

Revista de Direito

23



Procuradoria Geral do Estado de Goiás

**ESTADO DE GOIÁS
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**

REVISTA DE DIREITO

Publicação do Centro de Estudos

Alcides Rodrigues Filho
Governador do Estado de Goiás

Norival de Castro Santomé
Procurador Geral do Estado

Valentina Jungmann Cintra
Procuradora Chefe do Centro de Estudos

Revista de Direito	Goiás	Nº 23	p. 1 - 97	2007
--------------------	-------	-------	-----------	------

Revista de Direito

Expediente

Procurador Geral do Estado
NORIVAL DE CASTRO SANTOMÉ

Editor
CLEULER BARBOSA DAS NEVES

Comissão Editorial
ANTÔNIO FLÁVIO DE OLIVEIRA
WEILER JORGE CINTRA JÚNIOR
WILLIAM DE ALMEIDA BRITO JÚNIOR

Ilustração
AMAURY MENEZES

A Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado é uma publicação do Centro de Estudos. Toda correspondência deve ser dirigida à REVISTA DE DIREITO – PROCURADORIA GERAL DO ESTADO – Praça Dr. Pedro Ludovico Teixeira nº 26 – Goiânia – Goiás – CEP 74.003-010 – Endereço Eletrônico www.pge.go.gov.br – E-mail: cejur@pge.go.gov.br.

© CEJUR 2007 – Todos os direitos reservados. A reprodução ou tradução de qualquer parte desta publicação será permitida com a prévia permissão escrita do Editor, nos termos da Lei nº 9.610, de 20 de junho de 1998. Solicita-se permuta. Os conceitos emitidos em trabalhos assinados são de responsabilidades exclusiva de seus autores.

EDITORIAL

EDITORIAL

Hernane Luiz M. da Madeira, Amélia Augusta F. Fernandes de Teixeira e Valentina Jungmann Cintra05

DOCTRINA

LITISCONSORCIO FACULTATIVO E SUAS PARTICULARIDADES

Ariana Garrett Alcântara , Elisângela Rodrigues Lopes e Silva, Kelly Cristina Perim Valle e Telma Maria dos Santos.....07

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

Cláudio Grande Júnior20

MEDIDAS PROVISÓRIAS: ARRANJO OU DESARRANJO?

Diana Karine Barros de Pádua , Márcia Aparecida Guerreiro do Valle e Sheylla Roberta Fleury da Silva.....36

RELEITURA DA FRAUDE CONTRA CREDORES À LUZ DA TEORIA DA INEFICÁCIA RELATIVA

Frederico Garcia Pinheiro 50

A ORDEM CONSTITUCIONAL E AS PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA

Gustavo Leonardo Maia Pereira62

A POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE ACORDO PELO ESTADO DE GOIÁS NAS AÇÕES INDENIZATÓRIAS

Liliane Arato e Marcelo de Souza71

A "MINI-REFORMA" TRIBUTÁRIA A PARTIR DA PERSPECTIVA DO FEDERALISMO DO EQUILÍBRIO E DO DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO

Lucas Bevilacqua Cabianca78

A COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRABALHO EM FACE DO EMPREGADOR

William de Almeida Brito Júnior90

EDITORIAL

Hernane Luiz Marra da Madeira
Amélia Augusta Fleury Fernandes Teixeira
Valentina Jungmann Cintra

Decorridos cinco anos após a publicação da última Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de Goiás (nº 22), retomamos a publicação, agora *on line*, de mais uma edição (nº 23) dessa tão relevante obra jurídico-científica.

A editoração da Revista iniciou-se na gestão do Procurador Dr. Hernane Luiz Marra da Madeira, em 2004, processou-se sob a batuta da Dra. Amélia Augusta Fleury Teixeira (2005 a 11/9/2007), e, espera-se, esteja concluída -impresa e distribuída- na administração agora exercida pela Dra. Valentina Jungmann Cintra. Para tanto, contamos com o total apoio do atual Procurador-Geral do Estado de Goiás, Dr. Norival de Castro Santomé, entusiasta desse projeto.

Para a edição da RDPGE de nº 23 deve ser ressaltado o trabalho desenvolvido pelos colegas Drs. Cleuler Barbosa das Neves (editor), Antônio Flávio de Oliveira, Weiler Jorge Cintra Júnior e William de Almeida Brito Júnior (conselho editorial).

Por meio da Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado nossos Procuradores veiculam suas opiniões, seus estudos, suas pesquisas, prestando-se, pois, a Revista à divulgação de idéias e sugestões que contribuem para uma melhor interpretação e aplicação da lei. Os artigos e pareceres nela publicados servem, ainda, para orientar a Administração Pública a respeito de várias questões controvertidas e conflituosas que surgem no seu dia-a-dia. Por isso a Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado assume importância relevante para a comunidade jurídica como instrumento de difusão do pensamento técnico e científico dos seus integrantes.

Devido ao grande número de artigos científicos e doutrinários escritos pelos Procuradores de Estado de Goiás que aguardavam publicação, essa edição da RDPGE apresenta, exclusivamente, trabalhos por eles realizados. Seu temário, todavia, é bastante variado.

Ariana Garrett Alcântara, Elisângela Rodrigues Lopes e Silva, Kelly Cristina Perim Valle e Telma Maria dos Santos, em co-autoria, escreveram artigo intitulado "LISTISCONSÓRCIO FACULTATIVO E SUAS PARTICULARIDADES". Entre os aspectos abordados, destacam-se: as diversas peculiaridades do instituto, as modificações do instituto em relação à legislação processual anterior, a possibilidade de sua limitação pelo juiz. Registram, também, o pensamento jurisprudencial e doutrinário sobre questões relevantes, capazes de despertar o interesse do leitor.

Cláudio Grande Júnior discorre sobre o tema "O CONTROLE INTERNO DE CONSTITUCIONALIDADE EXERCIDO PELAS PROCURADORIAS-GERAIS DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL". Cuida o artigo de tema teórico, mas com aplicação prática na atuação dos Procuradores de Estado. Fundamenta seu posicionamento sobre a possibilidade do controle de constitucionalidade na esfera de atuação de Procuradores, em razão da constitucionalização do Direito Administrativo, inclusive na atuação de apreciação de projetos de lei para orientação do Chefe do Poder Executivo quanto à oposição de sanção ou veto.

Diana Karine Barros de Pádua, Márcia Aparecida Guerreiro do Valle e Sheylla Roberta Fleury da Silva, em artigo intitulado "MEDIDAS PROVISÓRIAS: ARRANJO OU DESARRANJO?", tratam de forma crítica e instigante o instituto da "medida provisória", inserido no texto constitucional em 1988. Comentam sua origem, seus contornos constitucionais e o significado de sua utilização inadequada em face do princípio da separação dos Poderes, e sua manutenção no Estado Democrático de Direito.

Frederico Garcia Pinheiro faz a "RELEITURA DA FRAUDE CONTRA CREDORES À LUZ DA TEORIA DA INEFICÁCIA RELATIVA", ressaltando a importância de

haver mecanismos eficazes no combate às condutas fraudulentas. Partindo dessa premissa, buscou demonstrar a viabilidade de se adotar a teoria da ineficácia relativa dos negócios jurídicos praticados em fraude contra credores *stricto sensu* (fraude pauliana) - que se contrapõe à tese clássica da anulabilidade. Conclui no sentido de que, em se adotando a teoria da ineficácia relativa (ou inoponibilidade perante terceiros), a sentença que julga procedente o pedido formulado na ação pauliana é de natureza meramente declaratória.

Gustavo Leonardo Maia Pereira, sob ótica constitucional, elaborou artigo sobre "A ORDEM CONSTITUCIONAL E AS PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA". Analisa, em caráter geral e abstrato, as normas dirigidas à Fazenda Pública, que dão contornos específicos aos institutos tradicionais. Conclui que as regras diferenciais constituem verdadeiras prerrogativas processuais da Fazenda Pública e, portanto, consentâneas com o princípio da isonomia, especialmente se considerado em sua acepção substancial.

Liliane Arato e Marcelo de Souza discorrem sobre "A POSSIBILIDADE DA REALIZAÇÃO DE ACORDO PELO ESTADO DE GOIÁS NAS AÇÕES INDENIZATÓRIAS". Observam que o inciso VI do art. 5º da Lei Complementar 24, de 8 de junho de 1998, permite ao Procurador Geral do Estado, mediante autorização do Governador do Estado, transigir nas ações de interesse estatal. Nas diversas ações indenizatórias propostas contra o Estado, muitas vezes, diante do conjunto probatório desfavorável, percebe-se que seria mais econômica aos cofres públicos a realização de acordo judicial. Sobre essa hipótese, analisam se o Estado poderia realizar tal ajuste em face da existência do princípio da indisponibilidade do interesse público.

Lucas Bevilacqua Cabianca, em artigo intitulado "A 'MINI-REFORMA' TRIBUTÁRIA A PARTIR DA PERSPECTIVA DO FEDERALISMO DO EQUILÍBRIO E DO DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO", analisa as alterações contidas na PEC nº 285/04 do Sistema Tributário Nacional, em face do princípio federativo e do direito fundamental ao desenvolvimento em busca da redução das desigualdades regionais. Analisa, também, a proposta de criação do Fundo de Desenvolvimento dos Estados -FDE's- e a proposta de federalização do ICMS como solução para o fim da Guerra Fiscal entre os Estados.

William de Almeida Brito Júnior, em artigo intitulado "A COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DO TRABALHO EM FACE DO EMPREGADOR", analisa, de forma objetiva, o embate doutrinário e jurisprudencial surgido, após o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, acerca da competência para processar e julgar as ações de indenização de danos morais e materiais decorrentes de acidente do trabalho em face do empregador.

Original assinado

Hernane Luiz Marra da Madeira

Original assinado

Amélia Augusta Fleury Teixeira

Original assinado

Valentina Jungmann Cintra

LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO E SUAS PARTICULARIDADES

Ariana Garrett Alcântara *
Elisângela Rodrigues Lopes e Silva**
Kelly Cristina Perim Valle***
Telma Maria dos Santos****

RESUMO: Neste artigo, são abordados as diversas peculiaridades do Litisconsórcio Facultativo, suas características e tipos. As hipóteses do seu cabimento, as modificações do instituto em relação à legislação processual anterior, a possibilidade de limitação do mesmo pelo Juiz são discutidos, bem como registrados os entendimentos jurisprudenciais e doutrinários que tornam o tema consideravelmente rico em nuances, ora controvertidas, ora pacíficas, mas sempre relevantes e capazes de despertar o interesse do leitor que deseja conhecê-lo um pouco mais.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Cumulação; 2. Partes; 3. Facultatividade.

1. INTRODUÇÃO

A Lei Processual Civil brasileira admite, não exige, a formação do Litisconsórcio Facultativo, previsto em seu art. 46.

O Litisconsórcio promana da coexistência de pessoas em um dos lados da relação processual ou em ambos. E, ressalte-se: tal coexistência não é exigida pela lei. Sua admissibilidade se justifica, entre outras razões, em virtude dos princípios da economia processual e da necessidade de harmonia de julgados.

Trata-se o presente de artigo de revisão, em que serão registradas noções acerca do tema, com vista a situá-lo dentro da ordem jurídica vigente, as hipóteses de cabimento do litisconsórcio facultativo, suas classificações, a possibilidade de limitação do mesmo pelo Juiz e as questões controvertidas a respeito.

Valendo-nos do método indutivo, partiremos da premissa de que o sistema do referido Diploma repele a utilização do processo para fins ilícitos e temos como fundamental escopo contextualizar o instituto em estudo dentro dos princípios que regem o Direito Processual Civil, destacando peculiaridades intrínsecas ao Litisconsórcio Facultativo.

Para tanto e, visando maior elucidação do objeto deste, cotejaremos a previsão desta cumulação subjetiva em nossa legislação atual e na anterior, colacionaremos doutrina e jurisprudência e, por vezes, arriscaremos em proceder a algumas ponderações.

Sem o intuito de esgotarmos o mote, dada a sua complexidade e vasta aplicação, esperamos poder acrescentar algum conhecimento ao leitor.

* Pós-graduada do Curso de Especialização em Direito Processual Civil – UCG Procuradora do Estado de Goiás.

** Pós-graduada do Curso de Especialização em Direito Processual Civil - UCG - Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal – Advogada.

*** Pós-graduada do Curso de Especialização em Direito Processual Civil - UCG - Advogada

**** Pós-graduada do Curso de Especialização em Direito Processual Civil – UCG - Serventária da Justiça

2. NOÇÕES

2.1 CONCEITO

Por meio do sentido literal das palavras latinas, que compõem o vocábulo (*litis, cum, sors*), obtém-se o exato conceito da palavra litisconsórcio. *Lis, litis* significam processo, pleito, *cum* vem a ser a preposição que exprime idéia de junção e, por fim, *sors, sortis* traduzem as idéias de quinhão, resultado, sorte. Neste raciocínio, o vocábulo litisconsórcio quer, pois, exprimir ou indicar a reunião de várias pessoas no processo, que outrem mesmo intentou ou contra outrem foi proposto, para defesa de interesses, que se mostram comuns, conexos ou afins. O litisconsórcio ladrilha, portanto, o congraçamento de várias pessoas trazidas à demanda pela comunhão, afinidade ou conexidade de interesses sobre o mesmo objeto demandado, desde que a solução ou o resultado a ser obtido influencie sobre os mesmos interesses.

Literalmente, portanto, litisconsórcio quer explanar a reunião de várias pessoas em um mesmo processo, para a mesma sorte ou para obtenção dos mesmos resultados ou afins. Assim, o litisconsórcio não implica no concurso de ações nem significa cumulação de ações. Há, nele, concurso e cumulação de autores ou de réus, segundo as circunstâncias.

O litisconsórcio ou a cumulação subjetiva é a estado caracterizado pela coexistência de duas ou mais pessoas, vinculadas entre si, no pólo ativo ou passivo da relação processual ou em ambas as posições, independentemente de estarem ou não reunidas no mesmo pólo.

