prazo constitucionalmente firmado, não pode ser onerada com juros de mora indevidos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DELGADO, José Augusto. Efeitos da Coisa Julgada e os Princípios Constitucionais. *Revista Virtual do Centro de Estudos Victor Nunes Leal* da AGU. Disponível em: <<https://www.agu.gov.br/agu.htm>>.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2.

_____. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

FIÚZA, Ricardo. *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito das Obrigações: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

NASCIMENTO, Carlos Valder. Coisa Julgada Inconstitucional. In:_____. *Coisa Julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 1-31.

PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR E DIREITO BANCÁRIO*

Reynaldo Andrade da Silveira**

Honra-me o convite feito por S. Exa. o Sr. Presidente do Conselho Federal da OAB, Dr. Rubens Aprobato Machado, para aqui comparecer e discorrer algo sobre tão intrincado e debatido tema, porquanto confronta os direitos dos consumidores ao chamado direito bancário.

Muito refleti sobre o assunto¹, antes de decidir aceitar o gratificante convite que a mim representa verdadeiro desafio, quer por sua atualidade, quer por sua complexidade intrínseca, quer ainda por já ter sido – e estar sendo esse tema submetido à mais rigorosa consideração da melhor doutrina nacional, e assim, procurar não ser lugar comum.

Para se ter uma exata noção de sua real importância e relevância, bastaria dizer que, presentemente, tramita no Excelso STF uma ADIN (nº 2591), sob a relatoria de S. Exa. o Min. Carlos Mário Veloso, discutindo a aplicação e a incidência das normas do CDC aos bancos e instituições financeiras. Por meio dessa ação de natureza constitucional, a Confederação Nacional do Sistema Financeiro (CONSIF) pretende a declaração, com eficácia *ex tunc*, de inconstitucionalidade da expressão “inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária”, inserta no § 2º, do art. 3º, da Lei 8078/90, pois, segundo alega, contrariaria o disposto no art. 192, e itens II e IV, da CF/88², bem como o inciso LIV, do art. 5º, da Lei Fundamental.

Postas essas dificuldades, ocorreram-me – ao escrever estas linhas – as palavras do Padre Antonio Vieira, em seus *Sermões e Cartas*. Ao ser consultado por D. João IV sobre a oportunidade de se unirem duas capitanias no Norte do Brasil, disse o Padre:

No fim da carta de que Vossa Majestade me fez mercê, me manda Vossa Majestade diga meu parecer sobre a conveniência de haver neste Estado ou dois capitães-mores ou só um governador. Eu, senhor, razões políticas nunca as soube, e hoje as sei muito menos; mas, por obedecer, direi toscamente o que me parece³.

* Texto apresentado à XVIII Conferência Nacional da OAB em Salvador/BA, novembro de 2002.

** Professor Adjunto da Universidade Federal do Pará, estre em Direito do Consumidor.

¹ Agradeço à estagiária Luma Scaff a realização de parte da pesquisa que possibilitou escrever este trabalho e ao meu filho Daniel, estudante de Direito, a paciência com que leu e retirou muitas imperfeições do texto.

² NA: Na ocasião em que reviso o texto para fins de publicação, observo que a Emenda Constitucional nº 40, de 29 de maio de 2003, deu nova redação ao art. 192, da CF/88, que passou a ser a seguinte: “O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram”. Ademais, foram revogados os incisos I, II, III, letras “a” e “b”, bem assim os itens IV, V, VI, VII e VIII, além dos § 1º, § 2º e § 3º, desse dispositivo constitucional.

³ LINS, Ivan. *Aspectos e trechos escolhidos dos sermões e cartas do Padre Antônio Vieira*. Rio de Janeiro: Ediouro, [1988?]. p. 31. (Coleção Prestígio).

Desta sorte, senhores, vim a esta Conferência Nacional para dizer o que me **parece** sobre o tema eleito, do único modo como sei dizer as coisas: simples, direta, objetiva e concisamente, tal como é de meu temperamento.

O direito do consumidor, como é concebido nos dias correntes, é um fenômeno supranacional que eclodiu e foi alavancado em todo o planeta a partir do final da II Guerra Mundial.

Com efeito, ao final do conflito bélico que envolveu e assolou expressiva parte do mundo, a relação privada antes regida por legislações ditas civis e mercantis começou a se modificar.

Essas modificações vieram atreladas ao surgimento de uma sociedade pós-industrial que passou a produzir em massa, de uma maneira nunca antes praticada, colocando no mercado de consumo produtos e serviços de toda ordem. Ao lado disso, outro fenômeno despontou viva e decisivamente: a publicidade, como fator de impulsão ao novo *modus vivendi*.

Não é difícil entender que a produção em série de produtos e serviços alterou profundamente o comportamento dos homens e dos contratos. As relações antes estabelecidas, influenciadas por dogmas seculares da fidedignidade na contratação e do *pacta sunt servanda*, foram duramente atingidas por novos modelos, tais como o da distância (na contratação), o da impessoalidade como regra, o dos vícios, o dos defeitos, em situações outras que chegavam a pôr – e põem cada vez mais – a raça humana em perigo ou que atentam contra sua saúde física ou financeira, se assim posso dizer.

Todos nós vivenciamos problemas relacionados com drogas que prometem a eterna juventude e o eterno vigor; outras que prometem reduzir taxas de colesterol, controle de natalidade, emagrecimento e quejandos. É fato que esses produtos e outras práticas muitas vezes produzem efeitos colaterais indesejados ao consumidor desavisado, que procura essas “tábuas de salvação” para alcançar o tipo de vida pretendido. Tais efeitos, sabemos, causam dependência, aleijões e/ou deformações, e até a morte, algumas vezes.

De outra banda, as legislações da primeira metade do século XX, fortemente inspiradas na décima nona centúria, então conhecidas e em voga, não se afiguravam bastantes e suficientes no combate eficaz a esses novos desmandos.

Era necessário algo novo para fazer frente a esses comportamentos e procedimentos dos fornecedores de produtos e serviços que atuavam em zonas muito aquém daquilo que se entende por legal, ou que, no mínimo, situam-se em região marginal à moralidade das coisas.

É correto dizer, pensar e até afirmar que, antes dos meados do século XX, aqui e alhures, já despontavam legislações e decisões judiciais em prol do consumidor. Disso a doutrina nacional e a estrangeira dão notícias seguras. Todavia, não se pode asseverar – sem incorrer em grave erro histórico e jurídico – que tanto esses diplomas legais como tais pronunciamentos judiciais não seguissem um sistema orgânico, entrelaçado, coeso e forte, norteado por princípios e conceitos específicos, enfim.

Tais circunstâncias me deixam tranquilo para asseverar que, somente no início da década de 60, com um pronunciamento de John Fitzgerald Kennedy é que a preocupação legislativa sistêmica, efetivamente, voltou-se para a massa consumidora, nos Estados Unidos da América do Norte.

A partir de então uma malha protetora estendeu-se em diversos continentes e países, todos buscando corpos de lei que conferissem aos

consumidores uma defesa antes negada ou pelo menos claramente insuficiente. De notar que esse fenômeno chegou quase simultaneamente a vários países de diferentes culturas, dos mais diversos continentes. Como sempre acontece, e com algum atraso, o furacão dos direitos dos consumidores chegou ao Brasil e à América do Sul.

Por esses motivos, em diferentes países considerados industrializados, uma nova província despontou, resultado e fruto do pensamento de juristas que passaram a refletir e fazer gestões sobre – e contra – a injustiça que grassava.

No Brasil, algumas vozes levantaram-se e foram as precursoras desse movimento que hoje ocupa lugar de destaque em todas as empresas, não sendo ignorado por expressiva parte de nossa população e detendo grande parte de nossos conflitos judiciais e extrajudiciais.

O advento da CF/88 foi decisivo para a introdução no Brasil do movimento consumerista ao qual hoje assistimos, como todos sabem, repetem e escrevem.

Foi exatamente na esteira da Lei Fundamental em vigor que foi sancionada em 18 de setembro de 1990, a Lei nº 8078, o chamado Código de Defesa do Consumidor. Vale ressaltar que as dificuldades de sua aplicabilidade se iniciaram desde sua publicação, prevendo o texto legal 180 dias (art. 118) para sua vigência, a fim de que o empresariado se adaptasse às novas condutas exigidas pelo texto da lei.

Considero tal diploma um corpo legal revolucionário em termos de direito brasileiro, porque:

- a) do ponto de vista, do chamado direito material: positivou princípios, notadamente o da vulnerabilidade, boa-fé objetiva e transparência nas relações de consumo; criou direitos anteriormente desconhecidos por uma das partes da relação jurídica de consumo; disciplinou a publicidade e a contra-propaganda; estabeleceu uma rede protetora para o consumidor que compreende o antes, o durante e o depois da contratação, garantindo direitos até mesmo àquele que não contrata diretamente, mas se sujeita aos efeitos/defeitos do produto/serviço; trouxe conceitos de consumidor e fornecedor; criminalizou condutas; disciplinou a defesa no âmbito administrativo, entre outras bem-vindas novidades;
- b) sob o viés processual: possibilitou a inversão do ônus da prova; consolidou os conceitos de direitos difusos, coletivos e homogêneos; rompeu com o axioma dos limites estreitos da coisa julgada; inovou nas tutelas específicas e antecipadas; assegurou o foro do consumidor como o competente para o processamento e o julgamento dessas causas, fazendo coro aos ideais de acesso à justiça e de efetividade do processo, como instrumento de composição dos litígios.

Foi, enfim, decisivo a influenciar as reformas sucessivas por que está passando o nosso medieval Código de Processo Civil.

Com a eclosão do CDC – resultado do pensamento de juristas jovens e realmente preocupados com a população brasileira –, romperam-se

anacrônicas regras do direito civil e do direito comercial que antes premiavam a impunidade, o desserviço, a irresponsabilidade de muitos que atuavam nos mercados formal e informal sem qualquer preocupação com a qualidade daquilo que produziam ou ofereciam aos consumidores, e ainda – o que é pior – com a segurança dessa massa de pessoas que sustenta e garante o engrandecimento – e a fortuna – dos agentes do empresariado.

A palavra consumo, por essa razão, migrou dos estritos dicionários dos economistas e tomou assento – penso em definitivo – no corpo dos textos de lei que agora identificamos como dos direitos dos consumidores.

Mercê dessa obviedade toda, uma das duras características do CDC foi a aversão por expressiva parte do empresariado, notadamente o nacional, a agasalhar os princípios, normas e regras desse diploma legal. Vale lembrar aqui que os países mais avançados já se conscientizaram da importância dessas leis consumeristas e adequaram seus produtos – e serviços – a níveis de qualidade e segurança razoáveis, pagando alto preço quando por dolo ou simples incúria impõem prejuízos aos consumidores.

No Brasil, não foi – como não é – pouca a satanização do CDC por empresas e empreendimentos que se propõem a manter-se imunes à Lei nº 8078/90⁴. Posto esporádicas, flagram-se até vozes de primeira linha com argumento de autoridade⁵ que se rebelam contra a aplicação da lei, sob a falsa alegativa de que esta ou aquela conduta não é regida pelo referido Código, quando claramente se intui sua aplicabilidade⁶.

É de conhecimento público, por exemplo, o embate provocado pelas grandes forças econômicas das companhias de navegação aérea que se colocam a forro do CDC, pelos mais diversos motivos, para se furtarem a compor danos decorrentes de extravios de bagagens, *overbooking*, atrasos e cancelamentos em partidas de vôos.

Por igual, resistências ao CDC foram apresentadas por estabelecimentos privados de ensino de todos os níveis e graus, assim como pelas seguradoras e pelos hospitais que pretendem manter-se fora do alcance da Lei nº 8078/90. Desse texto, fugiam como “o diabo da Cruz”.

⁴ Segundo Luiz Rodrigues Wambier, a Lei nº 8078/90 desde seu advento “têm produzido extraordinária polêmica, em virtude ... de muitas razões” (WAMBIER, Luiz Rodrigues. Os contratos bancários e o código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 18, abr./jun 1996, p. 125). Entre outros aspectos relevantes, Wambier vislumbra um “elemento cultural” traduzido pela impostura de fornecedores/fabricantes na “falta de respeito pelo consumidor” (Ibid., p. 125). Diz, o autor que esse comportamento é flagrado inclusive por empresas estrangeiras que “sempre usaram nossa sociedade como destinatária de uma infundável série de produtos de má qualidade, no mais das vezes reprovados em outros países do dito ‘primeiro mundo’” (Ibid., p. 125).

⁵ Essa é a lição do eminente jurista Arnold Wald, ao ressaltar que a “nova lei também não se aplica às operações de empréstimos e outras análogas realizadas pelos bancos, pois o dinheiro e o crédito não se constituem produtos ou usados pelo destinatário final, sendo, ao contrário, instrumentos ou meios de pagamento, que circulam na sociedade e em relação aos quais não há destinatário final” (WALD, Arnold. O Direito do Consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 80, n. 666, abr. 1991, p. 16).

⁶ As palavras de Márcio Oliveira Puggina retratam muito bem essa situação, ao afirmar que, “embora ainda seja intensa a reação de setores ligados ao Sistema Financeiro à aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários, a verdade é que o próprio Sistema, mesmo sem o admitir, vai, paulatinamente, procedendo a adaptações de sua prática negocial às exigências da legislação consumerista” (PUGGINA, Márcio Oliveira. A responsabilidade civil do banqueiro pela concessão de crédito. *Revista de Direito de Consumidor*, n. 26, p. 141-142, abr./jun. 1998).

Felizmente, o posicionamento majoritário⁷, vigoroso e sábio do Judiciário brasileiro⁸ obstou essas pífias tentativas que não lograram êxito.

Toda celeuma criada por essas empresas – civis e mercantis – desatende, fundamentalmente, ao que se deva entender por relação de consumo⁹, bem como pelos conceitos de consumidor e fornecedor, referidos expressamente no CDC¹⁰.

A primeira indagação que me faço é qual o sentido que guia essa parte da doutrina busca não aceitar a incidência das normas do CDC sobre as relações tipicamente de consumo¹¹. E assim procedo porque, desde o início dos nossos cursos universitários, somos “domesticados” a procurar justiça, a suprimir desigualdades, a fazer prevalecer a Constituição, a combater interesses politíqueiros e subalternos, enfim, a ter a Lei como princípio, meio e fim de nossas atividades. Afinal, o CDC prega e impõe princípios, normas e regras que prestigiam a qualidade, a competência, a boa-fé, entre outras, nos negócios de consumo, punindo aquele que desobedece a seus ditames. A quem poderiam interessar posturas contrárias ao CDC?

Todo exame que se faça não encontrará uma razão lógica e sobretudo jurídica para a pretensão.

Sabemos nós que a defesa do consumidor tem espeque constitucional, traduzido no art. 5º, item XXXII, no art. 170, item V, e vislumbrado até mesmo no ADCT (art. 48).

Bastaria essa referência em sede constitucional para que não tivéssemos dúvidas quanto a um novo direito a regulamentar uma relação jurídica diversa das já conhecidas e aplicadas.

Mas a cultura brasileira e o sistema brasileiro – que pensam resolver todos os problemas sociais por meio de leis – exigem uma legislação escrita para cada assunto, e, no dia seguinte à sua vigência, iniciam-se os embates críticos e fugidios à sua aplicação.

Os postulados constitucionais mencionados acima foram expressos pela Lei nº 8078/90, cuja vigência se iniciou em 11 de março de

⁷ Confira-se em RT 744/326, nesse sentido (contrária à incidência do CDC), decisão do TJMS (1ª T., apel. civ. nº 49.792-1), na qual se lê: “As normas contidas no Código de Defesa do Consumidor não se aplicam às operações de empréstimos feitas pelas instituições financeiras, pois o banco e o cliente não se enquadram nas definições de fornecedor, prestador de serviços e consumidor, contidas na lei em referência”.

⁸ Recentemente, a 6ª Câmara Cívica do TJPR, ao apreciar o agravo de instrumento nº 120.219-7, inverteu o ônus da prova em ação judicial que envolvia contrato bancário. Nos termos do voto do relator, Des. Antônio Lopes de Noronha, consta: “Se assim não fosse instaurar-se-ia uma absurda contradição: o ônus da prova seria do réu e o ônus econômico seria do autor (consumidor). Como este não tem poder econômico não poderia produzir a prova. Nesse caso, sobre qual parte recairia o ônus da não produção da prova?” A decisão, tomada por maioria de votos, reforça a aplicação/incidência do CDC aos contratos bancários (ver NORONHA, Antônio Lopes de. Contratos bancários. *Revista do consultor jurídico*. 23 de set. 2002. Disponível em: < <http://conjur.uol.com.br/textos/13582>>. Acesso em: 26 out. 2002.).

⁹ Para caracterizar essa “relação de consumo”, consulte-se LÔBO, Paulo Luiz Neto. Contratos no código do consumidor: pressupostos gerais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 83, n. 705, p. 45.

¹⁰ Leitura importante que se pode fazer sobre o assunto é a lição de Newton de Lucca em Aplicação do código de defesa do consumidor à atividade bancária (*Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 27, p. 78-87, jul./set. 1998). Depreende-se do exposto, com clareza ímpar, a aplicação e/ou incidência dos princípios e normas do CDC nas atividades bancárias.

¹¹ José Reinaldo Lima Lopes abre seu artigo afirmando de modo categórico e incontroverso: “É fora de dúvida que os serviços financeiros, bancários e securitários encontram-se sob as regras do Código de Defesa do Consumidor” (LOPES, José Reinaldo Lima. Consumidor e sistema financeiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 22, abr./jun. 1997, p. 87).

1991. Ora, consta expressamente no art. 1º, a menção às “normas de proteção e de defesa do consumidor”, anunciando mais que tal diploma legal é “de ordem pública e interesse social”.

Não fora isso o suficiente, a Lei (nº 8078/90) conferiu ao consumidor os conceitos que estão explicitamente grafados nos arts. 2º e seu parágrafo único, 17 e 29. Além disso, deu um conceito ao fornecedor, e aí considera “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou *prestação de serviços*” [grifo nosso].

Adiante, no § 2º, desse art. 3º, esclareceu a Lei que por serviço deveria ser entendida “*qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito, e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista*” [grifo nosso].

Nery Júnior, em obra clássica, explica que “As operações bancárias estão abrangidas pelo regime jurídico do CDC, desde que constituam relações jurídicas de consumo”¹². Afirmar ainda não sobejar “dúvida sobre a natureza jurídica da atividade bancária que se qualifica como empresarial”¹³.

Aliás, não é demais lembrar candente decisão do C. STJ, no REsp 57.974-0/RS, da relatoria do Min. Ruy Rosado de Aguiar, que proclamou:

os bancos como prestadores de serviços especialmente contemplados no art. 3º, parágrafo segundo, estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor. A circunstância de o usuário dispor do bem recebido através da operação bancária, transferindo-o a terceiros, em pagamento de outros bens ou serviços, não descaracteriza como consumidor final dos serviços prestados pelo banco¹⁴.

Está lançado ainda, no voto desse recurso especial:

o recorrente, como instituição bancária, está submetido às disposições do Código de Defesa do Consumidor, não porque ele seja fornecedor de um produto, mas porque presta um serviço consumido pelo cliente, que é o consumidor final desses serviços, e seus direitos devem ser igualmente protegidos como o de qualquer outro, especialmente porque nas relações bancárias há difusa utilização de contratos de massa e onde, com mais evidência, surge a desigualdade de forças e a vulnerabilidade do usuário¹⁵.

¹² NERY JÚNIOR, Nelson. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária Biblioteca Jurídica, 2001, p. 470.

¹³ Em sede internacional, devem ser consultados excelentes trabalhos como os de Juan M. Farina (*Contratos Comerciales Modernos*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1997, p. 522) e Thierry Boneau (*Droit Bancaire*. 1. ed. Paris: Montchrestien, 1994, p. 221-222).

¹⁴ A transcrição é do item 1 do acórdão, lavrado no REsp 57.974-0/RS (reg. 94.386.150), 4ª Turma, votação unânime, datado (o julgamento) de 25 de fevereiro de 1995, publicado no DJ de 29/05/1995.

¹⁵ Trecho constante do voto ref. ao REsp 57.974-0/RS, citado.

Qual o sentido, pois, de tentar explicar mais a incidência do CDC sobre a atividade bancária?¹⁶ Diziam os romanos que *in claris cessat interpretatio*. Não se explica ou interpreta o óbvio, o evidente, o que não comporta dúvidas. Desta sorte, quer-me parecer que a sentença latina é de ser aplicada ao caso, como uma luva, pois é plástica ao assunto, diante de tantas e tão cristalinas palavras.

A despeito disso, os bancos e instituições financeiras, de crédito e securitárias, apoiados em suporte doutrinário¹⁷, mesmo tantos anos (mais de uma década) após o advento do CDC, ainda persistem – e cada vez com mais força – na firme e obstinada determinação de não serem alcançados pela lei consumerista, como ainda se vê¹⁸.

A melhor doutrina¹⁹ e quase a unanimidade das centenas de decisões de todos os pretórios rejeitam a postulação dos bancos, instituições financeiras e de crédito, bem como a das seguradoras, de modo escorreito e irreprochável²⁰.

A propósito, é relevante mencionar o pensamento de Cláudio Bonatto e Paulo Valério Dal Pai Moraes²¹: ao discorrerem sobre a “aplicação do CDC aos contratos bancários”, refutam o discurso segundo o qual a atividade bancária não é caracterizada como relação de consumo.

¹⁶ Tal indagação tem pertinência, por exemplo, diante da decisão TAPR ao ementar: “Os contratos bancários se submetem às normas do Código de Defesa do Consumidor por expressa disposição nele contida (art. 3º, § 2º, do CDC), assim, é possível ao magistrado, vislumbrando situação de hipossuficiência do agravado, impor o ônus da inversão do ônus da prova” (REVISTA DE DIREITO DO CONSUMIDOR. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 42, abr./jun. 2002, p. 373).

¹⁷ A propósito, confira-se, o posicionamento de Arnold Wald (1991).

¹⁸ O TJ/MT, ao apreciar o agravo de instrumento 10.830, por sua 3ª Câm. Cív., rel. Des. José Tadeu Cury, concluiu pela aplicação do CDC ao empréstimo bancário, estando o acórdão assim ementado: “A determinação para exclusão do nome do devedor dos cadastros de proteção ao crédito enquanto o débito é discutido em juízo através de ação de revisão de cláusulas contratuais, é providência que pode ser deferida liminarmente, em antecipação de tutela, porque presentes os requisitos do art. 273 do CPC. Na ação de conhecimento proposta pelo devedor em que se discute o montante da dívida, a instituição financeira embargada pode ser obrigada a juntar os contratos anteriores e demonstrativos de débitos e créditos que deram origem ao débito, havendo dificuldade do embargante em fazê-lo, face o princípio da inversão do ônus da prova consagrado no art. 6º, VIII, da Lei 8.078/90” (REVISTA DE DIREITO DO CONSUMIDOR. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 38, abr./jun. 2001, p. 336). É imperioso mencionar que, na mesma decisão, é afirmado: “E não se diga que é inaplicável o Código do Consumidor nas relações com instituições financeiras uma vez que o art. 3º, § 2º, da Lei 8.078/90 inseriu a atividade bancária no rol de serviços e a promulgação do Dec. 2.181 de 20.03.1997, que criou o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, ao permitir em seu art. 22 a punição por utilização cláusulas abusiva ‘qualquer que seja a modalidade do contrato de consumo, inclusive nas operações securitárias, bancárias, de crédito direto ao consumidor, depósito, poupança, mútuo ou financiamento’, espanca qualquer dúvida que poderia ainda existir quanto à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nas relações contratuais com as instituições financeiras” (Ibid., p. 339-440).

¹⁹ Os ensinamentos de Cláudia Lima Marques no particular calam profundamente (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. O Novo Regime das Relações Contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 85-89).

²⁰ Para completa compreensão do assunto, consulte-se Alberto do Amaral Júnior, em seu excelente A abusividade da cláusula mandato nos contratos financeiros, bancários e de cartões de crédito (*Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº 19, p. 148-160, jul./set. 1996).

²¹ BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor*. Principiologia. Conceitos. Contratos atuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 163.

Não há, com efeito, nenhuma boa ou nova razão para se excluírem os princípios e normas do direito do consumidor à atividade bancária²², como um todo, até porque a Lei nº 8078/90 propicia o equilíbrio, a harmonia, a transparência nessa relação, além de resgatar – e impor – a boa-fé entre os contratantes.

Afirmar que dinheiro não é, nem pode ser considerado produto, consoante prevê o CDC, ou que não se cristaliza a relação de consumo nos negócios celebrados entre o correntista e o banco, não passa de sofisma tosco que não merece qualquer crédito. Também não convence dizer que, sendo a Lei nº 8078/90 uma lei ordinária, não poderia imiscuir-se no Sistema Financeiro Nacional que, por força da letra da Constituição, somente pode ser regulado por lei complementar. É de se indagar: Pretenderia o CDC regular o funcionamento dessas empresas? Trataria a Lei nº 8078/90 da organização ou das atribuições dessas instituições? Disporia ainda o CDC sobre fiscalização de bancos, instituições financeiras e de crédito e ainda companhias de seguro? Todas as respostas são, evidentemente, negativas, não passando de uma alegativa primária levantar esses frágeis argumentos para fugir do alcance da lei. Afinal, tanto a lei complementar como a lei ordinária derivam ou têm gênese na Constituição e convivem harmonicamente no ordenamento, e o CDC, decisivamente, não se propõe a regular o Sistema Financeiro Nacional²³.

É interessante destacar, para fins de debate, a derradeira tentativa de se criar uma nova nomenclatura para a relação consumidor-banco. Reporto-me à Resolução nº 2.878, de 26 de julho de 2001, do Banco Central do Brasil que “Dispõe sobre procedimentos a serem observados pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil na contratação de operações e na prestação de serviços aos clientes e ao público em geral”.

É imperioso, desde logo, assentar que a Resolução nº 2.892, de 27 de setembro de 2001, do mesmo órgão, alterou alguns dispositivos da primeira, sem, contudo, modificar a substância.

Já se alcunhou tal resolução de “Código de Defesa do Consumidor Bancário” ou coisa similar, expressão infeliz, que somente revela a presunção do segmento econômico em sobrepor-se à legislação federal, na vã esperança de convencer o cidadão com uma outra legislação capaz de defender o consumidor. Isto é, o escopo é bem determinado: nas relações banco-cliente não se aplicaria a Lei nº 8078/90, mas a Resolução nº 2.878/01.

Aparecido Donizete Piton afirma que o constante na Resolução nº 2.878 reflete “claramente que o BC e as instituições financeiras nunca respeitaram a legislação vigente”²⁴, além de que “o anúncio do Código Bancário foi mais uma jogada de marketing do Banco Central e das instituições financeiras que queriam induzir o cidadão a pensar que os bancos estariam sendo fiscalizados e que as novas regras tinham por objeto proteger os direitos do cidadão”.

O esforço é vão, permitam-me os senhores. Primeiramente, cumpriria destacar que uma resolução do Banco Central do Brasil não poderia

²² Ver também CASADO, Márcio Mello. *Proteção do Consumidor de Crédito Bancário e Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, notadamente o capítulo 2, Incidência do CDC às operações bancárias.

²³ Sobre o assunto, é importante a lição de Newton de Lucca (1998, p. 85-87).

²⁴ PITON, Aparecido Donizete. Alterações do código bancário representam retrocesso para a sociedade. Disponível em: <<http://www.andif.com.br/noticias/noticias3.asp>>. Acesso em: 26 out. 2002.

sobrepôr-se a uma lei federal ordinária, por mais boa vontade que se tivesse. Afastando-se esse aspecto, puramente formal, a relação de consumo não desapareceria, num toque mágico, porque o Banco Central e caterva assim querem. Todavia, a tentativa é clara. Confira-se.

Em primeiro lugar, a Resolução nº 2.878/01 é explícita na sua ementa em dispor sobre procedimentos das instituições financeiras (e outras autorizadas a funcionar pelo mesmo Banco Central) nos contratos com clientes e público em geral. Depreende-se, com clareza solar, a substituição da palavra **consumidor** pela palavra **cliente**, numa primeira investida de apresentação ao País de uma nova relação jurídica.

Estatui o art. 1º:

as instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, na contratação de operações e na prestação de serviços aos clientes e ao público em geral, sem prejuízo da observância das demais disposições legais e regulamentares vigentes e aplicáveis ao Sistema Financeiro Nacional, devem adotar medidas que objetivem assegurar.

Da leitura desse dispositivo, intui-se que a presidência do BACEN, mediante resolução, objetiva afastar a aplicação do CDC às **contratações** celebradas pelas instituições financeiras – e outras também por si autorizadas a funcionar –, bem como na prestação de serviços ao que denomina de clientes, fazendo prevalecer as determinações dessa resolução²⁵.

É interessante pinçar o que referem os incisos desse art. 1º:

- no item I, a resolução quer assegurar aos “clientes”, uma “transparência nas relações contratuais”, além de preservá-los de práticas não eqüitativas, exigindo das instituições referidas que dêem “prévio e integral conhecimento de cláusulas contratuais”, dando destaque aos dispositivos que importem em responsabilidades e penalidades;
- no item II, clama a resolução para que sejam dadas respostas “tempestivas” às consultas, reclamações e informações solicitadas por “clientes”, devendo tais respostas ser breves e eficientes, inclusive aquelas decorrentes da publicidade, a fim de que sejam os clientes – prefiro dizer os consumidores – informados sobre cláusulas e condições contratuais, características operacionais e divergência na execução dos serviços;

²⁵ Na opinião de Leonardo Bragança Matos, a Resolução nº 2.878/01 é equivocadamente denominada de “Código de Defesa do Consumidor Bancário”, pois “sob o aspecto jurídico, nada inovou”. Para esse jurista, a citada resolução apenas “revela a incapacidade do BACEN em combater a questão de forma enérgica e segura”. Ao final, diz Matos que “Cognominar a Resolução 2.878/01 de Código de Defesa do Consumidor Bancário é, [...] desmerecer o trabalho dos renomados juristas que, num esforço sobre-humano, talharam o festejado Código de Defesa do Consumidor” e dessa maneira seria melhor “batizá-la de Cartilha do Consumidor Bancário” (MATOS, Leonardo Bragança. *Cartilha Bancária*. Disponível em: <http://www.direitonaweb.adv.br/doutrina/dcons/Leonardo_B_Matos>. Acesso em: 26 out. 2002).

- no item III, pugna a resolução pela clareza de textos contratuais, de sorte a facilitar a leitura, referindo expressamente prazos, valores, taxas de juros, de mora e administração, comissão de permanência, encargos da mora, multas por descumprimento contratual e outras condições, como se o CDC já não exigisse tudo isso em diversos dispositivos;
- no item IV, já modificado pela Resolução nº 2.892, de 27/09/01, quer o Banco Central do Brasil que as instituições financeiras (e demais autorizadas), forneçam cópias impressas, “na dependência em que [for] celebrada a operação, ou em meio eletrônico, dos contratos, após a formalização e adoção de outras providências que se fizerem necessárias, bem como de recibos, comprovantes de pagamentos e outros documentos pertinentes às operações realizadas”, numa óbvia, clara e contundente repetição do que prescreve a Lei nº 8078/90;
- o item V cogita de uma “efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, causados a seus clientes e usuários”, copiando o que já dispõe o art. 6º, VI, do CDC.

Uma análise, mesmo superficial, do art. 2º, permite que se nele encontrem referências às instituições financeiras (e autorizadas pelo BACEN) para que coloquem “à disposição dos clientes, em suas dependências, informações que assegurem total conhecimento acerca das situações que possam implicar recusa na recepção de documentos”, entre os quais se destacam os cheques, bloquitos de cobrança, fichas de compensação e outros afins, “ou na realização de pagamentos”.

O parágrafo único do art. 2º da Resolução nº 2.878/01 foi revogado pela Resolução nº 2.892/01, que acrescentou ao mesmo artigo três incisos, sendo os dois primeiros relevantes. É importante dizer que, nesse passo, a Resolução impõe aos bancos o dever de colocar à “disposição dos clientes, em suas dependências e nas dependências dos estabelecimentos onde seus produtos forem negociados, em local e formato visíveis”, a totalidade das informações necessárias ao conhecimento pleno pelo cliente (insisto, consumidor) a fim de se evitar recusa na recepção de documentos ou na realização de pagamentos (item I). O segundo inciso cogita de pôr à disposição do cliente-consumidor o número do telefone da Central de Atendimento ao Público do BACEN, observando que esse órgão recebe denúncias e reclamações, “além do número do telefone relativo ao serviço de mesma natureza”, caso seja oferecido pela instituição financeira ou autorizada.

Na esteira de suas determinações, a Resolução nº 2.878/01, no art. 3º, impõe que as instituições financeiras e outras evidenciem “as condições contratuais”, entre elas merecendo destaque: a) responsabilidade por emissão de cheques sem fundos; b) hipóteses em que o correntista terá seu nome inscrito no Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundos (CCF); c) penalidades que podem ser impostas ao correntista; d) tarifas cobradas, mencionando custos sobre devolução de cheques sem fundos, manutenção de conta de depósitos; e) taxas cobradas por quem exerce o serviço de compensação de cheques e demais papéis; f) providências a adotar em

encerramento de contas de depósito, inclusive no que concerne a prazos; g) “remunerações, taxas, tarifas, comissões, multas e quaisquer outras cobranças”, provenientes de contratos (abertura de crédito, cheque especial e prestação de serviços). Adverte o parágrafo único sobre a obrigatoriedade de serem previstas as condições para a renovação dos contratos de cheque especial, limites de crédito, rescisão, prazo, tarifas e providências que possam ser adotadas pelo “cliente”.

Merece destaque a regra contida no art. 4º da Resolução nº 2.878/01, ao imprimir obrigatoriedade à oferta veiculada por meio de informações e publicidade, o que se reflete nos contratos que as instituições financeiras – e autorizadas – vierem a celebrar e também nos serviços que prestarem. O parágrafo único desse dispositivo, repetindo o CDC, impõe o dever do anúncio publicitário ser veiculado de forma que o “cliente” identifique-o como tal.

Aliás, a multicitada resolução veda a publicidade enganosa e abusiva (art. 5º), afirmando que por enganosa deve ser entendida “qualquer modalidade de informação ou comunicação capaz de induzir a erro o cliente ou o usuário, a respeito da natureza, características, riscos, taxas, comissões, tarifas ou qualquer outra forma de remuneração, prazos, tributação e quaisquer outros dados referentes a contratos, operações ou serviços oferecidos ou prestados” No que concerne à publicidade abusiva, prescreve a Resolução nº 2.878/01 que será assim considerada “dentre outras, a publicidade que contenha discriminação de qualquer natureza, que prejudique a concorrência ou caracterize imposição ou coerção”.

O princípio da veracidade a presidir as relações bancos/clientes, inclusive nos informes e publicidade, é estampado no art. 6º.

Estabelece o art. 7º o direito dos clientes à liquidação antecipada de débitos, totalmente ou não, reduzindo-se de maneira proporcional os juros incidentes, tanto nas operações de crédito pessoal quanto naquelas de crédito direto ao consumidor²⁶.

Tal como exige o CDC, no art. 31, ao dispor sobre a oferta e apresentação de produtos e serviços, o art. 8º da resolução em comento propugna a utilização em contratos e informações de “terminologia que possibilite, de forma clara e inequívoca, a identificação e o entendimento das operações realizadas, evidenciando valor, data, local e natureza”, notadamente em casos de: a) tabelas de tarifas e serviços (I); b) contratos (II); c) informativos e demonstrativos de movimentação de conta de depósitos de qualquer natureza, alcançando inclusive os fornecidos por meio eletrônico (III).

Impõe o art. 9º que as instituições financeiras e autorizadas criem opções técnicas, físicas ou especiais nos seus estabelecimentos aos portadores de deficiência física ou com mobilidade reduzida, idosos (idade igual ou superior a 65 anos), gestantes, lactantes e pessoas acompanhadas de crianças no colo, e que a esses grupos assegurem privilégio em filas, distribuição de senhas para atendimento preferencial, guichê de caixa para atendimento exclusivo ou serviço personalizado.

Lê-se ainda no mesmo dispositivo a obrigatoriedade de se facilitar o acesso aos estabelecimentos das instituições financeiras – e autorizadas – e ainda no interior dessas aos guichês de caixa e terminais de auto-atendimento, compreendendo inclusive a circulação aos portadores de deficiência física ou

²⁶ A redação do art. 7º foi alterada pela Resolução nº 2.892, de 27/09/01.

daqueles que, temporariamente ou não, tenham sua mobilidade reduzida, sem prejuízo do sistema de segurança (itens II e III).

Dispõe o item IV, do art. 9º, sobre informações especializadas relativas aos procedimentos operacionais para deficientes visuais e auditivos.

O parágrafo primeiro estabelece um prazo de 720 dias contados de 19 de dezembro de 2000 para que as instituições financeiras e autorizadas adaptem suas instalações, de sorte a dar cumprimento às normas de facilitação do acesso ao estabelecimento e no interior dele, tal como preconizados nos incisos II e III do art. 9º. Arremata o parágrafo segundo, condicionando o início de funcionamento de dependência de instituição financeira ao cumprimento das disposições contidas nos mesmos incisos II e III, referidos anteriormente.