Situa-se basicamente na maioria dos processos, em que pese ser regra a singularidade das partes. Isto porque diz respeito aos sujeitos processuais, constituindo o modo de ser da relação jurídica-processual, que sofre influências e apresenta conotações peculiares quando, em vez de um autor e um réu apenas, três ou mais são os sujeitos ativos e/ou passivos da ação.

Esta pluralidade de partes pode surgir no processo logo de início, quando vários autores ajuízam em conjunto, em unidade ao menos formal, uma só demanda ou, ainda, quando, indicada uma pluralidade de réus na petição inicial, vem a consumir-se a citação de todos. Forma-se litisconsórcio, também, quando ocorre uma intervenção voluntária de terceiros ou quando uma pluralidade de sucessores vem a ocupar a posição antes preenchida por uma das partes originárias. Pode existir o litisconsórcio, ainda, quando o juiz determina a reunião de processos ou a citação de litisconsórcio necessário.

Para tanto, a admissibilidade do litisconsórcio pressupõe a legitimidade de cada um dos co-litigantes ou de todos, conjuntamente, quando se trata de litisconsórcio necessário, o que não passa de elementar imposição da regra geral de legitimação contida no art. 6º do CPC, onde, “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. Assim, na demanda posta em juízo, só poderá haver litisconsórcio se a todos e cada um, especificamente, tocar a qualidade que lhes autorize ser parte no processo.

O litisconsórcio facultativo trata-se da presença simultânea de pessoas que adquiriram a qualidade de autores ou de réus no mesmo processo, não havendo, para tal cumulação, exigência, mas tão-somente admissão da lei.

Desta forma, podemos conceituar o litisconsórcio facultativo, como o momento processual em que duas ou mais pessoas litigam, no mesmo processo, no pólo ativo ou passivo da ação (art. 46 do CPC), por vontade destas, isto é, quando há mais de um autor ou mais de um réu, havendo comunhão de direitos ou de obrigações atinentes à lide, conexão de causas ou afinidade de questões.

Insta observarmos que a vontade das partes, motivadora da formação do litisconsórcio facultativo, não é discricionária. Para a admissão de tal pluralidade, necessária a previsão em um dos casos especificados no art. 46 do Diploma Processual Civil Pátrio, uma vez que conforme bem ensina Vicente Greco Filho¹, a existência de permissivo legal que autorize o litígio conjunto não é dispensável.

2.2 CLASSIFICAÇÃO

Existem quatro critérios para a classificação do litisconsórcio: a) o poder de aglutinação das razões que conduzem à formação do litisconsórcio; b) o regime de tratamento dos litisconsortes; c) a posição destes na relação processual; d) o momento da formação do litisconsórcio.

Para analisarmos se o litisconsórcio é facultativo ou necessário, utilizaremos o critério do poder de aglutinação das razões que conduzem sua formação, sendo compreensível que às vezes ele imponha o cúmulo subjetivo (litisconsórcio necessário), enquanto que em outros casos não vai além de permiti-lo (litisconsórcio facultativo).

Nos casos em que a lei não determina a criação do litisconsórcio (e não cabe ao juiz criá-la, impondo o litisconsórcio – necessário – onde a lei não o exige), o litisconsórcio é facultativo, ficando a critério exclusivo do autor, ou autores, a propositura conjunta de demandas, isto é, diversamente do necessário, diz-se facultativo o litisconsórcio cuja formação depende da vontade das partes, não sendo tal vontade arbitrária. Isto porque, conforme já dito alhures, para que o litisconsórcio seja admitido, é condição que incida num dos casos especificados no art. 46 do Código de Processo Civil.

Registre-se que, havendo um número muito grande de litisconsortes facultativos no processo, resta caracterizado o litisconsorte multitudinário. Para Dinamarco², o mesmo pode inviabilizar o exercício da jurisdição, infringindo o princípio da economia processual, que fundamenta a existência do litisconsórcio.

Neste raciocínio, cabe ao Julgador, ao despachar a peça inaugural, verificar se existe litisconsórcio multitudinário e, em havendo o mesmo, analisar se é o caso de determinar o desdobramento das ações.

Ainda, há de ser considerado a classificação, prevista expressamente no ab-rogado Código de Processo Civil de 1939, a qual discernia o litisconsórcio em irrecusável (impróprio) ou recusável (próprio), cuja classificação será abordada, com detalhes, em momento posterior.

2.2.1 LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO SIMPLES E UNITÁRIO

O litisconsórcio facultativo subdivide-se em unitário e simples. O primeiro é aquele em que o juiz tem de decidir a questão de modo similar para todos os autores e todos os réus, não podendo o julgamento da pretensão inicial ser procedente para uns e improcedente para outros. A título de exemplo, temos a decisão prolatada em uma ação de anulação de deliberação de assembléia geral movida por dois acionistas.

Já o litisconsórcio facultativo simples é aquele em que a decisão pode ter efeitos diversos para cada litisconsorte, podendo efetuar a entrega da tutela jurisdicional de modo diferente para cada um, dependendo das respectivas provas e situações.

¹ GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, v. 2.

² DINAMARCO, Cândido Rangel. Litisconsórcio. 4.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

2.2.2 LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO PRÓPRIO (RECUSÁVEL) E LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO IMPRÓPRIO (IRRECUSÁVEL)

No sistema do Diploma Processual Civil Pátrio anterior, havia dois tipos de litisconsórcio facultativo, o próprio, também chamado de recusável e o impróprio, denominado também de irrecusável. O primeiro é aquele que depende da vontade das partes na sua formação (tanto dos autores, quanto dos réus) e o segundo ocorre quando, tendo sido proposto por uma das partes, não pode ser recusado pela outra.

Hodiernamente, tal distinção não mais subsiste, inexistindo divisão de categorias da facultatividade do litisconsórcio. Proposta por uma das partes litigantes, tal cumulação opera-se sem qualquer vinculação à vontade da outra parte.

3. HIPÓTESES

Ab initio, cumpre-nos observar que o legislador pátrio previu, sabiamente, casos em que a lei admite que os integrantes da relação processual possam estar em juízo como demandantes ou demandados separadamente, não tornando obrigatória a formação de litisconsórcio. Têm-se, então, casos de litisconsórcio facultativo.

Nesse sentido, mister destacá-los:

Art. 46 do CPC: Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto ativa ou passivamente, quando:

- I. entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide;
- II. os direitos ou as obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito;
- III. entre as causas houver conexão pelo objeto ou pela causa de pedir;
- IV. ocorrer afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito.

Parágrafo único. O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa. O pedido de limitação interrompe o prazo para resposta, que recomeça da intimação da decisão.

Note-se, portanto, que tal dispositivo legal apresenta a expressão “podem”, o que demonstra tratar-se de litisconsórcio facultativo. Portanto, dá-se o litisconsórcio facultativo sempre que presentes, exclusivamente, as circunstâncias antes mencionadas. Assim, se houver comunhão de direitos (art. 46, I, do CPC) entre os litisconsortes e também caso de litisconsórcio necessário (art. 47, do CPC), prevalecerá o necessário.

O litisconsórcio facultativo é estabelecido por vontade própria das partes, que não é arbitrária. Dessa maneira, concentra ao magistrado o poder de controlar a formação e o volume do litisconsórcio facultativo, através da limitação do número de litigantes sempre que a rápida solução do litígio ou a defesa do réu estiver sendo prejudicada. Medida esta se justifica para que se assegure às partes o direito de igualdade de tratamento.

Com fulcro no inciso I do supramencionado artigo, ou seja, quando, entre duas ou mais pessoas houver comunhão de direitos e de obrigações relativamente à lide, o litisconsórcio será necessário. No entanto, pode ocorrer em casos comuns de condomínio sobre bens em que se faculta a cada condômino reivindicar o todo, porém todos os condôminos, em litisconsórcio facultativo, podem demandar em conjunto o bem comum.

No caso de cônjuges, a demanda sobre imóveis ou direitos reais torna necessário o litisconsórcio entre eles. Na mesma esteira, todos os condôminos de ação divisória são partes necessárias.

Ainda a título de comunhão de obrigações, tem-se litisconsórcio nas causas sobre 'dívidas suportadas em comum por vários devedores, solidários ou não, como nos contratos de locação com fiador. O litisconsórcio é apenas facultativo.

A respeito, oportuno trazer à colação a lição de Celso Agrícola Barbi³, que exemplifica: "Várias pessoas adquiriram uma coisa à prazo, responsabilizando-se cada uma por uma parte do preço ou mesmo assumindo a posição de devedores solidários."

Prosseguindo, afirma:

(...) se não houver solidariedade, o credor poderá cobrar de cada um a sua parte em ações distintas; mas pode preferir cobrar de todos, reunindo suas diversas ações num só processo. Da mesma forma, se houver solidariedade naquela dívida, tanto poderá o credor acionar cada um separadamente como propor suas várias ações contra todos ou alguns em um só processo.

No que pertine ao inciso II, qual seja, direitos e obrigações derivados do mesmo fundamento de fato ou de direito, é cabível o litisconsórcio porque a causa de pedir, parcialmente, é a mesma: o mesmo fundamento de fato ou o mesmo fundamento de direito. Pode-se destacar a possibilidade de ocorrer tal cumulação em ação derivada de ato ilícito praticado por preposto, já que o preponente também responde solidariamente pela reparação do dano. Neste caso, o prejudicado pode demandar em face de apenas um dos co-responsáveis ou ambos conjuntamente, em litisconsórcio passivo. Ou, ainda, ocorrer quando de um só ato ilícito resultam prejuízos para diversas vítimas, cabendo, assim, uma das vítimas propor ação contra o culpado ou todos se reunirem e propor uma só demanda. Outro exemplo ocorre quando várias pessoas vítimas de acidente de trânsito que poderiam optar por, isoladamente, proporem ação contra o responsável pelo acidente, uma vez que o fundamento de fato é o mesmo - o acidente - se litisconsorciarem para intentarem suas pretensões em mesmo processo. No mesmo sentido, um contrato atribui a várias pessoas determinados direitos, podendo cada qual invocar a tutela jurisdicional contra os respectivos devedores ou litisconsorciarem para buscá-la em uma única ação. Tais casos exemplificam litisconsórcio facultativo.

Todavia, na ação pauliana, ocorre litisconsórcio necessário, tendo em vista que na ação de anulação dos atos em fraude contra credores o alienante e o adquirente são figuras obrigatórias da causa.

Com supedâneo no inciso III do referido artigo, isto é, conexão pelo objeto ou pela causa de pedir, tem-se a admissão de litisconsórcio quando várias pessoas propõem ou em face das quais são intentadas, cumulativamente, várias ações, havendo entre elas conexão pelo objeto ou pela causa de pedir.

Mister se faz clarividenciar que a justificativa do litisconsórcio fundado na conexão liga-se pelo princípio da economia processual que reduz tempo, despesas e atividades processuais e, ainda, por tal reunião evitar a possibilidade de sentenças contraditórias.

Desta maneira, nos resta suscitar alguns exemplos para melhor elucidação do caso específico contido no art. 46, do CPC: a vítima do delito acionando os responsáveis pelo fato delituoso; a vítima de acidente de trânsito, atribuído ao motorista de uma empresa de transporte coletivo urbano, acionando conjuntamente o motorista e a empresa proprietária do veículo; o credor acionando concomitantemente o devedor e o fiador; o proprietário acionando dois inquilinos do mesmo imóvel.

Insta salientarmos, por oportuno, que há doutrinadores lecionando que as hipóteses contidas nos incisos II e III do art. 46, do CPC parecerem idênticas, o que, conseqüentemente tornaria tal especificação supérflua. Nesta ala filiam-se, Celso Agrícola Barbi⁴; Cândido Rangel

³ BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1.

⁴ BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1.

Dinamarco⁵ e Humberto Theodoro Júnior⁶. Este último afirma que existe conexão pela causa de pedir quando duas pretensões contra pessoas diferentes se fundam num só fato jurídico, o que torna o inciso III do art. 46 uma repetição, em parte, do inciso II do mesmo artigo (mesmo fundamento de fato ou de direito).

Em contraposição a tal entendimento, Barbosa Moreira⁷ sustenta que o conceito de conexão é mais amplo do que o enunciado pelo art. 103 do CPC. E, ainda, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery⁸ entendem que não está contemplada no inciso II, por exemplo, a identidade do objeto, o que, por si só, distinguiria as situações previstas nos incisos II e III do artigo em questão.

O litisconsórcio facultativo calcado no inciso IV do artigo 46 do Código de Processo Civil se perfaz quando ocorre afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito. A maior parte da doutrina assevera que, neste caso, não se vislumbra conexão de causas, nem mesmo parcial, mas somente afinidade de questões entre várias ações através de um ponto comum de fato ou de direito.

Cândido Rangel Dinamarco⁹, aduz que existirá a afinidade de questões a que alude o inciso IV (o qual já estava previsto no Código anterior e vem do § 60 da ZPO alemã): a) quando um *factum simile* estiver à base de todas as pretensões cumuladas (não se trata do mesmo fato, pois então teríamos verdadeira conexidade e não mera afinidade), b) quando as pretensões tiverem análogo fundamento de direito.

Ilustrando a situação em comento, anote-se um exemplo pertinente à afinidade de questões por um ponto comum de fato e outro, por um de direito, ambos da lavra de Lopes da Costa¹⁰: a) “o proprietário de uma fazenda age contra vários proprietários que ali, sem concerto prévio, puseram animais que danificaram a propriedade” (ponto comum de fato: o dano causado conjuntamente pelos animais inseridos pelos demandados); b) “vários contribuintes demandaram o fisco, para restituição de impostos pagos em consequência de lei mal interpretada pela autoridade” (ponto comum de direito: a interpretação da lei).

Impende ressaltarmos a divergência doutrinária acerca da expressão *questões*. Calmon de Passos¹¹ entende que as questões equivalem a causas. Guilherme Estelita¹², sustenta que são elementos a serem apreciados para se solucionar a demanda. Francesco Carnelutti¹³, salienta que questão é todo ponto duvidoso, de fato ou de direito, que passar a existir no processo e que cumpre ao magistrado deliberar a respeito. Observa este último doutrinador que, se a afirmação não é contestada pela parte nem é posta em dúvida pelo juiz, ela é mero ponto. Hélio Tornaghi¹⁴ classifica as questões em preliminares (relativas à ausência

⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Litisconsórcio. 4.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 29.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O novo processo civil brasileiro. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

⁸ NERY JUNIOR, Nelson. ANDRADE NERY, Rosa Maria de. Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor. 4ª ed. Rev e Ampl. atual. até 10/03/1999. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Litisconsórcio. 4.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

¹⁰ COSTA, Lopes da apud Cândido Rangel. Litisconsórcio. 4.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996

¹¹ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Comentários ao Código de Processo Civil. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 3.

¹² ESTELITA, Guilherme apud SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de Direito Processual Civil. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, vol 2.

¹³ CARNELUTTI apud SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de Direito Processual Civil. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, vol 2.

¹⁴ TORNAGHI, Hélio. Comentários ao Código de Processo Civil. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1974, vols. I e II.

de pressupostos processuais), intermédias (relacionadas à ausência de condições da ação) e finais (pertinentes ao mérito).

No que pertine à competência, a doutrina majoritária agasalha a tese que condiciona a admissibilidade do litisconsórcio fundado no inciso IV do artigo 46 à competência do mesmo juiz para todas as causas que se cumulam.

Dinamarco¹⁵ ressalta que a mera afinidade de questões é aquém da conexidade, sendo insuficiente para determinar a prorrogação de competência. Leciona, ainda, o afamado autor que, na graduação escalonada das causas do litisconsórcio, a simples afinidade representa o laço mais tênue entre os que podem unir duas ou mais pessoas num só processo.

3.1 Litisconsórcio Facultativo Recusável

O Código de 1939 admitia, expressamente, na parte final do seu art. 88, a recusa, pelo réu, do litisconsórcio fundado na afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito, uma vez que, para a hipótese de litisconsórcio autorizado pela mera afinidade de questões, dispunha que “as partes poderão adotá-lo, quando de acordo”. Tratava-se da faculdade do(s) réu(s) em declarar(em) que anuía(m) ou recusava(m) coligação de partes (ativa ou passiva).

O Diploma Processual Civil Pátrio atual não ratificou tal entendimento. Incorreu em omissão. Pontes de Miranda¹⁶ e Celso Agrícola Barbi¹⁷, entendem que persiste, ainda, a recusabilidade do litisconsórcio. O primeiro considera como um “litisconsórcio convencional”, que se estabelece por “acordo expresso ou tácito dos litigantes”. O segundo, por sua vez, esclarece que:

“(…) apesar da omissão da lei, deve se entender que o réu pode impugnar o litisconsórcio fundado no inciso IV, do art. 46 do CPC, demonstrando a inferioridade em que ficará para a defesa, porque essa situação viola o princípio da igualdade das partes. E o juiz tem poderes para atender a essa impugnação, com base no art. 125 do CPC, o qual lhe atribuirá competência para tomar providências destinadas a assegurar às partes igualdade de tratamento e para rápida solução do litígio”.

Assim, embora não possa haver pura e simples recusa do litisconsórcio facultativo, permite-se ao réu invocar o art. 125 do CPC para evitar, em casos concretos, a quebra do princípio de tratamento igualitário das partes e a celeridade do andamento do processo.

Acerca deste tema, José Frederico Marques¹⁸, ao início da vigência do Código de 1973, lecionou: “(…) cabendo o litisconsórcio e provocada a sua constituição, será ele sempre irrecusável”.

Por outro lado, calha observar que réu poderá recusar o litisconsórcio, não mediante mera declaração de vontade arbitrária e sem fundamentação, mas alegando em sua resposta algo que infira a inadmissibilidade da coligação das partes no caso concreto, suscitando, portanto, questões incidentes no processo.

Cândido Rangel Dinamarco¹⁹ pondera, com propriedade:

¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Litisconsórcio. 4.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

¹⁶ MIRANDA, Pontes de apud SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de Direito Processual Civil. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, vol 2.

¹⁷ BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

¹⁸ MARQUES, José Frederico apud DINAMARCO, Cândido Rangel. Litisconsórcio. 4.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

¹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Litisconsórcio. 4.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

(...) são três os aspectos básicos, no direito vigente, em que a recusa se distingue daquela que era característica do litisconsórcio impróprio do estatuto anterior: a) ela precisa ser fundamentada; b) tanto podem fazê-la os réus, como os autores; c) terá cabimento, conforme o caso, mas diversas hipóteses de litisconsórcio e não apenas na de mera afinidade de questões.

3.2 LIMITAÇÃO PELO JUIZ

É de trivial sabença que, no ordenamento jurídico vigente, o litisconsórcio facultativo não pode ser instaurado por iniciativa do juiz. Ele não tem, como o juiz italiano, o poder discricionário de fazê-lo, adstrito que está a aplicação das normas da necessidade. O que este pode fazer é promover a reunião dos processos, aspecto relevante que passaremos a abordar.

Com a reforma operada pela Lei nº 8.952/94, foi acrescentado o parágrafo único no art. 47, facultando-se ao juiz limitar o litisconsórcio facultativo, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou prejudicar a defesa, o que ocorre nos casos de litisconsórcio multitudinário.

Em que pese o verbo *poderá* indicar uma faculdade à disposição do julgador, Celso Agrícola Barbi²⁰ entende que o magistrado tem o dever e não a faculdade de determinar a reunião de processos.

Fundada em entendimento contrário ao aqui exposto, a 1ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, acompanhando voto do Exmº. Desembargador João Ubaldo Ferreira, entendeu que o juiz não pode limitar o número de litigantes em uma mesma demanda. Com este entendimento, deu provimento a um agravo de instrumento justificando decisão proferida pela MM. Juíza Rosângela Rodrigues Santos, da 2ª Vara da Fazenda Pública Estadual da Comarca de Goiânia, que ordenou a limitação do número de autores no pólo ativo da demanda.

Segundo o Douto Desembargador, o número de autores não há de comprometer a rápida solução do litígio, entendendo que:

(...) pelo contrário, em atendimento ao princípio da economia processual, conferirá maior celeridade ao processamento do feito, se se levar em consideração que todos os ora agravantes terão seus direitos analisados num único processo e realizados, ou não, por uma única sentença, enquanto que o desmembramento do feito em vários processos distintos somente ocasionaria maior labor aos magistrados, bem como a utilização desnecessária de todo o aparato judicial.

Trazemos à baila outro caso análogo, em que o mesmo Desembargador deu provimento a um Agravo de Instrumento, interposto em face de decisão prolatada pelo MM. Juiz Warney Paulo Nery de Araújo, da 2ª Vara da Fazenda Pública Estadual de Goiânia, em que o mesmo determinou a emenda da exordial, com a redução do número de litigantes ao máximo de seis autores, sob pena de indeferimento. Em suas razões, os agravantes argumentaram que o litisconsórcio foi formado para conferir celeridade ao feito e por possuir um mesmo fundamento e, ainda, que a defesa do agravado seria facilitada, “tendo em vista que somente terá de se defender de uma única premissa”.

O Desembargador Ubaldo entendeu ser desnecessária a limitação do número de litisconsortes a apenas seis. Segundo o desembargador, o parágrafo único do artigo 46 do Código de Processo Civil é claro ao estabelecer que “não compete ao juiz limitar o número de litigantes ex officio”. Explicou ainda que a limitação pode acontecer somente quando for

²⁰ BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1.

demonstrada a existência de comprometimento da rápida solução do litígio ou a dificuldade ocasionada à sua defesa.

Dada a importância, transcrevo as ementas dos dois julgados:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO ATIVO EM MANDADO DE SEGURANÇA. POSSIBILIDADE. LIMITAÇÃO DO NÚMERO DE LITISCONSORTES EX OFFICIO. IMPOSSIBILIDADE. 1. O litisconsórcio ativo facultativo é perfeitamente admissível nos casos em que os direitos dos litisconsortes derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito, mormente quando exista homogeneidade entre a causa de pedir e o pedido declinados da exordial, sendo, nesses casos, irrazoável limitar o número de litisconsortes, posto que a decisão prolatada, ao final do processo, atenderá aos princípios da celeridade e da economia processual. 2. Nos termos do parágrafo único, in fine, do art. 46 e em consonância com os incisos I e II, do art. 125 e com o art. 128, todos do CPC, é vedado ao magistrado limitar o número de litisconsortes facultativos ativos sem prévio requerimento da parte ré. 3. Existindo requerimento da parte ré, o magistrado poderá limitar o número de litigantes, realizando o desmembramento do feito em tantos quantos forem os processos que entender pertinentes. Todavia, tal limitação somente será recomendável quando existir homogeneidade entre a causa de pedir e o pedido dos litisconsortes e desde que o réu comprove a existência de prejuízo para sua defesa e a inviabilização da célere prestação jurisdicional, haja vista o entendimento do inciso II c/c parágrafo único, do art. 46, do CPC. Agravo de instrumento conhecido e provido. (1A CAMARA CIVEL. AGRAVO DE INSTRUMENTO - 31508-9/180. DJ 14043 de 12/06/2003. REL. DES. JOAO UBALDO FERREIRA).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ANULATÓRIA DE AUTOS INFRACIONAIS. LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO. POSSIBILIDADE. DIFICULDADE DE DEFESA DECLARADA EX OFFICIO. IMPOSSIBILIDADE. I - De conformidade com o Inciso II do Art. 46 do CPC, nos casos em que os direitos derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito, levando à homogeneidade entre a causa de pedir e o pedido, o litisconsórcio ativo. É Perfeitamente admissível, sendo vedado ao magistrado limitar o número de litisconsortes, posto que a decisão será prolatada de forma mais célere e em obediência ao princípio da economia processual. II - É vedado ao magistrado, *ex officio*, limitar o número de litisconsortes baseado em dificuldade ocasionada à defesa, posto que tal ato depende de requerimento da parte ré e somente será acatado caso inexista homogeneidade entre a causa de pedir e o pedido dos litisconsortes. Agravo de Instrumento conhecido e provido. (1A CAMARA CIVEL. AGRAVO DE INSTRUMENTO - 31195-3/180. DJ 14038 de 05/06/2003. REL. DES. JOAO UBALDO FERREIRA).

Oportuno registrarmos, acerca de tais concepções, que o art. 46 do CPC deve ser interpretado com prudência pelo juiz, uma vez que, via de regra, a formação do litisconsórcio é salutar e contribui para desobstruir o Judiciário.

Todavia, entre os poderes do juiz, visando assegurar a igualdade de tratamento às partes, zelar pela célere solução do litígio e prevenir ou reprimir ato atentatório da justiça, conforme dispõe o art. 125 do CPC, entendemos, como poder implícito, o de, conforme as peculiaridades de cada caso, determinar o desmembramento do feito em quantos forem convenientes para a garantia dos princípios acima mencionados, desde de demonstrada a inviabilidade da tramitação conjunta ou objetivos antiéticos das partes – dada a vedação do nosso Diploma de utilização do processo para fins ilícitos -. A negativa de tal poder ao magistrado seria permitir a frustração do ideal de justiça.

Portanto, impende-nos obtemperar que a separação do litisconsórcio facultativo só se recomenda em hipóteses excepcionais, em que as peculiaridades próprias dos interesses das partes envolvidas sejam tais, que não se recomenda a sua solução conjunta e, ainda, que, verificadas tais hipóteses, o julgador dispõe do poder de determinar o desmembramento dos feitos.

4. OUTRAS QUESTÕES RELEVANTES

A aquisição da qualidade de parte no processo pode ocorrer por meio de quatro modos distintos: pelo ato de ajuizar uma demanda; pela citação em qualquer fase do procedimento; pela intervenção voluntária e pela sucessão.

A forma ordinária de formação do litisconsórcio é representada pela propositura da demanda por várias pessoas ou em face de outras, isto é, a pluralidade de sujeitos é verificada tão logo seja iniciada a ação.

As questões controvertidas aparecem quando essa formação se ultima em momento posterior, mesmo mediante a iniciativa do autor, situação que recebe a terminologia de litisconsórcio ulterior ou superveniente. Anote-se que, antes da citação não há obstáculo ao acréscimo de outras partes. Após o saneamento do processo não cabe mais nenhuma modificação. Interessante observar que no procedimento sumaríssimo será tempestivo o aditamento se ocorrer antes da audiência, em tempo de ser citado o novo réu.

Cândido Rangel Dinamarco²¹ assevera que pode haver formação do litisconsórcio facultativo por iniciativa do réu através do chamamento ao processo. Entende que nas hipóteses do artigo 77 é possível que o réu traga ao processo outras pessoas igualmente legitimadas, a quem poderia o autor, se quisesse, ter também movido a demanda. No entanto, ressalta o afamado autor que o instituto sofre críticas por comprometer a solidariedade, ou seja, movida a ação a um só dos devedores em solidariedade, acaba o autor, sem querer, obrigado a litigar com os outros devedores por força do chamamento ao processo.

Urge abordarmos, ainda, outro aspecto. Ajuizada uma ação e definido o juiz da causa, não é possível que, só posteriormente, aqueles que tem pretensão idêntica à do autor pretendam seu ingresso no feito. Senão, vejamos o seguinte exemplo:

Dois juízes, **X** e **Y**, de igual competência, têm sobre determinado assunto entendimentos diametralmente opostos. **A** propõe contra **B** uma ação. **C** e **D**, que também tem pretensão a deduzir contra **B**, após verificarem que o processo foi distribuído ao juiz **X** (que diferentemente do juiz **Y**, em outros processos, já se manifestara de acordo com o direito que aqueles aduzem ter), requerem seu ingresso na lide na qualidade de litisconsortes ativos. Outro caminho não tem o magistrado senão o de indeferir o pedido ante a necessidade de se garantir o juízo natural.