O art. 10²⁷ obriga as instituições financeiras – e autorizadas – a imprimir em alto relevo os dados de cartões magnéticos dos portadores de deficiência visual.

Os deficientes físicos e idosos, em decorrência de suas limitações, não podem ter as exigências maiores feitas pelas instituições financeiras aos demais consumidores-clientes (art. 11). Especificamente, aos deficientes visuais e auditivos não serão impostas exigências contratuais e na prestação de serviços diversas daquelas estabelecidas aos não-portadores de deficiências (art. 12). Ressalte-se que a redação do parágrafo único do art. 12 destaca, no inciso I²⁸, o direito do deficiente visual – a fim de ter pleno conhecimento das condições dos contratos – à leitura, naturalmente prévia à contratação, do inteiro teor do instrumento, em voz alta. Esse procedimento poderá ser dispensado pelo deficiente, mas, nesse caso, constará uma declaração do contratante de que tomou conhecimento dos seus direitos e deveres, atestada por duas testemunhas.

Aos deficientes auditivos, a Resolução nº 2.878/01 impõe às instituições financeiras o dever de solicitar ao contratante-deficiente a leitura prévia do inteiro teor do instrumento contratual (item II, do parágrafo único do art. 12).

Veda o art. 13 a adoção, pelas instituições financeiras e autorizadas, de medidas discriminatórias entre clientes e não-clientes, na execução de serviços que decorram de convênios, notadamente aquelas relativas ao horário e local de atendimento. Esclarece o parágrafo único, entretanto, que não são vedados e por isso mesmo não são considerados práticas discriminatórias “o atendimento prestado no interior da empresa ou outra entidade, mediante postos de atendimento, ou instalações não visíveis ao público” e a fixação de “horários específicos ou adicionais para determinados segmentos e de atendimento separado ou diferenciado, inclusive mediante terceirização de serviços ou sua prestação em parceria com outras instituições financeiras, desde que adotados procedimentos transparentes” (itens I e II).

A Resolução nº 2.878/01 torna ainda defesa a adoção, pelas instituições financeiras, de medidas administrativas relativas ao funcionamento das dependências dos estabelecimentos que, de algum modo, impliquem restrições ao pleno acesso às áreas destinadas ao atendimento público (art. 14)²⁹. Da mesma forma, impede-se que as instituições financeiras neguem ou restrinjam aos consumidores “atendimento pelos meios convencionais, inclusive guichês de caixa, mesmo na hipótese de atendimento alternativo ou eletrônico”

²⁷ A redação do art. 10 foi modificada pela Resolução nº 2.892/01.

²⁸ A redação do item I, do parágrafo único do art. 12, foi alterada pela Resolução nº 2.892/01.

²⁹ Modificado pela Resolução nº 2.892/01.

(art. 15). Por evidente, essa regra não há de ser aplicada àquelas dependências das instituições financeiras exclusivamente eletrônicas (parágrafo primeiro, art. 15). Adverte o parágrafo segundo desse art. 15 que, às instituições financeiras, cabe “adotar as medidas que preservem a integridade, a confiabilidade, a segurança e o sigilo das transações realizadas, assim como a legitimidade dos serviços prestados, em face dos direitos dos clientes e dos usuários, devendo, quando for o caso, informá-los dos riscos existentes”, na hipótese de virem a prestar serviços por modos alternativos aos convencionais.

Cuida o art. 16³⁰ dos saques em dinheiro. Pelo teor do dispositivo compreende-se que, caso o saque em espécie seja de montante superior a cinco mil reais (R\$ 5.000,00), “realizados em conta de depósito à vista”, a instituição financeira poderá vir a fazê-lo somente no dia seguinte. Tratando-se de valor inferior ao proclamado, a postergação para o expediente seguinte não prosperará.

Impede o art. 17 o que se convencionou chamar de “vendas casadas”. Pela dicção da norma, ficam as instituições financeiras e autorizadas impedidas de impor a celebração de um contrato, condicionando-o ou vinculando-o a outro, ainda que se trate de operação ou de aquisição de bem ou serviço. Esse dispositivo contém três parágrafos: a) o primeiro refere que a proibição imposta no *caput* alcança as promoções e ofertas de produtos e serviços que acarretem “elevação artificiosa do preço ou das taxas de juros incidentes sobre a operação de interesse do cliente”; b) o segundo, já modificado pela Resolução nº 2.892/01, assegura ao consumidor o direito de “livre escolha da instituição com a qual deve ser formalizado” o contrato adicional; c) o terceiro torna legítima a cláusula contratual de “débito em conta de depósitos como meio exclusivo de pagamento de obrigações”.

Introduz o art. 18 extenso rol de práticas que considera ilegais. Descortina-se da leitura que as instituições financeiras não podem:

- promover transferência automática de “recursos de conta de depósitos à vista e de conta de depósitos de poupança para qualquer modalidade de investimento” ou ainda vir a “realizar qualquer outra operação ou prestação de serviço sem prévia autorização” do consumidor, ressalvada a hipótese de “ajustes anteriores”, estabelecidos pelas mesmas partes (I);
- tirar proveito do consumidor idoso, que não goze de saúde, ignorante, de precária condição social ou econômica, para “impor-lhe contrato, cláusula contratual, operação ou prestação de serviço” (II);
- aumentar, sem motivo relevante, valores de “taxas, tarifas, comissões ou de qualquer outra forma de remuneração de operações ou serviços ou cobrá-las em valor superior ao estabelecido na regulamentação e legislação vigentes” (III);
- utilizar a instituição financeira ou autorizada de fórmulas ou índices diferentes dos legais ou ajustados em contrato (IV);

³⁰ Redação alterada pela Resolução nº 2.892/01.

- não estipular prazo para o “cumprimento de suas obrigações” ou ainda “deixar a fixação do termo inicial a seu exclusivo critério” (V);
- promover a rescisão de contratos, operações ou serviços, ou suspendê-los ou cancelá-los, à margem das hipóteses da lei ou do contrato; veda-se, igualmente, a execução da garantia nos mesmos casos (VI);
- na cobrança de dívidas, promover a exposição do consumidor a constrangimentos, bem como fazer ameaças.

Os quatro parágrafos que acompanham o art. 18 esclarecem que:

- a) a autorização para transferência automática de recursos, disposta no item I, do art. 18, deve ser escrita, admitindo-se a feita por meio eletrônico, mas, nesse caso, terá prazo de validade, podendo, entretanto, ser por prazo indeterminado e constar de instrumento contratual de abertura de conta de depósito;
- b) a autorização para a transferência de recursos, referida no mesmo item I, pode ser cancelada pelo cliente, e produz efeito a partir da data por si indicada/definida; na ausência dessa indicação, na data do recebimento do pedido;
- c) as instituições financeiras não podem exceder os limites estabelecidos na legislação, nas hipóteses de operações ou serviços sujeitos a regime de controle ou tabelamento de tarifas ou taxas – a cobrança em valores superiores acarreta o dever de restituir o excedente, devidamente atualizado, “sem prejuízo de outras sanções cabíveis”;
- d) o estorno necessário à correção de lançamento indevidos, porque resultantes de erros de operações advindas das instituições financeiras, não é vedado; todavia, impõe-se a obrigação de comunicar (o estorno) ao cliente, no prazo de até dois dias úteis de sua ocorrência³¹.

O art. 19 preconiza que a inobservância do que trata a Resolução nº 2.878/01 acarreta sanções aos administradores, e o art. 20 autoriza o BANCEN a trazer ao sistema outras normas e medidas que entender necessárias à implementação do que dispõe a citada Resolução (item I), além de poder fixar prazos diferentes ao seu atendimento.

Os derradeiros dispositivos – art. 21 e 22 – cuidam da vigência (passou a vigor na data de sua publicação) e da revogação de Resoluções antecedentes (§ 2º, art. 1º, Res. nº 1764/90; Res. nº 2411/97 e o Comunicado nº 7270/00).

³¹ Redação alterada pela Resolução nº 2.892/01.

Note-se, por fim, que a Resolução nº 2.892, de 27 de setembro de 2001, que modificou em parte a de nº 2.878/01, dispõe que:

- as instituições financeiras ficam obrigadas a exigir de seus clientes “confirmação clara e objetiva quanto à aceitação do” produto/serviço ofertado ou colocado à sua disposição, “não podendo considerar o silêncio como sinal de concordância” (art. 2º);
- as instituições financeiras (e correlatos) estão compelidas a “garantir a seus clientes o cancelamento da autorização de débitos automáticos em conta efetuados por força de convênios celebrados com concessionária de serviço público ou empresa privada”; em parágrafo único, é assinado o prazo de 60 dias para que os contratos incluam cláusula específica (art. 3º e parágrafo único);
- um “Manual do Cliente e Usuário de Serviços Financeiros e de Consórcio” consolida as disposições contidas nas duas Resoluções (nº 2.878 e nº 2.892, ambas de 2001), anunciando o BACEN, no parágrafo único, que manterá de modo permanente o referido manual atualizado (art. 4º, e parágrafo único).

À guisa de conclusão

A conclusão inexorável a que se chega a termo é que a atividade bancária é serviço, nos termos do CDC, sendo o usuário/cliente, **consumidor**, nos termos da lei, bem como os bancos, as instituições financeiras e de crédito, além das companhias de seguro, **fornecedores**. Ademais, a relação estabelecida entre tais entes e os consumidores deve ser considerada como uma tradicional relação de consumo, inclusive por decorrência do fenômeno denominado “bancarização”^{32 33}. A Resolução BACEN nº 2.878/01 e ainda sua conseqüente – Resolução nº 2.892/01 – não revogaram nenhum princípio, norma ou regra inserida no CDC, até porque o Banco Central do Brasil não tem competência legislativa para dispor sobre as relações de consumo.

O exame, posto enfadonho, dessas duas resoluções do BACEN podem suscitar no intérprete algumas dúvidas.

A primeira seria a de que os textos procuram afastar a incidência do CDC sobre os bancos, instituições financeiras e de crédito e companhias de seguro. Nessa linha, as relações banco-cliente teriam um novo corpo legislativo a presidir tais negócios. Tal interpretação afigura-se-me contrária à Constituição Federal, à lei e até à moral.

³² Explica com maestria tal fenômeno Antônio Carlos Efig, em seu artigo Do dever do Banco Central do Brasil de controlar a atividade bancária e financeira, aplicando as sanções administrativas previstas no sistema de proteção do consumidor (*Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 26, p. 18-22, abr./jun. 1998), esclarecendo que nas sociedades de massa, como a nossa, as pessoas submetem-se ao sistema bancário, compulsoriamente.

³³ Raimundo Gomes de Barros salienta que a relação jurídica estabelecida com os bancos “é compulsória, pois que, na sociedade de consumo atual, seria mesmo impossível imaginar que alguém pudesse tocar a vida, sem algum tipo de dependência de um banco” (BARROS, Raimundo Gomes. *Contrato Bancário e o Consumidor*. Disponível em: <<http://www.webnewsexpress.com.br/clientes/infojus/noticia>>. Acesso em: 26 out. 2002).

A segunda é a de que as resoluções complementariam o CDC, naquilo que com este não fossem incompatíveis. Vale dizer, sem negar totalmente a validade de ambas (as resoluções), seus preceitos seriam aproveitados, desde que não colidissem ou prevalecessem com as normas do direito do consumidor. Vislumbro essa orientação em acordo com o sistema em vigor.

De toda maneira, quer-me parecer que não será pela existência e vigência dessas resoluções que se farão desaparecer – ou deixar de incidir – os princípios, normas e regras do CDC nas relações com os bancos, instituições financeiras e de crédito, assim como com empresas securitárias.

Não quero crer – na verdade recuso-me a aceitar – a idéia de que o Banco Central do Brasil brindou os brasileiros com um Código de Defesa do Consumidor “B”, específico das instituições financeiras e outras autorizadas como preconizam as resoluções muitas vezes aqui referidas. Além de violar a hierarquia das leis, fazendo prevalecer resoluções sobre as leis ordinárias, numa completa inversão constitucional, o reconhecimento dessa situação conferiria a um grupo empresarial um odioso privilégio. Em verdade, não existe uma única razão legal ou plausível de colocar-se essa atividade empresarial fora do alcance do CDC, uma vez que as atividades que desenvolvem tais entidades são explicitamente consideradas e mencionadas na lei de proteção ao consumidor. Seria um retrocesso legal e de todo um pensamento jurídico assim proceder. No máximo, como dito, poder-se-á admitir a vigência dessas – e de outras resoluções que venham a ser engendradas – como complementares ao CDC, e, mesmo assim, interpretando-as *cum grano salis*, isto é, temperando-as e desde que não revoguem as disposições da Lei nº 8078/90 e todo o microsistema por ela criado.

Recordo Esopo³⁴, na fábula “O Leão, Prometeu e o Elefante”:

O leão queixava-se muitas vezes de Prometeu, embora este o tivesse feito grande e belo, lhe tivesse armado mandíbulas com dentes, e reforçado as garras com unhas, tornando-o mais forte do que as outras feras: ‘pois, apesar de tudo isso’, dizia ele, ‘eu tenho medo do galo’. Até que Prometeu lhe replicou: ‘Por que me acusas tu sem razão? Por acaso não tens todas as vantagens físicas que eu pude plasmar? Na realidade é a tua alma que fraqueja diante desse único ser’. O leão começou então a lamentar-se e a acusar-se de covardia; por fim teve até vontade de morrer. Estava ele nessa disposição de espírito quando encontrou o elefante; saudou-o e parou para conversar; notando então que o elefante sacudia continuamente as orelhas, perguntou: ‘Que tens tu ? E por que a tua orelha não pára um só instante de tremer ?’ E o elefante, enquanto por acaso um mosquito voltejava em torno dele, explicou: ‘Estás vendo este ser minúsculo que zumba? Se ele penetrar no conduto de minha orelha, eu morrerei’. Então o leão disse para si mesmo: ‘Afinal, por que teria eu necessidade de morrer, sendo tão poderoso e sobrepujando em felicidade o elefante, tanto quanto o galo sobrepuja em força o mosquito?’

³⁴ ESOPPO. *As fábulas de Esopo*: em texto bilingüe grego-português. Tradução direta do grego, prefácio, introdução e notas de Manuel Aveleza de Souza. Rio de Janeiro: Thex, 1999, p. 211.

Nosso mosquito – o consumidor – assusta o elefante (os bancos, as instituições financeiras, de crédito e seguro), que teme morrer pela singela introdução do inseto em sua fabulosa orelha.

Agradeço a atenção e a paciência dos que me ouviram, pois, como deixou dito Baltasar Gracián, “A brevidade é agradável e lisonjeira, além de dar mais resultado [pois] As coisas boas, se breves, são duplamente boas”³⁵ e, antes que me acusem de prolixidade, ponho um ponto final nesta oração.

Muito obrigado.

Salvador, 12 de novembro de 2002.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A abusividade da cláusula mandato nos contratos financeiros, bancários e de cartões de crédito. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 19, p. 148-160, jul./set. 1996.

BARROS, Raimundo Gomes de. *Contrato Bancário e o Consumidor*. Disponível em: <<http://www.webnewsexpress.com.br/clientes/infojus/noticia>>. Acesso em: 26 out. 2002.

BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor*. Principiologia. Conceitos. Contratos atuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

BONEAU, Thierry. *Droit Bancaire*. 1. ed. Paris: Montchrestien, 1994.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Banco Central do Brasil. Resolução nº 2.878, de 26 de julho de 2001.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Banco Central do Brasil. Resolução nº 2.892, de 27 de setembro de 2001.

CASADO, Márcio Mello. *Proteção do Consumidor de Crédito Bancário e Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

EFING, Antonio Carlos. O dever do banco central de controlar a atividade bancária e financeira, aplicando sanções administrativas previstas no sistema de proteção do consumidor. *Revista do direito do consumidor*, São Paulo, n. 26, p. 19 – 22, abr./jun. 1998.

ESOPO. *As fábulas de Esopo*: em texto bilingüe grego-português. Tradução direta do grego, prefácio, introdução e notas de Manuel Avezé de Souza. Rio de Janeiro: Thex, 1999.

FARINA, Juan M. *Contratos Comerciales Modernos*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1997.

GRACIÁN, Baltasar. *A Arte da Prudência*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

³⁵ GRACIÁN, Baltasar. *A Arte da Prudência*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 63-64.

LINS, Ivan. *Aspectos e trechos escolhidos dos sermões e cartas do Padre Antônio Vieira*. Rio de Janeiro: Ediouro, [1988?], p. 31. (Coleção Prestígio).

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Contratos no código do consumidor: pressupostos gerais. *Revista dos tribunais*. São Paulo, v. 83, n. 705, p. 45 – 50, jul. 1994.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Consumidor e sistema financeiro. *Revista do direito do consumidor*, São Paulo, n. 22, p. 87 – 101, abr./jun. 1997.

LUCCA, Newton de. A aplicação do código de defesa do consumidor à atividade bancária. *Revista do direito do consumidor*, São Paulo, n. 27, p. 78 – 87, jul./set. 1998

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O Novo Regime das Relações Contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MATOS, Leonardo Bragança. *Cartilha Bancária*. Disponível em: <http://www.direitonaweb.adv.br/doutrina/dcons/Leonardo_B_Matos>. Acesso em: 26 out. 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária Biblioteca Jurídica, 2001.

NORONHA, Antônio Lopes de. Contratos bancários. *Revista do consultor jurídico*. 23 de set. 2002. Disponível em: <<http://conjur.uol.com.br/textos/13582>>. Acesso em: 26 out. 2002.

PITON, Aparecido Donizete. *Alterações do código bancário apresentam retrocesso para a sociedade*. Disponível em: <<http://www.andif.com.br/noticias/noticias3.asp>>. Acesso em: 26 out. 2002.

PUGGINA, Márcio Oliveira. A responsabilidade civil do banqueiro pela concessão do crédito. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 26, p. 141-142, abr./jun. 1998.

REVISTA DE DIREITO DO CONSUMIDOR. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 38, abr./jun. 2001.

REVISTA DE DIREITO DO CONSUMIDOR. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 42, p. 373-375, abr./jun. 2002.

WALD, Arnold. O direito do consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 80, n. 666, p. 7-17, abr. 1991.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Os contratos bancários e o código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 18, p. 125-131, abr./jun. 1996.

TEORIA DA ASSERTÇÃO NAS CONDIÇÕES DA AÇÃO E A EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO

Bárbara Nobre de Faria*

INTRODUÇÃO

No decorrer do desenvolvimento de nosso estudo, demonstraremos, sem maiores pretensões, mas apenas sob o ponto de vista crítico, como a teoria da asserção nas condições da ação deve ser adotada pela legislação brasileira, no sentido de permitir a extinção do processo com julgamento de mérito, quando, após análise das chamadas condições da ação, com a devida dilação probatória, for constatada ausência de, pelo menos, uma delas, considerando o princípio da economia processual e a necessidade de desafogar nossos tribunais.

Enfatizaremos as divergentes opiniões a respeito do tema, passando antes pelos conceitos de ação, de acordo com as teorias existentes, pelo conceito de cada uma das condições da ação listadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam, a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade *ad causam* e o interesse de agir; além do conceito de mérito.

Veremos a positivação da matéria para então demonstrarmos a dificuldade prática em sua aplicação, considerando, ainda, a íntima relação existente entre o direito material e as referidas condições.

Contrariando, então, a legislação vigente e a maioria da doutrina e jurisprudência pátria, procuraremos estudar e elucidar as hipóteses de extinção do processo com o julgamento do mérito após exame das condições da ação, decisão essa dotada do efeito da coisa julgada material.

Ao final, emitimos nosso posicionamento, não tendo, no entanto, a intenção de colocá-lo como pacífico, trazendo à colação algumas ementas de decisões judiciais a fim de demonstrar como nossos tribunais, atualmente, têm entendido de modo contrário ao direito positivado, na tentativa de melhor julgar as lides postas a sua apreciação.

* Procuradora do Estado do Pará, especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Pará.

Sabemos da polêmica existente e objetivamos, apenas, esclarecê-la, para que todos analisem melhor o tema, em virtude da necessidade de mudanças nas relações jurídicas processuais: autor-réu-juiz.

1 CONCEITO DE AÇÃO

Para tratarmos da teoria da asserção nas condições da ação, primeiramente, é necessário entender o que é a ação. Nesse sentido, diversas teorias surgiram, tentando conceituá-la, enfatizando-a sob um prisma ora subjetivista, ora objetivista.

Para tanto, devemos ainda recordar o conceito de jurisdição, considerando-a sob a exclusividade do Estado que, ao se organizar politicamente em sociedade, proibiu aos particulares resolverem suas divergências por forças próprias, tomando tal poder para si, tornando-se, então, o responsável pela solução dos conflitos de interesses existentes nas diversas relações jurídicas surgidas. E, sendo a jurisdição inerte, necessária foi a criação de algo que provocasse o Estado ao exercício dela. Tem-se com isso o nascimento da ação.

A partir desse momento, surge para todas as pessoas o direito de exigir que o Estado solucione o conflito de interesses mediante o exercício da jurisdição, aplicando ao caso concreto a lei por ele emitida.

1.1 Teoria civilista da ação

Também denominada imanentista ou clássica, desenvolvida por Savigny, a teoria civilista da ação defendia a ação como algo vinculado ao próprio direito material que visava a proteger. Ela era o próprio direito material, reagindo à ameaça ou violação, era a chamada ação de direito material. Os seguidores dessa teoria argumentavam que ação e direito complementam-se de tal modo que um não existe sem o outro.

A ação era tida como “o direito de perseguir em juízo aquilo que nos é devido”¹, pois tais doutrinadores entendiam que uma pessoa provocava a jurisdição estatal na defesa de um direito que lhe assistia, não cabendo discussão quanto a isso.

Tal teoria sofreu várias críticas, entre as quais a constatação da existência da ação declaratória negativa feita por Adolf Wach, na qual o autor não busca o que lhe é devido, mas apenas que seja declarada a inexistência de qualquer relação jurídica, em face de determinado adversário, seja porque nada é devido ao autor ou ao réu.

Dessa forma, comprovou-se a existência de um direito subjetivo, independente do direito material alegado pelo autor a ser protegido pelo Estado, dando surgimento a uma nova teoria da ação.

1.2 Teoria do direito concreto de ação

Contrariando a teoria civilista, também defendida pelo professor Windscheid, para quem a ação tinha um tom espiritualista, representando o próprio direito em atuação, fazendo-se valer, Theodor Muther publicou uma obra sobre a ação, na qual alertou para o seu reconhecimento como um direito autônomo, diverso do direito material lesado. Segundo o eminente mestre, a ação deveria ser entendida como o direito à tutela jurisdicional exercida contra o Estado e contra a outra parte, obrigada ao cumprimento da decisão estatal².

Além da polêmica acima tratada, a tese do ilustre professor Bülow, definindo o processo como uma relação jurídica processual distinta da relação jurídica material, concedeu maior autonomia à relação processual e, conseqüentemente, ao direito de ação, dando ensejo ao surgimento da teoria do direito concreto de ação, desenvolvida então por Adolf Wach, que reconheceu a independência entre o direito de ação e o direito material, após ter constatado a existência de ação declaratória negativa, em monografia sobre ação declaratória³,

¹ NEVES, 1995 *apud* FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da Ação: enfoque sobre o interesse de agir*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 47.

² *Ibid.*, p. 48.

³ FREIRE, 2001, p. 49.

como vislumbrado anteriormente, o que segundo Celso Barbi, “foi um golpe de morte na teoria clássica”⁴.

Entretanto, os defensores dessa teoria, inclusive Wach, alegam que essa autonomia refere-se, apenas, ao nascimento do direito de ação, o qual é independente do direito material, que lhe é preexistente. Argumentam que, embora não nasçam conjuntamente, o direito de ação só é outorgado a quem possui o direito subjetivo material, isto é, aquele só compete a quem for titular deste.

Assim declara James Goldsmidt:

Wach estabeleceu o conceito da exigência da proteção jurídica, entendendo por tal denominação o direito subjetivo público processual da parte, titular, segundo direito material, frente ao Estado, a que lhe dê proteção jurídica, mediante uma sentença favorável e frente ao adversário, para que este sofra o ato protetor estatal⁵.

Goldsmidt entendia a exigência de proteção jurídica como de caráter público e não processual, sendo a ação, portanto, dirigida contra o Estado e não contra o adversário⁶. A ação seria o meio adequado para determinada pessoa exigir do Estado proteção a direito seu, caracterizando, portanto, o direito subjetivo a uma sentença favorável, com exceção da ação declaratória negativa.

Ainda na defesa da teoria em questão, insurge-se Chiovenda, considerando, entretanto, a ação como direito potestativo do autor em face do adversário que é quem sofrerá a coação estatal. É, portanto, direito dirigido contra o adversário, não tendo a índole pública defendida por Goldsmidt. É necessário invocar o Estado apenas para que este, exercendo a jurisdição, preste a devida tutela protegendo direito do autor, fazendo valer a vontade da lei abstratamente prevista pelo ordenamento jurídico, impondo-a ao caso concreto⁷.

Tal teoria não ficou imune a críticas, por ter ignorado os casos de improcedência da ação intentada pelo autor, nos quais o Estado, ao aplicar a lei ao caso concreto, acaba por proferir sentença desfavorável àquele, reconhecendo não possuir o direito subjetivo alegado. Dessa forma, apesar de ter havido prestação da tutela jurisdicional, o Estado não protegeu o direito do autor titular da ação.

⁴ BARBI *apud* FREIRE, 2001, p. 48.

⁵ GOLDSCHMIDT, 1936 *apud* FREIRE, 2001, p. 49.

⁶ *Ibid.*, p. 49.

⁷ CHIOVENDA, 1962 *apud* GOMES, Fábio. *Carência de Ação: doutrina, comentários ao CPC, análise da Jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 33.

Assim é que, mais uma vez, surge nova teoria tentando conceituar o direito de ação, considerando-o, no entanto, como um direito abstrato.

1.3 Teoria da ação como direito abstrato

Vale aqui ressaltar o que se segue:

A doutrina abstrativista surgiu antes mesmo do nascimento da teoria da ação como direito concreto, com a publicação de dois trabalhos jurídicos na segunda metade do século passado: o primeiro escrito pelo húngaro Plósz, em 1876 (e publicado na Alemanha em 1880), e o segundo pelo alemão Degenkolb, em 1877, por meio dos quais os mesmos procuraram demonstrar que a ação é um direito processual subjetivo que se pode conceber com abstração de qualquer outro, sendo, portanto, absolutamente distinto do direito substancial ou material subjetivo que possa ter a parte⁸.

Essa teoria, mantendo o direito de ação na linha da autonomia em relação ao direito material lesado, defendida pelo mestre Bülow citado anteriormente, entende-o, entretanto, como um direito abstrato, uma vez que não há como se considerar autônomo um direito vinculado a uma decisão favorável ao autor⁹, como sugere a teoria concreta da ação.

Seus doutrinadores assim colocam a ação:

Direito subjetivo público que se exerce contra o Estado e em razão do qual sempre se pode obrigar o réu a comparecer em juízo. É o direito de agir, decorrente da própria personalidade, nada tendo em comum com o direito privado argüido pelo autor; pode ser concebido 'com abstração' de qualquer outro direito; preexiste à própria demanda, constituindo-se esta tão somente o meio através do qual pode ser exercido¹⁰.

Nesse sentido, ação era o direito público subjetivo processual autônomo e abstrato de agir, conferido a todos indistintamente, como exercício de uma pretensão de tutela perante o Estado e independente de qualquer direito subjetivo material preexistente, isto é, é "irrelevante para sua existência que o autor

⁸ FREIRE, 2001, p. 51.

⁹ *Ibid.*, p. 50.

¹⁰ DEGENKOLB; PLÓSZ *apud* GOMES, 1999, p. 37.

tenha razão ou não, seja ou não titular do direito posto em causa perante o magistrado”¹¹.

A teoria da ação como direito abstrato também não fugiu às críticas, alguns autores alegaram que ela foi confundida com o “direito de petição” outorgado a todos pela Constituição Federal.

Passou-se então a entender que o verdadeiro direito de ação, para ser exercido, exigia o preenchimento de determinados requisitos chamados de condições da ação, surgindo assim, uma nova teoria, conceituando-o ainda como direito abstrato, mas dependente de certas condições de admissibilidade.

1.4 Teoria eclética da ação

Em princípio, devemos destacar que a teoria eclética da ação, desenvolvida por Liebman, entende o direito de ação, assim como a teoria abstrata, como um direito à tutela jurisdicional do Estado, um direito de agir dirigido contra o Estado em sua condição de titular do poder jurisdicional, sendo, portanto, o direito à jurisdição. E, sendo a jurisdição inerte, a ação surgiu como o meio utilizado a provocar o exercício daquela. O Estado só presta a devida tutela quando provocado pelo direito de ação. Daí o reconhecimento de uma estreita relação entre ação e jurisdição¹².

Entretanto, tal teoria assume uma posição intermediária entre as duas últimas teorias vislumbradas, pois diverge da teoria concreta por não considerar o direito de ação como o direito a um provimento favorável ao autor, por parte do Estado, e contraria a teoria abstrata por não entender o direito de ação como de conteúdo genérico, conferido a todos indistintamente.

A teoria eclética da ação defende a ação como o direito à jurisdição, entendendo este como o direito de provocar o julgamento do pedido, a decisão da lide. Para tanto, exige determinadas condições, as quais denominou condições da ação, que, portanto, são elementos preliminares indispensáveis ao efetivo exercício do direito de ação, aptos a provocar o julgamento do pedido feito pelo autor em sua

¹¹ LACERDA, 1953 *apud* SILVA, Ovídio A. Batista da. *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001. v. 1, p. 98.

¹² LIEBMAN, 1962 *apud* SILVA, 2001, p. 99.

peça inicial, cuja ausência acarreta, segundo Liebman, a inexistência da própria ação¹³.

Para o citado mestre, a atividade desenvolvida pelo juiz, ao analisar se o autor preenche as condições da ação, ainda não é jurisdicional, visto que esta somente se desenvolve com o efetivo exercício daquela¹⁴.

Observe-se que essa teoria mantém a ação como um direito abstrato, uma vez que o provimento jurisdicional objeto dela independe de ser favorável ou não ao autor. Entretanto, tal abstração não é incondicional. Ao exigir o cumprimento de determinados requisitos para que o direito de ação seja exercido, essa doutrina condiciona a própria atividade jurisdicional, visto que, não verificadas tais condições, não haverá exercício de jurisdição, e o magistrado não tomará conhecimento do mérito da causa, por consequência, não o julgará.

Tal exigência foi criada por Liebman, ao criticar a teoria abstrata, diferenciando o direito de ação processual previsto pelo CPC do direito de petição disposto na CF, este sim, além de abstrato, incondicional, conferido a todos indistintamente.

Ressaltemos, neste momento, que esta é a teoria adotada predominantemente pela doutrina e jurisprudência pátria e a que vigora no Código de Processo Civil Brasileiro, como se pode ver pela disposição do artigo 267, inciso VI.

Apesar de positivada, tal teoria não ficou livre de críticas, que são o objeto de nosso trabalho, não cabendo aqui desenvolver o tema, reservando-nos para melhor exposição, adiante.

2 AS CONDIÇÕES DA AÇÃO

Após a análise das teorias existentes sobre a ação, enfatizando a predominante na doutrina, na jurisprudência e revestida de fundamentação legal, passamos a expor as chamadas condições da ação, conceituando cada uma delas com base nos ensinamentos da teoria eclética acima apontada.

¹³ LIEBMAN, 1962 *apud* GOMES, 1999, p. 43-44.

¹⁴ LIEBMAN, 1962 *apud* SILVA, 2001, p. 100.

Como dito anteriormente, as condições da ação são requisitos exigidos para que o demandante tenha apreciado o mérito da causa oposta em juízo. Segundo essa teoria, tão-somente com o preenchimento dessas condições o autor terá direito ao julgamento do seu pedido, direito à tutela jurisdicional.

Conforme a doutrina de Liebman, a falta de qualquer uma delas gera a chamada “carência da ação” que, segundo tal doutrinador, significa a inexistência da própria ação. E, como para o citado mestre, a ação é o direito a uma sentença de mérito e somente o julgamento deste reflete o exercício da jurisdição, não haverá, sequer, prestação da tutela jurisdicional. Não havendo condições para o julgamento do pedido do autor, não se fala em exercício do direito de ação do qual aquele é carecedor¹⁵.

Contrariando Liebman, juristas, como Watanabe¹⁶ e Rodrigo Freire¹⁷, entendem que a ação existe sim, não sendo, no entanto, possível o seu exercício. Para eles, tais condições são requisitos de admissibilidade da ação, exigidos para que ela possa ser exercida regularmente, passando o juiz ao exame do mérito da causa. Nesses casos, a jurisdição é exercida, sim, quando o magistrado decide sobre a possibilidade de adentrar o mérito da causa, julgando então a lide.

Da forma como esses doutrinadores conceituam as condições da ação, entendem haver uma separação entre estas e o mérito da causa. Esse é um posicionamento fundamentado na legislação vigente e no que a doutrina denominou “trinômio processual”. Trinômio porque a cognição do magistrado envolve, além das condições da ação e do mérito, outro elemento, que são os “pressupostos processuais”. O juiz deverá seguir uma ordem de cognição, examinando primeiro se o processo existe e foi formado validamente, mediante o preenchimento dos pressupostos processuais; se a ação pode ser exercida regularmente, quando cumpridas as suas condições, para, somente ao final, verificada a presença desses requisitos, passar a decisão sobre a lide oposta a sua apreciação.

Vale neste momento ressaltar que os pressupostos processuais são elementos exigidos para a formação do processo, sendo, portanto, de caráter meramente processual, não tendo relação com o direito material posto a julgamento.

¹⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual*. 2. ed. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1985. v. 1.

¹⁶ WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 2. ed. atual. Campinas: Bookseller, 2000. p. 78.

¹⁷ FREIRE, 2001, p. 54.

São eles requisitos exigidos para que a relação jurídica processual seja considerada existente ou válida, conforme o pressuposto seja de existência ou de validade. São, portanto, extrínsecos ao mérito da causa.

A partir daí, após a análise dos pressupostos processuais, constatando que a relação processual existe e foi formada validamente, deverá o magistrado passar ao exame das chamadas “condições da ação”, o segundo elemento de sua cognição. E foi influenciado pela doutrina de Liebman, que o CPC enumerou três condições da ação, quais sejam, a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade *ad causam* e o interesse de agir, também denominado interesse processual.

Ressaltemos que Liebman, após novos estudos, excluiu a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação, sendo esta, entretanto, mantida como tal pela legislação brasileira.

Passemos então ao conceito de cada uma delas.

Por possibilidade jurídica do pedido, devemos entender a previsibilidade no ordenamento jurídico do pedido feito pelo autor, isto é, a pretensão formulada pelo demandante deve estar abstratamente prevista em lei, expressa ou implicitamente. Não pode haver vedação legal ao provimento pleiteado judicialmente pelo autor.

Nesse sentido, Arruda Alvim assinala:

A possibilidade jurídica do pedido é instituto processual e significa que ninguém pode intentar uma ação sem que peça uma providência que esteja, em tese (abstratamente), prevista no ordenamento jurídico, seja expressa, seja implicitamente¹⁸.

Demos destacar que o CPC refere-se somente à possibilidade jurídica do pedido, não se incluindo neste a causa de pedir, pois, como observa Rodrigo Freire¹⁹, a causa de pedir ilícita não contamina o pedido, já que ambos são elementos distintos, apesar de relacionados. No entanto, ressaltamos que o mesmo autor defende a utilidade prática de se incluir a causa de pedir no julgamento do pedido por razões de economia processual, uma vez que, se assim fosse, evitar-se-ia o prosseguimento de processos fadados à improcedência.

¹⁸ ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. v. 1, p. 137.

¹⁹ FREIRE, 2001, p. 113.

Consideremos, portanto, a opinião de Teresa Wambier para quem “a pretensão há de ser albergada pelo sistema; e possível é o pedido não expressamente vedado por lei e lastreado em *causa petendi* não proscriita pelo sistema”²⁰.

Vejamos ainda que autores como Calmon de Passos²¹ e Armelin²² defendem a possibilidade jurídica do pedido não mais como condição da ação e sim como mérito da causa, considerando que a declaração da impossibilidade jurídica do pedido nada mais é do que julgar o pedido improcedente por ausência de fundamentação legal, o que é um dos objetos de nosso estudo, além de tendência moderna, como melhor será vislumbrado em capítulo adiante, cabendo neste momento apenas demonstrar a existência de posicionamento contrário à legislação vigente.

Quanto à condição legitimidade *ad causam*, observemos o seu caráter subjetivo, por se referir aos sujeitos de uma determinada relação jurídica posta à apreciação do magistrado. A legitimidade divide-se em ativa e passiva, sendo esta correspondente ao réu e aquela, ao autor da demanda. Dessa forma, legitimidade *ad causam* significa legitimidade específica para agir concretamente em juízo, conferida a quem é parte no conflito de interesses objeto da cognição do magistrado. Existe quando há identidade entre os sujeitos da relação processual e material posta à apreciação do juiz, entre os titulares do litígio.