Com efeito, não raras vezes, têm nossos tribunais enfrentado o assunto. O Colendo Superior Tribunal de Justiça firmou o seguinte entendimento:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO. FORMAÇÃO APÓS A DISTRIBUIÇÃO DA AÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. PRECEDENTES. 1. Não é admissível a formação do litisconsórcio ativo facultativo após o ajuizamento da ação, sob pena de violação ao princípio do juiz natural, em face de propiciar ao jurisdicionado a escolha do juiz. 2. "A admissão de litisconsortes ativos facultativos deve ser requerida no momento adequado, sob pena de tumultuar a marcha do processo com a renovação de fase já superada, no caso o pedido de informações. 3. Recurso provido. (T-5 - QUINTA TURMA. RESP N° 24743/RJ. 1992/00177000-0, DJ 14.09.1998, P. 94. REL. MINISTRO. EDSON VIDIGAL (1074))".

Em outro aresto, a Ministra Laurita Vaz, relatora do feito, em seu voto, afirma que é inadmissível o ingresso superveniente de litisconsorte ativo facultativo após o deferimento de liminar em mandado de segurança. Vejamos a Ementa:

²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Litisconsórcio. 4.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO. PEDIDO FORMULADO APÓS O DEFERIMENTO DA MEDIDA LIMINAR E ANTES DO RECEBIMENTO DAS INFORMAÇÕES. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. 1. Deferida a medida liminar em mandado de segurança, cessa a possibilidade de formação do litisconsórcio ativo facultativo, mesmo que ainda não tenham sido prestadas as informações. 2. A admissão do litisconsorte, após o provimento liminar, implicaria violação ao princípio do juiz natural, uma vez que se estaria possibilitando à parte escolher o julgador que, pelo menos a princípio, seria consentâneo com sua tese. 3. Recurso especial conhecido e provido. (T2 - SEGUNDA TURMA. RESP. 111885/PR. 1996/0068183-0. DJ 18.02.2002, P. 281. REL. MINISTRA LAURITA VAZ (1120)).

A Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, com o voto do relator Ministro Milton Pereira, decidiu que:

(...) distribuído o mandamus, decidido liminarmente, e, mais do que isso, renunciado pela parte impetrante o direito à ação, inadmissível o pretendido ingresso do litisconsorte. Omissis. (T1 - PRIMEIRA TURMA. AROMS 706 / DF. 1990/0011622-8. DJ 07.12.1992 P. 23285. REL. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA (1097)).

Destarte, temos que ofende o postulado do juiz natural, assim como o da livre distribuição, o ingresso superveniente à instauração da lide de litisconsorte ativo facultativo.

Neste sentido, já decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás:

MANDADO DE SEGURANÇA. LITISCONSÓRCIO ATIVO. INGRESSO APÓS PRESTADAS AS INFORMAÇÕES, PRIMEIRO PORQUE VIOLA O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL E, SEGUNDO PORQUE O RITO DO MANDADO DE SEGURANÇA NÃO ADMITE PRODUÇÃO DE PROVA POSTERIORI. Omissis. (TJGO. Órgão Especial. Mandado de Segurança n 12140-3/101. DJ n 14692 de 03/02/2006, Rel. Des. Alfredo Abinagem).

Ainda no que pertine à formação do litisconsórcio facultativo, impende salientar que a jurisprudência pátria vem admitindo sua concepção por obra de terceiro que se dispõe a participar de um processo pendente, ao lado das partes originárias, na qualidade de parte principal. Como exemplo, temos os casos de contribuintes que pleiteiam certa isenção para si em processo já instaurado por iniciativa de outros contribuintes.

Quando da intervenção litisconsorcial voluntária, o terceiro apresenta uma demanda formalmente nova. Ele se comporta como poderia ter agido na inicial, sendo que a situação será idêntica a do litisconsórcio originário.

Assim, aqueles que admitem essa forma de intervenção fundamentam sua tese nos mesmos argumentos da instituição do litisconsórcio, quais sejam: economia processual e harmonia de julgados.

Insta ponderar que o terceiro sujeita-se às condições da ação, sem distinção das demais partes do processo. Da mesma forma, é necessário que não concorra fatos extintivos do direito ou da ação, como a prescrição ou a decadência.

A intervenção litisconsorcial voluntária não pode ocasionar retrocessos no procedimento. Assim, ela deve ocorrer em momento tal que o réu possa ser citado da nova demanda e ter oportunidade de respondê-la.

A modalidade de intervenção em comento pode acontecer quando alguns incidentes já tenham surgido no processo. No entanto, o terceiro sujeita-se à máxima segundo a qual o interveniente recebe o processo no estado em que se encontra.

Questão menos controvertida diz respeito à possibilidade de intervenção litisconsorcial voluntária do co-legitimado, pois se verifica, *in casu*, o mesmo objeto do processo pendente. A síntese fática é a mesma narrada na peça vestibular. Referida situação ocorre num processo de Ação Popular em que intervenha outro cidadão.

Finalmente, vale lembrar que a legitimação nas ações coletivas é concorrente e disjuntiva. Em decorrência disso, os legitimados podem propô-la conjuntamente, formando litisconsórcio inicial no pólo ativo.

O artigo 5º, § 2º, da Lei da Ação Civil Pública traz a possibilidade de o Poder Público e outras associações legitimadas habilitarem-se como litisconsortes.

Hugo Nigro Mazzilli²² entende que a regra do dispositivo retromencionado é caso de litisconsórcio ulterior. Segundo ele, caso se entendesse que inexistia possibilidade de litisconsórcio ulterior, “bastaria que o segundo co-legitimado propusesse em separado outra ação civil pública ou coletiva, com pedido mais abrangente, e então ambos os co-legitimados acabariam sendo tratados como litisconsortes”.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com esse trabalho, propusemo-nos a, de forma didática, clara e objetiva tratar de um tema de grande relevância aos operadores do Direito.

As diversas linhas de entendimento aqui propostas contribuíram para enriquecer o presente mas, insta observarmos, que não tivemos o intuito de esgotar o assunto, dada a sua complexidade e seu cunho prático.

O destaque aos princípios do Direito Processual Civil tais como o do juízo legal, da isonomia, da economia processual e da efetividade foi feito com o propósito de estabelecermos diretrizes ao estudo em tela.

Orientadas pelos critérios do justo e do equitativo, procuramos abordar o Litisconsórcio Facultativo em seus mais essenciais aspectos, colacionando arestos e citações doutrinárias com o fito de oferecer sustentáculo às teses expostas.

Não poderíamos deixar de registrar a contribuição que este trabalho nos trouxe vez que, em um misto de apego pelo Direito e pela pesquisa, tivemos a oportunidade de conhecer, de forma mais profunda, acerca do tema.

FACULTATIVE LITISCONSORTIUM AND YOURS PECULIARITIES

ABSTRACT: *In this article, we focus the several peculiarities of Facultative Litisconsortium, its characteristics and types. The hypothesis in which it can be used, the amendments of the institute with relation to the previous processual law, its possibility of limitation by the judge are discussed, as well as registered the jurisprudential and doctrinary understandings that make the theme considerably rich and varied in nuances, either controversial or pacific, but always relevant and capable of waking the interest of the reader that wishes to know it a little more.*

KEY-WORDS: 1. Accumulation; 2. Parties; 3. Facultativity.

REFERÊNCIAS

²² MAZZILLI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. 16 ed., rev., ampla e atual, São Paulo: Saraiva, 2003.

- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 3.
- CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Elementos de Teoria Geral do Processo*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 4.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, v. 2.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- MOREIRA, Marcelo Silva. *Litisconsórcio ativo superveniente e o princípio do juiz natural*. Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n. 46, out. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=778>>. Acesso em: 28 agosto. 2003.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 16 ed., rev., ampla e atual., São Paulo: Saraiva, 2003.
- NERY JUNIOR, Nelson. ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 4ª ed. Rev e Ampl. atual. até 10/03/1999. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, vol 2.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 29.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1974, vols. I e II.

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

Cláudio Grande Júnior *

RESUMO: O controle interno de constitucionalidade exercido pelas Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal em decorrência da constitucionalização do direito administrativo e da peculiar posição dos advogados públicos na sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia Pública. Direito Administrativo Constitucionalizado. Interpretação Constitucional. Controle de Constitucionalidade. Controle Interno.

INTRODUÇÃO

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

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

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

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

1. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

1.1. A EVOLUÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O direito administrativo é filho do constitucionalismo moderno. Se antes do século XVIII havia um direito constitucional primitivo o mesmo não se pode falar do direito administrativo, que só conseguiu se desgarrar daquele com os grandes movimentos liberais, principalmente a revolução francesa. Deixou-se de confundir o Estado com a figura do monarca

* Especialista em Direito Administrativo Contemporâneo pelo Instituto de Direito Administrativo de Goiás – IDAG; Procurador do Estado de Goiás

e se tornou crível pensar em Administração Pública. A partir de então, um conjunto de normas passou a regular a atividade desta. Obtempera Maria Sylvia Zanella Di Pietro que “o direito administrativo nasceu referido a um sujeito – a Administração Pública”.¹ Costuma-se dizer que a subordinação do poder à lei possibilitou a definição de uma pauta de direitos individuais que limitavam a Administração Pública. Gustavo Binbenojm discorda dessa gênese garantística do direito administrativo francês, argumentando que não passou de um modo de livrar o Estado das normas de direito comum votadas pelo parlamento e do controle jurisdicional do Poder Judiciário. Assim, nesse “processo de imunização decisória dos órgãos do Poder Executivo”² criaram um regime jurídico exorbitante próprio e o sistema do contencioso administrativo. Seja ou não uma farsa, Maria Sylvia Zanella Di Pietro faz o seguinte esclarecimento:

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

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

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

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

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

Tal concepção de Estado se mostrou insuficiente em face do Nacional-Socialismo (Nazismo) que chegou legitimamente ao poder na Alemanha em 1933. Pregava a prosperidade

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

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

³ Op. cit., p. 40.

⁴ Idem. p. 48

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

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

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

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

Hodiernamente, todos os ramos do direito, e com mais razão o direito administrativo, devem ser aplicados a partir dessa ótica constitucional. Por um lado, a constitucionalização se deu com a expressa inserção da Administração Pública e de seus princípios no texto da Constituição. Isso é importante porque, como não existe hierarquia entre as normas constitucionais, todos os princípios essenciais enumerados no art. 37 estão em pé de igualdade. Na eventual hipótese de colisão, a preponderância de algum deles deve ser analisada caso a caso concreto. Todavia, a constitucionalização não para aí, vai muito mais longe, porquanto todas as normas constitucionais direcionam a construção, seja legislativa ou interpretativa, do direito administrativo. Este não pode em momento algum contrariar o sistema constitucional, principalmente seu núcleo: a dignidade da pessoa humana, que por consequência lógica passa a ser também o do direito administrativo. Desse modo, conclui Patrícia Ferreira Baptista:

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

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

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

1.2. A SUPERAÇÃO DE PARADIGMAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

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

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

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

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

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

A subsunção à lei pode perfeitamente ser feita por técnicos, gestores e membros do Controle Interno e dos Tribunais de Contas. Todavia, a filtragem constitucional (expressão de Paulo Ricardo Schier), procedida muitas vezes da ponderação de princípios, requer o imprescindível auxílio de juristas. Do mesmo modo, a análise da existência ou não de interesse público e sua prevalência sobre o particular carece de consultoria jurídica preventiva, porque, na pós-modernidade, o Judiciário pode e deve analisar o mérito administrativo. Restringir a

⁷ Op cit., p. 83.

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

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

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

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

participação dos advogados públicos à mera incumbência de defesa judicial desses aspectos é contraproducente, pois só adia a resolução do problema, com desgastes tanto para o cidadão como para a entidade estatal.

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

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

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

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

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

2. A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DE PETER HÄBERLE

2.1. A CONSTITUIÇÃO COMO PROCESSO PÚBLICO

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

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

¹² Idem. p. 54.

¹³ Ibidem. p. 54.

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

¹⁵ Idem. p. 24.

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

Constituição ideal, que deveria ser cumprida e respeitada, e outra real ou efetiva, que é a vivenciada.¹⁷

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

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

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

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

Assim, deveria ser idealizada uma forma de procedimentalizar a participação de outros fatores reais de poder. Para Inocêncio Mártires Coelho a visão de Peter Häberle da Constituição como processo público cumpre tal desiderato. Constatou o professor alemão que a sociedade moderna é pluralista, sendo composta de uma variedade de idéias e interesses políticos que, mesmo conflitantes, toleram-se. Então, não é uma sociedade somente da maioria, mas também da minoria cuja preservação é assegurada pela Constituição. “É, portanto, uma sociedade de todos”.²¹ Caracteriza-se, outrossim, como sociedade aberta porque construída a partir de várias experiências, que além de se tolerarem, estimulam o surgimento de novas idéias. Conclui a explicação Rafael Caiado Amaral:

Dessa forma, o pluralismo é um elemento da sociedade moderna e, também, uma característica do Estado Democrático de Direito. Este deve, segundo lição de

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

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

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

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

²¹ AMARAL, Rafael Caiado. Breves ensaios acerca da hermenêutica constitucional de Peter Häberle. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 64, abr. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3995>>. Acesso em: 21 jul. 2005.