Vale ressaltar que estamos tratando da legitimidade ordinária, pois a lei, excepcionalmente, confere legitimidade a quem não é o verdadeiro titular da lide, do direito material objetivo, mas, sim, representante deste, como é o caso dos substitutos processuais, por exemplo. Essa legitimidade é denominada extraordinária e só ocorre quando houver previsão legal permitindo-a²³.

Também não há que se confundir a legitimidade *ad causam* com a legitimidade *ad processum*, uma vez que esta é um pressuposto processual de validade, independente da relação jurídica material oposta a julgamento, dizendo

²⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 43. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, 16).

²¹ PASSOS, José Joaquim Calmon. Em torno das Condições da Ação: a possibilidade jurídica do pedido. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, v. 4, p.63, 1964.

²² ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no Direito Processual Civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 53.

²³ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1, p. 190.

respeito à formação válida da relação jurídica processual. Difere ainda da capacidade processual, que é a aptidão genérica para agir em juízo, conferida aos absolutamente capazes, às pessoas jurídicas regularmente constituídas e a alguns entes despersonalizados²⁴.

Vejamos que a legitimidade *ad causam*, assim como as outras condições da ação, deve ser aferida segundo a teoria eclética de forma abstrata e hipotética, conforme a situação concreta trazida a juízo. Ressaltemos, entretanto, a opinião de estudiosos como Teresa Wambier²⁵, para quem a análise da legitimidade adentra o mérito da causa, pela impossibilidade prática de se traçar um marco divisor entre a referida condição e o objeto litigioso.

No mesmo sentido, o eminente mestre Ovídio Batista alega:

A sentença que declara o autor carecedor da ação por ilegitimidade 'ad causam' não decide o mérito de sua ação, é imaginar que a demanda que o autor descreve na petição inicial pudesse ter seu mérito num segundo processo e na lide de outrem!²⁶

No que tange ao interesse de agir, mais bem denominado interesse processual, como observa Marcelo Abelha, uma vez que agir pode ser tanto processual quanto extraprocessual, devemos primeiramente ressaltar que não deve ser confundido com o direito substancial ou material, apesar de estarem relacionados²⁷.

Segundo Liebman, o interesse processual “é a relação de utilidade entre a afirmada lesão de um direito e o provimento de tutela pedido”²⁸. Observemos que a doutrina conceitua o interesse processual abordando diferentes aspectos. Autores há, como Fábio Gomes, que consideram o binômio “necessidade + utilidade da tutela jurisdicional para que a pessoa obtenha o bem da vida pretendido”²⁹. Nesse sentido, o interesse processual nasce quando há lesão ao direito subjetivo material. Outros como Dinamarco falam em adequação ao invés de utilidade.

Concordamos, entretanto, com Teresa Wambier, que assevera:

²⁴ FREIRE, 2001, p. 114.

²⁵ WAMBIER, 1997, p. 46.

²⁶ SILVA, 2001, p. 109.

²⁷ RODRIGUES, *Op.cit.*, p. 185.

²⁸ LIEBMAN, 1984 *apud* DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 273.

²⁹ GOMES, 1999, p. 90.

No binômio utilidade e necessidade está embutida a idéia da adequação, pois se a via escolhida é inadequada, por conseguinte, é inútil. Só a via adequada há de ser útil para que teoricamente (= se fundado o pedido), possam ser atingidos os objetivos colimados³⁰.

Ressaltemos que a utilidade é aferida, em princípio, pela vantagem prática que gerará, mas deve ser sempre jurídica, isto é, não ilícita. E a necessidade há de ser atual³¹.

O interesse processual é a “necessidade que deve ter o titular do direito de servir-se do processo para obter a satisfação de seu interesse material, ou, para através dele, realizar o seu direito”³². Para Rodrigo Freire, o interesse processual “se concretiza na utilidade potencial da jurisdição, por ser esta capaz de conferir, pelo menos em tese, uma vantagem ou benefício jurídico efetivo ao autor”³³.

Tem interesse processual, portanto, o titular que necessita do processo para satisfazer uma pretensão, por possuir um direito ameaçado ou lesado, devendo, para tanto, escolher o provimento adequado e útil à obtenção do resultado pretendido, a provocar a atuação jurisdicional.

Como dissemos anteriormente, o interesse processual não se confunde com o interesse material, pois um pode existir sem o outro, como no caso de uma pessoa ter interesse em ver restaurado o seu direito, então violado, não tendo, no entanto, formulado uma pretensão adequada à satisfação do interesse contido no direito subjetivo material, faltando dessa forma, interesse na obtenção do tipo de tutela pleiteada. “O interesse processual, portanto, se traduz em pedido idôneo a provocar a atuação jurisdicional”³⁴.

Vale aqui ressaltar que casos há em que os contornos do interesse como condição e mérito são pouco visíveis³⁵. E, sendo o interesse a necessidade que o titular de um direito ameaçado ou violado tem de voltar ao *statu quo ante*, sua análise implicará perquirir sobre questão pertinente à relação de direito material, oposta em juízo, o que ensejará o exame do mérito, na opinião de Fábio Gomes³⁶.

³⁰ WAMBIER, 1997, p. 47.

³¹ ARMELIN, 1979, p. 59.

³² SILVA, 2001, p. 106.

³³ FREIRE, 2001, p. 176.

³⁴ SILVA, *Op. cit.*, p. 106.

³⁵ WAMBIER, *Op. cit.*, p. 48.

³⁶ GOMES, 1999, p. 90.

No entanto, esse é um posicionamento minoritário, o qual será aprofundado mais adiante.

Importa ainda esclarecer que as três condições da ação acima expostas são consideradas por alguns doutrinadores como condições genéricas da ação, porque, eventualmente, a legislação infraconstitucional impõe outras condições específicas para o exercício de determinada ação, dependendo do processo ou do procedimento a ser adotado.

Consideremos, ainda, a própria redação do artigo 267, inciso VI, do CPC, que deixa margem a tal entendimento, por versar: “qualquer das condições da ação como a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse processual”³⁷.

Vislumbradas as condições da ação, passemos ao conceito de mérito para, então, abordarmos a possibilidade de extinção do processo com julgamento do mérito, por ausência de, pelo menos, uma daquelas.

3 MÉRITO

Como dito anteriormente, o CPC, adotando a separação entre pressupostos processuais, condições da ação e mérito, consagrou o trinômio processual pelo qual o mérito somente será analisado depois de ultrapassada a cognição do juiz sobre os requisitos de admissibilidade do processo e da ação, e desde que devidamente cumpridos.

O conceito de mérito adotado por nosso ordenamento jurídico, assim como o de condições da ação, tem fundamento na teoria desenvolvida por Liebman, como se infere da exposição de motivos do Código de Processo Civil Brasileiro.

O CPC e a doutrina de Liebman entendem mérito, lide e objeto litigioso como palavras sinônimas, apesar de, na exposição dos motivos do CPC, a lide ter sido inicialmente tratada sob a visão de Carnelutti, como o conflito de interesses qualificado pela pretensão do autor a que resiste o réu, enfatizando a extraprocessualidade da relação jurídica. Dessa forma, mérito é o conflito de interesses levado à apreciação do juiz, de acordo com o pedido do autor³⁸.

³⁷ NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 325.

³⁸ WATANABE, 2000, p. 97.

Vemos então que seguidores dessa doutrina, como Cândido Rangel Dinamarco³⁹, adotam um conceito restrito de mérito, considerando-o tão-somente como a pretensão formulada pelo demandante em sua exordial. Para o citado mestre, é esta pretensão processual que define o objeto do processo, excluindo-se as questões, assim como a lide ou a própria demanda inicial que consubstancia tal objeto. É sobre a pretensão do autor que o magistrado deve exercer a jurisdição, emitindo o provimento jurisdicional conforme pleiteado na exordial. Equivale ao conceito de objeto litigioso do processo e mérito, não se confundindo este com as questões de mérito, as quais são resolvidas na motivação da sentença, não fazendo parte de seu dispositivo. Excluem-se, portanto, as questões analisadas previamente ao mérito, denominadas “questões prévias prejudiciais” e “questões prévias preliminares” ou “questões de mérito”, além de tudo quanto for extraprocessual.

Apenas para recordar brevemente, “questões prévias prejudiciais” são questões surgidas no curso do processo e das quais depende o julgamento da lide posta à apreciação do magistrado. Este deverá primeiro conhecê-las, para somente depois de elucidadas passar à solução da demanda ajuizada. Vejamos que as “questões prévias prejudiciais” não dizem respeito ao mérito, influenciando, no entanto, em seu julgamento.

Já as “questões prévias preliminares” ou “questões de mérito” dizem respeito aos denominados “pressupostos processuais” e às “condições da ação” anteriormente analisadas.

No que se refere aos pressupostos processuais, não há dúvida de que não integram o mérito da causa, visto que se referem a elementos da relação jurídica processual. São requisitos de admissibilidade exigidos para esta seja considerada existente ou válida, conforme o pressuposto seja de existência ou de validade. São extrínsecos ao mérito, condicionando o seu conhecimento, pois a ausência de qualquer um deles compromete a própria relação processual que não existirá ou não será considerada válida.

No tocante às condições da ação, segundo essa corrente doutrinária, são requisitos de admissibilidade da ação, correspondendo ao segundo elemento do trinômio processual, objeto da cognição do juiz, não adentrando, no entanto, o mérito da causa. São condições exigidas para o exercício regular do direito de ação

³⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. O Conceito de Mérito. *Revista de Processo Civil*, São Paulo, n. 34, p. 24-28, abr./jun. 1984.

e, somente quando presentes todas elas, o magistrado poderá passar ao julgamento da lide.

Entretanto, vale ressaltar que o próprio mestre Dinamarco, após minucioso estudo sobre o conceito de mérito, e tendo optado pelo restrito, reconhece que pode ser entendido com outros fundamentos – um no plano das questões ou complexo de questões referentes à demanda; outro que se vale da demanda ou de situações externas ao processo trazidas a ele por meio da demanda; e a assertiva de que mérito é lide⁴⁰.

Assim é que divergências doutrinárias existem quanto à total exclusão das condições da ação do mérito da causa. Há grandes juristas que defendem que essas condições, ao serem apreciadas pelo juiz, adentram o mérito, acarretando, portanto, a extinção do processo com julgamento do mérito e formação de coisa julgada material.

Nesse sentido, vejamos a corrente liderada por Celso Neves, que considera o mérito sob um aspecto mais amplo, incluindo em seu conceito tudo o que estiver ligado à relação jurídica existente entre as partes. Para seus seguidores, o conceito de mérito abrange as questões processuais *lato sensu*, como os pressupostos processuais e as condições da ação, além do objeto litigioso que, segundo o citado mestre, este, sim, representa o conflito de interesses colocado à apreciação do juiz, mediante pedido formulado pelo autor⁴¹.

Tal doutrina defende a preocupação que o magistrado deve ter com os demais elementos que podem entrar, e comumente entram, na limitação objetiva do processo em virtude da ocorrência de fatos processuais que resultam em questões que o juiz deverá decidir, apesar de fora do objetivo da lide.

Considera que não é apenas a lide que delimita os lindes objetivos da relação jurídica processual, podendo ser alargada por problemas surgidos nas questões prévias ou ainda nas questões de mérito, as quais constituirão matéria de apreciação e decisão do juiz, o que para tal doutrina significa decidir sobre o mérito da causa.

Para Celso Neves, o objeto litigioso é apenas um dos elementos da relação jurídica processual, a qual pode envolver outros elementos também objetivos

⁴⁰ DINAMARCO, 1984, p. 24.

⁴¹ NEVES, 1995 *apud* WATANABE, 2000, p. 103.

e que resultam do direito de ação, isto é, tudo referente à relação jurídica processualizada posta à apreciação do juiz deve por ele ser conhecida e decidida⁴².

Entende Celso Neves que a determinação do objeto da relação jurídica deduzida em juízo não predetermina o objeto do processo, tal como os elementos subjetivos daquela não predeterminam os deste. Segundo o eminente mestre, o objeto de cognição do magistrado, o mérito, tem limites objetivos nos quais se encontram incluídas a pretensão do autor assim como a pretensão do réu.

Assim é que para Watanabe:

O mestre defende um conceito amplo de *elementos objetivos do processo*, neles incluindo o *objeto litigioso* e também as *questões processuais lato sensu* (pressupostos processuais, supostos processuais e condições), e dá à expressão *objeto litigioso* um limite mais estreito que o de *mérito*, pois aquele é fixado pelo *pedido*, enquanto este é definido pela *lide* processualizada⁴³.

Vale aqui mencionar a doutrina do próprio Liebman que, em obra sua publicada em 1984, definiu o mérito como o objeto do conhecimento, no seguinte trecho:

O conhecimento do juiz é conduzido com o objetivo de decidir se o pedido formulado no processo é procedente ou improcedente e, em consequência, se deve ser acolhido ou rejeitado. Todas as questões, cuja resolução possa direta ou indiretamente influir em tal decisão, formam, em seu complexo, o mérito da causa. Não se pode estabelecer qualquer regra sobre a ordem lógica em que as questões de mérito devem ser examinadas: deverá o juiz, caso por caso, examiná-las e resolvê-las na ordem em que lhe parecer conveniente⁴⁴.

No entanto, vale frisar que tal posição é ainda minoritária na doutrina e na jurisprudência pátria em virtude da legislação vigente, sendo destacada neste momento por ser um dos fundamentos da corrente doutrinária defensora de que a cognição do juiz sobre as condições da ação deve extinguir o processo com julgamento de mérito, uma vez que aquelas integram este, considerando que a real análise dessas condições corresponderá ao exame do próprio direito material

⁴² *Ibid.*, p. 101.

⁴³ WATANABE, 2000, p. 103.

⁴⁴ LIEBMAN, 1984 *apud* GOMES, 1999, p. 74.

alegado pelo demandante, o que contraria o Código de Processo Civil em vigor e é objeto de nosso estudo, o qual passamos a expor.

4 A TEORIA DA ASSERTÇÃO NAS CONDIÇÕES DA AÇÃO

Antes de elucidarmos nosso tema, lembremos que o CPC vigente adotou a teoria eclética de Liebman, para quem, como dito em passagens anteriores, o preenchimento das condições da ação é requisito necessário ao exame do mérito da causa. A falta de qualquer uma delas acarreta a “carência da ação”, o que o ilustre professor entende como inexistência da própria ação, não se podendo, sequer, falar em jurisdição, pois esta só ocorria na hipótese de exercício daquela.

De acordo com tal doutrina, a atividade desenvolvida pelo juiz, ao aferir a presença das condições de admissibilidade da ação, portanto, não é jurisdicional, por ainda não existir propriamente o direito de ação. O citado mestre fala em uma atividade a qual denominou “joeiramento prévio”, que funcionaria como uma espécie de “filtro” dos requisitos exigidos para o exercício do direito de ação, desencadeando, então, a jurisdição estatal⁴⁵.

Segundo tal doutrina, não é o pedido do autor à prestação de tutela suficiente ao desenvolvimento da verdadeira jurisdição, mas, sim, a possibilidade da ação ser exercida, desde que ultrapassadas as questões preliminares.

Pergunta-se, então: qual atividade é essa desenvolvida pelo juiz, antes do exame do mérito da causa?

Na tentativa de resposta a tal questionamento, alguns doutrinadores, como Botelho de Mesquita, citaram a criação de uma quarta atividade estatal responsável apenas pelo julgamento dessas condições de admissibilidade da ação. Seria uma função público-administrativa de fiscalização da lei processual⁴⁶, a qual, no entanto, não tem cabimento em virtude da divisão tripartida das funções estatais, legislativa, administrativa e jurisdicional, previstas constitucionalmente, as quais não cabe ao jurista modificar⁴⁷.

Contrariando essas doutrinas, mas tentando uma conciliação com o CPC vigente, surgiu a teoria da asserção nas condições da ação, segundo a qual a

⁴⁵ LIEBMAN, 1966 *apud* GOMES, 1999, p. 44-45.

⁴⁶ MESQUITA, 1975 *apud* GOMES, 1999, p. 53-54.

⁴⁷ GOMES, 1999, p. 54.

atividade desenvolvida pelo juiz, ao analisar as referidas condições, é jurisdicional, sim, e decide sobre a possibilidade de julgamento do mérito da causa.

Nesse sentido, Rodrigo Freire ensina que “diante da ausência de uma condição da ação, será realizada atividade jurisdicional, pois, além do direito a um julgamento da lide, todos possuem o direito a uma decisão sobre a possibilidade de ser decidida a própria lide”⁴⁸.

Vejamos ainda que, para os seguidores dessa teoria, o exame realizado das condições de admissibilidade da ação deve-se dar *in statu assertiones*, isto é, o juiz deve ater-se às afirmações feitas pelo autor na petição inicial, comparando-as com a documentação acostada, admitindo-as, provisoriamente, como verdadeiras, não cabendo nesse momento dilação probatória a respeito da situação de fato narrada na exordial⁴⁹.

Vemos então que tal teoria tenta, na realidade, não contrariar a legislação vigente. No entanto, ao optar pela provisoriedade do julgamento acerca das condições da ação, admite que o verdadeiro exame dessas condições, realizar-se-á durante o curso processual com efetiva dilação probatória. O próprio mestre citado acima afirma que a cognição do juiz sobre as afirmações do autor na exordial pode não ser aceita apenas provisoriamente, sendo permitido ao magistrado valer-se do conjunto probatório para decidir sobre a presença daquelas condições, o que não lhe retiraria o caráter de condições da ação⁵⁰.

Entretanto, se a real análise das condições da ação se dá com efetiva produção de provas nos autos, ressaltamos a opinião de doutrinadores como Fábio Gomes, para quem tal cognição significa adentrar o mérito da causa, culminando em decisão que extingue o processo com julgamento do mérito e formação de coisa julgada material⁵¹.

Vejamos, ainda, que, defensor da teoria da asserção, José Bedaque aduz que “as condições da ação devem, em princípio, ser analisadas à luz da petição inicial. No entanto, se a cognição do juiz se aprofundar, visando à verificação da efetiva existência dos fatos narrados, teremos o exame do mérito”⁵².

⁴⁸ FREIRE, 2001, p. 60.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 127.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 61.

⁵¹ GOMES, *Op. cit.*, p. 76.

⁵² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Pressupostos processuais e condições da ação. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 35, p. 185, jun. 1991.

No mesmo sentido, Machado Guimarães ressalta ainda que, ultrapassada a fase do despacho saneador, tendo o réu levantado dúvida sobre as afirmações do autor, alegando em sua contestação ausência de uma das condições da ação, passará o juiz à instrução processual, adentrando, por conseguinte, o mérito da causa⁵³.

Assim, os próprios seguidores da teoria da asserção ressaltam os casos em que, em virtude da insuficiência das afirmações feitas pelo autor na inicial ou das alegações do réu em contestação, o magistrado terá que aprofundar sua cognição ao analisar as condições da ação, necessitando de instrução processual, adentrando, por consequência, o objeto litigioso do processo, passando, então, ao julgamento do mérito da causa. Admitem, dessa forma, uma estreita relação entre as condições da ação e o direito material alegado pelo demandante. Concordam que na prática, ao serem analisadas, hão de referir-se à própria relação de direito material, colocada à apreciação do juiz⁵⁴.

Vejamos que, em se tratando da condição de possibilidade jurídica do pedido, como a previsibilidade abstrata deste, no ordenamento jurídico, seja expressa ou implicitamente, entendemos como Fábio Gomes, não haver diferença entre a impossibilidade da tutela prevista em abstrato e a pretendida pelo autor no caso concreto, visto que a aparente possibilidade do pedido não quer dizer procedência deste. No entanto, havendo a impossibilidade da tutela em abstrato e só podendo ser esta examinada no curso da ação com a necessária dilação probatória, tem-se a improcedência do pedido por ausência de previsão legal⁵⁵.

Segue a mesma linha de pensamento José Bedaque, para quem a impossibilidade jurídica do pedido figura como “improcedência evidente”⁵⁶. Ainda segundo Calmon de Passos, “a impossibilidade jurídica, bem examinada, é um problema de não incidência, por conseguinte, um problema de mérito”⁵⁷; para exemplificar, cita o caso de uma ação de usucapião na qual o autor, em sua inicial, afirma estar na posse de determinado imóvel, há quatro anos, com *animus domini*, pleiteando, então, a declaração de propriedade em seu nome. Ressalta o eminente mestre que, de acordo com o CPC vigente, esse autor seria julgado carecedor da

⁵³ GUIMARÃES *apud* WATANABE, 2000, p. 81.

⁵⁴ ARMELIN, 1979, p. 46-47.

⁵⁵ GOMES, 1999, p. 66.

⁵⁶ BEDAQUE, 1991, p. 196.

⁵⁷ PASSOS, 1964, p. 61-62.

ação por não haver previsão legal para posse *ad usucapione*, pelo período de tempo alegado, não havendo, aqui, julgamento do mérito.

No entanto, caso o mesmo autor alegasse estar na referida posse por mais de dez anos, preenchendo, em princípio, o requisito da possibilidade jurídica do pedido como condição da ação e, no curso do processo, ficasse comprovado que possui o imóvel citado por apenas quatro anos, o autor teria seu pedido julgado improcedente, apesar de ter como fundamento carência de condição da ação.

Vê-se, então, no segundo exemplo, a improcedência da ação de usucapião pela ausência de uma das condições da ação, impossibilidade jurídica de pedir a propriedade de determinado imóvel por não possuí-lo pelo período de tempo previsto na legislação vigente (impossibilidade jurídica do pedido).

Dessa forma, defendemos a possibilidade jurídica do pedido como integrante do mérito da causa, pois, ao julgar determinado pedido juridicamente impossível, o juiz estará afirmando que a pretensão do autor não possui suporte fático-jurídico, por não ter ele provado a fundamentação legal dos fatos narrados, não podendo, portanto, ser procedente seu pedido.

Quanto à legitimidade *ad causam*, considerada como a identidade entre os sujeitos da relação jurídica processual com os verdadeiros titulares da relação de direito material, trazida à apreciação do juiz, entendemos que sua verificação se dá quando do exame da questão substancial, submetida ao julgamento do magistrado, pois não há como verificar se autor e réu são partes legítimas na demanda, salvo pela análise da lide em concreto, com efetiva dilação probatória e instrução processual, proferindo o juiz, ao final, julgamento sobre o mérito. Donaldo Armelin, por defender a teoria da asserção, reconhece a dificuldade prática em separar a legitimidade do mérito da causa, opinando pela necessidade de dilação probatória para decisão sobre a causa⁵⁸.

Vejamos que, mesmo sendo admitido o exame da legitimidade *ad causam*, provisoriamente, apenas *in statu assertiones*, é no curso do processo que se chega à efetiva decisão sobre essa legitimidade, importando, dessa forma, em análise sobre a relação jurídica de direito material, constituindo a decisão sobre tal como sentença de mérito.

Consideremos, ainda, que o conceito de “parte” é de âmbito

⁵⁸ ARMELIN, 1979, p. 113-114.

processual, referindo-se tão-somente a “autor” e “réu”, enquanto o de “parte legítima” envolve o conceito de legitimidade, desenvolvido acima. Não há, portanto, como identificar a “parte legítima” na demanda, a não ser adentrando a relação jurídica de direito material, pois não se pode falar em “parte processualmente ilegítima”. Dessa forma, os próprios seguidores da teoria eclética, “quando falam em ‘parte ilegítima’, na realidade afirmam que a referida parte não é ‘parte’, como também que a verdadeira ‘parte’ não é sujeito do processo”⁵⁹.

Imaginemos uma ação de despejo, por exemplo, na qual determinada pessoa vem a juízo afirmando ser locadora de um imóvel, propondo ação contra outra que alega ser sua locatária. O juiz somente poderá aferir a legitimidade de ambas as partes quando da análise da relação jurídica material, mediante instrução processual, com a devida dilação probatória. O verdadeiro locador só existirá, se diante do verdadeiro locatário. Isso significa dizer que o juiz deverá passar pela cognição da lide em concreto, o contrato de locação, para decidir a existência da legitimidade *ad causam*, julgando, portanto, o mérito da causa.

Ressaltemos, ainda, que o fato de haver identidade de partes da relação processual com os titulares da relação de direito material não quer dizer que o pedido do autor será procedente. Contudo, reconhecendo uma das partes como ilegítima, não tendo por que figurar num dos pólos referentes à lide, a pretensão do autor é improcedente no tocante ao réu citado para tal demanda.

No que se refere ao interesse de agir, correspondendo este à relação de utilidade e necessidade entre a afirmada lesão de um direito e o provimento de tutela pedido, entendemos que qualquer investigação acerca desse interesse acarreta o exame do mérito da causa, visto se tratar da identificação daquela necessidade ou da desnecessidade da tutela pretendida pelo autor, que objetiva a proteção de direito seu, alegando estar sendo ameaçado ou violado.

Vemos, então, que a análise do interesse de agir, sob o enfoque da necessidade, implica, obrigatoriamente, perquirir se há ameaça ou violação ao direito afirmado pelo autor, isto é, pertinente à relação jurídica substancial⁶⁰.

Também quanto aos aspectos utilidade-adequação, entendemos o interesse processual como referente ao mérito da causa, pois, considerado inadequado e inútil o meio escolhido pelo autor para a satisfação de um direito e a

⁵⁹ GOMES, 1999, p. 67.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 67.

obtenção do resultado por ele pretendido, o juiz, conseqüentemente, proferirá sentença improcedente.

Citemos o exemplo declinado por Pontes de Miranda, no qual determinado credor propõe ação de cobrança contra um devedor e este alega que o autor possui em seu poder importância suficiente para compensar o crédito, sem necessidade de fazê-lo judicialmente, nesse caso estaria ausente o interesse processual⁶¹. Temos que o juiz, ao verificar que o credor não necessita do provimento judicial para satisfação da quantia devida, deverá decidir pela improcedência da ação, considerando a desnecessidade da tutela pretendida, por ausência de interesse processual.

O próprio Liebman afirmou que o interesse de agir “tem por objeto o provimento que se pede ao juiz como meio para obter a satisfação de um interesse primário ‘lesado’ pelo comportamento da parte contrária ou, mais genericamente, pela situação de fato objetivamente existente”⁶². E, ainda, Donaldo Armelin coloca a utilidade como circunstância de fato, a qual envolve o pedido do autor, caracterizando, portanto, o mérito da causa⁶³.

Assim sendo, somos da opinião de que não há como analisar o interesse de agir, sob o aspecto meramente processual, como preliminar de admissibilidade, uma vez que ele é pertinente à relação jurídica material posta à apreciação do magistrado.

Considerando, portanto, que as condições da ação encontram-se intimamente ligadas à relação de direito material, trazida à apreciação do juiz, temos o exame de cada uma delas feito essencialmente com base no direito material e, segundo a doutrina de Flávio Yarshel, somente sob o enfoque deste pode ser acolhida eventual vedação à tutela pleiteada pelo demandante (possibilidade jurídica do pedido), a titularidade da relação jurídica material (legitimidade *ad causam*) e a necessidade-utilidade-adequação da tutela, no que tange aos fatos narrados pelo autor em sua exordial (interesse de agir)⁶⁴.

Quando o juiz declara inexistente uma das condições da ação, ele está na verdade declarando a inexistência de uma pretensão acionável do autor contra o réu, estando, pois, a decidir a respeito da

⁶¹ PONTES DE MIRANDA *apud* GOMES, 1999, p. 67.

⁶² LIEBMAN, 1985 *apud* FREIRE, 2001, p. 126.

⁶³ ARMELIN, 1979, p. 63.

⁶⁴ YARSHEL, 1993 *apud* DINAMARCO, 2001, p. 180.

pretensão posta em causa pelo autor, para declarar que o agir deste contra o réu – não contra o Estado – é improcedente. E tal sentença é sentença de mérito⁶⁵.

Observamos, portanto, que, se o juiz analisa as condições da ação com base nas provas carreadas aos autos, não apenas *in statu assertiones*, adentrará o direito material oposto, passando, por consequência, ao julgamento da lide, devendo proferir decisão sobre o mérito da causa.

5 A EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO

Lembremos ainda, que, da forma como é tratada pelo CPC, a análise sobre as condições da ação, *in statu assertiones*, gera a extinção do processo sem o julgamento do mérito, produzindo a chamada “coisa julgada formal”, permitindo ao autor repropor a ação, independentemente de alteração do elemento considerado ausente na primeira. Isto de acordo com a disposição do artigo 268 do diploma legal mencionado.

Ressaltemos o posicionamento de alguns doutrinadores, para quem o citado artigo, ao possibilitar “que o autor intente de novo a ação”⁶⁶, na verdade, quis referir-se a uma nova ação, na qual se substitui a condição julgada ausente por outra. No entanto, consideramos que, nesse caso, não haverá repropositura da demanda, mas, sim, a propositura de uma nova, com elementos diferentes da primeira, o que não é vedado pelo ordenamento jurídico.

Observemos que a possibilidade do autor repropor a ação sem modificação alguma quanto à condição declarada faltante ofende o próprio instituto da coisa julgada, concebida como a imutabilidade das decisões judiciais transitadas em julgado, como forma de estabilidade e segurança nas relações jurídicas processuais e paz social.

E, “se, na concepção de seus adeptos, as condições da ação constituem uma medida de economia processual, que medida é essa que ‘despreza o mais elementar antídoto contra a proliferação de demandas judiciais: a coisa julgada material’?”⁶⁷.

⁶⁵ SILVA, 2001, p. 108.

⁶⁶ NEGRÃO, 2000, p. 332.

⁶⁷ DIDIER JÚNIOR apud FREIRE, 2001, p. 103.

Lembremos que “a natureza da sentença, se processual ou de mérito, é definida por seu conteúdo (art. 267 ou 268 do CPC), e não pela mera qualificação ou *nomen juris* atribuído ao julgado, seja na fundamentação ou na parte dispositiva”⁶⁸.

Vejamos que somente a decisão proferida após julgamento sobre o mérito da causa é sentença acobertada pela “coisa julgada material”, esta, sim, capaz de evitar a propositura de uma mesma ação por mais de uma vez, pelo particular insatisfeito com a decisão proferida por determinado magistrado, acreditando em um novo e diferente julgamento, o que constitui, ainda, abuso de direito. Além do mais, devemos recordar o disposto no artigo 471 do CPC, segundo o qual “nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas”⁶⁹.

Assim sendo, a decisão que reconhece a ausência de uma das referidas condições produz a coisa julgada material, quando não mais há possibilidade de interposição de recursos.

O exame das condições da ação pode dar-se, ainda, em grau de recurso de apelação pelo Tribunal *ad quem*, desde que não haja decisão transitada em julgado. Caso contrário, persistindo a insatisfação do particular quanto ao julgamento do magistrado, a legislação vigente permite a interposição da ação rescisória.

Vejamos, ainda, que, ao defenderem que a investigação sobre as condições da ação deve dar-se apenas hipoteticamente, os doutrinadores permitem que determinado autor narre em sua inicial uma situação aparentemente perfeita, para, então, adquirir o direito de ação, direito ao exame do mérito da causa⁷⁰. E se, como dito anteriormente, somente com a instrução processual e devida dilação probatória, o juiz analisará efetivamente a presença das referidas condições, examinando, portanto, o objeto litigioso do processo, deve ao final decidir pela improcedência do pedido, ao invés de extinguir o processo sem julgamento do mérito por carência de condição da ação.

Dessa forma, considerando nosso posicionamento esposado em capítulos anteriores, entendendo que o exame das condições da ação integra o mérito da causa, por estarem elas intimamente ligadas à relação de direito material

⁶⁸ FREIRE, 2001, p. 103.

⁶⁹ NEGRÃO, *Op. cit.*, p. 468.

⁷⁰ GOMES, 1999, p. 68.

necessitando de dilação probatória para sua efetiva análise e declaração de inexistência, somos da opinião de que o julgamento sobre as condições da ação, quando ultrapassar a mera asserção, deve acarretar a extinção do processo com julgamento do mérito.

Vale ressaltar, neste momento, as opiniões de defensores da teoria da asserção, como Rodrigo Freire e Kazuo Watanabe, para quem, respectivamente, “o princípio da economia processual visa a reduzir o excessivo custo dos processos, evitando na maioria das vezes o desenvolvimento de processos sem qualquer perspectiva de resultado prático efetivo”⁷¹, além do que “evita a prática de atos processuais inúteis ao julgamento da causa”⁷².

Entendemos, portanto, que a questão da extinção do processo com julgamento de mérito, após exame que constate a ausência de uma das condições da ação, é de grande importância, uma vez que, acarretando a formação da coisa julgada material e sendo adotada pela legislação e jurisprudência pátria, realmente faz valer o princípio da economia processual por impedir o uso dispendioso da máquina estatal com a mera repositura de ações idênticas, evitando, ainda, o prosseguimento inútil de processos fadados à improcedência, contribuindo para desafogar nossos tribunais.

6 PRAGMÁTICA DA TEORIA DA ASSERÇÃO

Neste capítulo, trouxemos à colação alguns julgados de nossos tribunais, demonstrando que na realidade, atualmente, o que ocorre é que muitos magistrados, apesar de defenderem a teoria da asserção para o julgamento das condições da ação, deparam-se com a dificuldade prática de analisá-las, hipoteticamente, com base apenas nas afirmações descritas pelo autor em sua exordial, passando, então, a decidi-las juntamente com o exame sobre a lide, após efetiva dilação probatória, dispondo, entretanto, equivocadamente, ao final do julgamento, que o autor é carecedor da ação, declarando que extinguem o processo sem o exame do mérito.

Senão vejamos.

⁷¹ FREIRE, 2001, p. 58.

⁷² WATANABE, 2000, p. 94.

LOCAÇÃO – Ação negatória de prorrogação de locação comercial – Retomada do imóvel para uso de descendente antes do vencimento do prazo contratual – Inadmissibilidade pela nova Lei do Inquilinato – Processo extinto sem julgamento do mérito por falta de interesse de agir do locador [...].

[...] Ementa oficial: A nova lei de locação (8.245/91) não admite ação negatória. Falta interesse de agir ao locador que move ação objetivando a retomada para uso de descendente antes de vencido o prazo contratual (TACivSP, Ap. s/ver. 242.112-00/8, 9ª C, j. 05.07.1995, Rel. Juiz Eros Piceli, RT 725, p 297).

DESPEJO – Retomada de imóvel para uso próprio – Pedido fundado no inc. X do art. 52 da Lei 6.649/79, induzindo à assertiva de não possuir o locador outro imóvel – Fato, porém, desmedido na contestação, transmudado o fundamento jurídico do pedido para o inc. V do referido artigo no curso da ação, procedimento vedado pelo art. 264 e parágrafo único do CPC – Carência da ação decretada – Processo extinto sem julgamento do mérito – Litigância de má fé reconhecida pela dedução em juízo de pretensão sabidamente não verdadeira com o propósito de induzir o julgador e a parte contrária propositalmente em erro, pela alteração da verdade dos fatos – Dever de indenizar o ex adverso dos prejuízos acarretados pela propositura da demanda – Aplicação dos art. 267, VI, e 17, II, do CPC (2º TACivSP) (RT 648/152).

TRIBUTÁRIO. AFRMM. ISENÇÃO. AUTORIDADE COATORA. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. PRECEDENTES.

1 – A exigência contida no art. 5º. V, "c", do Del 2.404/87, há de ser obedecida quanto ao pedido de isenção do AFRMM para as mercadorias importadas sob a égide do GATT, pelo que há de ser formulado, de modo prévio, às autoridades do Ministério das Relações Exteriores, para ser decidido.

2 – Interpretação decorrente dos comandos postos no Del 2.404/87, de 12/02/87, com a redação do Del 2.414, de 12/02/88. Impossibilidade do decreto modificar esse entendimento.

3 – Em face do mencionado panorama legal, em se tratando de mandado de segurança, deve figurar no pólo passivo a autoridade do referido Ministério e não representante de qualquer outro órgão.

4 – Recurso especial provido para se decretar a extinção do processo, sem julgamento de mérito (Resp 157492/SP; Recurso Especial (1997/008675-0) DJ: 27/04/1998, p. 00105. Min. José Delgado (1105) 03/03/1998 – 1ª Turma).

AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO. Extinção do processo sem julgamento do mérito, em razão da impossibilidade jurídica do pedido. Viabilidade. Decisão mantida. Recurso não provido. Inexistindo qualquer vínculo entre o estado e os autores e sim entre o estado e as empresas, as quais prestavam serviços, efetivamente não havia condições para a ação, devido à impossibilidade jurídica do pedido (art. 267, inciso VI, do código de processo civil), não restando outra alternativa ao Dr. juiz *a quo*, a não ser julgar extinto o processo sem julgamento do mérito (Apelação Cível 0077135700 – Curitiba – acórdão 15483 – 4ª Câmara Cível. Rel. Wanderlei Resende – jul. 23/06/1999).

RESPONSABILIDADE CIVIL – Indenização – Corretora de valores mobiliários em liquidação extrajudicial – Ação proposta por investigadores contra o Banco Central do Brasil fundada na falha de fiscalização dos agentes do réu – Inadmissibilidade – Enquanto não concluído o processo de liquidação não há que se falar em prejuízo dos aplicadores – Carência decretada – Voto vencido (STJ) (RT 726/190).

ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM – Ação de cobrança – Rendimento de caderneta de poupança – Lei 8.024/90 – Instituição Financeira depositária que não tinha a disponibilidade dos depósitos devido à retenção dos mesmos pelo Banco Central – Extinto o processo sem julgamento do mérito (1º TACivSP) (RT 723/376, Rel. Celeste Vicente Rovani).

MANDADO DE SEGURANÇA. Pretensão de participação dos municípios impetrantes banhados pelo lago de Itaipu no ICMS da chamada ‘energia paraguaia’. Decisão judicial de outro órgão do TJ – superveniente à impetração proclamando que o ‘ICMS’ gerado pela usina de Itaipu deve ser destinado exclusivamente ao município de Foz do Iguaçu em cujo território é a energia produzida. Ilegitimidade ativa dos impetrantes para a causa. Extinção do processo sem julgamento de mérito. Inteligência do art. 462 do CPC. (1) As condições da ação e os pressupostos processuais devem ser perquiridos no momento em que o pedido objeto do *writ of mandamus* está para ser julgado, a fim de que o órgão decisório constate acerca da existência de eventual fato superveniente (modificativo ou extintivo do direito) que possa influir no julgamento da lide. (2) Se a respeito da pretensão deduzida na segurança, outro órgão fracionário do tribunal a repeliu expressamente – proclamando que os municípios aqui impetrantes não têm direito à participação do ICMS gerado pela usina de Itaipu binacional – cumpre aos demais órgãos que compõem o Tribunal de Justiça respeitar tal decisão que não pode ser atacada por mandado de segurança, que pressupõe existência de direito líquido e certo. (3) O tribunal de justiça, embora dividido em câmaras, grupos de câmaras, órgão especial e conselho da magistratura, é um só e cada um desses órgãos decide como se o próprio tribunal fosse. A única possibilidade de um deles rever decisão do outro é por meio de recurso específico. Não havendo tal, a decisão de uma câmara não pode ser submetida ao crivo do órgão especial, que deve, genuflexo, conformar-se com a solução dada no caso concreto. (4) Muito embora tivessem os municípios impetrantes legitimidade *ad causam* para a ação de segurança, no momento do seu ajuizamento, vieram a perdê-la antes que concluído fosse o julgamento do *writ*, razão pela qual deixou de existir o pressuposto essencial do legítimo interesse, o que obriga a decretação da extinção do processo, sem julgamento do mérito, pela ilegitimidade ativa dos municípios impetrantes. – Ação de segurança julgada extinta sem análise da pretensão meritória. Reconhecimento da ilegitimidade ativa dos impetrantes para a causa (Mandado de Segurança (OE) 0019653000 – Curitiba – Acórdão 1752 – Rel. Oto Sponhoiz – Órgão Especial – jul. 16/04/1993).

Percebemos nos julgados acima, a inobservância da teoria da asserção na análise sobre as condições da ação, contrariando, portanto, as disposições do Código de Processo Civil, visto que elas não foram aferidas *in statu assertionis*, hipoteticamente. Vimos que são corriqueiras as hipóteses em que os tribunais decidem a causa declarando que o fazem sem o julgamento do mérito, não obstante terem examinado efetiva e realmente a inexistência de, pelo menos, uma das condições da ação.

Passemos, neste momento, a expor alguns julgados nos quais nossos magistrados entendem, coerentemente, pela extinção do processo com julgamento do mérito por ausência de condição da ação:

PROCESSO – Extinção – Carência de ação – Impossibilidade jurídica do pedido – Equiparação à sentença de improcedência. Dizer que determinado pedido não pode ser conhecido por força de expressa vedação legal, dando-se pela carência de ação, significa reconhecer que inexistente o direito subjetivo, da mesma forma que a sentença de improcedência. A distinção estaria apenas no grau de evidência. Enquanto nos casos de improcedência o reconhecimento da ausência do direito depende de apreciação menos sumária, as hipóteses de impossibilidade jurídica apresentam tão patente inexistência material que autorizam a declaração liminar (2.º TACivSP, RT 599, p 139).

CARÊNCIA DE AÇÃO – Exigência de motivação. Mérito. Tendo o magistrado julgado a autora carecedora de ação por ausência de motivação, houve, de fato, enfrentamento do mérito. Uma vez que reconhecida a incidência do art. 14, que dispensa motivação, pode o órgão recursal enfrentar igualmente o mérito, sem quebrar o princípio do duplo grau de jurisdição. Recebimento de aluguéis (TARGS, Ap. Civ. 192033728, Rel. José Alcibiades Perrone de Oliveira).

DESPEJO. Retomada para uso próprio. Locadora que reside em prédio de propriedade da irmã. Com seu falecimento não se pode presumir, à falta de dados elucidativos, que tal imóvel venha a tocar à autora. Enquanto não efetuada a partilha, não se pode afirmar resida a retomante em prédio próprio. Sentença que deu pela carência de ação, mas, em realidade, enfrentou o mérito. Reforma para julgá-la procedente. Apelação provida (TARGS, Ap. Civ. 191019108, DOU: 02.05.1991, Rel. Ruy Armando Gessinger).

ALIMENTOS – Revisão. Prestações vencidas. Execução. Necessidade. Votos vencidos. Condições da ação (falta). Sentença de mérito. Decidir, portanto, a respeito da existência das condições da ação, no que concerne à possibilidade jurídica do pedido e também à legitimação para a causa, e julgar matéria relativa ao mérito do pedido, a seus fundamentos de direito. Constituem elas requisitos indispensáveis à fundamentação jurídica da pretensão. Juntamente com o interesse, integram o título do direito de agir. Por

isso, a sentença que der pela falta de quaisquer das duas condições resolverá o pedido negativamente e, portanto, a lide. Será sentença de mérito (TJRGS, Emb. Infr. 591013511, Rel. Márcio Oliveira Puggina).

AÇÃO DE DESPEJO. Denúncia vazia. Duplo grau de jurisdição. Tratando-se de prédio urbano não residencial locado por prazo indeterminado, feita a notificação ao locatário, é permitido ao locador exercer a retomada através de denúncia vazia. Conquanto tenha concluído a sentença pelo juízo de carência da ação, se apreciou ela o mérito da lide, nada obstava que o Tribunal, quando do julgamento da apelação, ao reformá-la, decretasse desde logo o despejo do réu. Inocorrência de ofensa aos art. 5º e 6º da Lei 6.649/79 e 267, n. VI, do CPC. Recurso especial não conhecido (STJ, Rec. Esp., 0002185, DOU: 14.05.1990, p. 04259, Rel. Min. Barros Monteiro).

RESCISÓRIA – Decisão que decretou a carência de ação – Hipótese em que se afirmou que o autor não fazia jus ao pretendido – Matéria de mérito, e não atinente às condições da ação (impossibilidade jurídica do pedido) – Sentença, portanto, rescindível – Recurso especial procedente – Processamento e julgamento determinados – Inteligência do art. 485 do CPC – Declarações de votos vencedores e vencido (STJ). (RT 652/183).

EMBARGOS INFRINGENTES – Ação de indenização por danos morais – Ilegitimidade passiva – Extinção do processo – Adentrando no mérito – Inexistência de supressão de instância. 1. Tendo enfrentado o mérito da questão, examinada a prova dos autos, emitiu o sentenciante, na realidade, juízo que mais diz com a improcedência do pedido do que com uma das condições da ação, qual seja, a ilegitimidade passiva. 2. Mostra-se de nenhuma valia o retorno dos autos para que o juiz prossiga no julgamento do mérito se este já foi efetivamente julgado. 3. Ao extinguir o processo, adentrando no mérito da questão, abre-se ao órgão 'ad quem' a possibilidade de examiná-lo sem que ocorra supressão de instância. 4. Negado provimento. Unânime (TJDFT, 2ª Câmara Cível, Embargos Infringentes em APC, 131654, DJU: 08.11.2000, p. 8, Rel. Sandra de Santis).

PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXTINÇÃO DO PROCESSO POR AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DA AÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. RENOVAÇÃO DO PEDIDO. AÇÃO IDÊNTICA. INVIABILIDADE. ART. 268, CPC. EXEGESE. DOCTRINA. PRECEDENTES. RECURSO DESACOLHIDO. I – A extinção do processo por descabimento da ação civil pública, na espécie, por falta de condição da ação, obsta a que o autor intente de novo a ação. II – Segundo boa doutrina, se o autor se limita a re-propor ação da qual fora julgado carente, estará ofendendo a coisa julgada, dado que, consoante comanda o art. 471, CPC, nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas (STJ, 4ª T, RESP 103584/SP, DJU: 13.08.2001, p. 00159, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

TRIBUTÁRIO. PIS. NATUREZA JURÍDICA. AÇÃO DECLARATÓRIA. CARÊNCIA DA AÇÃO CONCERNENTE AO "MERITUM CAUSAE".

CPC, ART. 4º. E PARÁGRAFO ÚNICO. I – Mera expressão econômica ou parâmetro utilizado pelo legislador a fim de apurar-se o *quantum* devido ao programa de integração social – PIS, e o faturamento mensal que representa um aspecto da hipótese de incidência. II – As contribuições para o PIS podem ser exigidas concorrentemente com o imposto único sobre combustíveis, lubrificantes, energia elétrica e minerais do país, que possui fato gerador diverso. III – O código de processo civil, no seu art. 4º, dispõe que o interesse do autor pode limitar-se à declaração: a) da existência ou da b) inexistência de relação jurídica; explicitando o seu parágrafo único ser admissível a declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito. Assim, ao dispor sobre a admissibilidade da ação declaratória, a lei se refere à violação do direito, o que não deixa de ser matéria concernente ao *meritum causae*, não restando dúvida que esta se situa na esfera das condições da ação. IV – Apelação provida, sentença reformada (TRF Acórdão rip: 05136237 decisão 21-11-1984, Proc. ac. 0090422 ano UF: RJ Turma: 05 Aud. 28-02-85 Apelação Cível. DJ 07-03-85 vol: 05464-01 p: 00126 Min: 264 Ministro Pedro Acioli)

PROCESSUAL CIVIL.

Decisão que repele preliminar de impossibilidade jurídica do pedido.

Recursos; agravo de instrumento: desprovimento.

A questão da impossibilidade jurídica do pedido não deve ser decidida à luz de estrita consideração de impropriedades meramente terminológicas da inicial (TRF Acórdão RIP: 07776403 Decisão: 09-08-1988 Proc: AG 0051376 ano UF: RS Turma 02 Aud 12-09-88 Agravo de instrumento. DJ 19-09-88 Min: 205 Ministro Bueno de Souza)

RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

I – É condição *sine qua non* para o conhecimento do recurso especial, interposto com fulcro na letra "a", do inc. III, do art. 105, da carta magna, que o v. acórdão hostilizado tenha enfrentado os dispositivos legais tidos por violados (súmulas nums. 282 e 356 do pretório excelso).

II – Ademais, como bem observou o douto ministério público federal 'a ausência de direito líquido e certo importa na denegação da segurança, e não na extinção do processo. Sem julgamento de mérito'.

III – Recurso especial não conhecido (Resp 86441/ES: Recurso Especial – 1996/0004386-8 – DJ: 07/04/1997, p: 11055. Min. José de Jesus Filho (1040) 20/02/1997 T1 – Primeira Turma).

POSSESSÓRIA – AÇÃO REINTEGRATÓRIA EXTINTA COM FUNDAMENTO NOS ARTS. 267, VI c/c 927, I, II E IV, DO CPC PORQUE NÃO PROVADA A POSSE RESPECTIVA – SENTENÇA QUE EXAMINOU O MÉRITO E, POR ISSO, NOS ESTRITOS DA DEVOLUÇÃO RECURSAL, PERMITE O AMPLO REEXAME DA CAUSA NA 2ª INSTÂNCIA – PROVA – Nas ações interditais, presentes os pressupostos processuais e as condições de ação (possibilidade jurídica do pedido, legitimidade de partes e interesse processual), uma vez examinada a prova nos lindes da *intentio legis*, a conclusão monocrata há de ser de procedência ou improcedência

do pedido. Daí, nesses casos, apesar da proclamação do art. 267, VI c/c art. 929, I, II e IV do CPC, possível por força da devolução do recurso, o exame de mérito, máxime quando exaurido no debate o amplo contraditório. Desincumbindo-se o autor do ônus probatório, no contexto de sua alçada, a postulação possessória há de ser acolhida e efetivada a reintegração reclamada (Apelação Cível Apc 4684097 DF Acórdão 103201 – Julgado em 09/02/1998 – 1ª Turma Cível – Rel. Eduardo de Moraes Oliveira – Publ. no DJU: 25/03/1998, p. 86).

Como podemos notar nas ementas colacionadas acima, para decidir sobre a inexistência de condição da ação, o magistrado teve de examinar pontos da relação jurídica de direito material, analisando, em consequência, os fatos do caso concreto narrado pelo autor na inicial, julgando, portanto, o mérito da causa.

Vemos, dessa forma, que a prática forense tem gerado mudanças no entendimento de alguns de nossos tribunais no sentido de extinguir processo com julgamento de mérito, quando da ausência de uma das condições da ação, produzindo tal decisão coisa julgada material.

CONCLUSÃO

Diante de tudo acima exposto, consideramos que a atividade desenvolvida pelo magistrado ao aferir as condições da ação é jurisdicional, sim, podendo falar-se, desde então, em exercício do direito de ação.

Entendemos a ação como um direito público, pois exercido contra o Estado, obrigado a realizar a atividade jurisdicional diante da solicitação do autor; subjetivo, por se referir à faculdade que qualquer pessoa tem de exercê-lo; autônomo, porque desvinculado de direito material preexistente e determinado; abstrato, por ser um direito à tutela jurisdicional do Estado, independente de decisão favorável ou não ao demandante.

Analisamos cada uma das condições da ação e demonstramos a íntima relação existente entre elas e o mérito da causa.

Para tanto, importante foi conceituarmos o próprio mérito, ressaltando que, ainda sob a influência de Liebman, a doutrina e a legislação pátria entendem-no como sinônimo de lide e objeto litigioso. Assim, definem mérito como o “conflito de interesses levado à apreciação do juiz de acordo com o pedido do autor”.

Tal conceito é caracterizado como restrito, considerando tão-somente a pretensão formulada pelo demandante em sua inicial. É essa pretensão processual que define o objeto do processo, excluindo-se as demais questões surgidas ao longo do curso processual (“prévias prejudiciais” e “prévias preliminares” ou “de mérito”).

Não obstante, atentamos para um conceito mais amplo de mérito, ao qual nos filiamos e que o caracteriza sob outros fundamentos, sendo um referente às questões da demanda, outro, às situações externas ao processo trazidas a ele por meio da própria demanda e, ainda, a afirmativa de que o mérito é a própria lide.

Percebemos, assim, posições doutrinárias que incluem as condições da ação no mérito da causa, citando juristas que o conceituam como tudo o que estiver ligado à relação jurídica existente entre as partes, abrangendo todas as questões processuais *lato sensu* (pressupostos processuais; condições da ação; objeto litigioso – este sim representando o conflito oposto perante o magistrado pelo autor da ação).

Tal doutrina, da qual somos adeptos, faz-se ainda mais importante porquanto defende a preocupação que o julgador deve ter com todos os elementos que podem surgir no processo, em virtude exatamente da ocorrência de fatos processuais que envolvem questões as quais deverão ser decididas, apesar de não corresponderem ao objetivo do litígio.

Entendemos, assim, que não é apenas a lide que traça os limites objetivos da relação jurídica processual, podendo esta ser alargada pelas questões prévias ou ainda pelas questões de mérito surgidas no curso processual, as quais constituirão matéria de apreciação e decisão por parte do juiz, o que significa decidir sobre o mérito da causa.

Vimos ainda que, integrando o mérito da ação, a decisão sobre suas condições deve acarretar a extinção do processo com julgamento do mérito e, conseqüentemente, a formação de coisa julgada material.

Assim é que tratamos da teoria da asserção nas condições da ação, a qual, tentando não contrariar o CPC vigente, afirma que a atividade desenvolvida pelo magistrado ao analisar as ditas condições é realmente jurisdicional.

Filiamo-nos a essa teoria, pelo que entendemos que a análise das condições da ação deve dar-se *in statu assertiones*, quer dizer, o juiz deve ater-se às afirmações feitas pelo autor na exordial, confrontando-as apenas com a documentação acostada, admitindo-as provisoriamente como verdadeiras, pois a

sua real análise realizar-se-á durante o curso processual com efetiva dilação probatória. E, se a real análise das condições da ação se dá com efetiva produção de provas nos autos, tal cognição significa adentrar o mérito da causa, gerando a extinção do processo com o julgamento deste.

Se a cognição do juiz aprofunda-se, visando à comprovação dos fatos, teremos o exame do mérito, sem que seja retirado o caráter de condições da ação; entretanto, se o julgamento decidir pela ausência de uma delas nessa fase processual, essa decisão há de ser considerada referente ao mérito da causa. Isso quer dizer que, ao aprofundar sua cognição necessitando da instrução do processo, em virtude da insuficiência das afirmações feitas pelo autor na inicial ou das alegações do réu em sua defesa, o juiz adentrará, conseqüentemente, o objeto litigioso do processo, passando, então, ao julgamento do mérito.

Na prática, percebe-se a estreita relação existente entre as condições da ação e o direito material alegado pelo demandante, pelo que, ao serem analisadas, não de referir-se à própria relação de direito material, colocada à apreciação do magistrado.

Assim é que, tratando-se da condição possibilidade jurídica do pedido (primeira condição da ação) como a previsibilidade abstrata deste no ordenamento jurídico brasileiro, entendemos não haver diferença entre a impossibilidade da tutela em abstrato e a pretendida no caso concreto, pois, caso seja o pedido previsto como possível juridicamente, isso não significa que o pleito do autor seja desde já procedente, ao contrário, a impossibilidade da tutela em abstrato reflete a própria improcedência do pedido por ausência de previsão legal.

Ao julgar determinado pedido juridicamente impossível, o juiz na realidade estará decidindo a causa, em seu próprio mérito, pela improcedência do pedido por ausência de fundamentação legal.

Da mesma forma, quanto à análise da legitimidade *ad causam*, (segunda condição da ação) específica para agir em juízo, entendemos que ela adentra o mérito da ação pela impossibilidade prática de serem separados a referida condição e o objeto litigioso do processo. Isso porque, caracterizada como a identidade entre os sujeitos da relação jurídica processual com os verdadeiros titulares da relação de direito material, entendemos que sua verificação se dá realmente, quando analisada a questão substancial submetida a julgamento.

Atentamos para a dificuldade em aferir se autor e réu são partes legítimas na demanda, salvo pela análise da lide em concreto, com a devida instrução do processo.

Assim também no que tange ao interesse processual (terceira condição da ação), pois, sendo este a necessidade que tem o titular de um direito ameaçado ou violado de voltar ao estado anterior, o magistrado, ao analisá-lo, deverá apreciar a própria relação de direito material existente entre as partes, o que acarretará exame do mérito da ação.

É de difícil percepção o marco divisor entre o interesse como condição e o próprio mérito da causa.

O interesse de agir, tanto como relação de utilidade e necessidade entre a afirmada lesão de um direito e o provimento de tutela pedido, como sob os aspectos utilidade-adequação, é pertinente à relação jurídica substancial, pelo que tratamos da dificuldade em analisar o interesse de agir sob o ângulo meramente processual, como preliminar de admissibilidade, concluindo que a investigação acerca desse interesse de agir acarreta o exame do mérito da causa.

Como exposto, a teoria da asserção reconhece a dificuldade prática em separar as chamadas condições da ação do mérito da causa, defendendo que há necessidade de dilação probatória para decisão sobre elas, pois é no curso do processo que se chega à efetiva decisão sobre as mesmas, importando, dessa forma, em análise sobre a relação jurídica de direito material, constituindo a decisão sobre tal sentença de mérito.

Concluimos que, na realidade, as condições da ação integram o mérito da causa, considerando a íntima relação existente entre elas e o direito material posto à apreciação do magistrado.

Por tudo exposto, somos da opinião de que a teoria da asserção nas condições da ação deve ser adotada por nossos legisladores, magistrados e doutrinadores, no sentido de permitir a extinção do processo com julgamento do mérito quando, ultrapassada a fase preliminar de análise da petição inicial e documentação apresentada, seja constatada a ausência de pelo menos uma das condições da ação, a fim de fazer valer o princípio da economia processual, contribuindo para desafogar nossos tribunais e dar maior segurança às relações jurídicas processuais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. v. 1.

ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no Direito Processual Civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. 191 p.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Pressupostos processuais e condições da ação. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 35, p. 183-211, jun. 1991.

BÜLOW, Oskar Von. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Tradução de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964.

CONDIÇÃO DA AÇÃO. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/pesquisa>>. Acesso em: 16 abr. 2002.

CONDIÇÃO DA AÇÃO. Disponível em: <<http://www.tjdf.gov.br/jurisprudencia/framejuris.htm>>. Acesso em: 22 maio 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O Conceito de Mérito. *Revista de Processo Civil*, São Paulo, n. 34, p. 24-28, abr./jun. 1984.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001. 349 p.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da Ação: enfoque sobre o interesse de agir*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001. 206 p. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, 43).

GOMES, Fábio. *Carência da Ação: doutrina, comentários ao CPC, análise da Jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 115 p.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual*. 2. ed. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1985. v. 1.

_____. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a Coisa Julgada*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. v. 5.

NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 2.023 p.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante em vigor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PASSOS, José. Joaquim Calmon. Em torno das condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, v. 4, 1964.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1.

SILVA, Ovídio A. Batista da. *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001. v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do Direito Processual Civil e processo de conhecimento*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 1.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, 16).

WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 2. ed. atual. Campinas: Bookseller, 2000. 192 p.

A TERCEIRA ELEIÇÃO CONSECUTIVA DO CHEFE DO EXECUTIVO: Possibilidade

*José Rubens Barreiros de Leão**
*Ângela Serra Sales***

As eleições municipais do próximo ano, com mais de ano de antecedência, têm provocado discussão nos bastidores dos gabinetes e nos recessos das casas legislativas, tudo porque entendem alguns que os prefeitos reeleitos, portanto, em segundo mandato consecutivo, poderiam disputar um terceiro, em outro município, sem qualquer implicação jurídica.

A discussão é posta da seguinte forma: um prefeito, em segundo mandato – portanto, reeleito – renunciaria ao cargo um ano antes da eleição, transferiria seu domicílio eleitoral para outro município e lá concorreria ao cargo de prefeito. A questão, em princípio, poderia ser solucionada à luz do ordenamento constitucional vigente e da jurisprudência atual do Colendo Tribunal Superior Eleitoral, não fossem duas excepcionalidades: (i) a renúncia do prefeito reeleito; (ii) a transferência do domicílio eleitoral para outro município para lá concorrer ao cargo de prefeito.

Haveria vedação da candidatura no novo município em face do que dispõe o § 5º do art. 14 da Constituição Federal?

A resposta exige o exame da matéria à luz da doutrina, da legislação e da jurisprudência aplicáveis à espécie.

1 O REGIME DEMOCRÁTICO E O EXERCÍCIO DA CIDADANIA

Nos regimes políticos democráticos, a característica fundamental é a soberania popular, a qual se materializa e se consolida pelo exercício regular dos instrumentos constitucionais de participação política do cidadão.

É justamente a participação política o apogeu da cidadania, instrumento que possibilitou aos povos civilizados a elevação da soberania popular

* Procurador do Estado e advogado militante.

** Consultora jurídica e advogada militante.

como fonte de todo o poder, sepultando concepções antigas que viam no soberano a origem do poder, entronizado pela designação divina.

A doutora Carmen Lúcia Antunes Rocha, professora de Direito Constitucional da PUC de Minas Gerais, em brilhante trabalho sob o título *Justiça Eleitoral e Representação Democrática*, sobre cidadania, assim se manifestou:

A cidadania exerce-se pela soberana, permanente e responsável participação do membro da sociedade estatal na formação e no exercício do poder político. A cidadania realiza a democracia. Sem a sua presença atuante na sociedade estatal, sem a titularidade exercida, direta ou indiretamente, não há democracia, ainda que assim se chame o regime político adotado, ainda que assim se venha a insculpir em texto jurídico definidor do modelo de Estado. Todas as inscrições, todos os discursos, todas as práticas feitas em nome da Democracia se reduzem a uma falácia ingloria no regime político em que a cidadania não se ponha como centro e dinâmica do Poder do Estado. Na democracia representativa, a cidadania cresce ou diminui segundo o respeito que se tenha à sua vontade manifestada nos processos eleitorais¹.

Adriano Soares da Costa, advogado e professor de Direito Eleitoral, ensina que o conceito de cidadania, no Direito Constitucional Brasileiro, deve ser entendido como a soberania popular na livre escolha dos destinos da nação, “exercitada por todos e por cada um individualmente”².

Para o eminente professor alagoano, não há distinção entre cidadania e soberania popular. Trata-se, segundo ele, de palavras sinônimas, que devem ser entendidas “como vínculo jurídico-político do cidadão com o Estado, pelo qual exsurge o direito à participação política (direito de votar e ser votado), bem como deveres políticos para com o Estado (fidelidade à Pátria, prestação do serviço militar, obrigatoriedade do voto etc)”³.

Joel José Cândido, um dos mais conceituados doutrinadores em matéria eleitoral no Brasil, diz que, na ordem estatal interna, soberania “é a supremacia da ordem e o poder de ditá-la, exercido pelo sufrágio universal, manifestado pelo voto direto e secreto de que cada um dos cidadãos é titular”⁴.

¹ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Justiça Eleitoral e Representação Democrática*. In: _____; VELLOSO, Carlos Mário da Silva (Org.). *Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 379.

² COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 32.

³ *Ibid.*, p. 33.

⁴ CÂNDIDO, Joel José. *Inelegibilidades no Direito brasileiro*. Bauru, SP: Edipro, 1999. p. 24-25.

Essa concepção encontra-se bem definida no art. 14 da Carta Magna de 1988, em cujo *caput* está inserto o princípio democrático brasileiro de que “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos”.

A cidadania, assim, deve ser entendida como direito do cidadão ao sufrágio político, de votar nas eleições para escolha de seus representantes e de ser votado, de submeter-se ao veredicto popular, de candidatar-se a cargos públicos. Mas a soberania popular não se caracteriza apenas pelo direito de votar e de ser votado como pensam alguns, segundo o doutrinador acima citado, mas abrange o *direito de sufrágio* (direito de votar) e a *elegibilidade* (direito de ser votado), como explicita o art. 14 da CF/88 ao tratar conjuntamente os dois institutos quando da regulação sobre o modo de exercício da soberania popular pelo sufrágio (*caput*) e pela elegibilidade (§ 3º)⁵.

Para o presente trabalho, interessam-nos as condições de elegibilidade, ou de ser votado, pois parte-se do princípio de que, ao pretender um cargo político, o cidadão preenche os pressupostos gerais do registro de candidatura, como o alistamento, o domicílio eleitoral na circunscrição onde vai concorrer, a filiação partidária, a escolha em convenção e a idade mínima exigida para o cargo que vai disputar, entre outros.

Todavia, não basta apenas o preenchimento das condições exigidas para concorrer a um mandato eletivo para ter o cidadão o direito à elegibilidade. É necessário que obtenha o registro da candidatura perante a Justiça Eleitoral, assumindo a condição de candidato. A partir daí estará apto a oferecer seu nome ao eleitorado com o fim de pleitear um cargo eletivo. No entanto, há razões de ordem legal que impedem o cidadão de obter o direito de ser votado, tornando-o, pois, inelegível.

A inelegibilidade não é, como muitos pensam, a perda dos direitos políticos; esta é mais ampla que aquela porque ocasiona tanto a restrição do exercício do voto – condição de eleitor, direito de votar –, como a restrição do direito de ser votado – a elegibilidade. A inelegibilidade é a ausência do direito a ser votado (elegibilidade) em razão de um impedimento legal que obstaculiza o registro da candidatura. O obstáculo pode ser imposto pela Constituição ou por leis infraconstitucionais a determinada pessoa em razão de certas condições pessoais e

em face de certas circunstâncias. Constitui-se em restrição ao direito subjetivo material à candidatura a cargo eletivo, limitando-se tal restrição aos casos expressamente previstos em nosso ordenamento positivo constitucional e infraconstitucional, os quais devem ser inequivocamente comprovados por meio de ação própria.

Para Adriano Soares da Costa, inelegibilidade é “a ausência ou perda da elegibilidade”⁶. Joel José Cândido, socorrendo-se da Resolução nº 15.727, de 10.10.89, do C. TSE, amiúda o entendimento para conceituar inelegibilidade como “restrições aos direitos políticos e à cidadania, já que por inelegibilidade se entende a impossibilidade, temporária ou definitiva, de uma pessoa ser eleita para um ou mais cargos eletivos”⁷.

No ordenamento jurídico temos que as condições de elegibilidade estão previstas no § 3º, do art. 14 da Constituição Federal e as hipóteses de inelegibilidade, no § 7º do mesmo artigo, além de outras condições estabelecidas em lei complementar, por autorização do § 9º.

2 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS: CONSEQÜÊNCIAS DA EMENDA DA REELEIÇÃO. CIRCUNSCRIÇÃO ELEITORAL. ELEIÇÃO E REELEIÇÃO. RESTRIÇÕES E POSSIBILIDADES

A primitiva redação do art. 14, § 5º, da Constituição Federal de 1988, declarava inelegíveis para os mesmos cargos, no período subsequente, o presidente da República, os governadores de Estado e do Distrito Federal, os prefeitos e quem os houvesse sucedido ou substituído nos seis meses anteriores ao pleito.

O § 7º do mesmo art. 14 também declarava inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consangüíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do presidente da República, de governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.

A promulgação da Emenda Constitucional nº 16, de 04 de junho de 1997, quebrou uma longa tradição político-jurídica brasileira e alterou a redação do §

⁵ *Ibid.*, p. 34.

⁶ COSTA, *Op. cit.*, p. 65.

5º do art. 14, para possibilitar a *reeleição* do presidente da República, dos governadores de Estado e do Distrito Federal, dos prefeitos e de quem os houver sucedido ou substituído no curso dos mandatos *para um único período subsequente*.

Mas a regra de inelegibilidade prevista no § 7º não foi modificada. É o entendimento do C. TSE manifestado em duas ocasiões logo após a promulgação da emenda:

CONSULTA. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 16/97. REELEIÇÃO. O advento da Emenda Constitucional nº 16/97, que alterou o art. 14, § 5º, da Constituição Federal para permitir a reeleição do titular do mandato de chefe do Poder Executivo, não produz modificação na disciplina constitucional referente ao seu cônjuge e parentes que continuam inelegíveis no território de sua jurisdição⁸.

Consulta. Inelegibilidade. CF, art. 14, § 7º. A emenda da reeleição em nada alterou a inelegibilidade decorrente de parentesco. Portanto, o filho de Governador, ao postular cargo eletivo, sujeita-se à inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal⁹.

Disso resulta que o alcance das modificações é limitado, *admitindo tão-somente a hipótese de uma reeleição* e da eleição de cônjuge e parentes consangüíneos e afins, até o segundo grau ou por adoção, de titular de mandato reelegível, desde que este se tenha afastado nos seis meses anteriores ao pleito, sempre considerando a mesma circunscrição territorial.

Desse modo, o que está a impedir a Constituição é o monopólio do poder por meio de sucessivas renovações do mandato executivo na mesma circunscrição, daí a restrição do mandamento constitucional a um único período subsequente.

Nesta questão, duas figuras aparecem com destaque: uma é saber o que é reeleição e como e quando ela ocorre; a outra trata da circunscrição eleitoral como limitador do direito à elegibilidade.

Na doutrina clássica, a reeleição é a elegibilidade para o mesmo cargo por um período subsequente. “Reelegível é o nacional registrado para concorrer

⁷ CÂNDIDO, Joel José. *Direito Eleitoral brasileiro*. 7. ed. Bauru, SP: Edipro, 1998. p. 124.

⁸ TSE, Consulta nº 331-DF, Resolução nº 19.973, rel. min. Maurício Corrêa, j. em 23.09.97, unânime.

⁹ TSE, Consulta nº 334-DF, Resolução nº 19.992, rel. min. Costa Porto, j. em 09.10.97, unânime.

novamente ao exercício do mesmo cargo para o qual havia sido eleito, ou o qual chegou a ocupar por sucessão ou substituição”¹⁰.

Toda a concepção construída pela doutrina e pela jurisprudência a respeito de elegibilidade e suas restrições está limitada a uma instância da idéia federativa.

Portanto, a circunscrição territorial ou eleitoral, por vezes impropriamente chamada jurisdição territorial ou eleitoral (a jurisdição é privativa do Poder Judiciário), é estabelecida a partir dos cargos em disputa, assim como a competência das instâncias da Justiça Eleitoral. Na eleição para presidente da República, a circunscrição eleitoral é todo o território nacional e, por isso, é dirigida pelo Tribunal Superior Eleitoral que possui jurisdição (no significado próprio do termo) em toda a Federação; na eleição para governadores de Estado e do Distrito Federal, deputados federais, estaduais e distritais e senadores, a circunscrição territorial ou eleitoral é o Estado ou o Distrito Federal, sendo dirigida pelos Tribunais Regionais Eleitorais, por razões óbvias de limitação da jurisdição ao Ente federativo; já na eleição para prefeito e vereadores, a circunscrição territorial ou eleitoral é limitada ao município, daí porque a competência para dirigi-la é do juiz eleitoral.

Não é outra a opinião de Joel José Cândido:

Circunscrição. Por circunscrição, temos o Município nas eleições para Prefeito, Vice-Prefeito e Vereador; o Estado, nas eleições de Senador, Deputado Federal e Estadual; o Distrito Federal, nos pleitos ao Senado e à Câmara Legislativa e qualquer parte do território nacional nas eleições para Presidente e Vice-Presidente da República¹¹.

De modo que as restrições à elegibilidade ou o direito à reeleição estão restritos a uma determinada circunscrição eleitoral ou territorial, não ultrapassando. E isso se explica pela impossibilidade, ainda que teórica, da influência do poder político atingir outra circunscrição onde, evidentemente, há também influência de poder. Cada sociedade tem comportamentos, hábitos e culturas políticas e, por que não dizer, suas próprias lideranças. Nos âmbitos nacional e estadual, as lideranças políticas estão bem definidas. Na esfera municipal, não é diferente, e só extrapolam dessa esfera se os interesses forem além.

¹⁰ COSTA, 2000, p. 123.

O que se deve ter como princípio é que a idéia de eleição, reeleição e inelegibilidade não pode ultrapassar a esfera do poder em disputa, pois é nessa diretriz que a Constituição Federal orienta. Não fosse assim, não haveria sentido para a inelegibilidade prevista no § 7º, do art. 14 constitucional, que atinge os cônjuges e os parentes do titular do mandato que queiram concorrer no território de jurisdição do titular.

O instituto da reeleição, portanto, não pode fugir desse princípio. Só haverá reeleição se o candidato concorrer ao mesmo cargo que ocupa na mesma circunscrição territorial. Limitando o pensamento à menor esfera política da Federação, temos que só será considerado reeleito o cidadão que obtiver sucesso na primeira disputa consecutiva para o cargo que já ocupa no município. Por força do disposto no § 5º, do art. 14 da Carta Magna, estará impedido de disputar pela terceira vez seguida o mesmo cargo.

Entretanto, parece-nos que a vedação não extrapola os limites da circunscrição territorial onde o cidadão exerce o mandato. O § 5º, do art. 14 da Constituição permite a reeleição para um único período subsequente, daí aflorando o entendimento de que a reelegibilidade só ocorre dentro da mesma circunscrição territorial onde o cidadão é titular do mandato em disputa. Se, ao contrário, o titular de um mandato executivo for disputá-lo em outra circunscrição eleitoral, de reeleição não se trata, visto que o candidato, naquele município ou Estado, não é titular de mandato.