Canotilho, ser domesticado pelo Direito e, como a Constituição é a norma fundamental desse modelo estatal, deverá, também, representar essa sociedade pluralista, contemplando direitos e garantias que preservem os diversos grupos que a formam.²²

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

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

Com essas conclusões em mãos, aferiu, então, que a Constituição seria um processo, que se desenvolveria na linha do tempo e à luz da publicidade. Um processo aberto e livre, uma tarefa que deve ir se realizando continuamente pelos processos sociais, jurídicos, institucionais, como bem assinala José Antonio Estevez Araujo.²³

2.2. O ADVOGADO PÚBLICO NA SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO

Plural a sociedade e aberta a Constituição, esta deve estar desimpedida à pluralidade de intérpretes e às contribuições de suas interpretações. Outrora fechada, era interpretada exclusivamente no processo judicial e tendo por legitimados apenas os seus participantes formais, mormente o juiz. Hoje, a Constituição é uma realidade passível de interpretação por todos que a vivem, como os órgãos estatais, todas as potências públicas e sociais, grupos e cidadãos.

Evidentemente que, das múltiplas teses e antíteses iniciais, o processo público de interpretação se afunila rumo à interpretação oficial, expedida pela corte constitucional ou pelo(s) órgão(s) do Poder Judiciário, conforme o sistema de jurisdição constitucional estabelecido. Mas todos os participantes da sociedade devem ser considerados ao menos pré-intérpretes da Constituição, eis que suas interpretações em sentido lato oferecem alternativas que influenciam e auxiliam a interpretação em sentido estrito ou técnico dos juristas. Para otimizar essa influência, Häberle sugere a ampliação da participação popular na jurisdição constitucional, argumentando que ela propiciaria a legitimação do procedimento.

Entre nós, foi essa a razão da inclusão do *amicus curiae* no controle de constitucionalidade. O art. 8º da Lei n.º 9.868/99, autoriza o relator da ação direta de inconstitucionalidade, considerada a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades. O mesmo no controle difuso, ao menos nos tribunais, consoante o § 3º acrescentado ao artigo 482 do Código de Processo de Civil. Também as diversas formas de participação popular e cidadã na gestão pública concretizam meios catalisadores das interpretações constitucionais oferecidas pela sociedade em geral.

Contudo, restringir-se-á aqui o estudo às funções estatais. No Brasil, além do Poder Judiciário, também podem ser considerados intérpretes oficiais da Constituição os Poderes Legislativo e Executivo, porque sua interpretação, mesmo inconsciente, resulta na produção de atos estatais. Não se desconsidera que tais atos estão sujeitos ao crivo do Poder Judiciário,

²² Idem.

²³ Ibidem.

entretanto gozam de presunção de constitucionalidade até declaração judicial em sentido contrário.

Durante o processo legislativo surgem diversas alternativas dentro das possibilidades oferecidas pela Constituição. Ao inovarem o ordenamento jurídico, os parlamentares interpretam o sistema constitucional buscando oferecer uma solução legislativa para sua concretização. O Professor Häberle salienta:

Esses impulsos são, portanto, parte da interpretação constitucional, porque, no seu quadro, são criadas realidades públicas e, muitas vezes, essa própria realidade é alterada sem que a mudança seja perceptível. O poder de conformação de que dispõe o legislador enquanto intérprete da Constituição diferencia-se, qualitativamente, do espaço que se assegura ao juiz constitucional na interpretação, porque este espaço é limitado de maneira diversa, com base em argumentos de índole técnica. (...)

(...) O legislador cria uma parte da esfera pública (Öffentlichkeit) e da realidade da Constituição, ele coloca acentos para o posterior desenvolvimento dos princípios constitucionais. Ele atua como elemento precursor da interpretação constitucional e do processo de mutação constitucional. (...) Mesmo as decisões em conformidade com a Constituição são constitucionalmente relevantes e suscitam, a médio e a longo prazo, novos desenvolvimentos da realidade e da publicidade (Öffentlichkeit) da Constituição. Muitas vezes, essas concretizações passam a integrar o próprio conteúdo da Constituição.²⁴

Na etapa seguinte da Constituição como processo público, o autógrafo de lei aporta na Chefia do Poder Executivo para a sanção ou veto. A opção do governante oficializa sua interpretação constitucional, o que resplandece com mais clareza nas hipóteses de sanção e de veto jurídico. Porém, mesmo no chamado veto político realiza interpretação constitucional, seja boa ou ruim, de modo que no fundo todo veto guarda um conteúdo jurídico mínimo. Nessa missão é auxiliado pelos advogados públicos, cujos pareceres, quando acatados, tornam-se a interpretação constitucional oficial do Poder Executivo.

Nos Municípios essa realidade é capenga por falta de expresse assento constitucional de suas instituições de advocacia pública. Já nos Estados-membros e Distrito Federal é um importante papel de suas Procuradorias-Gerais que ganha relevo com a nova interpretação constitucional. Seus Procuradores, ao orientar o Governador, devem pautar-se pelos seguintes princípios de interpretação constitucional: a) da unidade da Constituição – suas normas não podem ser consideradas isoladas, mas integradas a um sistema de regras e princípios; b) do efeito integrador – dar primazia a critérios que favoreçam a integração política e social mesmo para o veto político; c) da máxima efetividade – atribuir às normas os sentidos que lhes emprestem maior eficácia ou efetividade; e d) da harmonização ou concordância prática. Além do mais, alertar o governante que o sistema constitucional não é composto apenas de regras, mas também de princípios cujas cargas normativas não podem ser vituperadas pela lei.

Nova vertente que surge é a preventiva de questionamentos judiciais de retrocesso legislativo estadual e distrital. Em outras palavras, evitar incongruências do ordenamento legal com as normas constitucionais programáticas. Foi visto, no item anterior, o efeito imediato destas normas de impedir políticas públicas que lhes sejam conflitantes. Desse modo, os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal exercem o papel preventivo de coadunar a política democrática empreendida pela entidade estatal com a do sistema constitucional. Vale lembrar que esse nobre mister deve ser empreendido desde o início do processo legislativo quando o projeto de lei é de iniciativa do Governador e se estende à elaboração de decretos e regulamentos.

²⁴ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 26-27.

Esses são apenas alguns dos papéis que se apresentam para o novo milênio. Existem outros relacionados com a aplicação do direito nas atividades administrativas, que serão abordados em seguida, tendo em vista o direito administrativo constitucionalizado interpretado a luz da posição do advogado público na hermenêutica pluralista e procedimental de Peter Häberle. Por enquanto, fica assentada a proposição de que os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal são intérpretes oficiais da Constituição Federal.

3. REDEFINIÇÃO DO PAPEL DO PROCURADOR DO ESTADO

3.1. EVOLUÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA

Somente com o constitucionalismo moderno e a estabilização do Estado de Direito que se desenvolveu a idéia da advocacia pública como atividade perene e ligada à defesa ora do Estado, ora da sociedade. Passou por duas fases, a liberal e a social, antes de alcançar a etapa atual de advocacia pública democrática. Acompanhou, portanto, as feições caracterizadoras da evolução do Estado de Direito.

Originalmente, a postura do Estado de Direito era abstencionista, coadunando-se com os princípios liberais da Revolução Francesa. Como o Estado pouco agia e quando o fazia tinha ampla liberdade de forma, era praticamente dispensável a advocacia preventiva de assessoramento e consultoria jurídica. À medida que se desenvolviam as teorias objetivas de responsabilização estatal, surgia nas nações a advocacia estritamente pública. Até então, a responsabilidade do Estado se confundia com a do agente, de modo que a defesa de um implicava sempre na do outro.

Entre nós, a consolidação se deu com a Constituição de 1946, propulsando a evolução rumo à advocacia pública social, com a crescente intervenção do Estado na propriedade e no domínio econômico. Cresceu, por um lado, a possibilidade de danos a terceiros e, de outro, as hipóteses de favoritismos e perseguições. Em reação, desenvolveram-se melhor os princípios da impessoalidade, da moralidade e da publicidade. Mas a pedra de toque do sistema continuava a ser o princípio da legalidade, cuja acepção foi alargada com a vinculação positiva do administrador público. Teceu-se o fio condutor de publicação de uma enormidade leis e atos normativos administrativos, complicando a atuação legal dos gestores públicos, que antes da prática de atos administrativos se vêem obrigados a seguirem um procedimento de consulta aos advogados públicos.

Basicamente, os advogados públicos analisavam apenas a legalidade do ato e as formalidades exigidas para sua prática, sem questionamentos outros sobre a finalidade pública, publicidade, moralidade, razoabilidade, proporcionalidade ou eficiência. Acredita-se cegamente na dogmática jurídica positivista de que a lei poderia regular direta ou indiretamente todas as variáveis fáticas. O direito não tinha vocação criativa, era mais um mero dado da realidade, o que repropulsionava ainda mais a produção normativa na tentativa de se efetivar os princípios da impessoalidade, publicidade e moralidade.

Longe de conter a atuação desmerecida de administradores e funcionários públicos, a excessiva produção legislativa capenga o funcionamento da máquina estatal. Uma infinidade de normas deve ser obedecida para a concretização de atos administrativos simplórios. Restringindo-se à análise formal dos atos, apontando o *iter* legal a ser obedecido e toda sorte de restrições legais, os advogados públicos são mal vistos como os legalistas claudicantes da Administração Pública.

O novo constitucionalismo se esforça para solucionar o problema. O texto da Constituição Federal de 1988 abrigou expressamente os princípios administrativos da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência, sem distinções hierárquicas (art. 37), atributo natural de todas normas constitucionais. Mesmo assim, os advogados públicos e os integrantes dos órgãos

de controle continuam cultuando o princípio da legalidade, como um suserano dos demais princípios, que lhe prestam eterna vassalagem. Agem sem se importar com as nefastas consequências que o princípio da legalidade isoladamente pode causar ao Estado e aos cidadãos. Guardadas as proporções da comparação, agem como oficiais nazistas no cumprimento estrito da lei, mesmo que em desatenção ao princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art 1º, III). Tangencia por similar sentir Luis Roberto Barroso:

A decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como um estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido.²⁵

O fetiche legalista era tamanho que o Poder Constituinte Derivado chegou a ponto de incluir expressamente mais um princípio da Administração na Constituição, o da eficiência (Emenda Constitucional n.º 19/1998). Entretanto, a resistência continuou, afirmando ser a eficiência desprovida de conteúdo jurídico, nada existindo a dizer a seu respeito.

Ora, não existem palavras inúteis no texto constitucional, até porque, do contrário, não sealaria em princípio da máxima efetividade da Constituição. Além do mais, esta prevê uma série de atribuições e deveres a serem prestados pelo Estado, bem como objetivos a serem alcançados. O princípio da eficiência só completa esse quadro, pois o direito constitucional contemporâneo reconhece a normatividade dos princípios. O princípio da legalidade não tem preponderância absoluta sobre o da impessoalidade, o da moralidade, o da publicidade ou o da eficiência. Aliás, princípio nenhum é absoluto, encontrando limites nos demais, resolvendo-se a colisão mediante a técnica da ponderação.

3.2. O Exercício Pós-Positivista da Advocacia Pública pelos Procuradores de Estado e do Distrito Federal

A Advocacia pública pode ser conceituada como o conjunto de funções permanentes, constitucionalmente essenciais à Justiça e ao Estado Democrático de Direito, atinentes à representação judicial e extrajudicial das pessoas jurídicas de direito público e judicial dos órgãos, conselhos e fundos administrativos excepcionalmente dotados de personalidade judiciária, bem como à prestação de consultoria, assessoramento e controle jurídico interno a todas as desconcentrações e descentralizações verificáveis nos diferentes Poderes que juntos constituem a entidade federada.²⁶

Os advogados públicos são organizados em carreiras, de acordo com a esfera federativa a que estão vinculados. Desse modo, temos a Advocacia-Geral da União, as Procuradorias Gerais dos Estados e do Distrito Federal e as Procuradorias Gerais dos Municípios, todas integradas por advogados públicos. Daí se conclui que advogado público é gênero, do qual, entre nós, são espécies o Advogado da União, o Procurador da Fazenda Nacional, o Procurador Federal, o Procurador do Banco Central, o Procurador do Estado, o

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n.º 6, setembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 de maio de 2004.

²⁶ GRANDE JÚNIOR, Cláudio. A advocacia pública no Estado democrático de direito. Boletim Doutrina ADCOAS, Rio de Janeiro, ano 7, n. 23, p. 450-451, 1. quinzena dez., 2005. _ . O Estado do Paraná. Curitiba, 27/jun./2004. Caderno Direito e Justiça, p. 11.

Procurador do Distrito Federal e o Procurador do Município, bem como os Assessores, Consultores e Técnicos Jurídicos abrigados pela regra de transição do art. 69 do ADCT. Por seu turno, o art. 9º do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB arrola exemplificativamente os advogados públicos.

Restringindo o estudo aos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, a primeira observação a ser feita é a de que são procuradores da entidade estatal e não do Poder Executivo. A turvação se dá porque esse Poder captura a maior parte da atividade administrativa, e, pois, dirige o conjunto de órgãos e entidades componentes da Administração Pública. Conseqüentemente, as atividades de assessoramento e consultoria estão voltadas predominantemente para o Poder Executivo. As lições de Egon Bockmann Moreira e de Marcos Juruena Villela Souto auxiliam a compreensão do tema:

O texto constitucional faz uma clara divisão entre as atividades a ser desenvolvidas pela AGU e os sujeitos que delas são beneficiários: a União, relativamente à *representação* judicial e extrajudicial; o Poder Executivo, relativamente à *consultoria* e *assessoramento*.²⁷

Vale destacar que a Constituição Federal, em seu art. 132, ao tratar dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, não limitou sua atuação ao Poder Executivo, como previsto para a AGU.

Note-se que o texto constitucional não se refere à Procuradoria-Geral, mas sim aos seus órgãos individualizados, os Procuradores.