Esse é o entendimento do C. TSE estampado na Resolução nº 19.970, de 18.09.1997, ao responder à Consulta nº 346, do Distrito Federal, relator designado o ministro Néri da Silveira, *in verbis*:

Inelegibilidade. Constituição, art. 14, § 7º. 2. São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consangüíneos ou afins, até o segundo grau, ou por adoção, do presidente da República, do Governador de estado ou território, do Distrito Federal, de prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato a reeleição. 3. Exclusão da inelegibilidade: pressupostos, em face da parte final do § 7º do art. 14 da Constituição. 4. Em se tratando de eleição para deputado federal ou senador, cada estado e o Distrito Federal constituem *uma circunscrição eleitoral*. 5. O conceito de reeleição de deputado federal ou de senador implica renovação do mandato para o mesmo

¹¹ CÂNDIDO, 1999, p. 89.

cargo, por mais um período subsequente, no mesmo *estado* ou no *Distrito Federal*, por onde se elegeu. **Se o parlamentar federal transferir o domicílio eleitoral para outra unidade da Federação e, aí, concorrer, não cabe falar em reeleição, que pressupõe pronunciamento do corpo de eleitores da mesma circunscrição, na qual, no pleito imediatamente anterior, se elegeu.** 7. Se o parlamentar federal, detentor de mandato por uma unidade federativa, transferir o domicílio eleitoral para estado diverso ou para o Distrito Federal, onde cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, até o segundo grau, ou por adoção, seja governador, torna-se inelegível, *"no território da respectiva jurisdição"*, por não se encontrar, nessas circunstâncias, em situação jurídica de reeleição, embora titular de mandato. Consulta a que se responde *negativamente*, considerando o disposto no § 7º do art. 14 da Constituição Federal [grifos nossos].

Segundo o voto vencedor, o objeto da consulta é *mutatis mutandis* semelhante ao deste estudo, na medida em que indaga *"se um detentor de mandato eletivo, obtido em outro território, pode se candidatar em outro estado, desde que já possuindo domicílio eleitoral no território em que desejar candidatar-se"*.

O fundamento da resposta negativa dada à consulta pela maioria do plenário do Colendo TSE (vencidos o relator e o ministro Nilson Naves, tendo o presidente votado), em sentido contrário ao parecer do Procurador-Geral Eleitoral, tem seus contornos assim definidos:

3. A inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição de 1988 tem esta formulação e limites:

"Art. 14
[...]

§ 7º São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau, ou por adoção, do presidente da República, de governador de estado ou território, do Distrito Federal, de prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição".

Referindo-se à inelegibilidade constitucional do art. 14, § 7º, da Lei Magna de 1988, anota Manoel Gonçalves Teixeira Filho:

"Essa inelegibilidade já vem do direito anterior. É necessária para impedir o nepotismo, ou a perpetuação no poder através de interposta pessoa. A solução, aqui, é de bom senso. A inelegibilidade é 'no território de jurisdição do titular'. Note-se que, em face desse dispositivo, o cônjuge, o parente consanguíneo ou afim do presidente da República são absolutamente inelegíveis (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Ed. Saraiva, 1990, p. 130)".

Na Resolução nº 15.284, de 30.5.89, o TSE acolheu entendimento da Procuradoria-Geral Eleitoral, segundo o qual "o objetivo da norma (art. 14, § 7º, da Constituição de 1988) é evitar que o parente se beneficie da influência do titular de mandato eletivo para a obtenção

de vantagens eleitorais”, no território de sua jurisdição. Reiterou-se, de outra parte, na Resolução nº 15.284 referida, o que já se continha nas resoluções nº 13.779 e 14.493, do TSE: “A jurisdição do governador abrange todo o estado”.

4. Cuida-se, no art. 14, § 7º, da Constituição, de hipótese de *inelegibilidade*. Certo está que a Constituição exclui, da inelegibilidade prevista na regra maior em referência, cônjuge ou parente até o segundo grau, ou por adoção, de titular de chefia do Executivo, que já for titular de mandato eletivo e candidato à reeleição. Para a exclusão da inelegibilidade aludida, põem-se, assim, dois pressupostos: a) ser detentor de mandato eletivo; e b) ser candidato à reeleição.

[...]

Ora, bem de entender é, pois, que cada estado e o Distrito Federal constituam uma *circunscrição territorial* para os pleitos federais, tanto assim que o domicílio eleitoral no estado ou no Distrito Federal é condição de elegibilidade, *ut* art. 14, IV, da Constituição, em se cuidando de eleição para deputado federal e senador.

6. O conceito de reeleição de deputado federal ou de senador implica, destarte, renovação do mandato, como representante do povo ou da unidade da Federação, respectivamente, por onde, no período imediatamente anterior, haja sido eleito. A República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos estados e municípios e do Distrito Federal (CF, art. 1º). Nesse sentido, dá-se necessária relação de implicação entre as idéias de territorialidade ou de circunscrição eleitoral e eleição para obter mandato representativo.

José Afonso da Silva, sobre o sistema majoritário, anota que, por esse sistema, “a representação, em dado território (circunscrição ou distrito), cabe ao candidato ou candidatos que obtiverem a maioria (absoluta ou relativa) dos votos”, acentuando, no que concerne ao sistema proporcional, que, por ele, “pretende-se que a representação, em determinado território (circunscrição), se distribua em proporção às correntes ideológicas ou de interesse integradas nos partidos políticos concorrentes”. E acrescenta: “Daí se vê que esse sistema, em princípio, só é compatível com circunscrições eleitorais amplas em que se devem eleger vários candidatos [...]”. (Curso de Direito Constitucional positivo. 10ª ed. revista, Malheiros Editores, 1994, págs. 352 e 354).

Dessa maneira, a noção de reeleição de membro de qualquer das casas do Congresso Nacional não prescinde do requisito da territorialidade ou da circunscrição eleitoral, que formam cada estado da Federação e o Distrito Federal, por onde se elegeu. **Quem for titular de mandato legislativo federal, conquistado em determinado estado ou no Distrito Federal, sua reeleição significará renovação desse mandato, por mais um período subsequente, no mesmo Estado ou no Distrito Federal. De contrário, se houver transferido domicílio eleitoral para outra unidade da Federação e, aí, concorrer, não cabe falar em reeleição, ou seja, em renovação do mandato obtido anteriormente no estado ou no Distrito Federal donde provenha. Tratar-se-á, então, de mandato novo, alcançado nessa outra circunscrição eleitoral, quer pela primeira vez, quer em período que não seja o imediatamente anterior.**

7. Há, dessa sorte, na compreensão do § 7º do art. 14 da Constituição, necessidade de apreciar simultaneamente as duas cláusulas, no dispositivo insertas, quais sejam, no território da jurisdição do titular e candidato à reeleição. Assim, não há inelegibilidade para o cônjuge ou parente, consangüíneo ou afim, até o segundo grau, ou por adoção, de governador de estado ou do Distrito Federal, se se cuida da renovação de seu mandato parlamentar, conquistado anteriormente à investidura do governador, na mesma circunscrição eleitoral, ou seja, no território do estado ou do Distrito Federal. **A tanto corresponde pleitear a reeleição parlamentar, que é renovação do mandato obtido no pleito anterior, na mesma área territorial.** Na exegese do art. 14, § 7º, da Constituição, tem decidido o TSE que a elegibilidade é irrestrita, no território da respectiva jurisdição, desde que o candidato, cônjuge ou parente, seja titular de mandato eletivo e pretenda a reeleição, bem assim para qualquer cargo eletivo, se candidato ou não à reeleição, desde que fora do território de jurisdição do titular (Resolução nº 15.120, de 21.3.89; Resolução nº 15.170, de 6.4.89; e Resolução nº 15.284, de 30.5.89).

Também, na Resolução nº 15.284, de 30.5.89, afirmou-se que a cláusula "e candidato a reeleição" "refere-se somente ao mandato da mesma natureza do possuído", Acolheu-se, no ponto, este passo do parecer da Procuradoria-Geral Eleitoral: "Reeleição é recondução para o mesmo cargo. Assim define a Enciclopédia Saraiva: 'Possibilidade de recondução a cargo eletivo ocupado no período imediatamente anterior à eleição'".

8. Desse modo, consoante se registrou acima, o parlamentar federal – deputado ou senador – exerce mandato obtido em eleições em certa circunscrição estadual ou no Distrito Federal. Não se trata de mandato conferido pela universalidade do eleitorado nacional. A reeleição de parlamentar federal implica continuidade do mandato "imediatamente anterior a eleição", alcançado em uma circunscrição eleitoral estadual ou do Distrito Federal. **Só aí cabe falar em renovação do mandato ou recondução ao mesmo cargo.** Não há cogitar de reeleição de deputado federal ou senador que exerçam mandato por um estado da Federação ou pelo Distrito Federal, se pretendem eleger-se deputado federal ou senador por unidade federativa diversa. Não se configura, aí, renovação do mandato representativo, que o parlamentar vem exercendo, pois isso pressupõe pronunciamento do corpo eleitoral da mesma circunscrição que, no pleito, imediatamente anterior, o elegeu.

9. Assim sendo, data venia, respondo negativamente, à consulta, por entender que, na hipótese formulada, se o parlamentar federal, detentor de mandato por uma unidade federativa, transferir seu domicílio eleitoral para estado ou Distrito Federal, onde o cônjuge ou parente, consangüíneo ou afim, até o segundo grau, ou por adoção, for governador, torna-se inelegível, no território da respectiva jurisdição, por não se encontrar, então, em situação jurídica de reeleição, embora detentor de mandato parlamentar federal. A reeleição a que alude a parte final do § 7º do art. 14 da Constituição, repita-se, para concluir, pressupõe, assim, renovação do mandato de que o parlamentar seja titular, na mesma circunscrição estadual ou no Distrito Federal onde foi eleito [destacamos e grifamos].

Como dito alhures, embora a hipótese da consulta não seja a mesma deste trabalho, os conceitos e as figuras usadas para responder servem perfeitamente para o seu objetivo, assim como a conclusão dada pela maioria. Senão vejamos:

1) as noções de *territorialidade, circunscrição eleitoral e território de jurisdição do titular* são as mesmas para eleição tanto proporcional como majoritária, aí incluídas as eleições para o senado e para os Executivos;

2) o mesmo ocorre em relação ao conceito de *reeleição*, aplicável tanto à eleição proporcional quanto à majoritária;

3) se a reeleição é a renovação do mandato na mesma circunscrição eleitoral onde antes foi eleito o detentor de mandato executivo em dois períodos subseqüentes, então não incide na vedação constitucional o cidadão que venha a disputar o mesmo cargo em outra circunscrição eleitoral no período imediatamente posterior, uma vez que, na hipótese, trata-se de primeira eleição na nova circunscrição;

4) quando o § 5º, do art. 14 da Constituição Federal autoriza a reeleição para um único período subseqüente do presidente da República, do governador de Estado ou do Distrito Federal, dos prefeitos ou de quem os haja sucedido ou substituído no curso dos mandatos, quer dizer na mesma circunscrição eleitoral, na medida em que somente nessa situação dar-se-ia a terceira disputa consecutiva para o mesmo mandato;

5) a vedação ao direito à elegibilidade não ultrapassa as fronteiras da circunscrição eleitoral, aqui entendida conforme o cargo em disputa.

Sob esses contornos, em mais de uma oportunidade, o C. TSE já fixou entendimento sobre a matéria, agora de forma específica quanto à possibilidade de um prefeito em segundo mandato transferir seu domicílio eleitoral para outro município e lá concorrer ao cargo de prefeito. Vejamos:

DOMICÍLIO ELEITORAL. TRANSFERÊNCIA. CANDIDATURA AO MESMO CARGO NO NOVO DOMICÍLIO. POSSIBILIDADE. PERDA DE MANDATO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. NÃO-CONHECIMENTO.

1. O detentor de mandato eletivo que transferiu seu domicílio eleitoral para outra unidade da federação pode ser candidato para o mesmo cargo pelo seu novo domicílio. Precedentes.

2. [...]¹².

¹² TSE, Consulta nº 572/DF, Resolução nº 20.552, rel. min. Edson Vidigal, j. em 15.02.00, unânime.

Consulta – Prefeito municipal – Outro município – Eleição – Período subsequente – Afastamento – Município desmembrado – Burla à regra da reeleição – Impossibilidade.

Domicílio eleitoral – Inscrição eleitoral – Transferência.

Esposa – Mesmo cargo – Cargo diverso.

1. Detentor de mandato de prefeito municipal, que tenha ou não sido reeleito, pode ser candidato a prefeito em outro município, vizinho ou não, em período subsequente, exceto se se tratar de município desmembrado, incorporado ou que resulte de fusão.

2. A candidatura a cargo de prefeito de outro município, vizinho ou não, caracteriza candidatura a outro cargo, devendo ser observada a regra do art. 14, § 6º, da Constituição da República, ou seja, a desincompatibilização seis meses antes do pleito.

3. Prefeito em exercício pode transferir o seu domicílio eleitoral para outra comarca. As eventuais consequências que esse ato possa acarretar não são examinadas pela Justiça Eleitoral.

4. [...]

5. [...]

6. [...]

7. O candidato deve ter domicílio eleitoral na circunscrição em que pretende concorrer pelo menos um ano antes do pleito.

8. A transferência do título eleitoral deve estar efetuada pelo menos um ano antes da eleição, observado o que dispõe o art. 55 do Código Eleitoral¹³.

Em conclusão, pode-se afirmar que não há vedação constitucional ou infraconstitucional à hipótese de vir um cidadão, reeleito para o cargo de prefeito ou governador, disputar o mesmo cargo em outro Estado ou Município na eleição subsequente, desde que cumpridas as exigências de transferência do domicílio eleitoral um ano antes do pleito e filiação partidária na nova circunscrição, sendo juridicamente irrelevante a renúncia um ano antes das eleições, observado, no entanto, o prazo de desincompatibilização.

¹³ TSE, Consulta nº 841/RJ, Resolução nº 21.287, rel. min. Fernando Neves, j. em 12.11.02, unânime.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CÂNDIDO, Joel José. *Inelegibilidades no Direito brasileiro*. Bauru, SP: Edipro, 1999.

_____. *Direito Eleitoral brasileiro*. 7. ed. Bauru, SP: Edipro, 1998.

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Justiça Eleitoral e Representação Democrática. In: _____; VELLOSO, Carlos Mário da Silva (Org.). *Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 377-392.

A VIABILIDADE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA A DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO DIANTE DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

*Dennis Verbicaro Soares**

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, com a evolução dos direitos fundamentais, a tutela metaindividual tem ganhado cada vez mais espaço, prestigiando interesses que transcendem a individualidade de um único sujeito, porque beneficiam toda a coletividade, em razão de um liame factual, como é o caso dos difusos, uma categoria ou grupo, na hipótese dos coletivos *stricto sensu*, assim como àqueles que, embora sejam essencialmente individuais, tornam-se coletivos quando instrumentalizados a um só tempo, em razão de dano de origem comum, nesse caso denominados individuais homogêneos.

Diante desse fenômeno, tem-se prestigiado a jurisdição civil coletiva para a defesa processual desses interesses, seja pela abrangência muito maior das decisões, democratizando-se o acesso à justiça, seja pelas enormes vantagens da legitimação extraordinária, que dotou tanto o Ente público, como a sociedade civil de instrumentos bastante eficazes para a solução de conflitos coletivos. Nesse contexto, a Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) tem contribuído sobremaneira para a efetividade do processo, por meio de mecanismos próprios¹, assim como com a real tutela desses direitos, evitando a solidarização do prejuízo ambiental, histórico, artístico, cultural ou de consumo.

Não se pode tampouco olvidar que a tutela metaindividual abrangeu e prestigiou o patrimônio público, sobretudo quando atingido por atos de improbidade administrativa, mais especificamente pelo desvio de verbas públicas para finalidades

* Procurador do Estado do Pará, advogado, professor do Centro Universitário do Pará (CESUPA), da Escola Superior da Magistratura, da Escola Superior da Advocacia, da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Pará e do Curso de Especialização em Direito Administrativo da Universidade Federal do Pará (UFPA).

¹ Tais como a eficácia genérica das sentenças, a dispensa do pagamento de custas e despesas processuais, como medida de fomento à atuação coletiva, provimentos de cognição sumária e exauriente com efeitos mandamentais, executivos *lato sensu*, e cautelares, resgatando a natureza instrumentalista no processo, assim como algumas vantagens processuais, conferidas a alguns legitimados, como o prazo em dobro para recorrer, quando a ação houver sido proposta por entidade de direito público.

outras que não a satisfação do interesse público, o que será objeto deste estudo, bem como as respectivas repercussões jurídicas do mecanismo em tela.

A principal questão que se apresenta refere-se à identificação do mecanismo legal para que a entidade federativa lesada promova o devido ressarcimento aos cofres públicos da quantia indevidamente desviada pelo servidor público improbo, a fim de que se recomponha o erário, com a maior brevidade possível.

Outras questões também são abordadas no estudo. Assim, verificar-se-á se a quebra do sigilo bancário pode ser requerida pelo Ente público ou se é determinada apenas pelo Juízo, por requerimento do Ministério Público; questionar-se-á, também, o valor probante de sindicância realizada para apurar o ilícito praticado por servidor temporário; analisar-se-á se uma auditoria externa, nas situações em que o próprio órgão não tenha condições de aferir o *quantum* eventualmente desviado, terá força probante suficiente para embasar uma pretensão indenizatória na via judicial.

1 DA ANÁLISE JURÍDICA DA QUESTÃO

1.1 Da caracterização de funcionário temporário como servidor público. Da eficácia da sindicância, como elemento de prova favorável à pretensão do ente público

Em primeiro plano, faz-se necessária a caracterização do funcionário temporário como servidor público, no seu sentido amplo.

Em que pesem as exigências legais relativas à contratação de servidores temporários pela Administração Pública, principalmente quanto à observância do procedimento formal de dispensa ou inexigibilidade de licitação, é importante esclarecer que, na maioria dos casos, os valores envolvidos são expressivos, o que recomenda a adoção de providências judiciais imediatas, evitando-se a perpetuação do prejuízo, sendo a irregularidade quanto às referidas exigências despicienda para efeito de responsabilidade civil, administrativa e penal.

A contratação de servidores temporários encontra respaldo constitucional no art. 37, IX, que se refere à categoria de servidores que, mesmo não sendo integrantes de um quadro permanente da Administração, são vinculados às

normas e princípios desta, respondendo em caso de eventual inobservância dessas normas e princípios.

Assim dispõe o referido dispositivo constitucional: “Art. 37. [...] IX – a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em sua obra *Direito Administrativo*, explica o vem a ser agente público: “Agente público é toda a pessoa física que presta serviços ao ente público e às pessoas jurídicas da administração indireta”².

Segue a festejada autora:

A Constituição de 1988 restringe ainda mais, pois, de um lado, prevê regime jurídico único para os servidores, o qual poderá ser estatutário ou contratual, a critério de cada unidade da federação; de outro lado, prevê, com caráter de excepcionalidade, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, a possibilidade de contratação por tempo determinado. Estes servidores exercerão funções, porém, não como integrantes de um quadro permanente, paralelo ao dos cargos públicos, mas em caráter transitório e excepcional³.

Por outro lado, o art. 2º da Lei nº 8.429/92 (Improbidade Administrativa), ao conceituar “agente público”, permite o enquadramento do funcionário temporário com vínculo precário nessa categoria, autorizando, por consequência, a aplicação das respectivas penas. Senão vejamos:

Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Veja-se que a lei fala de pessoa que exerça, mesmo que transitoriamente a função pública, dispondo expressamente da contratação, como forma de provimento, razão pela qual não persiste qualquer dúvida sobre a possibilidade de se exigir a responsabilidade civil de ex-servidor, tomando-se como elemento de prova dos ilícitos por este praticados a sindicância realizada no âmbito interno do órgão lesado.

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 416.

³ DI PIETRO, 1999, p. 421.

Assim sendo, concluindo a sindicância pela ilicitude da conduta do servidor temporário, contando inclusive, em alguns casos, com a sua confissão, tem fundamental importância para instruir a pretensão do ente público, sendo despendida qualquer conjectura em contrário que possa ser levantada, até porque o servidor temporário, conforme explicado alhures, pode muito bem ser enquadrado como agente público, que desempenhava uma função específica no âmbito da Administração Pública.

1.2 Da improbidade administrativa e da necessidade de ressarcimento ao erário

Afastadas as dúvidas relativas ao enquadramento do servidor temporário e constatada a eficácia da sindicância instaurada pelo órgão, assim como o caráter irrelevante de eventuais máculas formais na seleção do agente público pelo órgão, será tratada a questão da improbidade administrativa.

Ora, é sabido e ressabido pela doutrina administrativista e pela jurisprudência de nossos tribunais que, no âmbito da Administração Pública, vigoram inúmeros princípios, que constituem as verdades fundamentais do sistema e têm por finalidade orientar a satisfação do interesse público, como diretrizes balizadoras do próprio sistema normativo. Entre esses princípios, destacamos o princípio da moralidade administrativa, a fim de subsidiar a análise do caso em tela.

Com relação ao referido princípio, releva destacar que a moralidade impõe o dever de agir com probidade – conceito de que podem derivar outros subconceitos como honestidade, licitude, justiça – na realização da atividade administrativa.

Sobre o tema, o primeiro a se posicionar foi Hauriou, citado por Lúcia Valle Figueiredo, em *Curso de Direito Administrativo*:

Quanto à moralidade administrativa, sua existência provém de tudo que possui uma conduta prática, forçosamente da distinção do bem e do mal. Como a Administração tem uma conduta, ela pratica esta distinção ao mesmo tempo em que aquela do justo e do injusto, do lícito e do ilícito, do honorável e do desonrável, do conveniente e do

inconveniente. A moralidade administrativa é freqüentemente mais exigente que a legalidade⁴.

Na defesa desse princípio, também já se posicionou Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua obra *Curso de Direito Administrativo*, senão vejamos:

De acordo como ele a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio direito, configurando ilicitude que assujeita a conduta viciada à invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do art. 37 da Constituição⁵.

Na mesma linha de raciocínio, caracterizando a improbidade administrativa, continua o citado autor:

De resto, os atos de improbidade administrativa dos servidores públicos “importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível” (art. 37, § 4º)⁶ [grifo nosso].

A improbidade administrativa está prevista na Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, § 4º, *in litteris*:

Art. 37

[...]

§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Da mesma forma, a Lei nº 8.429/92 refere-se aos atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito. Vejamos o que dispõe o seu art. 9º:

Art. 9º. Constitui ato de improbidade administrativa, importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta Lei [...].

⁴ HAURIOU, Maurice *apud* FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 51.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 69.

⁶ MELLO, 1996, p. 69.

Nesse sentido, em sendo comprovado o ato ilícito atribuído ao servidor, é dever da administração promover a sua responsabilização, sendo na esfera administrativa, o que, na hipótese de servidor temporário, poderia restar prejudicado pelo termo final do contrato de prestação de serviços; no âmbito cível, seja sob a ótica penal da conduta, a ser analisada pelo Ministério Público.

Assim sendo, quanto à responsabilidade civil, cabe ao ente público promover o devido ressarcimento ao erário, consoante o que preceitua o art. 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988, evitando-se que o patrimônio público seja prejudicado por atos de improbidade de seus agentes, mesmo que temporários.

1.3 Da alternativa de se propor a ação ordinária de cobrança, a ação de improbidade ou a ação civil pública para reaver o montante recebido indevidamente

Para que se consiga reaver os valores percebidos ilegalmente pelo ex-servidor, existem três alternativas processuais.

A primeira é a ação ordinária de cobrança, bastante utilizada no âmbito das procuradorias judiciais em casos similares, devidamente fundamentada nos artigos 282 e seguintes do CPC. Nesse caso, a ação em comento deverá levar em consideração o valor efetivamente desviado, acrescido de juros e correção monetária, além de honorários advocatícios.

Como segunda alternativa, tem-se a ação de improbidade, devidamente orientada pela Lei nº 8.429/92.

A terceira alternativa é a ação civil pública, como instrumento de extrema importância na proteção dos interesses metaindividuais, regulamentada pela Lei nº 7.347/85, ainda pouco valorizada pela Procuradoria Geral do ente público, a despeito de possuir inúmeras vantagens em relação à outra.

A fim de ilustrar melhor a questão, transcreve-se o que preleciona José Carvalho dos Santos Filho em seu livro *Ação Civil Pública: comentários por Artigo*:

A ação civil pública, sendo de responsabilidade por danos, tem o escopo, primeiramente, de identificar a pessoa que será perante a ordem jurídica responsabilizada pelos danos, é ela que vai sofrer os efeitos da decisão judicial. *A responsabilidade apurada na lei há que*

*ser a civil. Penal não pode ser, porque sua apuração se dá através de mecanismo próprio, a ação penal*⁷ [grifo nosso].

Ainda, sobre a viabilidade da ação civil pública no presente caso, é importante esclarecer o alcance do termo patrimônio público e social, objeto dessa natureza de demanda.

O art. 1º da Lei nº 7.347/85 traz a lume o rol de bens jurídicos tutelados pela ação civil pública que, à primeira vista, acena uma suposta inadequação processual ao caso em tela, mas, na verdade, desafia uma interpretação sistemática, em consonância com o que dispõe o art. 129, III, da Constituição Federal, *in litteris*:

Art. 129- São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, *para a proteção do patrimônio público e social*, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos [grifo nosso].

Embora o dispositivo constitucional se refira ao Ministério Público, a simples menção do patrimônio público em sua redação, por si só, já autoriza a propositura da ação civil pública com essa finalidade, independentemente do órgão legitimado para agir.

Era essa menção ao patrimônio público e social, trazida pela Carta Política, o que faltava para que se estendesse o campo de atuação de todos os entes legitimados para agir na defesa dos interesses transindividuais.

Nesse particular, exsurge para as entidades federativas um novo instrumento processual para a defesa do interesse público, evidenciado nas hipóteses de ilícitos administrativos, que resultem em prejuízo para o erário público.

A fim de consolidar a tese em discussão, transcreve-se o que pensa José dos Santos Carvalho Filho:

A Lei 7.347/85 enunciou a tutela de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Ocorre que a Constituição Federal, no que toca à tutela dessa categoria de bens e direitos, empregou expressão mais abrangente. Dispõe o art. 129, III, que a ação civil pública tem por fim, dentre outros, a proteção do patrimônio público e social. Assim consignando, a Lei Maior alcançou não só os

⁷ SANTOS FILHO, José Carvalho dos. *Ação Civil Pública: comentários por Artigo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 10.

bens e direitos que tenham aquelas modalidades de valor, como outros que porventura se qualifiquem como integrantes do patrimônio público e social⁸.

No caso dos autos, a melhor conceituação de patrimônio público é a do renomado autor, *in verbis*:

Pode-se considerar patrimônio público o conjunto de bens e direitos que integram diretamente o acervo do Estado, noção que equivale aproximadamente à de domínio patrimonial, em que o Estado exerce poderes próprios e inerentes à propriedade, regido basicamente por normas de direito público⁹.

Também Rodolfo Camargo Mancuso, em *Ação Civil Pública*, aduz:

Daí já temos escrito que a ação em causa “não é pública porque o Ministério Público pode promovê-la, a par de outros co-legitimados, mas sim porque ela apresenta um largo espectro social de atuação, permitindo o acesso à justiça de certos interesses metaindividuais que, de outra forma, permaneceriam num certo “limbo jurídico”. Nem por isso daí se extrai que a questão conceitual-terminológica esteja superada, mormente tendo o presente o sucessivo aporte de novos valores e interesses que vão sendo identificados e agregados ao objeto da ação civil pública [...].

De outro lado, é preciso não descuidar que no rol de legitimados ativos encontram-se os próprios entes políticos (art. 5º daquela lei), e, mesmo, nomeadamente a Fazenda Pública, na ação versando sobre atos de improbidade administrativa – art. 17 da Lei 8.429/92¹⁰.

Destarte, não pairam dúvidas de que a expressão patrimônio público alcança tudo aquilo que corresponda aos interesses da coletividade, razão pela qual o desvio de recursos públicos, seja para a conta bancária, seja para a aquisição de patrimônio pessoal, de pessoa vinculada a uma função pública mediante fraude; autoriza a utilização da ação civil pública pelo Estado¹¹, com o fito de ser ressarcido dos valores desviados ilicitamente.

Particularmente, das alternativas existentes, a ação civil pública, por ser o meio mais eficaz de se promover a responsabilidade civil do ex-servidor revela-se como a mais viável, até porque já há um entendimento pacífico na doutrina de que os atos de improbidade administrativa, previstos na Lei nº 8.429/92, podem

⁸ SANTOS FILHO, 1999, p. 22.

⁹ *Ibid*, p. 23.

¹⁰ MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Ação Civil Pública*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 709.

¹¹ União, estados-membros, distrito federal e municípios.

também ser objeto dessa categoria de ação, sem prejuízo da ação cautelar preparatória de seqüestro, que será abaixo analisada.

1.4 Das controvérsias sobre a possibilidade de quebra do sigilo bancário requerida pelo Ente público. Das variantes existentes sobre a matéria

Sobre a possibilidade de se requerer a quebra do sigilo bancário dos envolvidos no desvio de recursos públicos, nosso entendimento indica essa possibilidade.

Em primeiro lugar, o sigilo bancário insere-se no rol dos direitos e garantias constitucionais. Em relação a estes é certo que, ou estejam previstos no art. 5º, ou sejam decorrentes do regime e dos princípios constitucionais adotados (desde que expressamente previstos), cumprem, basicamente, no ordenamento jurídico, duas funções. Em um plano jurídico-objetivo, são normas de competência negativa, ou seja, não permitem que haja ingerência dos princípios constitucionais na esfera jurídica individual. Em um plano jurídico-subjetivo, outorgam, ao mesmo tempo, o poder de exercer positivamente o direito conferido e o de exigir omissões dos poderes públicos que possibilitem o exercício ativo. Tais prerrogativas são denominadas, pelo ilustre constitucionalista Manuel Gonçalves Ferreira Filho, de liberdades positivas e liberdades negativas¹².

Os direitos e garantias fundamentais, entretanto, não são ilimitados, encontrando seus limites em normas da mesma natureza, ou seja, nos demais direitos constitucionalmente assegurados. Por exemplo, o direito ao contraditório (art. 5º, LV), um dos principais corolários do devido processo legal (art. 5º, LIV), sofre restrição frente ao acesso à tutela da justiça, ao se permitir que, em medidas liminares (cautelares ou antecipatórias), possa ser deferida providência judicial a uma das partes antes da defesa da outra.

O princípio que rege essa redução do alcance dos direitos e garantias fundamentais, quando conflitarem entre si, é o princípio da concordância prática ou da harmonização. Sobre esse tema deve-se ter consignada a lição do renomado Alexandre de Moraes, em sua obra *Direito Constitucional*:

¹² FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2001.

quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou harmonização de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua¹³.

No caso da possibilidade de acesso à movimentação financeira do ex-agente envolvido em fraude, conflitam aparentemente a inviolabilidade do sigilo de dados (art. 5º, XII) e da vida privada (art. 5º, X) e o princípio geral da supremacia dos interesses públicos sobre os privados, que salvaguarda o patrimônio público e que deverá prevalecer.

In verbis, os princípios constitucionais aparentemente violados:

Art. 5º

[...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação;

[...]

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, *salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal* [grifo nosso].

Ressalte-se que, na parte final do dispositivo supra, fica demonstrada a autorização para a quebra do sigilo bancário, ao mesmo tempo em que se vincula tal competência exclusivamente ao Poder Judiciário.

Nessa linha de raciocínio, cabe neste momento saber se o Ente público, enquanto legitimado a agir extraordinariamente na tutela dos interesses metaindividuais, poderá requerer a concessão de medida cautelar, referente à quebra do sigilo bancário, ou se essa possibilidade está adstrita apenas ao Ministério Público.

Ora, normalmente, a determinação judicial de se intervir na esfera de disponibilidade das movimentações bancárias do particular só é determinada no âmbito de investigação e instrução processual de crimes, o que acenaria uma suposta faculdade exclusiva do Ministério Público no curso, ou previamente à ação

¹³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 1999.

penal, até porque a própria redação do art. 5º, XII, impõe esse entendimento, sob pena de burla à Constituição.

Particularmente, entendo ser perfeitamente possível que as entidades federativas possam requerer a quebra do sigilo bancário e, por consequência, a indisponibilidade dos bens (mediante o seqüestro), no bojo da ação civil pública, como medida cautelar, objetivando a recomposição do erário, bem como sancionar o enriquecimento ilícito do ex-agente, com fundamento na Lei nº 8.429/92, até porque há o dever de se promover a mais completa investigação das verbas desviadas.

É preciso, na verdade, flexibilizar o princípio da inviolabilidade do sigilo, de forma a inibir a corrupção que hoje está presente em quase todos os setores da Administração Pública, em razão de uma fiscalização deficiente que, devido à falta de efetividade de suas sanções, acaba por estimular tais condutas nocivas ao bem comum.

Sobre a flexibilidade do sigilo bancário, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça assim se posiciona:

RESP 286697/MT; RECURSO ESPECIAL (2000/0116368-0)

DJ DATA: 11/06/2001, p. 00126

Min. FRANCISCO FALCÃO (1116)

20/02/2001

T1 – PRIMEIRA TURMA.

MANDADO DE SEGURANÇA. QUEBRA DE *SIGILO BANCÁRIO*. POSSIBILIDADE. VENDA DE TÍTULOS PÚBLICOS. O *sigilo bancário* não é um direito absoluto, podendo ser quebrado, em compatibilidade com as disposições constitucionais pertinentes, nas hipóteses em que sua manutenção crie óbice intransponível à apuração de delitos, não constituindo nestas hipóteses ilegalidade ou abuso do juízo competente. Recurso especial provido.

ROMS 10939/SC; RECURSO ORDINARIO EM MANDADO DE SEGURANÇA (1999/0055875-8)

DJ DATA:04/09/2000, p. 00121

RDTJRJ v. 00045, p. 00077

Min. MILTON LUIZ PEREIRA (1097)

06/06/2000

T1 – PRIMEIRA TURMA.

Mandado de Segurança. Constitucional. Providências Investigatórias. Quebra do *sigilo bancário*. Constituição Federal (art. 5º, X e XII. Lei nº 4.595/64 (art. 38). 1. O *sigilo bancário* não é um direito absoluto, compatibilizando-se a sua "quebra" com as disposições constitucionais pertinentes (art. 5º, X e XII, C.F.), cônsono à jurisprudência do STF e desta Corte Superior. 2. Demonstradas razões suficientes e reclamado para as atividades investigatórias, o afastamento do sigilo autorizado judicialmente não constitui

ilegalidade ou abuso do juízo competente. 3. Doutrina e precedentes jurisprudenciais. 4. Recurso sem provimento.

Assim sendo, levando a cabo essa novel iniciativa, defendo a propositura da ação civil pública com pedido cautelar, em que será requerida a quebra do sigilo bancário dos envolvidos, tornando indisponíveis os respectivos valores encontrados até o limite total do montante a ser ressarcido aos cofres públicos, mediante o respectivo seqüestro judicial.

Para arrematar o presente tópico, é importante trazer à discussão o entendimento contrário a tal iniciativa, até porque o presente artigo não visa vincular, mas apenas orientar a adoção da medida processual mais adequada ao deslinde da questão.

Muitos se insurgem contra a utilização da quebra do sigilo bancário em hipóteses outras que não a persecução criminal, com a justificativa de que o dispositivo constitucional tem redação taxativa, que não admite interpretação extensiva ou abrangente.

Como exemplo disso, o Governo Federal, mediante a Lei Complementar nº 105/2001 foi agraciado com a possibilidade de requerer a quebra desse sigilo, para fins de arrecadação tributária.

Na verdade, discute-se a constitucionalidade da aludida lei, porquanto toda e qualquer alteração na Constituição, seja para suprimir hipóteses normativas, seja para aumentá-las, deve obedecer necessariamente ao processo legislativo de emenda constitucional, o que não fora observado.

No caso dos autos, a pecha da inconstitucionalidade da medida poderá ser ventilada como matéria de defesa, mas pelo menos a possibilidade de se conseguir a quebra do sigilo bancário e a indisponibilidade dos bens dos envolvidos, como mediada cautelar, já prestigia a iniciativa do Ente federativo, até porque a discussão jurídica sobre a constitucionalidade da medida levaria anos para ser dirimida.

A tendência moderna é expandir as hipóteses de quebra de sigilo bancário. Está tramitando na Câmara dos Deputados, na Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, o Substitutivo ao Projeto de Lei Complementar nº 220, de 1998, dispondo especificamente sobre o sigilo das operações de instituições financeiras. Nesse substitutivo, já se verifica, em termos expressos, a possibilidade

de quebra do sigilo bancário, em razão de qualquer espécie de ilícito, seja civil ou penal, senão vejamos: “Art 4º. A quebra de sigilo poderá ser requerida para apuração de ocorrência de *qualquer ilícito*, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes: [...] [grifo nosso].

Portanto, haveria a possibilidade de se defender a tese da propositura da ação civil pública, com pedido liminar de quebra de sigilo bancário e indisponibilidade dos valores ali encontrados, em consonância com o princípio da supremacia dos interesses públicos sobre os privados, a despeito das opiniões em contrário.

1.5 Da indisponibilidade dos bens mediante medida cautelar de seqüestro

Caso a alternativa anterior seja considerada de vanguarda e, portanto, afastada pelo risco de sua iniciativa; ou seja, deixando-se a cargo do Ministério Público, no bojo da ação penal, o requerimento de quebra de sigilo bancário, sugiro, como medida também eficaz, a propositura de ação cautelar de seqüestro, consubstanciada nos arts. 796 , 822 a 825 do CPC, em caráter preparatório da ação civil pública.

A propósito, a própria Lei nº 8.429/92 refere-se ao seqüestro no seu art.16, § 1º, *in litteris*:

Art. 16. Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à Procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do seqüestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

§ 1º – O pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 a 825 do Código de Processo Civil.

Da leitura da lei, percebe-se claramente que a Procuradoria Geral do Ente federativo prejudicado possui autorização expressa para a propositura da referida ação cautelar.

1.6 Do valor da auditoria externa como elemento de prova

A Auditoria externa, realizada por empresa privada ou independente, tem fundamental valor probante, sobretudo nas situações em que se faz necessária

uma análise contábil mais minuciosa, observando-se, naturalmente, as exigências da Lei nº 8.666/93.

1.7 Da necessidade de articulação junto ao Ministério Público Federal e à Advocacia Geral da União, para que se promova a responsabilidade penal e civil do ex- servidor envolvido

O ilícito administrativo relativo ao desvio de recursos públicos repercute também na esfera penal, pois, presentes os indícios de crime cometido contra a Administração Pública, notadamente do de peculato, dado que perfeitamente caracterizada a apropriação indevida de dinheiro público, o Ministério Público deve apurar, de modo a promover a responsabilização penal do ex-servidor.

DA CONCLUSÃO: RESPOSTA À QUESTÃO APRESENTADA

Por fim, caracterizada a hipótese de improbidade administrativa, apresenta-se como perfeitamente admissível o manejo da ação cautelar de seqüestro, previamente à ação civil pública, para tornar indisponíveis os bens do ex-servidor envolvido, bem como para se obter o ressarcimento dos valores recebidos indevidamente por ele, de maneira célere e plena, nos termos dos tópicos precedentes.

Sobre o material probatório, releva destacar que as sindicâncias internas têm importante papel na condensação dos fatos e provas colhidos administrativamente, mesmo na hipótese de servidor temporário, com vínculo precário com a Administração Pública, pois é pacífico o seu enquadramento como agente público, passível, portanto, de responder administrativamente pelos seus atos.

Da mesma forma, revela-se possível a contratação de auditoria externa, observando-se às normas insculpidas na Lei nº 8.666/93, enquanto elemento de prova de relevante importância para a convicção do juízo, de acordo com a pretensão da unidade federativa.

Por fim, para encerrar o presente artigo, sugere-se a propositura das ações supra-referidas, informando o Ministério Público para que, tomando ciência do desígnio do ente público na propositura das ações, manifeste seu interesse em se habilitar como litisconsorte.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2001.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Ação Civil Pública*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 1999.

SANTOS FILHO, José Carvalho dos. *Ação Civil Pública: comentários por Artigo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

PARECERES

PARECER Nº 037/2003 – PGE
PROCESSO Nº: 200300000362
INTERESSADO: SEAD/PGE
ASSUNTO: CONCURSOS SEAD
PROCURADORA: GISELLE BENARROCH BARCESSAT FREIRE*

EMPRESAS ESTATAIS. REGIME HÍBRIDO. DIREITO PRIVADO COM DERROGAÇÕES EXPRESSAS DO DIREITO PÚBLICO. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 173, § 1º, DA CF/88. CRIAÇÃO DE EMPREGOS PÚBLICOS. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA.

I DOS FATOS E DA CONSULTA

Tratam os presentes autos de estudo acerca da necessidade de lei criadora de empregos públicos no âmbito das empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista).

Tal indagação resulta de consulta formulada pela SEAD, que pretende dar andamento a uma série de concursos públicos, entre eles, os de algumas empresas estatais que desejam ampliar o quadro de empregados.

II DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

a) DA PERSONALIDADE JURÍDICA DAS EMPRESAS ESTATAIS

Em primeiro lugar, é curial fazer uma breve análise da personalidade jurídica das empresas estatais, a fim de se traçar um perfil prévio para as análises ulteriores.

A Administração Pública, em sentido amplo, reparte-se em Administração Direta e Administração Indireta: esta é composta de entidades administrativas criadas por meio de lei ou mediante autorização legal, com personalidade jurídica própria e sujeitas apenas a um controle finalístico ou de resultado; aquela, por sua vez, é composta por órgãos que representam repartições de competência, sem personalidade jurídica própria, subordinados ao ente político ao qual estão vinculados.

Entre as entidades administrativas que compõem a Administração Indireta encontramos as autarquias e as fundações, como pessoas jurídicas de direito público¹ e, portanto, sujeitas às regras de direito público aplicáveis à

* Procuradora do Estado do Pará, mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará e professora de Direito Administrativo.

¹ Muito embora existam discussões acerca da natureza da personalidade jurídica das fundações, se pública ou privada.

administração direta, e as empresas públicas e as sociedades de economia mista, como pessoas jurídicas de direito privado, regidas pelo que alguns autores chamam de regime misto, no qual se percebe uma convivência entre regras de direito público e regras de direito privado.

Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao tratar do assunto, destaca:

Embora elas tenham personalidade desta natureza, o regime jurídico é híbrido, porque o direito privado é parcialmente derogado pelo direito público. Mas, falando-se em personalidade de direito privado, tem-se a vantagem de destacar o fato de que ficam espancadas quaisquer dúvidas quanto ao direito a elas aplicável: será sempre de direito privado, a não ser que se esteja na presença de norma expressa de direito público².

O Decreto-lei nº 200/67, que trata da organização administrativa da União, conceitua as empresas estatais da seguinte forma:

Art. 5º. Para os fins desta lei, considera-se:

[...]

II – empresa pública – a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.

III – sociedade de economia mista – a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, à União ou a entidade da Administração Indireta.

Verifica-se, dentro do conceito legal, duas diferenças básicas entre as empresas estatais: a empresa pública possui capital exclusivamente público e admite qualquer forma societária prevista no direito, enquanto a sociedade de economia mista possui capital público e privado e tem de vir estabelecida em forma de sociedade anônima.

Além dessas diferenças entre as duas espécies de empresas estatais, a doutrina costuma fazer uma classificação interna dessas empresas de acordo com a atividade exercida: as prestadoras de serviço público e as exploradoras de atividade econômica.

Resulta dessa classificação que as empresas estatais prestadoras de serviço público, apesar da personalidade de direito privado, contam com uma maior aproximação das normas de direito público³, e, por outro lado, as empresas que

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 385.

³ Ainda Maria Sylvia Di Pietro destaca: “Quando, porém, o Estado fizer a gestão privada do serviço público, ainda que de natureza comercial ou industrial, aplicam-se, no silêncio da lei, os princípios de direito público, inerentes ao regime jurídico administrativo” (DI PIETRO, 2003, p. 382).

exercem atividade econômica deveriam ser reguladas, na ausência de disposição expressa, pelas regras de direito privado.

Assim, dado o regime híbrido a que se aludia, as normas referentes às empresas estatais necessitam, quando de sua aplicação, de um esforço de minuciosa interpretação, especialmente na ausência de regra expressa.

b) DO REGIME PRIVADO DAS EMPRESAS ESTATAIS ESTABELECIDO NO ART. 173, § 1º

Importa analisar os dispositivos constitucionais que tratam da matéria, direta ou indiretamente, a fim de que possamos alcançar uma solução que reflita uma coerência sistêmica dos princípios constitucionais afetados.

Já sabemos que as empresas estatais são pessoas jurídicas de direito privado e que, doutrinariamente, são classificadas como prestadoras de serviço público ou exploradoras de atividade econômica. Nesse diapasão, vejamos o que estabelece o art. 173 da CF/88, notadamente sobre estas últimas:

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

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou prestação de serviços, dispondo sobre:

I [...];

II a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

[...].

Verifica-se, na disposição constitucional acima transcrita, que o Estado poderá lançar mão de empresas estatais exploradoras de atividade econômica nas hipóteses previstas, e que tais empresas – estabelece expressamente a Constituição –, conforme lei específica, deverão observar o regime jurídico próprio das empresas privadas, quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

Contudo, ao mesmo tempo, estabeleceu a Constituição a obrigatoriedade de licitação – regra do regime administrativo público – para as compras, alienações, obras e serviços dessas entidades.

Verifica-se nesse artigo algo além de uma regra expressa, percebe-se o reflexo de um movimento que se repete no texto constitucional sempre que o assunto em pauta envolve as empresas estatais: nas ocasiões em que o legislador constituinte teve a intenção de fazer valer às empresas estatais regras de direito público, abordou-as de forma expressa, clara e precisa.

Aliás, esta é a interpretação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, quando aponta:

Uma primeira ilação que se tira do artigo 173, § 1º, é a de que, quando o Estado, por intermédio dessas empresas, exerce atividade econômica, reservada preferencialmente ao particular pelo *caput* do dispositivo, ele obedece, no silêncio da lei, a normas de direito privado. Essas normas são a regra; o direito público é a exceção e, como tal, deve ser interpretado restritivamente.

Outra conclusão é a de que, se a própria Constituição estabelece o regime jurídico de direito privado, as derrogações a esse regime somente são possíveis quando delas decorrem implícita ou explicitamente. A lei ordinária não pode derogar o direito comum, se não admitida essa possibilidade pela Constituição⁴.

Assim, fica claro perceber que a própria Constituição estabelece suas ressalvas, incluindo ou excluindo as empresas públicas e sociedades de economia mista, sempre que julga necessário.

Exemplos dessa percepção podem ser perfeitamente vislumbrados no Capítulo VII – DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Encontram-se disposições como:

Art. 37, inciso XI – Trata do teto remuneratório e a princípio vincula apenas administração direta, autárquica e fundacional, contudo, o § 9º *estabelece expressamente a aplicação deste inciso às empresas públicas e às sociedades de economia mista* que recebam recursos públicos para despesas com pessoal.

Art. 37, inciso XVII – Determina que a *proibição de acumular empregos e funções seja estendida, de maneira expressa, às autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista*.

Art. 37, inciso XIX – Impõe lei específica para a criação de autarquias e para *autorizar a instituição de empresa pública, sociedade de economia mista* e fundação.

Art. 37, § 6º – Imputa responsabilidade objetiva às pessoas jurídicas de direito público e de *direito privado prestadoras de serviço público*.

Art. 38 – Define regras para mandato eletivo, aplicáveis apenas aos servidores da administração direta, autárquica e fundacional.

Nota-se com isso, a posição do constituinte no sentido de fixar às empresas estatais o regime privado como regra, acompanhado de determinadas normas de direito público, que a própria Constituição lhes estende, de maneira expressa.

c) DO REGIME DE EMPREGO PÚBLICO. DA CRIAÇÃO DE EMPREGOS PÚBLICOS NAS EMPRESAS ESTATAIS

⁴ DI PIETRO, *Op. cit.*, p. 382.

A EC nº 19/98 trouxe profundas modificações ao capítulo da Administração Pública, entre elas, a extinção do regime jurídico único. A partir de então, o regime administrativo deixa de ser a única forma de vínculo entre a administração e seus servidores, passando-se a admitir a figura do empregado público, como espécie de agente público *latu sensu*, regido pela legislação trabalhista.

Celso Antônio Bandeira de Mello assim conceitua a espécie: “Empregos públicos são núcleos de encargos de trabalho permanentes a serem preenchidos por agentes contratados para desempenhá-los, sob relação trabalhista”⁵.

A grande modificação deu-se, na verdade, no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional, que antes só contratava sob o regime administrativo e a partir de então passou a ter a possibilidade de contratar servidores no regime celetista⁶. Nas empresas estatais, a contratação sempre teve os moldes do direito privado, regidos mais especificamente pela CLT.

A Constituição refere-se, inúmeras vezes, aos termos cargos, empregos e funções, muito embora seja necessário analisar quais dessas regras são aplicáveis às empresas estatais e quais se referem apenas à Administração Direta, autárquica e fundacional.

Surge, então, o questionamento central do presente parecer: a regra da obrigatoriedade de criação de empregos públicos por meio de lei restringe-se à Administração direta autárquica e fundacional ou estende-se às empresas públicas sua aplicação?

Poucos autores enfrentam diretamente o tema, e a jurisprudência é extremamente escassa nessa matéria. Contudo, a resposta para a presente indagação pode ser encontrada na própria Constituição Federal.

Em uma primeira análise, a questão enseja dúvidas, uma vez que se encontram justificativas tanto para respostas positivas, quanto para respostas negativas. Isso porque, seguindo-se as normas de direito privado a cujo regime estão vinculadas as empresas estatais, a resposta indicaria a desnecessidade de lei criadora de empregos públicos, que poderiam ser estabelecidos pelos próprios estatutos das respectivas empresas. Por outro lado, é dever lembrar que, mesmo sendo empresas com personalidade jurídica de direito privado, compõem a Administração Pública e possuem capital público na sua composição, fato que poderia nos fazer inclinar pela obrigatoriedade de lei criadora de empregos.

Encontramos respaldo para o posicionamento ora adotado na própria Constituição, utilizando uma interpretação sistemática de suas disposições.

Já foi possível detectar que a Constituição faz referências expressas às normas de direito público que pretende sejam acolhidas pelas empresas estatais. Assim, cumpre que busquemos os dispositivos constitucionais indicadores da obrigatoriedade ou não de lei criadora de empregos públicos nas estatais.

O primeiro indicativo vem estabelecido no art. 169, § 1º, II, da CF/88:

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 228.

⁶ Sem que com isso seja dispensada a obrigatoriedade de concurso público.

§ 1º – A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos ou entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, só poderão ser feitas:

I – [...];

II – se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Apesar do dispositivo acima transcrito não tratar de forma direta da obrigatoriedade ou não de lei criadora de empregos públicos nas estatais, ele estabelece que, *às empresas públicas e sociedades de economia mista é permitido criar empregos e administrar contratações e remunerações de pessoal, sem que haja prévia autorização na lei de diretrizes orçamentárias*. O legislador constituinte deixou nitidamente clara sua intenção de excluir as empresas estatais da regra de obrigatoria previsão na LDO das questões relacionadas à administração de pessoal.

A nosso ver, este parece ser um indicativo bastante forte da autonomia das empresas estatais, especialmente em matéria de regulação de pessoal. Só esse dispositivo já seria suficiente para identificarmos o tratamento constitucional dado à matéria. Mas outros dispositivos esparsos completam a interpretação, conformando a situação. Vejamos.

Se a matéria que discutimos é a obrigatoriedade de lei, faz-se mister verificar o que estabelecem os dispositivos constitucionais acerca do Poder Legislativo envolvendo o assunto.

O art. 48, que trata das atribuições do Congresso Nacional, estabelece no inciso X:

Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

[...]

X – criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, b.

O citado dispositivo, analisado de forma isolada, ainda deixa dúvidas, uma vez que não especifica se a criação de empregos nas estatais estaria por ele abraçada, ou se a norma restringe-se à administração direta, autárquica e fundacional.

Daí a necessidade de uma interpretação conjunta do art. 48, X, com o art. 61, § 1º, II, a:

Art.61 [...]

§ 1º – São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

I [...];

II – disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos *na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração*. [grifo nosso].

A conformação desses dois dispositivos indica, mais uma vez, a intenção do legislador constituinte de *excluir da regra da lei criadora de cargos, empregos e funções, as empresas estatais e as fundações*⁷.

Corroborando a tese levantada, Sérgio de Andréa Ferreira, ao analisar os dois dispositivos em comento, concluiu:

1.2. Nesta moldura, por lei são criados cargos, empregos e funções da Administração Direta e Autárquica, *não estando incluídos nem mesmo os da Administração Fundacional*.

1.3. Não teria sentido que a exclusividade da iniciativa presidencial só dissesse respeito aos cargos e empregos da administração direta e autárquica, e não abrangesse a dos demais entes da AP, se essas outras funções públicas de administração também tivessem que ser criadas por lei.

1.4. Destarte, *nem os empregos permanentes, nem os empregos de confiança dos agentes dos entes privados da administração pública são criados por lei*⁸ [grifos nossos].

No mesmo sentido posiciona-se Caio Tácito, ao analisar a necessidade de lei criadora de cargos de confiança nas estatais:

A interpretação teleológica da norma constitucional conduz por via de consequência, a que, assim como nas empresas estatais a criação de empregos prescinde de iniciativa de lei, a distinção a ser estabelecida entre relações jurídicas efetivas, ou de confiança, pertine à disciplina do regime de seu pessoal. Compete à administração da entidade emitir as normas regulamentares, que são a lei interna da empresa⁹.

E assim tem sido na prática: a criação de empregos públicos, e todas as demais regras de administração de pessoal, têm sido estabelecidas nos seus próprios estatutos, geralmente dentro da competência da Diretoria Executiva. Aliás, este é o tratamento estabelecido nos estatutos das empresas ora analisadas – PARATUR e PRODEPA¹⁰.

Assim, considerando a personalidade jurídica das empresas estatais, o regime privado a que estão sujeitas e a autonomia e flexibilidade que lhes são outorgadas para que participem do mercado de maneira competitiva, entende-se que a Constituição não exige que a criação de empregos públicos dessas empresas

⁷ É importante esclarecer que os dois artigos citados encontram dispositivos correspondentes na Constituição Estadual: art. 91, X, e art. 105, II, a, respectivamente.

⁸ FERREIRA, Sérgio de Andréa. Empresa Estatal – Funções de Confiança – Constituição Federal – art. 37, II. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 227, p. 397-413, jan./mar. 2002.

⁹ TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público: estudos e pareceres*. São Paulo: Renovar, 2002. v.3, p. 469-474.

¹⁰ Como comprovação do alegado, juntam-se, nesta oportunidade, os estatutos da EBCT, da CEF e da PETROBRAS.

seja feita por meio de lei, deixando que sua regulamentação seja estabelecida em estatuto próprio.

Uma derradeira indagação poderia surgir, especificamente no que tange às empresas estatais prestadoras de serviço público. Seriam elas abrangidas por essa exclusão? A interpretação que se deu aos dispositivos constitucionais abrange as estatais que exercem esse tipo de atividade?¹¹

É bem verdade que a carência de um diploma legal para o tratamento específico das empresas estatais dificulta sobremaneira o alcance de respostas exatas. E nesse sentido manifesta-se Di Pietro:

É lamentável que o legislador, quando estabelece normas sobre empresas estatais, não leve em conta a distinção. Isto teria que ser feito, por exemplo, quando estabelece normas sobre falência, sobre contratos, sobre seleção de pessoal, sobre direito de greve, sobre dispensa de licitação para o Poder Público contratar com suas empresas, sobre processos de execução e tantas outras matérias em que a diversidade de tratamento se impõe. Na ausência dessa distinção, pela lei, cabe ao intérprete fazê-la, mediante a aplicação, às empresas prestadoras de serviços públicos, no que não contrariar dispositivos expressos de lei, dos mesmos princípios e normas que regem as empresas concessionárias de serviços públicos¹².

Assim, para a autora, na ausência de norma expressa, as prestadoras de serviço público devem ter tratamento equivalente àquele dado às concessionárias de serviço público¹³.

Os demais autores aqui citados¹⁴ não estabelecem diferença de interpretação entre as espécies de estatal exploradoras de atividade econômica ou prestadoras de serviço público, considerando que, para ambas, prevalece a exclusão da regra de criação de emprego público por lei.

Entendo que, de fato, é necessária uma interpretação mais restrita das regras constitucionais quando estivermos diante de empresas estatais prestadoras

¹¹ Importa destacar o posicionamento do ilustre colega Ibraim José das Mercês Rocha que, em parecer exarado na análise de uma questão judicial entre CTBel e Sindicato dos Trabalhadores nas Empresas Concessionárias de Transporte do Município de Belém, dispõe: “Por amor ao debate, e acatando a tese de que supostamente o art. 173, § 1º, inciso II, submetendo as empresas públicas e sociedades de economia mista ao regime das empresas de direito privado as desobrigasse da criação dos cargos e empregos mediante lei, o que por certo iria de encontro com as preceituações normativas largamente expendidas no presente trabalho doutrinário, e que temos certeza não ocorre dado o princípio da unidade constitucional, deve-se alertar que isso somente se aplicaria às empresas públicas e sociedades de economia mista que EXPLOREM ATIVIDADE ECONÔMICA, que pode ser verificado pela simples leitura do texto constitucional, estando fora do seu âmbito as Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista que tenham por finalidade a EXPLORAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO, que de forma clara não está abrangido pelo preceito constitucional retro transcrito, e diga-se que é o caso da CTBel que EXPLORA SERVIÇO PÚBLICO DE CARÁTER ESSENCIAL, que é o transporte coletivo (art. 30, V, da CF/88)” (ROCHA, Ibraim José das Mercês. EC 19/98: sociedades de economia mista e empresas públicas. Há necessidade de criação de empregos através de lei? Estudo de caso: a empresa pública Companhia de Transportes de Belém. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 4, n. 40, mar. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=325>>. Acesso em: 17 mar. 2003).

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 63.

¹³ Acompanhada por Celso Antônio Bandeira de Mello (2002, p. 159).

¹⁴ Caio Tácito e Sérgio de Andréa Ferreira.

de serviço público. Isso porque entra em foco o princípio da continuidade do serviço público de imperiosa aplicação. Contudo, entendo que as reservas a serem feitas nesse sentido atingem outras questões que não esta do objeto do presente parecer (criação de empregos mediante lei). O tratamento diferenciado às prestadoras de serviço público, com base na continuidade do serviço público, vem interferir em questões como, por exemplo, a impenhorabilidade de bens e o processo de falência.

No mais, mesmo que se adote o entendimento de Di Pietro, comparando-se as empresas estatais prestadoras de serviço público às concessionárias, isso em nada interfere no aspecto de criação de empregos, eis que prevalece o regime privado e portanto, a não obrigatoriedade de lei para sua criação.

III CONCLUSÃO

Face ao exposto, alcançamos as seguintes conclusões:

- a) é necessário ter em mente que a personalidade jurídica das empresas públicas e sociedades de economia mista é de direito privado, mas trabalham com um regime híbrido, que deve nortear as interpretações e aplicações em cada caso;
- b) dada a sua personalidade jurídica, e conforme estabelece o texto da Lei Maior, o regime híbrido caracteriza-se por uma prevalência do direito privado derogado pelo direito público naquilo que a própria Constituição determinar, critério este que se percebe ter sido adotado pelo legislador constituinte nos dispositivos referentes à matéria, eis que as ressalvas vêm sempre estabelecidas de maneira expressa.
- c) com base nos elementos doutrinários e nos artigos constitucionais acima transcritos, especialmente a combinação dos arts. 48, X, 61, §1º, II, a, e 169, §1º, II, a criação de empregos públicos nestas empresas estatais prescinde de lei, podendo ser estabelecida nos próprios estatutos, dada a autonomia e a flexibilidade que se aplicam a tais espécies de entidades administrativas.

Este o parecer que submeto à elevada consideração.

Belém, 26 de março de 2003.

GISELLE BENARROCH BARCESSAT FREIRE

PARECER Nº 026/2003 – PGE
PROCESSO Nº 2006300000192
PROCEDÊNCIA: SECRETARIA EXECUTIVA DE SAÚDE – SESPA.
INTERESSADO: SECRETARIA EXECUTIVA DE SAÚDE – SESPA.
PROCURADOR: SANDOVAL ALVES DA SILVA*

SERVIDOR PÚBLICO EFETIVO OU ESTÁVEL
PELO ART. 19 ADCT. APOSENTADORIA
COMPULSÓRIA. PERMANÊNCIA NO SERVIÇO
PÚBLICO OU PROVIMENTO EM CARGO EM
COMISSÃO. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DOS
ARTIGOS 37, § 10, 39, § 2º C/C 7º, XXX, 40, § 13,
170 E 230 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA
FEDERATIVA DO BRASIL.

I FATOS

Tratam os presentes autos do ofício n.º 0317/GAB/2003-SESPA, que encaminha o parecer do Serviço Jurídico da Secretaria em epígrafe, cujo objeto é a dúvida na tomada de decisão fundada na seguinte pergunta: pode o servidor público, inclusive aquele ocupante de cargo de confiança, permanecer no serviço público após os 70 (setenta) anos de idade?

A Assessoria Jurídica do órgão exarou parecer, respondendo negativamente à pergunta formulada, opinando pela impossibilidade de permanência de servidores com 70 (setenta) anos de idade no serviço público, mesmo ocupantes de cargos em comissão. E assim opinou com fulcro no art. 40, § 1º, II, da Constituição da República Federativa do Brasil e do art. 110, II, da Lei Estadual nº 5.810/94.

O citado parecer foi aprovado, aditando como fundamento aos já existentes jurisprudências do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo¹ e do Superior Tribunal de Justiça (STJ)².

Feitas as considerações fáticas necessárias, vieram os presentes autos para análise e manifestação sobre o caso por esta Procuradoria Geral, a pedido do Secretário Executivo Saúde Pública.

* Docente da Universidade Federal em Processo Civil e Procurador do Estado do Pará, mestrando em Direito pela Universidade Federal do Pará – área de concentração Constitucionalismo, Cidadania e Direitos Humanos.

¹ Citem-se como exemplos: Mandado de Segurança nº 14.074-0 – São Paulo – Relator: Torres de Carvalho – 20.05.92 e Mandado de Segurança nº 37.280-0 – São Paulo – Órgão Especial – Relator: Dante Busana – 11.03.98 – V.U. Consulta realizada no site www.tj.sp.gov.br, utilizando-se os seguintes termos para efetuar a pesquisa: “aposentadoria compulsória cargo comissão”.

² A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça será utilizada durante o desenvolvimento do presente parecer.

II ANÁLISE JURÍDICA

Ressalva-se que o problema posto não tem a simplicidade que parece ter, como bem advertiu o Assessor Jurídico do órgão consulente, bem como merece um apanhado dos princípios e regras constitucionais.

Preliminarmente, cabe registrar que a Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998 se não resolveu a questão, ao menos reforçou o argumento da admissibilidade de permanência dos septuagenários no exercício de cargo em comissão, em que pesem fortes vozes em contrário.

Consoante já mencionado, o Superior Tribunal de Justiça tem o entendimento coincidente com o exarado pelo setor de pareceres do órgão consulente, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO OCUPANTE DE CARGOS EM COMISSÃO. EXONERAÇÃO POR IMPLEMENTO DE IDADE (70 ANOS). ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. 1 – A expressão “servidor público” é gênero do qual faz parte o ocupante de cargo em comissão que, a exemplo do detentor de cargo efetivo, ao completar setenta anos de idade, não pode mais continuar na ativa, porque sua retirada para a inatividade é compulsória (obrigatória), não havendo falar em ilegalidade, porquanto, em última *ratio*, o fundamento do ato é a própria Constituição Federal (art. 40, § 1º, II). 2 – Recurso ordinário improvido. (STJ, Ac. ROMS 10423/SP;1998/0091618-0; Data da Decisão 10/10/2000, Fonte DJ DATA:30/10/2000 PG:00197. OJ : 6.ª T Rel. Min. Fernando Gonçalves).

Conforme já colacionado pelo parecerista do órgão consulente, no mesmo sentido é outro acórdão do STJ (Ac. ROMS 11722/DF – 2000/0022437-5 – Data da decisão: 10/10/2000 – OJ: 6ª T. – Rel. Min. Hamilton Carvalhido – Fonte: DJ 28/08/2001, p. 00269).

A questão já foi muito debatida no Estado de São Paulo, onde se têm os principais argumentos contrários e favoráveis à manutenção dos septuagenários em cargo em comissão.

Carlos Ari Sundfeld, procurador do Estado da Federação já comentada, resume as principais teses num artigo publicado no Boletim de Direito Administrativo:

Em suma. Tomada solitariamente, a norma permite duas leituras igualmente razoáveis (e contraditórias). A *primeira*: *presumem-se incapazes para o exercício de cargos públicos os que contem mais de 70 anos. Conseqüência: o septuagenário, sendo incapaz para os cargos efetivos, sê-lo-á também para os cargos em comissão.* A *segunda*: *quem complete 70 anos deve deixar o serviço público ativo, para permitir a renovação do quadro a que está ligado. Conseqüência: a regra não se aplica aos cargos comissionados porque em relação a eles inexistente progressão funcional e nomeação por concurso [grifos nossos]*³.

³ SUNDFELD, Carlos Ari. Servidor público: cargo em comissão. *Boletim de Direito Administrativo*, v.8, n.6, p.356-358, jun. 1992.

O mesmo autor, defendendo a possibilidade de permanência e de provimento em cargo em comissão do septuagenário, antes mesmo da EC nº 20/98, indica cinco fundamentos constitucionais que consubstanciam a tese exposta. Pede-se vênia para com eles concordar e, pela sua importância, para transcrevê-los na íntegra:

a) O artigo 7º, inciso XXX – aplicável aos servidores públicos por força do artigo 39, § 2º – diz ser direito dos trabalhadores a “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, *idade*, cor ou estado civil”. *São vedadas as distinções quanto ao exercício de funções por motivo de idade. Eis aí a regra geral. O artigo 40, II, não pode ser interpretado extensivamente, de modo a acolher os ocupantes de cargos de confiança*, pois isto implicaria fazer exceção à regra, negando o princípio constitucional contido no artigo 7º, XXX.

b) *Inexiste proibição constitucional de que os septuagenários ocupem os cargos eletivos* (nos Parlamentos ou nos Executivos). As condições de elegibilidade estão exhaustivamente previstas no art. 14, § 13, e entre elas não se inclui a idade máxima, apenas certas idades mínimas (inc. VI). Nada impede, por exemplo, que o Chefe do Executivo seja um octogenário.

c) *Os Ministros de Estado podem ter mais de 70 anos de idade*. Realmente, o artigo 87 manda escolhê-los “dentre brasileiros com mais de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos”. Não há limite máximo.

d) Dispõe o art. 230⁴ que “a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”. O trabalho é dos mais poderosos veículos de participação do indivíduo na vida comunitária.

e) O artigo 170, *caput*, manda valorizar o trabalho humano – dos idosos também, por certo – para assegurar a existência digna [grifos e nota de rodapé insertos]⁵.

Em que pese a força dos argumentos acima expendidos, não foi a tese vencedora no Estado de São Paulo, consagrando-se o entendimento de incapacidade presumida no serviço público para os que têm 70 (setenta) ou mais anos, inclusive para os detentores de cargo em comissão.

Entretanto, mm recente passagem, o mesmo autor foi instado a se pronunciar sobre o assunto, em virtude do advento da Emenda Constitucional nº 20/98, momento em que se curvou ao entendimento normativo consagrado pelo Governo de seu Estado⁶, embora tenha defendido sua posição pessoal, afirmando

⁴ Por certo, há de se antecipar aqui que o prescrito no art. 230 da Carta Magna nada mais é do que uma regra a serviço da concretização de um princípio fundamental, insculpido no art. 1º, III, do mesmo texto constitucional, qual seja: o da dignidade da pessoa humana.

⁵ SUNDFELD, 1992, p. 356.

⁶ O Estado de São Paulo consagrou o entendimento de impossibilidade de o septuagenário ser provido ou mantido em cargo em comissão por meio do Despacho Normativo de 23/03/1995.

não ter a referida Emenda em nada mudado os entendimentos anteriores, seja contra, seja a favor⁷.

Segundo os defensores da tese contrária, os principais argumentos que militam a favor da incapacidade presumida *juris et de jure*⁸ dos que têm setenta ou mais anos de idade, inclusive para os titulares de cargos em comissão, seriam o princípio da isonomia, pois não se justificaria adotar o critério de presunção absoluta de incapacidade em relação ao ocupante de cargo público efetivo e não adotar idêntica posição para o comissionado, e a interpretação literal do artigo 40 da redação da Constituição antes da Emenda Constitucional nº 20/98.

Em que pese o posicionamento adotado pelo STJ, pelo Tribunal e Poder Executivo do Estado de São Paulo e pelo Setor Jurídico do órgão consultante, não parece ser essa a melhor exegese. Como também não me parece acertado afirmar que a Emenda Constitucional nº 20/98 não influenciou em nada no problema, como afirmou Carlos Ari Sundfeld. Com efeito, duas conclusões podem ser tiradas: **a uma:** ou a referida Emenda rechaçou o entendimento daqueles que defendem a tese esposada pelo STJ; **a duas:** ou, no mínimo, adotou de forma bem mais clara o entendimento contrário à proibição laboral dos septuagenários no cargo em comissão.

Além dos argumentos já explanados anteriormente, em pelo menos quatro passagens a EC nº 20/98 consagra o entendimento favorável aos septuagenários titulares de cargo em comissão:

- a) a interpretação literal do antigo art. 40, *caput*, que trazia confusão hermenêutica ao se referir ao termo “servidor público”, sem distinguir a qual espécie ele se referia, não mais se sustenta, pois a atual redação faz clara e expressa referência “aos servidores titulares de cargos efetivos”, não deixando mais dúvidas de que as regras ali expressas são aplicáveis aos titulares de cargo efetivo, não incluindo aqueles nomeados para exercerem exclusivamente os cargos em comissão;
- b) o antigo § 2º do referido artigo 40, que impunha à lei ordinária a disposição sobre a aposentadoria em cargos e empregos temporários, o que era argumento suficiente para outrora fundamentar a não aplicação da aposentadoria compulsória aos titulares de cargo em comissão, mas que, por ironia do destino, servia justamente de fundamento inverso a juristas e ao STJ⁹ para

⁷ Em que pese minha total concordância com os argumentos jurídico-constitucionais expendidos pelo autor, discordo da idéia de que a EC nº 20/98 em nada tenha mudado na questão, pois, se não resolveu em definitivo a celeuma, consagrou em definitivo o entendimento que milita a favor da possibilidade de um septuagenário ser provido ou mantido em cargo em comissão, consoante será oportunamente demonstrado.

⁸ É interessante registrar a indignação com essa presunção, consubstanciada no Parecer PA-3 nº 352/82, subscrito pelo i. procurador Doutor Elival da Silva Ramos, que, apesar de se curvar ao entendimento contrário aos septuagenários, exclama: “*Presunção enganosa dir-se-á. Presunção odiosa dizemos nós.* Pouco importa: foi essa a prescrição insofismável do Constituinte” [grifo nosso]. Com exceção da parte final, essas palavras demonstram o total descompasso desse entendimento com os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, consoante se demonstrará. Melhor seria se o i. jurista tivesse buscado demonstrar juridicamente tão bela passagem.

⁹ STJ – Ac. ROMS 10423/SP – 1998/0091618-0 – Data da decisão: 10/10/2000 – OJ: 6ª T. – Rel. Min. Fernando Gonçalves – Fonte: DJ 30/10/2000, p. 00197.

aplicar tal regra aos septuagenários com base na omissão legislativa para regular tal caso, *ex vi* do art. 4º da LIC; também não mais pode prosperar, pois o Constituinte reformador o excluiu porque a aposentadoria exclusivamente em cargo em comissão é benefício do Regime Geral da Previdência Social (RGPS), por força do art. 40, § 13, da Constituição da República Federativa do Brasil, cujas regras não contemplam a referida aposentadoria compulsória, nem tampouco autorizam os Estados-membros a editar normas de aposentadoria para o RGPS;

- c) o disposto no art. 37, § 10, é outro dispositivo inserido pela EC nº 20/98 que revela a admissibilidade de acumulação de proventos com a remuneração de cargo em comissão, admitindo-se que o septuagenário aposentado compulsoriamente do cargo efetivo venha a assumir cargo em comissão, pois a incapacidade absoluta só se deve aplicar aos cargos de carreira, pois só nesses cargos é justificável a renovação dos servidores públicos;
- d) por último, parece contraditório fazer uma interpretação restritiva para os titulares do cargo em comissão, quando a finalidade da EC nº 20/98 é exatamente retardar o ato de aposentação, dados os sucessivos déficits que têm sido apresentados nas contas das previdências do Estado Federal Brasileiro.

Nesse diapasão, vejam-se as inovações trazidas pela Emenda Constitucional nº 20/1998, em especial, a regra do artigo 37, § 10, da Constituição da República Federativa do Brasil, repetida pelo art. 39, § 10, da Constituição Estadual de 1989, que assim prescreve:

Art. 37

§ 10. *É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração [grifos nossos].*

Diante da transcrição acima, percebe-se que, se o tema tinha grande importância antes do advento da Emenda Constitucional em epígrafe, hoje se mostra mais claro.

Vê-se, contudo, que o Constituinte reformador não excluiu da acumulação de proventos e remuneração, de que trata o dispositivo acima transcrito, aqueles aposentados com fundamento na compulsória, pois, se assim o quisesse, tê-lo-ia feito de forma expressa, não podendo o intérprete restringir o que a Constituição não restringiu, devendo-se considerar um silêncio eloquente¹⁰ e não mera omissão.

¹⁰ A idéia de silêncio eloquente é tratada pelo Mestre paraense Zeno Veloso (*Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 69).

Com efeito, admitir a impossibilidade de um servidor público com mais de 70 (setenta) anos prover um cargo em comissão, mostra-se de injustiça ímpar, dados os princípios e regras constitucionais que protegem o idoso e o direito ao trabalho. Toda interpretação que chegue a essa conclusão, ao revés, contraria os princípios da isonomia, da razoabilidade e da proporcionalidade, evidenciando-se uma atitude não isonômica, desarrazoada e desproporcional, configurando-se uma distinção descabida e sem razão. Logo porque os princípios são mandamentos nucleares¹¹ que se irradiam sobre as regras que, como elemento de concreção, põem em execução os mandamentos emanados dos princípios.