Ali se menciona apenas duas funções, de representação e de consultoria jurídica, mas parece claro que, num Estado Democrático de Direito, que se submete ao princípio da legalidade, por óbvio, deve haver uma estrutura voltada para o controle da sua observância e que tal órgão só pode ser aquele composto pelos advogados públicos, posto que exercem função essencial à Justiça.²⁸

“Constituem a representação judicial e a consultoria núcleo de um conjunto de funções, que se distribuem em três tipos de atividades: a orientação, a defesa e o controle jurídicos da atividade administrativa.”²⁹ A orientação jurídica biparte-se em assistência e consultoria, sendo esta função exercida com autonomia e em benefício imediato da própria ordem jurídica, enquanto o assessoramento é função ancilar e de apoio, exercida com autonomia mais restrita e em benefício de um órgão de decisão administrativa. Ai reside uma das distinções em relação ao Ministério Público, que exerce apenas advocacia para a sociedade enquanto a advocacia pública serve tanto para a sociedade (consultoria) como para o Estado (assessoramento).

A atividade consultiva envolve tanto a interpretação do chamado direito administrativo *em sentido amplo* como do *em sentido estrito*. Enfim, de todo o ordenamento jurídico, seja do direito público como dos diversos ramos do direito privado. A observação mais importante é a de que o cotejo não se dá apenas com a lei, mas principalmente com a Constituição, exercendo o Procurador do Estado sua função de intérprete constitucional oficial na seara Administrativa.

No âmbito das Administrações Estaduais e Distrital, é a Procuradoria-Geral dos Estados e do Distrito Federal quem tem o dever de fixar a interpretação jurídica final,

²⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. A Lei de improbidade, o Ministério Público e a advocacia Pública (considerações acerca da "Defesa Pública" nas ações de improbidade). Revista brasileira de direito público – RBDP, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, p. 99, out./dez. 2004.

²⁸ SOUTO, Marcos Juruena Villela. O papel da advocacia pública no controle da legalidade da administração. Interesse Público, Porto Alegre, ano 6, n. 28, p. 48-49, nov./dez. 2004.

²⁹ OMMATI, Fides Angélica. Advocacia pública - algumas reflexões. Jus Navigandi, Teresina, a. 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2111>>. Acesso em: 03 mai. 2004.

no âmbito da Administração, do ordenamento jurídico. Trata-se de controle técnico, neutro, apolítico e, portanto, imparcial e acima das lides partidárias.³⁰

Este mister tem grandes reflexos na sociedade porque, a partir da interpretação fixada por sua Procuradoria-Geral, o Estado abraçará uma determinada linha de conduta uniforme perante os cidadãos. A repercussão é maior se for rechaçada interpretação desconforme a Constituição, reconhecida alguma inconstitucionalidade prescindível de redução de texto ou até mesmo se a Procuradoria opinar pela inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, recomendando ao Governador o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade e a determinação aos órgãos subordinados de deixarem de aplicá-la administrativamente até o julgamento da ação. Esta possibilidade é controvertida na doutrina, mas na prática é inimaginável a Administração não consagrar a Constituição para em seu lugar invocar atos normativos de inconstitucionalidade não raramente gritante.

Em sentido contrário, argumenta-se que o Procurador poderia, no máximo, discutir incidentalmente em juízo a inconstitucionalidade ou propor ao Governador do Estado o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade. Com a devida vênia, o julgamento, mesmo da medida cautelar, demanda tempo, e enquanto isso a Administração Pública não pode ser compelida à atuação inconstitucional.

Noutra mão, alega-se que deixar ao critério dos Prefeitos tamanho poder traria insegurança jurídica. Concorde-se com a assertiva porque a maioria dos Municípios não tem instituições permanentes de advocacia pública integradas por efetivos membros de carreira. A interpretação empreendida pelos alcaides não é técnica e, mesmo sendo bacharel em direito ou advogado, seria proposital ou inconscientemente tendenciosa. Relembrando a lição de Juruena, a interpretação final precisa ser técnica, neutra, apolítica, imparcial e acima das lides partidárias. Felizmente, o Chefe do Poder Executivo é democraticamente escolhido, podendo ser pessoa simples do povo. Contudo, isso não representa livre arbítrio para decidir, existem limites constitucionais e os advogados públicos auxiliam o governante a não violá-los.

Nos Estados-membros e Distrito Federal a realidade é outra, uma vez que possuem suas Procuradorias Gerais cujos integrantes desempenham função constitucionalmente essencial à Justiça. Concluindo tais órgãos pela inconstitucionalidade, preexiste sólido arcabouço técnico e institucional para o Governador formalmente ordenar aos seus subordinados a aplicação direta da Constituição em lugar da disposição legal teratológica. Não se trata de mera interpretação pessoal de quem exerce a chefia do Poder Executivo, mas da interpretação oficial da Administração Pública.

A construção dessa interpretação constitucional administrativa impõe a democratização do procedimento de consulta quando neste se vislumbra a possibilidade de se concluir por uma inconstitucionalidade. Metamorfoseia-se num autêntico processo administrativo com a imprescindível observância das garantias constitucionais para os prejudicados e a colheita das interpretações de todos que possam auxiliar na concepção e desenvolvimento da interpretação oficial administrativa, pois o objetivo, num Estado Democrático de Direito, é integrar o administrado – expressão mais ampla que cidadão.³¹

Por outro lado, há possibilidade de nas funções de assessoramento ser incidentalmente constatada inconstitucionalidade de texto infraconstitucional ou de alguma interpretação que lhe seja atribuída. Do mesmo modo que na consultoria, o procedimento ou processo deve ser convertido em processo público constitucional, oportunizando-se o contraditório aos prejudicados e convocado o auxílio das demais forças interpretativas.

³⁰ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Op. cit.. p. 55.

³¹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Idem.

Quanto à atividade de defesa resplandece óbvio se tratar de advocacia de defesa do Estado. Contudo, o grande impasse diz respeito a “não se confundir a defesa do Estado com defesa do governo, se bem que, por vezes, possa ocorrer”.³² E tal se deve ao fato de que do mesmo modo que no processo penal ao réu deve ser efetivamente garantida a ampla defesa, ao Estado também se deve assegurá-la, porque ambas as hipóteses encarnam interesses indisponíveis. Afirma-se categoricamente que, “no plano da defesa jurídica, a evolução é marcada pela defesa dita integral, que inclui a judicial e extrajudicial”.³³

Pode perfeitamente ocorrer de se ter que defender o governo, uma vez que este dá tônica à atuação estatal, o que, inclusive, determina o comportamento do Estado em ações populares e civis públicas. A integralidade da defesa judicial está alicerçada no princípio da indisponibilidade do interesse público, evitando-se o êxito de aventuras jurídicas empreendidas contra o Poder Público e lesivas a toda sociedade. Trata-se igualmente de defesa da sociedade, desde que o mencionado princípio seja racionalmente ponderado com os demais. Do descomedimento remanesce tão-somente a do Estado. A obsessão, por sua vez, denota desvirtuada defesa do governo em prejuízo diferido ao próprio Estado. Constados indícios de excessivo apego à indisponibilidade do interesse público, o Procurador do Estado deve submeter o caso a parecer, cuja conclusão pode ser pela transação, reconhecimento da procedência do pedido, renúncia ao direito sobre que se funda a ação ou a não interposição de recurso. Óbvio que essa manifestação deve ser aprovada e cumpridos os trâmites exigidos pela legislação de cada Estado-membro para sua efetivação.

Finalmente, a função de controle jurídico interno da atividade administrativa é reputada por muitos como a mais importante. Resulta das atribuições de consultoria e assessoria jurídica. Os Poderes Constituintes decorrentes do Ceará, Goiás, Piauí e Rio de Janeiro concederam expressamente às Procuradorias desses Estados tal função. Mas se reconhece que em todas as entidades estatais federadas há natural vocação da advocacia pública para a atividade de controle interno, qualitativamente distinto do tradicional exercido pelos demais órgãos de controle interno e do externo desempenhado pelo Poder Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas. Mais do que controle interno da legalidade é um verdadeiro controle interno de constitucionalidade, aproximando-se da noção de jurisdição constitucional. Além disso, a interpretação constitucional do Procurador do Estado e do Distrito Federal é de inestimável auxílio na formação do convencimento dos Conselheiros dos Tribunais de Contas.

Esse controle interno de constitucionalidade é exercido difusamente por todos os Procuradores do Estado em todos os procedimentos ou processos administrativos que atuem. Suas funções de controle são perenemente cumpridas caso a caso, conciliando a interpretação da lei e demais atos normativos com a da Constituição, podendo a Procuradoria-Geral, nos casos de reconhecimento de inconstitucionalidade do texto legal ou de alguma interpretação dele extraível, recomendar ao Governador a expedição de ordem aos órgãos administrativos subordinados para não aplicarem o dispositivo legal ou interpretação da qual resulte inconstitucionalidade.

Concluída essa abordagem, queda-se inerte de dúvidas que a advocacia pública é uma atividade tipicamente estatal, configurando fidedigna carreira de Estado, restando obviamente vedada, em princípio, a contratação de advogados ou escritórios de advocacia³⁴ para a definição da interpretação administrativa oficial. Daí resplandecem, outrossim, importantes: (i) a autonomia institucional das Procuradorias-Gerais para complementar a já prestigiada independência funcional de cada Procurador; (ii) a escolha do Procurador-Geral

³² OMMATI, Fides Angélica. Op. cit..

³³ Idem.

³⁴ GRANDE JÚNIOR. Cláudio. O estado democrático de direito e a incipiente advocacia pública brasileira. Revista do Tribunal Regional Federal – Primeira Região, Brasília, v. 16, n. 12, p. 12, dez. 2004.

dentre membros da carreira, conferindo maior seriedade técnica ao controle interno de constitucionalidade; (iii) a não responsabilização da autoridade competente que age amparada em parecer jurídico razoavelmente fundamentado, ainda que eventualmente equivocado; e (iv) a responsabilização pessoal do Procurador por manifestações imprudentes e desprovidas de fundamentação técnica jurídica.

“A ninguém – salvo a governos totalitários e/ou corruptos – pode interessar uma Advocacia Pública enfraquecida ou esvaziada.”³⁵ Não se despreza a legitimidade dos eleitos democraticamente, porém a licitude de suas políticas encontra limites no sistema constitucional. Do mesmo modo que não se admite o abuso de direito, é intolerável o abuso do poder democrático, corporificado na demagogia e na irresponsabilidade das maiorias ocasionais e de agentes políticos incoseqüentes. Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que “o vetor democrático é pelo pluralismo, o que justifica a existência de vários órgãos de controle”.³⁶

CONCLUSÕES

A constitucionalização de todos os ramos do direito e, em especial, do direito administrativo norteia a superação de antigos paradigmas. A atuação dos órgãos administrativos se legitima na Constituição, censura-se a vinculação positiva somente na lei, de modo que a definição de interesse público não fica ao livre arbítrio do legislador ou do administrador, sendo passível de controle de constitucionalidade. Disso resulta a obrigatoriedade dos advogados públicos empreenderem interpretação constitucional preventiva no exercício de seu mister.

Sem desprezar a interpretação *lato sensu* dos estadistas, políticos, administradores, cidadãos, administrados, sociedade civil organizada e opinião pública, cabe aos Procuradores do Estado e do Distrito Federal serem os intérpretes constitucionais oficiais da Administração Pública dessas entidades estatais. À medida que o processo público se afunila na inevitável interpretação técnica, são os Procuradores responsáveis pela depuração das variáveis interpretativas, catalisando a univocidade da norma, assim entendida como concretização da Constituição no seio da Administração Pública.

Tal ofício configura verdadeiro controle interno de constitucionalidade, desde a elaboração de atos normativos de iniciativa do Governador, passando pela recomendação de sanção ou veto jurídico aos autógrafos de lei e abraçando todas as atividades de consultoria, assessoramento e representação exercidas pelos Procuradores de Estado e do Distrito Federal. Estes podem ser considerados verdadeiros Procuradores do Estado Democrático Constitucional, cujos nobres misteres legitimam em parte aos Governadores determinarem a não aplicação de normas inconstitucionais pelas Administrações Públicas que chefiam. A complementação da legitimação advém do procedimento, ou melhor, do processo público de interpretação democrática, progressivamente inclusivo e integrador das diversas potências interpretadoras.

Internal control of the constitutionality exercised by the Offices of the Attorney General in all the Brazilian Federal States and the Federal District

ABSTRACT: Internal control of the constitutionality exercised by the Offices of the Attorney General in all the Brazilian Federal States and the Federal District, as a result of the constitutionalization of Administrative Law and the singular position public attorneys occupy in the open society of interpreters of the Constitution.

KEY WORDS: *Public Advocacy. Constitutionalized Administrative Law. Constitutional Interpretation Control of Constitutionality. Internal Control.*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Magda. *Como escrever teses e monografias*. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

³⁵ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Op. cit., p. 62.

³⁶ Idem.