Perquirindo-se os princípios especiais do direito constitucional-administrativo, vê-se o princípio da isonomia, cujo objeto é tratar os iguais de forma semelhante e os desiguais na proporção das suas desigualdades. Ora, interpretar a regra do art. 40, § 1º, II, da Constituição como não aplicável aos titulares do cargo em comissão em nada afronta a isonomia com os detentores de cargo efetivo, por várias razões: **a uma:** os detentores de cargo efetivo são realmente diferentes a começar pelo ingresso (concurso público), bem como pela carreira – que eles têm e os titulares de cargo em comissão não têm – e pelo regime de previdência, que será o próprio e o geral, respectivamente; **a duas:** como decorrência da primeira, a distinção detectada entre eles demonstra a necessidade de tratá-los na proporção de suas diferenças; **a três:** a meu juízo, os titulares de cargo efetivo também podem ocupar cargo em comissão, mesmo após os setenta anos de idade; **a quatro:** a forma de provimento em cargo em comissão, que é de livre nomeação e exoneração, só será limitada pelo percentual nos cargos efetivos por força do art. 37, V, da Constituição, quando da edição da lei nesse dispositivo mencionada, não se verificando outro limite.

Mesmo que se admita a edição da lei de que trata o art. 37, V, da Carta Magna, o princípio da isonomia justifica o fato de haver um titular exclusivamente de cargo em comissão com mais de setenta anos e, de forma inversa de não poder existir um titular de cargo efetivo com essa idade.

E tal situação revela-se juridicamente aceitável exatamente com fundamento no princípio da isonomia substancial, pois, se há diferença entre os dois casos, tais diferenças devem ser observadas na proporção de suas desigualdades.

Assim, há dois aspectos fundamentais: primeiro, não havendo limites de escolha para ocupar cargo em comissão, salvo o constante do art. 37, V, não se pode limitar, por interpretação, mais do que a Constituição já o fez; segundo, a diferença no ingresso e na carreira dos cargos efetivo (concurso público e promoção por merecimento e antigüidade) e em comissão (exclusivamente confiança) justifica o tratamento diferenciado entre eles.

Com efeito, não se enquadrando o cargo em comissão entre aqueles que devem ser preenchidos por servidores da carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, podem os septuagenários, com fulcro no princípio da isonomia, prover cargo em comissão.

Ainda nesse campo, têm-se os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, cujos conteúdos orientam a aplicação das normas “conforme à

¹¹ Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, princípio “é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e racionalidade de sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico” (*Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 230).

razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia”¹², sem levar o estudioso do texto a uma posição absurda; e com proporção na medida de adequação dos meios aos fins perseguidos pela norma, de forma a colocar-se a favor do menor sacrifício do cidadão na hora de escolher os diversos significados da norma¹³.

Logo, que equilíbrio, moderação e harmonia teria a interpretação que excluísse os septuagenários do labor? Nenhum equilíbrio, nenhuma moderação, nenhuma harmonia, por certo. Dessa feita, admitir a aplicação da aposentadoria compulsória aos septuagenários, ao invés de suavizar, aumenta o sacrifício daqueles que têm mais de setenta anos e que, por algum motivo, ainda têm energia e o desejo de laborar.

Considerando, pois, o teor dos princípios em comento, creio que a hipótese ventilada já era perfeitamente admissível antes das alterações trazidas pela Emenda Constitucional nº 20/98, que, se não a definiu, reforçou a tese dos que têm setenta ou mais anos de idade.

Outro ponto que milita a favor desse entendimento é a mudança de regime de previdência dos ocupantes exclusivamente de cargo em comissão para o Regime Geral de Previdência Social.

Seguindo essa orientação reformadora, a Emenda Constitucional nº 20/98, assim asseverou, ao alterar o art. 40 da Constituição de 1988 e acrescentar o § 13 ao mesmo artigo:

Art. 40. *Aos servidores titulares de cargo efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.*

[...].....

§ 13. *Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social* [grifos nossos].

Excluindo a dita REFORMA PREVIDENCIÁRIA da competência do ESTADO DO PARÁ as contribuições previdenciárias de seus servidores públicos exclusivamente comissionados, para que os ditos servidores sejam, a partir de então, segurados obrigatórios do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), sob o comando da UNIÃO FEDERAL, cessa qualquer responsabilidade do Regime de Previdência do Estado do Pará, passando o INSS a ser o único responsável pelos benefícios previdenciários.

E, sendo a responsabilidade do INSS, não cabe ao Estado do Pará determinar os casos de aposentação para tal Instituto, sob pena de contrariar as normas do pacto federativo, constante do art. 1º, 18 e 149, *caput*, da Constituição de 1988 e a regra constante do art. 194, § 5º, também do Texto Constitucional, que veda a criação, majoração ou extensão de benefícios sem a correspondente fonte de custeio, pois, do contrário, estar-se-ia autorizando os Estados-membros a legislar

¹² BARROSO, Luís Roberto *apud* ARAÚJO, Luiz Alberto David *et al.* *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 65.

¹³ ARAÚJO, Luiz Alberto David *et al.* *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 65.

sobre os casos de benefícios e contribuições previdenciárias de competência exclusiva da União, idéia que se demonstra totalmente descabida.

É de bom alvitre recordar que o fato de haver duas categorias de servidor – *o de caráter efetivo e o ocupante de cargo em comissão* – não traz a conclusão de que não há diferença de qualquer natureza entre eles, como já apontado, pois os regimes previdenciários são distintos, consoante diz o art. 40, *caput* e § 13, da Constituição de 1988, com a redação dada pela EC nº 20/98.

Há de se salientar ainda que, no Regime de Previdência Geral, não há aposentação obrigatória dos que têm setenta ou mais anos de idade, conforme se pode perceber da leitura do art. 18, I, *a a d*, da Lei nº 8.213/91. Além disso, há o período de quinze anos, ou melhor, de 180 (cento e oitenta contribuições) para se fazer jus à aposentadoria por tempo de serviço, conforme o art. 25, II, do mesmo diploma legislativo¹⁴.

Logo, como ficaria o servidor que ocupasse exclusivamente cargo em comissão e fosse afastado compulsoriamente do cargo com base no art. 40, § 1º, II, da Constituição? Seria obrigado a se aposentar por tempo de serviço, mesmo querendo ainda laborar? Ou melhor, admita-se que esse mesmo servidor ainda não tenha completado o período de carência estipulado em lei, ficaria ele (o septuagenário) sem laborar, sem a oportunidade de se aposentar e sem ter como se sustentar?

Questões como essas revelam que, se o entendimento anterior tendia para o afastamento, inclusive do septuagenário titular de cargo em comissão, hodiernamente, a manutenção desse entendimento pode alijar definitivamente os idosos da vida social e laboral, atingindo de morte os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da busca do pleno emprego (constante dos artigos 1º, IV, 6º, *caput*, e 170, VIII, da Constituição da República Federativa do Brasil) e do acesso aos cargos públicos (art. 37, I).

De outra parte, fazendo-se ainda uma interpretação sistemática, tem-se, como já afirmado, que o art. 40 da Constituição de 1988 regula as aposentadorias dos titulares de cargo efetivo, não se aplicando aos que ocupam exclusivamente cargo em comissão. Isso demonstra que a aposentadoria compulsória aplica-se aos titulares de cargo da carreira, pois, mesmo que servidores efetivos estejam ocupando cargo em comissão, a sua aposentação dá-se no cargo efetivo, não no cargo em comissão.

Retornando ao problema da admissibilidade de acumulação de proventos com a remuneração de cargo em comissão, e até com cargo efetivo, antes da publicação da citada Emenda, constata-se que tal situação já foi objeto de apreciação pela Justiça Federal, *in verbis*:

CONSTITUCIONAL. ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS E EXERCÍCIO DE CARGO PÚBLICO. OPÇÃO. DECRETO 2.068/96. IN Nº 011/96, DO MARE. MP 1.522/96. EMENDA

¹⁴ Decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo (cita-se como exemplo a Apelação Cível nº 89.565-5 – São Paulo – 2ª Câmara de Direito Público – Relator: Alves Bevilacqua – 21.09.99 – V.U.) afastaram a exigência de quinze anos ininterruptos para o servidor público municipal se aposentar no cargo em comissão, mas isso se dava porque o regime previdenciário era o mesmo dos titulares do cargo de provimento efetivo. Não creio que uma decisão dessa natureza vá eliminar a carência dos quinze anos exigido pelo RGPS, pois do contrário afrontaria o princípio da isonomia com os demais segurados do INSS, visto que, para os servidores públicos ocupantes exclusivamente de cargo em comissão, não haveria o período de carência, existindo para todos os demais segurados da iniciativa privada.

CONSTITUCIONAL Nº 20/98. – Editada a Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, que, em seu artigo 1º, alterou o artigo 37 da Constituição Federal, fica *vedada a acumulação de proventos de aposentadoria com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis já permitidos pela Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração*. – No entanto, face à ressalva contida no art. 11 da Emenda Constitucional nº 20/98, a vedação do art. 37, § 10, da CF/88 não se aplica aos casos em que o servidor tenha ingressado novamente no serviço público, pelas formas previstas na Carta Magna, até a data da publicação da referida Emenda [grifos nossos] (TRF – SEGUNDA REGIÃO Ac. AMS/RJ – 23866 – Data da decisão: 12/06/2002 – OJ: 4ª T. – Rel. Juiz Fernando Marques – Fonte: DJU 12/08/2002, p. 202).

Seguindo essa orientação principiológica e dada a nova ordem constitucional, descobre-se uma certa semelhança com o que decidiu o Supremo Tribunal Federal em 1952. Apesar do tempo, há similitude com a situação atual, com a mudança de regime de previdência dos que ocupam exclusivamente cargo em comissão, senão vejamos:

A Ação Popular não se pode exercer através do Mandado de Segurança, pois o impetrante há de invocar um direito que lhe caiba. Mandado de Segurança para afastar do cargo o diretor do Loid Brasileiro, sob a alegação de que ultrapassou a *idade de Aposentadoria Compulsória. Inexistência da pretendida ilegalidade, uma vez que, em nosso direito, a Aposentadoria Compulsória não diz respeito aos cargos em comissão, os quais, admite a lei expressamente, possam ser exercidos por funcionários aposentados* [grifo nosso] (STF – Ac. MS 1587/Df – Data da decisão: 14/04/1952 – OJ: TRIBUNAL PLENO – Rel. Min. Luiz Gallotti –Fonte: DJ 05/06/52, p. 05527 – EMENT v. 00085-01, p. 00038).

Uma vez determinada a inatividade de um servidor público, cuja aposentação se dê pelo Regime de Previdência Próprio, mesmo que seja pela compulsória, não há porque discriminá-lo em relação a outras pessoas que com os mesmos caracteres – idade igual ou superior aos setenta anos de idade – possam preterir-lo.

Logo, em que pesem os argumentos e a jurisprudência colacionada pelo Setor Jurídico da SESP, não parece ser essa a interpretação a se coadunar com a ordem constitucional posta, pelas razões até aqui apresentadas.

Com efeito, ocorrendo a vacância do cargo público efetivo pela aposentadoria nos termos do art. 58, IV, da Lei Estadual nº 5.810/94, pode o servidor permanecer no eventual cargo em comissão ocupado – já que a vacância se dará no cargo de carreira – ou ser nomeado para exercê-lo, caso não seja titular, consoante determina o art. 37, § 10, da Constituição da República Federativa do Brasil¹⁵.

Ao argumento de que com a aposentadoria compulsória há uma invalidez permanente presumida, cuja finalidade é a renovação dos quadros

¹⁵ Mas, em qualquer caso, dever-se-á observar o percentual mínimo reservado aos titulares de cargo efetivo, quando da edição da lei de que trata o art. 37, V, da Constituição de 1988.

funcionais, contrapõem-se, com a mesma intensidade e profundidade, dois argumentos: 1) a aposentadoria compulsória permite a renovação dos titulares dos cargos de carreira, não se aplicando aos ocupantes de cargo em comissão; 2) a experiência de alguém, com tamanha idade, tem muito a contribuir para o serviço público no exercício de cargo em comissão.

Assim, o raciocínio de invalidez permanente presumida decorrente do limite de idade¹⁶, que parece ser razoável, deve ser entendido como aplicável ao exercício de cargo público efetivo, visto que analisar o contrário seria afastar todas as exceções do art. 37, § 10, da Constituição, contrariar o princípio da isonomia, da razoabilidade e da proporcionalidade e inverter a ordem constitucional, restringindo direitos que a Constituição não restringiu expressamente.

O raciocínio que leve a essa interpretação não pode subsistir, dado o comando do dispositivo em comento, seja para o exercício dos cargos eletivos, seja para o exercício dos cargos em comissão, pois implicaria afirmar que um servidor público efetivo ou assemelhado, como é caso do estável não efetivo, constante do art. 19 ADCT, não poderia assumir um cargo eletivo, o que se revelaria uma interpretação desarrazoada e desproporcional.

Da mesma forma desproporcional e desarrazoada é a idéia de se admitir que um septuagenário, um octogenário etc., pode comandar o Poder Executivo ou Legislativo, sendo para isso plenamente capaz, mas não pode contar com seus contemporâneos para assessorá-lo, já que são incapazes para isso.

Sem que se chegue às raias da loucura, considere-se o exemplo de um septuagenário que tenha acabado seu mandato eletivo de Governador, período em que era plenamente capaz, inclusive de governar uma Nação, Estados, municípios, etc.; convidado para assessorar como titular de cargo em comissão a gestão que lhe sucedeu, vê-se impedido, por ser considerado incapaz de assessorar um governo. Admitindo-se essa hipótese, estar-se-ia diante de uma curiosa situação: alguém que tinha plena capacidade passa a ser considerado um incapaz para fins de ocupar cargo em comissão, numa inteira inversão do provérbio segundo o qual quem pode o mais, pode o menos, pois, nesse caso, poder-se-ia o mais – governar –, mas não se poderia o menos – assessorar.

Entretanto, a mesma razão não se aplica à outra exceção trazida pelo Constituinte reformador, que trata das acumulações permitidas pela Constituição. De fato, a aposentadoria do ocupante de dois cargos públicos regidos pelo Regime Próprio de Previdência ocorreria em ambos os cargos efetivos, mas não o impediria de assumir cargo em comissão ou eletivo, conforme o caso, não obstante sua idade ser igual ou superior a 70 (setenta) anos.

Portanto, no que tange à interpretação da disposição contida no art. 33, § 1º, II, da Constituição Estadual de 1989 (CE/89) e no art. 110, II, da Lei Estadual nº 5.810/94, vê-se que o caminho certo é a utilização de técnicas de salvamento das normas em epígrafe, com interpretação conforme a Constituição Federal – as normas são interpretadas como sendo aplicáveis aos servidores públicos titulares de cargos de provimento efetivo. Já no que se refere às normas da própria Constituição Federal, dado o teor do art. 40, § 1º, II, de um lado, e dos artigos 37, § 10, 39, § 2º c/c o art. 7º, XXX, 40, § 13, 170 e 230, de outro lado, deve-se fazer uma interpretação de cedência recíproca para que se permita a convivência pacífica entre as normas constitucionais, admitindo-se o mesmo entendimento já mencionado.

¹⁶ OLIVEIRA. J. E. Abreu de. *Aposentadoria no Serviço Público*. São Paulo: Freitas Bastos, 1970. p. 91.

Este é o ensinamento de Luiz Alberto David Araújo e de Vidal Serrano Nunes Júnior:

Princípio da cedência recíproca. Existindo um conflito normativo entre duas normas constitucionais, fora da situação descrita no item anterior¹⁷, qual das normas antagônicas deve ser aplicada? Na verdade, essa chamada lacuna de conflito deve ser resolvida com o princípio exposto, que indica ao intérprete a tarefa de encontrar no interior do sistema um ponto comum que possibilite a convivência das duas normas constitucionais conflituosas. *A tarefa do intérprete, no ponto, é extrair de cada norma em conflito uma função útil no interior do sistema, sem que a aplicação de uma não implique a supressão da outra* [grifo nosso]¹⁸.

Com efeito, as disposições dos artigos 40, § 1º, II, da Constituição da República Federativa do Brasil, 33, § 1º, II, da Constituição Estadual de 1989 e 110, II, da Lei Estadual nº 5.810/94 devem ser interpretadas como vedação de ingresso no serviço público a ocupante de cargo de provimento efetivo, não se aplicando aos casos de provimento em comissão ou eletiva, consoante art. 37, § 10, da *Lex Mater*, copiada pelo 39, § 10, da CE/89.

Sugere-se, ainda, caso não se queira adotar exclusivamente a interpretação já indicada, a alteração no art. 110 da Lei nº 5.810/94, para contemplar a redação já constante do art. 40 da Constituição da República Federativa do Brasil, fazendo expressa menção aos titulares de cargos efetivos, dando fim definitivamente à celeuma no Estado do Pará.

Logo, ocorrendo de um servidor público efetivo ou estável não efetivo nos termos do art. 19 ADCT completar 70 (setenta) anos de idade, deve o referido servidor ser afastado do serviço público da situação em que se deu a aposentação, o que não implica vedação para ocupar um cargo eletivo ou em comissão.

III CONCLUSÕES

Das razões expostas, é possível extrair as seguintes conclusões acerca da questão em análise:

- a) mostra-se juridicamente possível a hipótese de um servidor público efetivo ou estável não efetivo na forma do art. 19 ADCT, aposentado pela compulsória no Regime de Previdência Próprio ou de qualquer pessoa com idade igual ou superior a setenta anos, ser provido ou mantido em cargo em comissão;
- b) sugere-se:

¹⁷ O item anterior a que se refere o autor é o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

¹⁸ ARAÚJO, *Op. cit.*, p. 64.

- b.1) a interpretação do art. 110 da Lei nº 5.810/94 conforme a Constituição, como forma de salvamento do dispositivo em tela, ou
- b.2) a alteração da redação do citado artigo para contemplar exclusivamente os titulares de cargos de carreira, como forma de conformar-se à redação do art. 40 do nosso Texto Magno.

Este é o parecer que, respeitosamente, submeto à superior apreciação de V. Exa.

Belém, 26 de fevereiro de 2003.

SANDOVAL ALVES DA SILVA
Procurador do Estado

GOVERNO DO ESTADO DO PARÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PARECER Nº 099/2003 – PGE

PROCESSO Nº 200300001257

INTERESSADO: Governo do Estado do Pará / SEFA

PROCURADORA: TATIANA DONZA CANCELA DE CARVALHO*

VENDA DE AÇÕES DO ESTADO DO PARÁ NA BOLSA DE
VALORES. DISPENSA DE LICITAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO
ARTIGO 17, II, C, DA LEI Nº 8.666/93. SERVIÇO DE
CORRETAGEM.

I DOS FATOS E DA CONSULTA

Trata-se de solicitação da Secretaria Executiva de Estado da Fazenda (SEFA) relativa à proposta apresentada pelo Banco do Brasil para a negociação, na Bolsa de Valores, das ações da antiga Telebrás, de titularidade do Estado do Pará.

Conforme determinação da PGE, em exercício, foi encaminhado um ofício ao Banpará a fim de detectar se havia interesse daquela instituição financeira na negociação em epígrafe, tendo sido confirmado o interesse, conforme se depreende do Ofício nº 074/2003.

Retornam os autos para análise e manifestação acerca da proposta de intermediação de venda, apresentada pelo Banco do Brasil à SEFA.

II FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

I – REGIME JURÍDICO PARA A ALIENAÇÃO DE BENS PÚBLICOS. AÇÕES DE PROPRIEDADE DE SUJEITOS DE DIREITO PÚBLICO

A alienação de bens públicos está adstrita a formalidades de cunho administrativo, em estrita observância aos princípios ínsitos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, em regra, há imperatividade de processo de licitação pública para a alienação dos bens públicos, a fim de ser assegurada a igualdade de condições aos concorrentes, com regras previamente estipuladas em edital, no qual deverão estar fixadas, ainda, as condições de pagamento e as qualificações técnicas e econômicas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (Constituição Federal, art. 37, inciso XXI).

Tais condições estão arroladas na Lei nº 8.666/93, que, regulamentando o texto constitucional, instituiu normas para licitações e contratos da

* Procuradora do Estado do Pará, especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Pará.

Administração Pública, dispondo, porém, no artigo 17, relativamente às ações de propriedade de sujeitos de direito público, *in verbis*:

Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

[...]

II – quando móveis, dependerá de avaliação prévia e de licitação, dispensada esta nos seguintes casos:

[...]

c) venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica.

A Lei Estadual nº 5.416/87, em igual sentido, dispõe no artigo 12:

Art. 12. A alienação de bens do Estado e de suas autarquias, dependente, em qualquer hipótese, da *existência de interesse público* devidamente justificado, necessariamente *antecedida de avaliação*, obedecerá às seguintes normas: [grifos nossos]

II – quando móveis, dependerá de licitação dispensada esta nos seguintes casos:

[...]

c) ações, quando vendidas em Bolsa.

Verifica-se, destarte, que, tratando-se de venda de ações (bens móveis), não se exige a autorização legislativa, mas a operação estaria sujeita à avaliação prévia, dispensada a licitação, devendo a negociação ser realizada em bolsa de valores¹, observada a legislação específica.

Quanto à legislação específica, tem-se, no âmbito nível federal, a Lei nº 4.728/65, que disciplina o mercado de capitais, e a Lei nº 6.385/76, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e Comissão de Valores Mobiliários, bem como a Resolução nº 39/66, do Banco Central do Brasil, que baixa o Regulamento das Bolsas de Valores Mobiliários.

Vale trazer à baila as lições de Marçal Justen Filho acerca da alienação de ações de titularidade do ente público, *in verbis*:

O item 'c' do inciso II trata da venda de ações através de bolsas de valores, o que não significa, em última análise, dispensar a licitação, mas sujeitar as alienações a um procedimento distinto, que também possui natureza licitatória. As bolsas de valores são instituições privadas, que têm por objetivo específico as negociações de valores mobiliários. As negociações ali realizadas são presididas pela lei da

¹ Jorge Ulisses Jacoby Fernandes assim define bolsa de valores: "As bolsas de valores são associações civis, sem fins lucrativos, que têm como objeto social manter local adequado ao encontro de seus membros e à realização, entre eles, de transações de compra e venda de títulos e valores mobiliários, em mercado livre e aberto, especialmente organizado por seus membros e pelas autoridades monetárias" (*Contratação direta sem licitação*. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 136).

oferta e da procura. Embora a lei não diga, deve entender-se que a alienação dos valores mobiliários em bolsa de valores deverá ser precedida de ampla divulgação, para permitir a participação de todos os interessados. Seria reprovável a conduta da Administração de remeter valores mobiliários à negociação em bolsa, sem noticiar ao público em geral. A exigência da divulgação pode ser inferida, aliás, da própria necessidade de observância das regras específicas às negociações em bolsas de valores. Essas regras incluem a divulgação ao mercado de todos os 'fatos relevantes' relativos a certas negociações. A intenção da Administração de desfazer-se de valores mobiliários é um fato relevante que exige prévia comunicação ao mercado².

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, a respeito do referido dispositivo, assevera que "A venda de ações em bolsa visa também trazer para a Administração a proposta mais vantajosa, mas não é reconhecida como modalidade de licitação pela legislação pátria"³.

Como se constata, a utilização do sistema de distribuição de valores mobiliários, por intermédio das bolsas de valores que o integram (Lei nº 6.385/76, art. 15, inciso IV), para a alienação das ações de propriedade dos sujeitos de direito público, atende ao próprio interesse público, o que é exigido pelo *caput* do art. 17 da Lei nº 8.666/93, eis que proporciona ampla divulgação, garantindo amplo acesso e igualdade de participação.

Depreende-se, pois, que as ações da antiga Telebrás pertencentes ao Estado do Pará, administração direta⁴, podem ser negociadas na bolsa de valores, conforme a *conveniência* da Administração Pública, na forma do permissivo legal do artigo 17, II, c, da Lei nº 8.666/93.

II - A COMPETÊNCIA DA CVM E OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA SUA ATUAÇÃO NO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS. GARANTIA DE PREVALÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO

A Lei nº 6.385/76, ao criar a CVM⁵, conferiu-lhe ampla competência para o exercício do poder de polícia no âmbito do mercado de valores mobiliários, incumbindo-a das seguintes atribuições:

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 1999. p. 190.

³ FERNANDES, 2000, p. 135.

⁴ Registre-se que a administração indireta, em razão da personalidade jurídica própria, deverá proceder à negociação *de per se*, conforme a deliberação do ente.

⁵ Sobre a importância do papel da CVM, vale transcrever as lições de Luiz Leonardo Cantidiano: "Concluindo, deve ser destacado que é fundamental para a estabilidade do mercado acionário, assim como para o sucesso de um programa de privatização que pretenda alcançar uma valorização crescente do patrimônio público, assim como uma ampla democratização dos bens de capital, através da dispersão, entre o grande público poupador, de ações de emissão de empresas que atuam em diferentes setores de atividade econômica, a existência de uma agência estatal forte, técnica e financeiramente independente, que possa ter um quadro de técnicos de alto nível profissional e indiscutível qualidade ética, contribuindo para que as operações de mercado sejam realizadas dentro de padrões exemplares, tudo com vistas à busca da eficiência do próprio mercado, com o que estará preservado o interesse maior, que é o de vê-lo cumprir adequadamente sua função econômica" [grifo nosso] (*Direito Societário e Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro: Renovar. 1996. p. 95).

- a) administrar registros de emissão e distribuição de valores mobiliários no mercado, bem como os registros de companhias para negociação dos títulos de sua emissão em bolsa e no mercado de balcão, demandando a concessão desses registros a elaboração de prévio estudo econômico-financeiro do desempenho das empresas, visando averiguar se os prospectos por elas divulgados espelham efetivamente a situação fática das companhias;
- b) disciplinar a organização, o funcionamento e as operações das bolsas de valores, promovendo o acompanhamento diário e simultâneo das operações que se realizam no mercado bursátil, com o objetivo de avaliar a adequação das operações, por ocasião da sua realização, às normas legais e regulamentares que as balizam;
- c) autorizar ou conceder registros para a execução de operações especiais com ações de companhias abertas, tais como alienações ou aquisições de controle acionário, negociações com blocos de ações, operações relativas a incorporações, fusões, cisões e liquidações de companhias abertas, bem como reorganizações societárias;
- d) regular, autorizar e fiscalizar a administração de carteiras de custódia de valores mobiliários, a auditoria das companhias abertas, os serviços de consultoria e análise de valores mobiliários, os fundos de ações e sociedades de investimentos, e a negociação e intermediação de valores mobiliários;
- e) fiscalizar permanentemente as pessoas integrantes do sistema de distribuição, as companhias abertas, as sociedades beneficiárias de recursos oriundos de incentivos fiscais, os fundos e sociedades de investimento, as carteiras de depósito de valores mobiliários, os auditores independentes, os consultores e analistas, bem como outras pessoas naturais ou jurídicas que participam do mercado.

Verifica-se, portanto, que a CVM dispõe de amplo poder de polícia, previsto em lei, o qual é exercido de forma continuada, regular e permanente.

No que concerne especificamente às ofertas públicas de valores mobiliários no mercado, assim entendidas as operações definidas no artigo 19, § 3º, da Lei nº 6.385/76, bem como aquelas estabelecidas em normas específicas expedidas pela CVM, por delegação expressa do § 5º, inciso I, do mesmo dispositivo legal, o registro obrigatório naquela autarquia, instituído pelo artigo 19, tem por escopo o atendimento da política de *disclosure*, “que consiste exatamente na divulgação de informações amplas e completas a respeito da companhia e dos valores mobiliários por ela ofertados”⁶.

⁶ A definição nos é dada por EIZIRIK, Nelson. *Aspectos Modernos do Direito Societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 65

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes aduz acerca do artigo 19 da Lei nº 6.385/76:

não é permitida a oferta pública de valores mobiliários no mercado de capitais sem prévio registro e autorização da Comissão de Valores Mobiliários. Para efetivar a venda de ações na bolsa, deve a Administração observar a legislação específica que regula esse ramo, não podendo valer-se da sua condição de *imperii* para obter negociação diferenciada da realizada no mercado⁷.

Constata-se, assim, relativamente à alienação de ações de titularidade de sujeitos de direito público, que há nítida identidade entre o interesse público, consagrado como fim precípua da Administração, e o *disclosure*, que incumbe à CVM resguardar, por expressa disposição legal (Lei nº 6.385/76, art. 4º, inciso VI).

Sedimentadas tais premissas, podemos afirmar que o interesse público perseguido pela Administração Pública, ao proceder à alienação em bolsa de valores das ações de sua propriedade, é alcançado com a sistemática dos princípios que regem a atuação reguladora e fiscalizadora da CVM sobre tais operações.

Com efeito, assim como os sujeitos de direito público, titulares de ações, têm o poder-dever de aliená-las estritamente sob a égide dos princípios estatuídos na Constituição Federal, na Lei das Licitações e nos demais diplomas legais aplicáveis, a CVM, igualmente, tem o poder-dever de regular, fiscalizar e, se necessário for, intervir nessas operações, a exemplo das operações semelhantes realizadas entre sujeitos de direito privado, objetivando assegurar o absoluto cumprimento dos princípios e normas legais vigentes, também instituídos única e exclusivamente em prol do interesse público.

III - INTERMEDIÇÃO DA VENDA DAS AÇÕES NA BOLSA DE VALORES. ENTIDADES CORRETORAS DEVIDAMENTE AUTORIZADAS PELA CVM

Para operar no mercado de ações, é mister a intermediação⁸ de uma entidade corretora de valores mobiliários, que deve ser devidamente autorizada a negociar no *pregão* de uma Bolsa de Valores.

⁷ FERNANDES, 2000, p. 136.

⁸ Quanto à imperatividade do registro e da autorização para a intermediação da venda de ações na Bolsa de Valores, conferir os seguintes dispositivos da Lei nº 6.385/76:

“Art. 16. Depende de *prévia autorização da Comissão de Valores Mobiliários* o exercício das seguintes atividades:

I – distribuição de emissão no mercado (Art. 15, I);

II – compra de valores mobiliários para revendê-los por conta própria (Art. 15, II);

III – *mediação ou corretagem de operações com valores mobiliários* [[Redação dada pela Lei nº 10.411, de 26.2.2002](#)];

IV – compensação e liquidação de operações com valores mobiliários [[Redação dada pela Lei nº 10.411, de 26.2.2002](#)].

Parágrafo único. Só os agentes autônomos e as sociedades com registro na Comissão poderão exercer a atividade de mediação ou corretagem de valores mobiliários fora da bolsa.

Art. 18. Compete à Comissão de Valores Mobiliários [[Redação dada pela Lei nº 10.411, de 26.2.2002](#)]:

I – editar normas gerais sobre [[Redação dada pela Lei nº 10.411, de 26.2.2002](#)];

Com efeito, a corretora assessora o investidor, dando informações e recomendações, e recebe as ordens de compra e venda dadas pelo investidor. Essas ordens são transmitidas ao operador no pregão. Fechada a operação, a Bolsa de Valores registra e passa a divulgar os valores negociados, procedendo finalmente à liquidação.

Verifica-se, pois, que para a venda das ações da antiga Telebrás, de titularidade do Estado, será necessária a contratação de uma entidade corretora.

Nesse sentido, leia-se:

A alínea c do inciso II do artigo 17 da Lei nº 8666/93 estatui que há que ser observada legislação específica, esta [Lei nº 4.728/65] determina que a negociação de quaisquer valores mobiliários depende de intermediação de sociedades corretoras de valores, e, havendo uma pluralidade delas no mercado, imprescindível será que a seleção da corretora seja feita por intermédio de licitação. [...] Quanto às negociações em Bolsa, o inciso II, c, do art. 17 da Lei nº 8.666/93 autoriza a dispensa de licitação para a negociação diretamente na Bolsa de Valores; todavia, o prestador de serviços [corretora] que efetuará esta negociação deve ser contratado mediante licitação. [...] Somente após a realização do certame e escolhida a corretora de valores que apresente a menor taxa de corretagem é que a vencedora da licitação estará autorizada a intermediar a venda das referidas ações diretamente em Bolsa⁹.

Na esteira desse entendimento, cumpre evidenciar que a dispensa do procedimento de licitação para a alienação, na Bolsa de Valores, de ações da Administração Pública, não se estende à contratação do serviço de intermediação da venda dessas ações na Bolsa de Valores.

Destarte, a contratação do serviço de intermediação da negociação de vendas de ações na Bolsa de Valores deve, em regra, ser precedida do procedimento licitatório, nos termos da Lei nº 8.666/93.

Nesse sentido, cumpre apenas ponderar que a participação na licitação depende da prévia autorização para a intermediação de negociação de ações junto à CVM, conforme os termos do artigo 16 e 18 da Lei nº 6.385/76.

Feitas essas considerações preliminares, é possível afirmar que, em princípio, não é possível realizar a contratação direta com o Banco do Brasil, por intermédio do BB Banco de Investimento S.A., eis que nos termos da proposta apresentada foi apenas caracterizada a disponibilidade daquela instituição para intermediar as negociações para a venda das ações do Estado do Pará, não tendo

a) condições para obter autorização ou registro necessário ao exercício das atividades indicadas no art. 16, e respectivos procedimentos administrativos [Redação dada pela Lei nº 10.411, de 26.2.2002];

b) requisitos de idoneidade, habilitação técnica e capacidade financeira a que deverão satisfazer os administradores de sociedades e demais pessoas que atuem no mercado de valores mobiliários [Redação dada pela Lei nº 10.411, de 26.2.2002] [grifos nossos].

Registre-se também o artigo 8º da Lei nº 4728/65: “A intermediação dos negócios nas Bolsas de Valores será exercida por sociedades corretoras membros da Bolsa, cujo capital mínimo será fixado pelo Conselho Monetário Nacional”.

⁹ QUESTÕES práticas. *BLC*, v. 12, nº 01, 1999. No mesmo sentido, conferir: QUESTÕES práticas. *BLC*, v. 10, nº 9, p. 459, set. 1997.

sido, porém, apresentados os valores da taxa de administração que será cobrada pela execução do serviço.

Assim, fica prejudicada a análise quanto à eventual subsunção ou não da contratação a uma das hipóteses mencionadas no artigo 24 da Lei nº 8.666/93, sobretudo, quanto à dispensa de licitação prevista no inciso II do referido dispositivo legal.

Ressalte-se, ainda, por oportuno, que a previsão constante no inciso VIII¹⁰ ¹¹ do artigo 24 da Lei nº 8.666/93 não é aplicável *in casu*, pois, conforme entendimento de autorizada doutrina, a disposição refere-se apenas às entidades prestadoras de serviço público, não sendo aplicável àquelas que desenvolvem atividade econômica, tal como o Banco do Brasil *in casu*.

A respeito, destaque-se o posicionamento de Marçal Justen Filho:

Tem-se de reputar-se que a regra do inc. VIII apenas pode referir-se a contratações entre a Administração direta e entidades a ela vinculadas, prestadoras de serviço público. [...] A regra não dá guarida a contratações da Administração pública com entidades administrativas que desempenhem atividade econômica em sentido estrito¹².

Portanto, a contratação do serviço de intermediação da venda de ações do Estado do Pará, em princípio, deve ser precedida de procedimento licitatório, na forma da Lei nº 8.666/93.

III CONCLUSÕES

Por todo o exposto, e pelo que consta dos autos, passo a expor e concluir o seguinte:

- a) as ações da antiga Telebrás pertencentes ao Estado do Pará, administração direta, podem ser negociadas na Bolsa de Valores, após prévia avaliação, conforme a *conveniência* da Administração Pública, na forma do permissivo legal do artigo 17, II, c, da Lei nº 8.666/93;
- b) com efeito, o interesse público perseguido pela Administração Pública, ao proceder à alienação em Bolsa de Valores das ações de sua propriedade, é alcançado com a sistemática dos princípios que regem a atuação reguladora e fiscalizadora da CVM sobre tais operações;

¹⁰ “Art. 24. É dispensável a licitação: [...] VIII – para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado”.

¹¹ Registre-se outrossim que não é aplicável *in casu* o artigo 15, IX, da Lei Estadual nº 5.416/87, em razão da parte final do referido dispositivo.

¹² JUSTEN FILHO, 1999, p. 225.

- c) para a venda das ações da antiga Telebrás, de titularidade do Estado, na Bolsa de Valores, é necessária a contratação de uma entidade corretora – ressalte-se, nesse sentido, que a dispensa do procedimento de licitação ínsita no artigo 17, II, c, da Lei nº 8.666/93 não se estende à contratação do serviço de intermediação da venda dessas ações na Bolsa de Valores.

Dessa sorte, a contratação do serviço de intermediação da venda de ações do Estado do Pará, em princípio, deve ser precedida de procedimento licitatório, na forma da Lei nº 8.666/93.

Na esteira desse entendimento, tem-se que, em princípio, não é possível realizar a contratação direta com o Banco do Brasil, eis que nos termos da proposta apresentada foi apenas caracterizada a disponibilidade daquela instituição para intermediar as negociações para a venda das ações do Estado do Pará, não tendo sido, porém, apresentados os valores da taxa de administração que será cobrada pela execução do serviço, ficando, pois, prejudicada a análise quanto à eventual subsunção ou não da contratação em epígrafe a uma das hipóteses de dispensa de licitação, nos termos da Lei nº 8.666/93.

É o parecer. SMJ.

Respeitosamente, submeto à apreciação superior.

Belém/PA, 08 de setembro de 2003.

Tatiana Donza Cancela de Carvalho
Procuradora do Estado do Pará

PEÇA PROCESSUAL

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL

O GOVERNADOR DO ESTADO DO PARÁ, com fundamento no art. 2º, I, da Lei nº 9.882, de 03.12.1999, combinado com os arts. 102, § 1º, e 103, V, da Constituição Federal, vem a V. Exa. apresentar

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL,

tendo por objeto o art. 34 do Regulamento de Pessoal do extinto IDESP – Instituto de Desenvolvimento Econômico-Social do Pará, adotado pela Resolução nº 8/86 de seu Conselho de Administração (documento 01) e aprovado pelo Decreto estadual nº 4.307, de 12.05.1986 (documento 02), pelas razões de fato e de direito que passa a expor.

1 DA HIPÓTESE

1. O dispositivo ora impugnado, art. 34 do Regulamento de Pessoal do IDESP (RPIDESP), trata da remuneração do pessoal da recentemente extinta autarquia estadual, através da Lei nº 6.211, de 28 de abril de 1999 (DOE/PA de 30/abril/1999 – documento 03), que tem a seguinte redação:

Art. 34. O Quadro de Salários do IDESP terá por base 1 (um) salário mínimo para o pessoal de Nível Médio e 06 (seis) salários mínimos para o pessoal de Nível Superior.

§ 1º O diferencial de salário-base entre cargos consecutivos será de 30% (trinta por cento), para o pessoal de Nível Médio, e de 15% (quinze por cento), para o pessoal de Nível Superior.

§ 2º A variação salarial entre níveis consecutivos do pessoal de Nível Médio será correspondente a 8% (oito por cento) do salário-base de cada cargo e de 4% (quatro por cento) entre níveis dos demais cargos, tomada essa variação em termos absolutos.

2. A partir de uma simples leitura do dispositivo, já é possível perceber as duas inconstitucionalidades que o caracterizam e que serão desenvolvidas a seguir: a regra impugnada, ao vincular a remuneração dos servidores à variação do salário mínimo, afronta a expressa vedação da parte final do art. 7º, IV, da Constituição de 1988, que

proíbe a vinculação ao salário mínimo para qualquer fim, e atenta, ainda, contra o princípio federativo.

3. Nada obstante, a norma vem sendo aplicada, de forma reiterada e inexplicável, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, como fundamento para a procedência de pedidos formulados por ex-servidores autárquicos visando ao reajuste de seus vencimentos e proventos (documento 04). Tais condenações repercutem sobre o Estado do Pará, que sucedeu o IDESP em todos seus direitos e obrigações, inclusive na responsabilidade por débitos provenientes de decisões judiciais (Lei Estadual nº 6.211, de 28.04.1999¹).

4. Diante do quadro descrito, a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental tem por objetivo dar segurança jurídica ao tema, a partir da declaração – com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante – da não recepção da norma ora impugnada pela Constituição de 1988.

5. Vale referir, de antemão, que a pendência da ADIn nº 2.231-8, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil para questionar a constitucionalidade da íntegra da Lei Federal nº 9.882/99, não tem, em absoluto, o condão de impedir sua aplicação e, conseqüentemente, o julgamento da arguição ora apresentada. Ao contrário, a aplicação da Lei nº 9.882/99, com o conseqüente julgamento das ADPF eventualmente propostas, é corolário de observância imperativa à luz do princípio da presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público.

6. Passa-se, pois, à demonstração do cabimento da presente medida, bem como das razões pelas quais o dispositivo impugnado não resiste, minimamente, ao confronto com o Texto Constitucional em vigor.

2 DO CABIMENTO DA PRESENTE ARGÜIÇÃO

2.1 Natureza do ato impugnado

7. Nos termos do art. 1º da Lei nº 9.882/99, a arguição de descumprimento de preceito fundamental tem por objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público². Como conseqüência, qualquer ato manifestado pelo Poder Público que se afigure contrário a preceito fundamental da Carta Política de 1988 é passível de controle pela via da ADPF, incluídos,

¹ Confira-se, a propósito, a redação dos arts. 10 e 11 da Lei Estadual nº 6.211/99:

“Art. 10. O Estado do Pará, através da Procuradoria-Geral do Estado, ingressará em todos os processos judiciais em que o IDESP for autor, réu, litisconsorte, assistente, oponente ou terceiro interessado, substituindo a Autarquia ora extinta em todos os direitos e obrigações”.

“Art. 11. O Estado do Pará é sucessor do IDESP para todos os fins de direito”.

² Lei nº 9.882/99, art. 1º, *caput*: “A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”.

entre outros, atos normativos municipais, atos normativos anteriores à Constituição e mesmo atos administrativos e jurisdicionais, até então afastados do controle abstrato de constitucionalidade³. Sobre o tema, confira-se a lição de Gustavo Binenbojm, *in verbis*:

Os atos do Poder Público suscetíveis de controle transcendem, evidentemente, os atos normativos. Além dos atos do Legislativo, incluem-se no objeto da arguição de qualquer ato do Executivo, do Judiciário, do Ministério Público e dos Tribunais de Contas que importem lesão ou ameaça a preceito fundamental da Constituição. [...] É de fato salutar que se possam alçar ao controle concentrado da Corte Suprema normas municipais e normas anteriores à Constituição, como dispõe textualmente o art. 1º, parágrafo único, I, da Lei nº 9.882/99⁴.

8. Assim, considerando que o art. 34 do Regulamento de Pessoal do IDESP – adotado pela Resolução nº 8/86 de seu Conselho de Administração e aprovado pelo Decreto estadual nº 4.307, de 12.05.1986 – traduz manifestação do Poder Público, é inquestionável a propriedade desta via processual para o fim de submeter ao controle desse Egrégio Supremo Tribunal Federal o descumprimento a preceitos fundamentais decorrente da aplicação da referida norma.

9. Vale ressaltar que o fato de se tratar de norma anterior à Constituição de 1988 não impede o conhecimento da presente ADPF, ante ao permissivo expresso contido no parágrafo único, inciso I, do referido artigo 1º da Lei 9.882/99:

Art. 1º [...]

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental;

I – quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, **incluídos os anteriores à Constituição**.

10. Resta, pois, inequívoco que o ato ora impugnado é passível de controle abstrato de constitucionalidade por meio de ação de descumprimento de preceito fundamental.

2.2 Preceitos fundamentais lesados: princípio federativo e direito social fundamental ao salário mínimo digno

11. Ainda no âmbito do cabimento da presente medida, é preciso demonstrar, em linhas gerais, a ocorrência de violação a preceito fundamental. Como se verá de forma mais aprofundada na análise do

³ Sobre o tema, ver BARROSO, Luís Roberto. *Constituição da República Federativa do Brasil Anotada*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 250 *et seq.*

⁴ BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 191-193.

mérito, o art. 34 do Regulamento de Pessoal do IDESP não se harmoniza com a Constituição Federal de 1988 por dois motivos, a saber: (i) viola o art. 7º, IV, parte final, da Constituição, que veda a vinculação ao salário mínimo para qualquer fim; (ii) atenta contra a autonomia do Estado-membro, em detrimento do equilíbrio federativo (art. 1º e 18), pois subtrai do Estado do Pará o poder de estabelecer a remuneração de alguns de seus servidores, vinculando-a a índice fixado pelo Governo Federal.

12. De fato, muito embora o legislador ordinário, ao editar a Lei nº 9.882/99, não tenha delimitado o que deve ser entendido por “preceito fundamental”, a doutrina que vem se dedicando ao tema converge no sentido de que os fundamentos e objetivos fundamentais da República (art. 1º e 3º), os direitos e garantias individuais e coletivos (art. 5º e ss), bem como as demais cláusulas intangíveis da Constituição (art. 60, § 4º) não podem deixar de figurar naquele rol. Afinal, são normas que concretizam valores estruturais da Constituição de 1988. Esse o entendimento de Gilmar Ferreira Mendes:

Ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais (art. 5º, entre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da Constituição: princípio federativo, a separação de poderes, o voto direto, universal e secreto⁵.

13. Não há dúvida, portanto, de que as normas constitucionais vulneradas pelo art. 34 do RPIDESP são preceitos fundamentais e, como tal, comportam tutela pela via de ADPF. De fato, no que diz respeito ao princípio federativo e à autonomia dos entes federados dele proveniente, não há maiores considerações a fazer. Trata-se de um dos princípios fundamentais do Estado brasileiro (art. 1º), além de ser considerado cláusula pétrea (art. 60, § 4º, I). É evidente, pois, que se cuida de um “preceito fundamental”.

14. A natureza de preceito fundamental da regra que veda a vinculação do salário mínimo para qualquer fim, por sua vez, decorre do fato de compor com a própria previsão do salário mínimo um dos direitos sociais mais elementares do trabalhador. Além disso, seu propósito central é impedir que interesses ou preocupações externas venham a retardar ou a prejudicar o processo de elevação do valor do salário mínimo a patamares capazes de atender as necessidades básicas do trabalhador e de sua família, como se verá mais detalhadamente a seguir. Nessa linha, a regra é ainda uma exigência direta do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), que envolve condições

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Parâmetro de Controle e Objeto. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 128.

materiais mínimas de existência digna, ao mesmo tempo em que consubstancia um meio de concretizar um dos objetivos fundamentais da República: a erradicação da pobreza (art. 3º, III).

II.3. Ausência de outro meio eficaz para sanar a lesividade ínsita ao dispositivo impugnado

15. Cumpre, por fim, em observância à restrição contida no art. 4º, § 1º da Lei nº 9.882/99⁶, demonstrar a inexistência de qualquer outro meio capaz de sanar a lesividade ínsita ao ato aqui questionado, requisito que vem sendo conhecido como “princípio da subsidiariedade”.

16. Neste ponto, todavia, importa registrar que a exigência legal não pode ser interpretada de tal forma que inviabilize o manejo desta nova ação. Os “outros meios” capazes de afastar o cabimento da ADPF devem necessariamente ser tão eficazes quanto ela para sanar a lesividade, isto é, devem produzir, igualmente, efeitos *erga omnes* e vinculantes. Nessa linha já se pronunciou o Ministro Celso de Mello na ADPF 17-3, *in verbis*:

É claro que a **mera possibilidade** de utilização de outros meios processuais **não basta**, só por si, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade, **pois**, para que esse postulado possa **legitimamente** incidir, **revelar-se-á** essencial que os instrumentos disponíveis **mostrem-se** aptos a sanar, **de modo eficaz**, a situação da lesividade. **Isso significa**, portanto, que o princípio da subsidiariedade **não pode** – e não deve – ser invocado para **impedir** o exercício da ação constitucional de arguição de descumprimento de preceito fundamental, **eis que** esse instrumento **está vocacionado** a viabilizar, numa dimensão **estritamente** objetiva, a **realização jurisdicional** de direitos básicos, de valores essenciais e de preceitos fundamentais contemplados no texto da Constituição da República.

Se assim não se entendesse, a **indevida** aplicação do princípio da subsidiariedade **poderia** afetar a utilização dessa relevantíssima ação de índole constitucional, **o que representaria**, em última análise, a **inaceitável** frustração do sistema de proteção, instituído na Carta Política, de valores essenciais, de preceitos fundamentais e de direitos básicos, com **grave** comprometimento da própria **efetividade** da Constituição. Daí a **prudência** com que o Supremo Tribunal Federal **deve** interpretar a regra inscrita no **art. 4º, § 1º**, da Lei nº 9.882/99, em ordem a **permitir** que a utilização da **nova** ação constitucional possa **efetivamente** prevenir ou reparar lesão a preceito fundamental, causada por ato do Poder Público⁷ [negrito no original].

⁶ Lei nº 9.882/99, art. 4º, § 1º: “Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”.

⁷ STF, ADPF 17-3, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 28.09.01.

17. Por conseguinte, tendo em vista a natureza objetiva da arguição de descumprimento de preceito fundamental, o exame de sua subsidiariedade deve ser realizado levando-se em consideração os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Isso porque, embora até seja possível imaginar exceções pontuais⁸, os efeitos da atuação judicial nas vias ordinárias limitam-se, como regra, às partes. Essa a posição de Gilmar Ferreira Mendes em artigo específico sobre o tema:

Não se pode admitir que a existência de processos ordinários e recursos extraordinários deva excluir, a priori, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Até porque, tal como assinalado, o instituto assume, entre nós, feição marcadamente objetiva.

Nessas hipóteses, ante a inexistência de processo de índole objetiva apto a solver, de uma vez por todas, a controvérsia constitucional, afigura-se integralmente aplicável a arguição de descumprimento de preceito fundamental. É que as ações originárias e o próprio recurso extraordinário não parecem capazes, a mais das vezes, de resolver a controvérsia constitucional de forma geral, definitiva e imediata. A necessidade de interposição de uma pletora de recursos extraordinários idênticos poderá, em verdade, constituir-se em ameaça ao livre funcionamento do Supremo Tribunal Federal⁹.

18. No caso em tela, não há qualquer meio capaz de sanar a lesividade produzida pelo art. 34 do Regulamento ora atacado, exceto a ADPF. Os recursos interpostos no âmbito das ações propostas pelos servidores, cobrando as diferenças salariais decorrentes da vinculação ao salário mínimo, produzem efeito apenas no âmbito de cada demanda específica, além de sujeitarem o Estado do Pará à execução provisória. Não há nenhum meio ordinário capaz de declarar, **com efeitos gerais e vinculantes**, a não recepção do citado art. 34 pela nova ordem constitucional. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal tem o entendimento consolidado a respeito do descabimento de ação direta de inconstitucionalidade quando se trata de atos normativos anteriores à vigência da Carta de 1988¹⁰, e o Decreto estadual nº 4.307, que

⁸ A ação popular poderá, em determinadas situações, sanar de forma eficaz e com caráter objetivo a lesividade, como reconheceu o Min. Celso de Mello, exatamente na ADPF 17-3, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 28.09.01.

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: demonstração de inexistência de outro meio eficaz. *Revista Jurídica Virtual do Palácio do Planalto*, Brasília, n.13, jun. 2000. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

¹⁰ Como bem sintetiza Gustavo Binbenbojm: “É pacífico o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que as leis anteriores à Constituição não se alçam ao controle abstrato de constitucionalidade. De fato, predomina o entendimento de que a finalidade do controle abstrato é apenas retirar do ordenamento jurídico o ato normativo incompatível com a Lei Maior. Deste modo, sendo o ato normativo anterior ao texto constitucional, aquele simplesmente foi revogado – ou não recepcionado – por este último. A questão não estaria, assim, no plano da validade (constitucionalidade), mas no da existência (revogação)” (BINENBOJM, Gustavo. Aspectos

aprovou o Regulamento de Pessoal do IDESP, é de 12 de maio de 1986.

19. Diante desses argumentos, resta demonstrado o cabimento da presente argüição, uma vez que o Regulamento de Pessoal do IDESP: (a) veicula ato do Poder Público; (b) viola dois preceitos fundamentais da Carta de 1988; (c) não pode ter sua lesividade eficazmente sanada sem que se recorra à ADPF.

3 DO MÉRITO

20. Atendidos os pressupostos de admissibilidade, passa-se a demonstrar as razões pelas quais também quanto ao mérito deve ser acolhida a presente argüição. Como já se adiantou, o ato questionado contraria dois preceitos fundamentais da Carta Federal vigente: o art. 7º, IV, *fine*, e o princípio federativo e a autonomia estadual, especificamente previstos em seus arts. 1º e 18.

3.1 Violação do art. 7º, inciso IV, *fine*

21. Basta um simples lance de olhos na redação do art. 34 do RIPDESP, acima transcrito, para verificar que o dispositivo impugnado utilizava o salário mínimo como fator de reajuste automático da remuneração dos servidores vinculados ao extinto IDESP¹¹, afrontando a vedação contida no art. 7º, inciso IV, do Estatuto Político.

22. Com efeito, a Constituição prevê o salário mínimo como direito social do trabalhador, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família, determinando que seu valor deve ser preservado através de reajustes periódicos e vedando sua vinculação para qualquer fim. Confira-se a literalidade do preceito constitucional referido:

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores, urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]

IV – salário-mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe

Processuais do Controle Abstrato da Constitucionalidade no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 218, p.165, 1999).

¹¹ De fato, três situações podem ser identificadas na norma impugnada. Em primeiro lugar, vincula-se a base salarial do pessoal de nível médio do IDESP a um salário mínimo; em seguida, adota-se a mesma espécie de vinculação para o pessoal de nível superior, só que agora a base salarial passou a ser de seis salários mínimos; por fim, o dispositivo cria, por meio de seus parágrafos, mecanismos de indexação salarial para todos os cargos, a partir dos dois parâmetros antes fixados (bases dos níveis médio e superior). Não há dúvida, portanto, de que a norma em questão utiliza o salário mínimo como fator de reajuste automático da remuneração dos servidores vinculados ao extinto IDESP.

preservem o poder aquisitivo, **sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.**

23. A proibição expressa, contida na parte final do artigo supratranscrito, de utilização do salário mínimo como fator genérico de indexação, visa, inicialmente, evitar efeitos inflacionários, afastando o emprego do salário mínimo como forma de atualização automática de valores. Todavia, não é esse o principal objetivo da vedação. Destina-se ela, sobretudo, a garantir que o salário mínimo seja paulatinamente majorado até atingir o propósito constitucional – qual seja, atender as necessidades básicas enumeradas, reconhecidamente não supridas, ainda hoje, pelo salário mínimo em vigor –, sem que outras considerações derivadas de seu impacto sobre qualquer outro elemento da economia a ele indexado possam interferir em tal processo.

24. O propósito de preservar de ingerências externas o processo de evolução do salário mínimo aos padrões constitucionais tem sido sublinhado por esse Supremo Tribunal Federal em reiteradas decisões, que vêm considerando inconstitucional qualquer espécie de vinculação ao salário mínimo¹². Confira-se recente acórdão (RE nº 242.740-GO) relatado pelo Ministro Moreira Alves:

Pensão especial cujo valor é estabelecido em número de salários mínimos. Vedação contida na parte final do artigo 7º, IV, da Carta Magna, a qual tem aplicação imediata.

[...]

A vedação constante da parte final do artigo 7º, IV, da Constituição, que diz respeito à vinculação do salário mínimo para qualquer fim, visa precipuamente a que ele não seja usado como fator de indexação, para que, com essa utilização, não se crie empecilho ao aumento dele em face da cadeia de aumentos que daí decorrerão se admitida essa vinculação. E é o que ocorre no caso, em que a pensão especial, anteriormente à promulgação da atual Constituição, foi instituída no valor unitário mensal sempre correspondente a seis vezes o salário mínimo, o que implica dizer que o salário mínimo foi utilizado para o aumento automático da pensão em causa sempre que houvesse majoração de seu valor. Isso nada tem que ver com a finalidade do salário mínimo como piso salarial a que qualquer um tem direito e que deve corresponder às necessidades básicas a que alude a Constituição, pois, em casos como o presente, não se está estendendo à pensão a norma constitucional (art. 7º, IV) que diz respeito ao piso salarial – ou seja, que nenhum trabalhador pode receber menos que o salário mínimo –,

¹² Nesse mesmo sentido: STF, AGRG em RE nº 253.247-PR, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 04.05.01 e RE nº 294.221-PR, Rel. Min. Moreira Alves (acórdão pendente de publicação): “Professores do Estado do Paraná. Piso salarial de três salários mínimos. A vinculação desse piso salarial a múltiplo de salários mínimos ofende o disposto no artigo 7º, IV, da Constituição Federal. Precedentes do STF”.

o que ocorreria – e aí seria válido o argumento de que a pensão tem por finalidade atender às mesmas garantias que a Constituição concede ao trabalhador – se a pensão em causa fosse estabelecida no valor de um salário mínimo. E não é demais atentar para a circunstância de que, mesmo com relação a salário, a vedação de sua vinculação ao salário mínimo se aplica se, porventura, se estabelecer que o salário de certo trabalhador será o de ‘valor correspondente a algumas vezes o salário mínimo’, pois aqui não se está concedendo a ele a garantia constitucional do artigo 7º, IV, mas, sim, se está utilizando o salário mínimo como indexador para aumento automático de salário de valor acima dele¹³.

25. Por outro lado, não é difícil perceber que o processo de aumento do poder aquisitivo do salário mínimo sofreria grandes pressões, no sentido de retardá-lo, se qualquer majoração de seu valor provocasse um impacto imediato sobre os vencimentos de servidores e, conseqüentemente, sobre as contas públicas de entes federativos. Esse aspecto foi registrado com precisão no âmbito dessa Eg. Corte pelos Ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio, respectivamente:

Mas não é só. A inspiração dessa vedação constitucional vai mais longe. A experiência mostra, por exemplo, que hoje o maior obstáculo à elevação real do salário mínimo tem sido menos o empregador privado do que os Estados e Municípios, uma vez que, como era inevitável pelo próprio significado do salário-mínimo, a Constituição expressamente o assegurou a qualquer trabalhador, incluídos os servidores públicos das diversas esferas. Por isso, a preocupação subjacente à vedação do art. 7º, IV, é a de evitar mecanismos de pressão de outros interesses, que sofreriam o reflexo do aumento do salário-mínimo, contra esse aumento em si mesmo. É evidente que os Estados, que já sofrem com a elevação do salário-mínimo, pelo aumento da sua folha de pessoal – sobretudo os Estados mais pobres que têm um imenso percentual dos seus servidores recebendo apenas o salário-mínimo – teriam, no caso, uma razão a mais para opor-se, à sua elevação, qual seja a diminuição das receitas do seu sistema previdenciário¹⁴.

O Constituinte de 1988 teve um cuidado especial e lançou, na parte derradeira do inciso IV do artigo 7º, cláusula vedadora que tem uma razão de ser, a de tomar-se o salário-mínimo para o efeito de vinculação; vinculação a qualquer título, não importa. Qual teria sido o objetivo? Qual é realmente o alcance dessa cláusula que proíbe a adoção do salário-mínimo como um verdadeiro fator de indexação? O Plenário acompanhou-me quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.425. Na oportunidade, fiz ver

¹³ STF, RE nº 242.740-GO, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 18.05.01.

¹⁴ STF, ADIn nº 1.425-1-PE, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 01.10.97.

que essa norma tem como escopo maior evitar que interesses estranhos aos versados nela própria, quanto à finalidade do salário-mínimo, possam de alguma forma inibir a iniciativa do legislador no sentido da preservação do poder aquisitivo do salário-mínimo.

Ora, Senhor Presidente, mesmo diante do afastamento da vinculação, do uso limitado do salário-mínimo, percebemos que não ocorre essa atualização, em vista da espiral inflacionária. O que acontecerá se o salário-mínimo for adotado em outros segmentos da vida econômica, financeira e gregária a ponto de se ter qualquer majoração, qualquer reposição do poder aquisitivo, qualquer reajuste do salário mínimo alcançando situações múltiplas? Aí é que não haverá mesmo, diante dos interesses envolvidos, das repercussões da própria dívida pública, a atualização do salário-mínimo. E foi isso que se quis obstaculizar quando se vedou, na parte final do inciso IV, vinculação do salário-mínimo para qualquer fim¹⁵.

26. Vale registrar que, como restou assentado por esse Eg. Supremo Tribunal Federal, a vedação constitucional de vinculação do salário mínimo para qualquer fim se dirige também a verbas salariais¹⁶. Como consignado pelo Min. Moreira Alves no acórdão acima transcrito, só se admite a vinculação em matéria salarial ou alimentar se a indexação for a *uma* unidade de salário mínimo, pela simples razão de que nenhum trabalhador poderá perceber menos do que essa quantia¹⁷. Afora essa hipótese, não se admite vinculação ao salário mínimo a qualquer título.

27. Ora, o art. 34 do Regulamento de Pessoal do IDESP, ao fixar a remuneração de seus servidores em múltiplos do salário mínimo, implementa exatamente conduta vedada pela Constituição e, desse modo, não há outra conclusão possível senão a de que tal norma não foi recepcionada pela Carta atual, não sendo aplicável a partir de 05 de outubro de 1988. Acrescente-se ainda que, na linha do entendimento doutrinário corrente, de que não há direito adquirido em face do poder

¹⁵ STF, RE nº 197.072-3-SC, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 08.06.01.

¹⁶ Durante algum tempo, após a entrada em vigor da Constituição de 1988, essa Eg. Corte entendeu que verbas de natureza salarial ou alimentar não estavam subordinadas à vedação do art. 7º, IV, parte final, considerando que o propósito da norma era apenas evitar a indexação da economia como um todo e a progressão inflacionária. Tal entendimento, todavia, encontra-se hoje superado como se vê dos acórdãos transcritos e como registrado pelo Ministro Nelson Jobim no AGRG em RE nº 298.431-1-PR, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 21.09.01: “Os precedentes referidos pelos agravantes não correspondem à recente jurisprudência do STF. A decisão agravada fundamentou-se na atual jurisprudência do STF que veda a vinculação de vencimentos ao salário mínimo. Dessa orientação, o acórdão recorrido (fls. 380/389) não divergiu. Nego provimento ao regimental”.

¹⁷ Confira-se, novamente, o trecho pertinente do acórdão: “E não é demais atentar para a circunstância de que, **mesmo com relação a salário, a vedação de sua vinculação ao salário mínimo se aplica** se, porventura, se estabelecer que o salário de certo trabalhador será o de ‘valor correspondente a algumas vezes o salário mínimo’, pois aqui não se está concedendo a ele a garantia constitucional do art. 7º, IV, mas, sim, **se está utilizando o salário mínimo como indexador para aumento automático de salário de valor acima dele**” (STF, RE nº 242.740-GO, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 18.05.01) [negrito acrescentado].

constituente originário¹⁸, a própria Carta afirma, no art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que os vencimentos que estejam sendo percebidos em desacordo com a nova Constituição deverão ser reduzidos aos limites dela decorrentes e, pelas mesmas razões, adequados às demais regras por ela introduzidas sobre a matéria, não se admitindo invocação de direito adquirido¹⁹. Em suma: os vencimentos vigentes em 05 de outubro de 1988 não podem mais ser majorados em função dos aumentos do salário mínimo.

3.2 Ruptura do equilíbrio federativo

28. O dispositivo impugnado, além de violar o art. 7º, IV, da Constituição, afronta também o princípio federativo, ao vincular vencimentos de servidores estaduais a índice ditado pelo Governo Federal, garantindo-lhes reajuste automático independentemente da manifestação do Estado-membro. Embora o princípio federativo seja disciplinado por um conjunto de normas espalhadas pelo texto constitucional, os arts. 1º e 18 fazem referência a ele de forma expressa, *in verbis*:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

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

29. O principal sentido do princípio federativo, como consta do art. 18 transcrito, é o de conferir **autonomia** aos entes que formam o Estado. Autonomia corresponde, de maneira simples, ao espaço de atuação próprio delineado e assegurado pela Constituição para cada ente federativo, através da repartição de competências, e se desdobra, ainda, nas capacidades de auto-organização, autogoverno e auto-administração. A auto-administração, entre outros aspectos, envolve a capacidade atribuída a cada ente federativo de gerir seus recursos, inclusive no que diz respeito à prestação de serviços e à manutenção de seus servidores, sem ingerência de outros entes da federação.

30. Por se tratar de decorrência de um princípio fundamental do Estado brasileiro e de uma cláusula pétrea constitucional, a autonomia é indisponível e inafastável, inclusive pelos próprios entes federativos, como registra Jessé Torres Pereira Júnior:

¹⁸ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 55.

¹⁹ CF/88, ADCT, art. 17: "Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título".

A autonomia assegurada no art. 18 da CF/88 é indisponível e inafastável pelos Estados e Municípios, porquanto sua inobservância acarretaria ruptura do princípio federativo, uma das cláusulas pétreas enunciadas no art. 60, § 4º, I, da Carta da República. Por conseguinte, se é defesa emenda à Constituição tendente a abolir a federação, **muito menos poderia lei estadual ou municipal conduzir o ente local a abdicar da autonomia identificadora da forma federativa e adotar critério de reajustamento de vencimentos de seus servidores que se vinculasse a índices federais**, se estatutário for o regime destes (“Na dicção da ilustrada maioria [...], a adoção pelo Estado de índice federal, embora via ato normativo, vulnera o princípio da autonomia inserta na Carta da República. Precedentes: Ações Originárias nº 258-3-SC, 286-9-SC e 300-8-SC, relatadas pelos Ministros Ilmar Galvão e Maurício Corrêa (as duas últimas) e julgadas pelo Pleno, sendo a primeira em 26 de maio de 1995 e as demais em 3 de agosto de 1995, e Ação Originária nº 263-0-SC, relatada pelo Min. Octávio Gallotti – AO nº 327-SC, rel. Min. Marco Aurélio – DJU de 26.08.98)²⁰ [negrito acrescentado].

31. Ora, o Regulamento de Pessoal do IDESP, ao vincular os vencimentos de seus servidores ao salário mínimo, cujo valor é decidido exclusivamente pelo Governo Federal, garante a servidores estaduais reajuste automático, independentemente de uma decisão específica do Estado-membro, adequada às suas possibilidades financeiras, em ofensa clara à sua autonomia e ao equilíbrio federativo. Se o princípio federativo não tolera que se subordine a política salarial do funcionalismo público local à variação de índices fixados pela União, a conclusão inexorável é a de que o art. 34 do RPIDESP, também por essa razão, é inconstitucional. O tema não é novo e já foi apreciado reiteradas vezes pelo Supremo Tribunal Federal²¹, como registra o Ministro Moreira Alves, *in verbis*:

Com relação à autonomia, temos sido rigorosos até no sentido de se impossibilitar que a remuneração nos Estados esteja vinculada a índices de inflação estabelecidos pela União. Assim, com mais razão, quando essa vinculação se estabelece de forma que, se o salário mínimo aumentar, a arrecadação da contribuição

²⁰ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Da reforma administrativa constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 91.

²¹ No mesmo sentido, confira-se: “A vinculação, na Constituição Estadual, da remuneração e da jornada de servidores estaduais à disciplina que se estabelece, em lei federal, para profissionais congêneres, para os quais se estipula piso salarial correspondente a determinada quantia de salários mínimos, torna relevante a alegação de inconstitucionalidade, em face do princípio da autonomia dos Estados-membros, bem como das regras que se referem à iniciativa reservada do Poder Executivo para certas matérias e à inadmissibilidade de vinculação e reajustamento automático de remuneração no âmbito do Poder Público (arts. 25, 61, § 1º, a e c, e art. 37, XIII, da CF)” (STF, RTJ 156/788) (STF, RDA 210/307).

poderá cair com a circunstância séria de o Estado dar benefícios com base no salário do servidor público²².

32. Nessa ordem de idéias, e sendo a forma federativa de Estado um dos princípios fundamentais da República (art. 1º da Constituição), expressamente resguardada como cláusula pétrea (art. 60, § 4º, I), resta claro que se trata de preceito fundamental vulnerado pelo dispositivo ora impugnado.

4 DO PEDIDO LIMINAR

33. Ao longo das razões apresentadas, demonstrou-se, exaustivamente, a configuração do *fumus boni iuris*. O direito do Estado do Pará, a rigor, poderia ser constatado pela simples leitura do dispositivo impugnado, uma vez que este vulnera de modo ostensivo dois preceitos fundamentais decorrentes da Constituição: vedação de vinculação ao salário mínimo e princípio federativo.

34. Quanto ao *periculum in mora*, cumpre esclarecer que tramitam perante o Tribunal de Justiça do Estado do Pará e no âmbito da Justiça Trabalhista do Estado diversas ações judiciais em que servidores vinculados ao antigo IDESP vêm obtendo êxito ao postularem reajuste salarial, invocando, em seu favor, o critério remuneratório estabelecido pelo questionado art. 34 do RPIDESP. O cumprimento de tais decisões judiciais – alguns processos já se encontram em fase de execução definitiva – tem gerado gravíssimos prejuízos para as finanças e para a organização administrativa do Estado do Pará, que responde por todas as obrigações da entidade autárquica desde sua extinção, por força da já referida Lei Estadual nº 6.211/99.

35. Para melhor ilustrar essa assertiva, a Secretaria Executiva de Administração do Estado elaborou planilha na qual bem se infere o acréscimo que sofrerá a folha de pagamento deste Ente Federado (documento 05).

36. Com efeito, na elaboração da planilha em questão, tomou-se por base o acórdão nº 36.531, do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Pará, estendendo-se os efeitos dessa decisão a todos os servidores que foram distribuídos pelos diversos órgãos da administração do Estado com a extinção do IDESP. Com base nesse referido documento, ter-se-ia um acréscimo, em relação à remuneração despendida com esses servidores, na ordem de 345,35%, uma vez que hoje se gasta mensalmente para remunerá-los exatos R\$ 954.010,71 (novecentos e cinquenta e quatro mil, dez reais e setenta e um centavos), passando o Estado do Pará a necessitar de **R\$ 4.248.668,01 (quatro milhões, duzentos e quarenta e oito mil, seiscentos e sessenta e oito reais e um centavo)**, o que se afigura um despropósito.

²² STF, ADIn 1.425-1-PE, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 26.03.99.

37. Some-se a isto que, desde a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal, a repartição dos limites globais para gastos com pessoal e encargos sociais para o Poder Executivo está estabelecida no art. 20, II, e no § 4º, ou seja, 48,6% da receita líquida corrente.

38. O limite máximo de comprometimento do Executivo com gastos com pessoal – 48,6% – é redimensionado ao limite prudencial de 46,17%, através do parágrafo único do art. 22, da mesma Lei de Responsabilidade Fiscal, pois condiciona a concessão de vantagens, aumento e reajuste à observância desse limite prudencial de 46,17%.

39. Destarte, o Poder Executivo norteia suas ações a partir desse limite dito prudencial e, *in casu*, o orçamento de 2002 do Estado do Pará, já reestimado, aponta para o comprometimento acima desse limite, exatos 47%, impondo extrema cautela na condução da política de salários com os servidores públicos.

40. Nestas circunstâncias, a concretização de todas as decisões judiciais que buscam a aplicação do art. 34, do regulamento da extinta autarquia estadual importará na violação das regras da lei de responsabilidade fiscal, comprometendo a ordem jurídica, bem como contribuindo para caracterizar grave lesão à economia, impondo-se, por mais estes argumentos, a suspensão da eficácia do dispositivo combatido neste remédio.

41. Configurados o *fumus boni iuris* e o grave *periculum in mora*, o Governador do Estado do Pará requer, com fulcro no art. 5º, *caput* e § 3º da Lei nº 9.882/99, que seja concedida medida liminar para determinar a suspensão de todos os processos, bem como dos efeitos de decisões judiciais, que versem sobre a aplicação do art. 34 do Regulamento de Pessoal do IDESP.

5 DA EXTENSÃO DA EFICÁCIA DA DECISÃO À COISA JULGADA

42. Corolário natural da procedência do pedido formulado na presente demanda é a imediata desconstituição da coisa julgada formada nos processos que tiveram por *causa petendi* o art. 34 do Regulamento de Pessoal do IDESP, o que desde já se requer.

43. Nem se argumente, outrossim, que tal requerimento, e, por consequência, a medida que certamente será concedida, afronta a segurança jurídica. Com efeito, o reconhecimento de inexistência de coisa julgada, direito adquirido e ato jurídico perfeito contra a Constituição, consoante demonstrado alhures, e a possibilidade de sua arguição a qualquer tempo não contribuem para a instabilidade das relações jurídicas, nem infirmam o princípio da segurança jurídica. Muito ao contrário, antes o confirmam, assim como a supremacia da Constituição e o direito subjetivo validamente constituído, atuando como fator de acerto dos atos jurídicos ao ápice de todo o ordenamento, uma vez que será desprezado apenas o direito subjetivo

material e/ou formalmente imperfeito, que se ressente falho na sua formação.

6 DO PEDIDO PRINCIPAL

44. Pelas razões expostas, pede e espera o Governador do Estado do Pará, após colhidas as informações e ouvido o Ministério Público, que seja julgado procedente o presente pedido para o fim de reconhecer, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, inclusive quanto à coisa julgada já formada, que o art. 34 do Regulamento de Pessoal do extinto IDESP não foi recepcionado pela Constituição de 1988, isso porque: (i) o dispositivo viola o art. 7º, IV, parte final, da Constituição, que veda a vinculação ao salário mínimo para qualquer fim; (ii) a norma atenta contra a autonomia do Estado-membro, em detrimento do equilíbrio federativo (art. 1º e 18).

Nestes termos, pede deferimento.

Belém, 22 de maio de 2002.

ALMIR GABRIEL

Governador do Estado

NOTA: A presente ação respaldou-se em parecer exarado, em 10.10.2001, pelo eminente jurista Luís Roberto Barroso, em resposta à consulta formulada pela Procuradoria Geral do Estado do Pará.