- ALVES CORDARO, César Antonio. A Advocacia pública e os Municípios. *Revista Trimestral de Advocacia Pública*, ano III - nº 5.
- AMARAL, Rafael Caiado. Breves ensaios acerca da hermenêutica constitucional de Peter Häberle. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 64, abr. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3995>>. Acesso em: 21 jul. 2005.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “supremacia do interesse público” no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 8, p. 7-21, jan./mar. 2005.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. *O Direito Público em Tempos de Crise – Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. 1999, p. 99-127.
- AYMONE, Rafael Farinatti. Advocacia pública: advocacia de que interesse público. *XXX Congresso Nacional de Procuradores de Estado*. Belém: 2004.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- BARCESSAT, Giselle Benarroch. A representação judicial do Estado e a questão da capacidade processual da assembléia legislativa. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Pará*, n. 04. Belém: 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- _____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 6, setembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 de maio de 2004.
- _____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas - Limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 8, p. 77-113, jan./mar. 2005.
- BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. *Manual de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- CASSESE, Sabino. As transformações do direito administrativo do século XIX ao XXI. *Interesse Público*, Porto Alegre, ano 6. n. 24, p. 13-23, março/abril de 2004.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.
- COPETTI, André *et al.* *(Neo)Constitucionalismo: ontem, os códigos, hoje as constituições*. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004.
- DANTAS, Sandra Regina Maria Ferreira. O papel do procurador (advogado do Estado) diante dos princípios e regras constitucionais atinentes à sua carreira. *XXV Congresso Nacional de Procuradores de Estado*, Maceió: 1999.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Renascer do direito: direito e vida social, aplicação do direito, direito e política*. 2. ed. corr. São Paulo: Saraiva, 1980.
- DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- _____. Inovações no direito administrativo brasileiro. *Interesse Público*, Porto Alegre, Ano 6, n. 30, p. 39-58, março/abril de 2005.
- ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA DO BRASIL PUBLICAÇÕES LTDA. Direito. In: *Enciclopédia Mirador*. São Paulo: Melhoramentos, 1990, vol. 7.
- _____. Reino Unido. In: *Enciclopédia Mirador*. São Paulo: Melhoramentos, 1990, vol. 17.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito civil: teoria geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício. (Coord.). *Direito público moderno: homenagem especial ao Professor Paulo Neves de Carvalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; FÁRIA, Ana Paula Andrade Borges de. A independência e a autonomia funcional do Procurador do Estado. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2527>>. Acesso em: 21 abr. 2004.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Competência dos tribunais administrativos para controle da constitucionalidade. *Interesse Público*, Porto Alegre, ano 6. n. 24, p. 24-28, março/abril de 2004.
- GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- GRANDE JÚNIOR, Cláudio. A advocacia pública no Estado democrático de direito. *Doutrina ADCOAS*, Rio de Janeiro, ano 7, n. 23, p. 450-451, 1. quinzena dez., 2005.
- _____. *O Estado do Paraná*. Curitiba, 27/jun./2004. Caderno Direito e Justiça.

- _____. O estado democrático de direito e a incipiente advocacia pública brasileira. *Revista do Tribunal Regional Federal – Primeira Região*, Brasília, v. 16, n. 12, p. 15-26, dez. 2004.
- _____. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 400, 11 ago. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5580>>. Acesso em: 29 jul. 2005.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos interpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.
- LEAL, Mônica Clarissa Hening. Dworkin x Habermas, uma discussão acerca da legitimidade da jurisdição constitucional entre substancialismo e procedimentalismo: novas perspectivas. *A & C, Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 4, n. 17, p. 31-58, jul./set. 2004.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. A constitucionalização das regras da administração pública e o controle do Poder Judiciário. *A & C, Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 4, n. 18, p. 89-106, out./dez. 2004.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MENEZES, Aderson de. *Teoria geral do estado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MODESTO, Paulo. Participação popular na administração pública: mecanismos de operacionalização. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abril/maio/junho, 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 22 de julho de 2005.
- MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 23. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- MOOG, Marcos Costa de Vianna. O exercício da advocacia pública pelo procurador do Estado: um esforço de delimitação. *XXX Congresso Nacional de Procuradores de Estado*. Belém: 2004.
- MORAIS, Alexandre de. *Direito constitucional*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- MOREIRA, Egon Bockmann. A Lei de improbidade, o Ministério Público e a advocacia Pública (considerações acerca da "Defesa Pública" nas ações de improbidade). *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, p. 95-116, out./dez. 2004.
- OHLWEILER, Leonel. Os princípios constitucionais da administração pública a partir da filosofia hermenêutica: condições de possibilidade para ultrapassar o pensar objetificante. *A & C, Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 4, n. 18, p. 107-145, out./dez. 2004.
- OMMATI, Fides Angélica. Advocacia pública - algumas reflexões. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2111>>. Acesso em: 03 mai. 2004.
- QUEIROZ, Ari Ferreira. *Direito constitucional*. 7. ed. Goiânia: IEPC, 1996.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SILVA, José Afonso da. A advocacia pública e o Estado democrático de direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 230, p. 281-289, out./dez. 2002.
- _____. *A aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- _____. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. *Revista brasileira de direito público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, p. 167-185, jan./mar. 2004.
- SIQUEIRA, Marcelo Marques. A função social do procurador do Estado. *O Popular*. Goiânia: 29 jul. 2002.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. O papel da advocacia pública no controle da legalidade da administração. *Interesse Público*, Porto Alegre, ano 6, n. 28, p. 48-63, nov./dez. 2004.
- STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Interesse público em sentido mínimo e em sentido forte: O problema da vigilância epidemiológica frente aos direitos constitucionais. *Interesse Público*, Porto Alegre, ano 6, n. 28, p. 29-42, nov./dez. 2004.
- _____. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, 4 v. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- VICHI, Bruno de Souza. A república de Weimar e a Constituição: lições de limitações. *A & C, Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 3, n. 14, p 33-63, out./dez. 2003.
- ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MEDIDAS PROVISÓRIAS: ARRANJO OU DESARRANJO?

Diana Karine Barros de Pádua*
Márcia Aparecida Guerreiro do Valle**
Sheylla Roberta Fleury da Silva***

RESUMO:

O texto busca retratar a prerrogativa dada pela Constituição Federal ao Poder Executivo de inserir no ordenamento jurídico as chamadas medidas provisórias, em caso de relevância e urgência, rompendo com o princípio da separação dos poderes. A precária normatização existente sobre o tema, abriu margem para a permissão dada pelo Supremo Tribunal Federal ao Chefe do Poder Executivo de reeditar, ilimitadamente as medidas por ele confeccionadas. Criou-se assim, um entrave para a sociedade, haja vista a criação desmesurada de tais instrumentos legislativos, sem critérios de qualidade e objetividade. Com o intuito de melhor regular a elaboração, aprovação e conversão das medidas provisórias, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 32/2001.

PALAVRAS-CHAVES: medidas provisórias, reedição, abuso, Emenda Constitucional nº 32/2001.

1 INTRODUÇÃO

A tripartição de Poderes, princípio norteador do Estado democrático de Direito, foi idealizado por Montesquieu, em meio às revoluções liberais do século XVIII, que tinham por escopo conter os abusos dos monarcas, até então detentores de um ilimitado poder. Já no século XIX, pressentiu-se a necessidade de flexibilizar a rígida separação de Poderes preconizada por Montesquieu, tendo em vista o reconhecimento de que se fazia fundamental a intervenção do Estado no meio socioeconômico, tanto para garantir a expansão econômica da nação, como para buscar reduzir as desigualdades sociais.

Nesse contexto, considerando inevitável e imprescindível a interferência do Estado no âmbito econômico e social, verificou-se a conveniência de munir o Chefe do Poder Executivo de instrumentos que lhe dessem agilidade bastante para a realização de certas atividades que não pudessem aguardar o processo legislativo, sobretudo em casos de relevância e urgência. Assim, para que essa intervenção se desse nos termos da lei, a Constituição brasileira previu formas de legitimar o exercício das funções legislativas pelo Governo: a lei delegada, o antigo decreto-lei e a atual medida provisória.

O instituto da medida provisória, objeto do presente estudo, surgiu em nosso ordenamento jurídico com o advento da Constituição Federal de 1988, substituindo o decreto-lei dos tempos autoritários da Era Militar. Com isso, o artigo 62 da Carta Maior possibilitou ao

* Procuradora do Estado de Goiás, Especialista em Direito Público pela Universidade Católica de Goiás.

** Bacharel em Direito, Especialista em Direito Público pela Universidade Católica de Goiás.

*** Procuradora do Estado de Goiás, Especialista em Direito Público pela Universidade Católica de Goiás.

Presidente da República adotar, em caso de relevância e urgência, tal modalidade normativa, com força de lei.

Pode-se dizer que o dispositivo constitucional acima citado assegurou ao Chefe do Poder Executivo atuar prontamente, em havendo circunstâncias excepcionais de urgência e relevância, e não existindo no ordenamento jurídico instrumentos legais capazes de solucionar e remediar os efeitos destes acontecimentos excepcionais, editando medidas provisórias com essa finalidade.

Apesar de constituir-se em instrumento de cidadania e governabilidade, essencial ao Estado democrático de Direito, a medida provisória transformou-se em um grande entrave para a sociedade. Isso porque, não havia regulamentação constitucional que fixasse os limites necessários ao seu uso. Embora a Constituição exigisse a observância dos critérios de relevância e urgência para sua edição, os Chefes do Poder Executivo nunca os respeitaram rigorosamente, o que levava à edição de medidas provisórias irrelevantes e sem urgência.

Ademais, com o pronunciamento favorável do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de reedição das medidas provisórias pelo Chefe do Poder Executivo, criou-se uma atmosfera de insegurança jurídica, ao ponto de não se saber ao certo qual a medida provisória vigente em cada ocasião, fosse de âmbito material, fosse processual. Desvirtuaram assim o referido instituto, ao admitir a eternalização daquilo que era para ser provisório.

Sensível à necessidade de mudanças, o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, estabelecendo novas regras para a publicação de medidas provisórias, especialmente no que concerne à reedição, ao prazo de apreciação pelo Congresso Nacional e às matérias a serem por elas tratadas.

A presente pesquisa tem por escopo a análise desse instrumento normativo chamado medida provisória, levando em conta o que consideramos ser a mais expressiva novidade trazida pela Emenda Constitucional nº 32/01, qual seja, a vedação de sua reedição nos termos do seu § 10 acrescentado ao artigo 62 da Constituição Federal.

2. Origem da Medida Provisória

A medida provisória remonta à época da instituição da "Assembléia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil" instalada em 03 de maio de 1823. Isso porque, em 12 de novembro do mesmo ano, foi expedido o "primeiro ato de força" do Executivo, o Decreto dissolutório daquela Assembléia.

A Carta constitucional do Império foi outorgada no dia 25 de março de 1824. Apesar de ser uma carta imposta, trazia em seu bojo princípios liberais, sobretudo no concernente aos direitos e liberdades individuais, na divisão e harmonia dos Poderes do Estado e maior garantia daqueles direitos. O que poderia ser considerado como ato próximo ao que hoje conhecemos como medida provisória é o disposto no art. 179, parágrafos 34 e 35 da Carta Imperial.

No entanto, a origem da atual medida provisória encontra-se na Constituição de 1937 (art.180), que disciplinava os denominados decretos-leis. O então presidente Getúlio Vargas, no período em que deteve o poder, governou o País sob o estado de emergência, fundamentado seus atos de acordo com o artigo supra mencionado.

É importante ressaltar que os decretos-leis da Carta de 37 tinham uma natureza diferente de delegação legislativa, pois a competência presidencial não dependia de autorização prévia do Legislativo. Se o Parlamento estivesse em recesso, o Presidente poderia expedir decretos-leis, excetuando-se determinadas matérias. Ressalta-se que durante o Estado Novo, Vargas legislou mediante tal instrumento normativo, pois não havia nenhum controle político ou jurídico.

Ausente na Constituição de 1946, devido ao ranço autoritário do Estado Novo, a figura do decreto-lei retorna na Constituição de 1967, sendo fortalecido pela Emenda nº 1, de 1969. No texto da mencionada Emenda, a regulação da matéria está no art. 55, no quadro disciplinador do Processo Legislativo (Seção V). Dispõe o Texto:

Art. 55 - O Presidente da República em casos de urgência ou de interesse público relevante e desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias:

I - segurança nacional;

II - finanças públicas, inclusive normas tributárias;

III - criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.

§ 1º - Publicado o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação, o texto será tido por aprovado.

§ 2º - A rejeição do decreto-lei não implicará a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência.

O decreto-lei era um poderoso instrumento do Executivo em determinadas circunstâncias. Prova disto se verifica quanto à existência dos seus pressupostos ensejadores, pois o dispositivo constitucional dava oportunidade para uma larga interpretação do termo "urgente ou interesse público relevante". A urgência era realmente limitada, já o interesse público não o era, pois em todas as ações envolvendo os poderes estatais pode-se dizer que há o interesse público.

Após um longo período de ditadura, é convocada uma Assembléia Constituinte eleita em 1986, com vista a recuperar a legitimidade constitucional. Desta Assembléia se originou a atual Constituição de 1988, que trouxe avanços sócio-democráticos de grande valia. Dentre as alterações do novo texto, está o fim dos decretos-leis, pois estes representavam usurpação da função legislativa. Contudo, o que tiraram "com uma mão, puseram com a outra", pois instituíram um instrumento jurídico que tinha alcance semelhante, senão superior aos decretos-leis, as medidas provisórias (art. 62, C.F. de 1988).

É importante ressaltar semelhanças e diferenças entre os extintos decretos-leis e as medidas provisórias. Ambos são atos expedidos pelo Presidente da República, com força de lei, sem a necessidade de delegação por parte do Congresso Nacional e possuem eficácia imediata, desde sua edição. Porém, a eficácia da medida provisória somente se torna plena com a aprovação pelo Congresso Nacional.

O decreto-lei era considerado aprovado caso não fosse expressamente rejeitado no prazo de sessenta dias. As medidas provisórias perdiam sua eficácia, ainda na redação do art. 62, parágrafo único, anterior à Emenda Constitucional nº 32/2001, caso não fossem convertidas em lei no prazo de trinta dias a contar de sua publicação.

Os decretos-leis somente cabiam em matéria determinada: segurança nacional, finanças públicas, inclusive normas tributárias, criação de cargos e fixação de vencimento. As medidas provisórias, até a edição da Emenda Constitucional nº 32/2001, não tinham limitações expressas quanto à matéria.

De todo o exposto, percebe-se que apesar de serem institutos diversos, a medida provisória tem aspectos similares ao instrumento do qual se originou.

3. TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

A Constituição de 1988 consagra a tradicional divisão de poderes, quando, no Título I, fixa, como princípio fundamental, constituir-se a República Federativa do Brasil da união

indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal. Desse modo, forma-se o Estado Democrático de Direito, em que os Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, são precisamente o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

A Carta atual descreve de forma didática e orgânica, os diversos instrumentos legislativos. O processo atinente à elaboração de tais instrumentos está disciplinado pelos artigos 59 a 69 da Constituição Federal, compreendendo a elaboração de emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, decretos legislativos, resoluções e medidas provisórias.

O Poder Legislativo estabelece regras gerais, abstratas e impessoais, sendo sua função precípua e fundamental, mas não a única. O Executivo exerce a função primordial de executor das leis e outras resoluções políticas e de governo, mas também não é a única atribuição que lhe cabe.

As Constituições modernas dispõem de certos mecanismos que permitem ultrapassar as barreiras impostas pela rígida divisão de Poderes. Tais mecanismos constituem-se, na verdade, em instrumento de cidadania e governabilidade. A medida provisória é um desses instrumentos, constituindo exceção constitucional ao princípio da separação dos poderes, uma vez que sua elaboração é de competência do Presidente da República e não do Poder Legislativo, a quem, originalmente, incumbe a função da elaboração de leis.

O jurista, Márcio Thomaz Basto¹, chega a afirmar:

Acho que não dá para governar sem medida provisória. O que dá, é para caminhar na direção do disciplinamento, de modo que você possa construir um arcabouço de instituições, passar a usar menos, diminuindo progressivamente.

4. Definição de Medida Provisória

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 62, assim preceitua: *“Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.”*

O doutrinador Leomar Barros² assim leciona acerca do conceito de medida provisória:

Medidas provisórias são atos legislativos extraordinários adotados pelo Chefe do Executivo da União, com fundamento no art. 62 da Constituição brasileira sempre que ocorram os pressupostos habilitadores para a sua emissão, que são a urgência e a relevância da matéria a ser veiculada.

Pode se dizer que a medida provisória visa suprir lacunas existentes no ordenamento jurídico, desde que preenchidos seus requisitos essenciais (relevância e urgência).

Nesta linha de raciocínio, nos ensina Sérgio de D’Andréa Ferreira³:

Quando o governo decide adotar uma medida provisória é sinal de que não há nenhum instrumento jurídico dentro de todo o ordenamento capaz de ser mais satisfativo do que ela, porque ela objetiva solucionar, seja normativamente, seja em

¹ BASTO, Márcio Thomaz (1997) Apud SZKLAROWSKY, Leon Fredja in Comentários à nova Emenda Constitucional nº32/2001. Disponível em <http://www.jusnavegandi.com.br>. Acesso em 10 set.2003.

² SOUSA, Leomar Barros Amorim de. A produção normativa do Poder Executivo. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. pg. 88.

³ FERREIRA, Sérgio D’Andréa. Medidas Provisórias. p. 84. São Paulo: Saraiva, 1997.

caráter geral, seja até *in casu*, algo que se apresenta com os pressupostos da relevância e urgência.

A adoção de medidas provisórias, com força de lei, é privativa do Presidente da República, desde que se caracterizem a *relevância* e a *urgência*. Daí dizer que a medida provisória rompe o princípio da separação dos poderes, pois possibilita ao Chefe do Poder Executivo inovar no ordenamento jurídico em situações excepcionais.

5. Requisitos para Edição da Medida Provisória

Os principais requisitos para a edição da medida provisória são a relevância e a urgência. A urgência é aquilo que demanda pressa, demonstra aperto; já relevância é o fato que demonstra importância, relevo, proeminência. Portanto, situações que suscitam atitudes imediatas do governo.

Ambos os requisitos possuem natureza eminentemente política, uma vez que o Chefe do Executivo tem discricionariedade para decidir sobre a relevância e a urgência da situação que o leva à edição de medida provisória, entretanto, não se pode falar em livre arbítrio.

Corroborando com tal entendimento José Eduardo Dutra leciona⁴:

(...) impossível que em lei se estabeleça o que é necessário ou relevante, porque isso depende até de uma orientação política. Essa é uma discussão política. Não podemos optar por um raciocínio cartesiano de primeiro discutir isso e depois aquilo, porque a relevância da necessidade se confunde com o mérito, e isso está relacionado até com a própria orientação política de um governo. Para um governo pode ser necessária a reforma agrária, enquanto para outro pode não ser. Assim, acho impossível estabelecer isso em lei. (...)

Atenta-se para o fato de que não basta o Presidente dizer que determinada situação é relevante e urgente, há a necessidade de fundamentar, expondo a relação causal entre a edição da medida provisória e o fato gerador da mesma.

A doutrina é pacífica no sentido de que não cabe ao Judiciário aquilatar a presença ou não dos pressupostos de relevância e urgência, mas na ADI 2213-DF, DJ 23.04.2004, o Rel. Min. Celso de Mello manifestou o entendimento de que embora os conceitos de relevância e de urgência decorrem, em princípio, do juízo discricionário de oportunidade e de valor do Presidente da República, admiti-se o controle judiciário, se o excesso do poder de legislar estiver patente, estando o acórdão com a seguinte ementa:

E M E N T A: ação direta de inconstitucionalidade - a questão do abuso presidencial na edição de medidas provisórias - possibilidade de controle jurisdicional dos pressupostos constitucionais da urgência e da relevância (cf, art. 62, caput) - reforma agrária - necessidade de sua implementação - invasão de imóveis rurais privados e de prédios públicos - inadmissibilidade - ilicitude do esbulho possessório - legitimidade da reação estatal aos atos de violação possessória - reconhecimento, em juízo de delibação, da validade constitucional da mp nº 2.027-38/2000, reeditada, pela última vez, como mp nº 2.183-56/2001 - inocorrência de nova hipótese de inexpropriabilidade de imóveis rurais - medida provisória que se destina, tão-somente, a inibir práticas de transgressão à autoridade das leis e à integridade da constituição da república - arguição de inconstitucionalidade insuficientemente fundamentada quanto a uma das normas em exame - inviabilidade da impugnação genérica - conseqüente incognoscibilidade parcial da ação direta - pedido de medida

⁴ In: Ata Circunstanciada da 2ª Reunião, realizada em 23 de maio de 1996, da Comissão Especial destinada a examinar as Propostas de Emenda à Constituição.

cautelar conhecido em parte e, nessa parte, indeferido. possibilidade de controle jurisdicional dos pressupostos constitucionais (urgência e relevância) que condicionam a edição de medidas provisórias. - A edição de medidas provisórias, pelo Presidente da República, para legitimar-se juridicamente, depende, dentre outros requisitos, da estrita observância dos pressupostos constitucionais da urgência e da relevância (CF, art. 62, "caput"). - Os pressupostos da urgência e da relevância, embora conceitos jurídicos relativamente indeterminados e fluidos, mesmo expondo-se, inicialmente, à avaliação discricionária do Presidente da República, estão sujeitos, ainda que excepcionalmente, ao controle do Poder Judiciário, porque compõem a própria estrutura constitucional que disciplina as medidas provisórias, qualificando-se como requisitos legitimadores e juridicamente condicionantes do exercício, pelo Chefe do Poder Executivo, da competência normativa primária que lhe foi outorgada, extraordinariamente, pela Constituição da República. Doutrina. Precedentes. - A possibilidade de controle jurisdicional, mesmo sendo excepcional, apóia-se na necessidade de impedir que o Presidente da República, ao editar medidas provisórias, incida em excesso de poder ou em situação de manifesto abuso institucional, pois o sistema de limitação de poderes não permite que práticas governamentais abusivas venham a prevalecer sobre os postulados constitucionais que informam a concepção democrática de Poder e de Estado, especialmente naquelas hipóteses em que se registrar o exercício anômalo e arbitrário das funções estatais. Utilização abusiva de medidas provisórias - inadmissibilidade - princípio da separação dos poderes - competência extraordinária do presidente da república. - A crescente apropriação institucional do poder de legislar, por parte dos sucessivos Presidentes da República, tem despertado graves preocupações de ordem jurídica, em razão do fato de a utilização excessiva das medidas provisórias causar profundas distorções que se projetam no plano das relações políticas entre os Poderes Executivo e Legislativo. - Nada pode justificar a utilização abusiva de medidas provisórias, sob pena de o Executivo - quando ausentes razões constitucionais de urgência, necessidade e relevância material -, investir-se, ilegitimamente, na mais relevante função institucional que pertence ao Congresso Nacional, vindo a converter-se, no âmbito da comunidade estatal, em instância hegemônica de poder, afetando, desse modo, com grave prejuízo para o regime das liberdades públicas e sérios reflexos sobre o sistema de "checks and balances", a relação de equilíbrio que necessariamente deve existir entre os Poderes da República. - Cabe, ao Poder Judiciário, no desempenho das funções que lhe são inerentes, impedir que o exercício compulsivo da competência extraordinária de editar medida provisória culmine por introduzir, no processo institucional brasileiro, em matéria legislativa, verdadeiro cesarismo governamental, provocando, assim, graves distorções no modelo político e gerando sérias disfunções comprometedoras da integridade do princípio constitucional da separação de poderes. - Configuração, na espécie, dos pressupostos constitucionais legitimadores das medidas provisórias ora impugnadas. Conseqüente reconhecimento da constitucionalidade formal dos atos presidenciais em questão. (...)

Ademais, o Supremo Tribunal Federal tem admitido, excepcionalmente, o controle jurisdicional de medidas provisórias quanto à forma a ser observada (procedimentos que devem ser adotados), e também o chamado controle material de constitucionalidade, relacionado à compatibilidade do seu conteúdo a todo ordenamento jurídico constitucional.

5.1. RELEVÂNCIA

Para Marcelo Figueiredo⁵: "*Matéria relevante, seja de fato ou de direito, é a que se apresenta em toda exuberância, em toda evidência, para ser acatada ou apreciada como justificativa do pedido, da pretensão, ou da proteção ao direito.*"

⁵ FIGUEIREDO, Marcelo. Interesse público. Revista de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária, São Paulo, ano 2, n. 8, p. 97, outubro/dezembro 2000.

Clémerson Cléve Apud André Ramos Tavares⁶,

A relevância demandante de sua adoção não comporta satisfação de interesses outros que não os da sociedade. A relevância há, portanto, de vincular-se unicamente à realização do interesse público. De outro ângulo, a relevância autorizadora da deflagração da competência normativa do Presidente da República não se confunde com a ordinária, desafiadora do processo legislativo comum. Trata-se, antes, de relevância extraordinária, excepcional, especialmente qualificada, contaminada pela contingência, acidentabilidade, imprevisibilidade.

Para Gilmar Ferreira Mendes⁷, ao se levar em conta que as medidas provisórias, até porque tratam de temas de lei, são relevantes, não resta dúvida que esse requisito é o menos suscetível a questionamentos e controle jurisdicional.

Externando posição contrária, diz Celso Antônio Bandeira de Melo⁸:

O texto constitucional fala em relevância, portanto, o interesse público, no caso, tem que existir antes. Não é aquele interesse público que resulta da ação do Poder Legislativo ao produzir uma lei. O interesse público tem que ser antes identificável e ser um interesse público, ademais qualificado como relevante. Todo interesse público é relevante, é óbvio, mas, se o texto utilizou a expressão 'relevante', não é qualquer interesse público, mas sim um interesse público qualificado, excepcional, anormal, que ultrapassa o simples dizer 'isso é o interesse público'.

Analisando por outro contexto, a doutrina tem caracterizado a relevância como o *fumus boni juris*, ou seja, tem-se reconhecido tal requisito sob um prisma de importância dentro da sociedade, sob o aspecto político-social ou econômico, que necessita ser imediatamente normatizado sob pena de rompimento da estrutura social.

Pode-se entender que a relevância exigida para a edição de medida provisória acaba por delimitar as matérias a serem tratadas por esse instrumento normativo. Esse é o entendimento de Ives Gandra da Silva Martins⁹, *in verbis*:

“Tenho para mim que estes limites existem e são os mesmos da lei delegada. Se o Constituinte não permitiu que determinadas matérias, por sua gravidade, fossem decididas por um só homem (direitos e garantias individuais, separação de poderes, matéria orçamentária e tributária) em veículo legislativo de maior dignidade (lei delegada), não teria sentido excluir tais limites ao arbítrio, à irresponsabilidade administrativa ou incompetência gerencial em veículo processual provisório, condenado à morte em trinta dias.”

Exemplo recente de medida provisória editada sem a relevância exigida constitucionalmente, é a Medida Provisória n° 207, de 13 de agosto de 2004, que altera o parágrafo único do artigo 25 da Lei 10.683, de 28.05.2003, conferindo status de Ministro de Estado ao Presidente do Banco Central. A matéria tratada na mencionada medida provisória, apesar de importante, por isso objeto de lei, não pode ser imputada como relevante nos termos do caput do artigo 62 da Constituição Federal, uma vez que não traz em si extraordinária excepcionalidade, posto que não implica em real importância dentro da sociedade em qualquer de seus campos (social, político e econômico).

⁶ TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 845/846.

⁷ In: Notas taquigráficas da sessão de 15 de maio de 2002 da comissão de constituição e justiça e cidadania, p.7.

⁸ Notas taquigráficas da sessão do dia 22 de março de 2000 da comissão especial destinada a proferir parecer ao substitutivo do Senado Federal à proposta de emenda constitucional 472-d, de 1997, relativa à nova disciplina constitucional das medidas provisórias, diário da Câmara dos Deputados do dia 23.03.2000, p12.029.

⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Curso de direito tributário. São Paulo: Saraiva, 1999.

5.2. urgência

No conceito de Clémerson Cléve Apud André Ramos Tavares¹⁰, a urgência:

Relaciona-se com a indeferibilidade do provimento, que deve ser tal por impedir o emprego de meios ordinários. Como urgência, está se indicando perigo de dano, a probabilidade de manifestar-se evento danoso; enfim, a situação de periculosidade exigente de *ordinanza extra ordinem*.

Já na lição de Cármen Lúcia Antunes Rocha¹¹:

Urgência jurídica é, pois, a situação que ultrapassa a definição normativa regular de desempenho ordinário das funções do Poder Público pela premência de que se reveste e pela imperiosidade de atendimento da hipótese abordada, a demandar, assim, uma conduta especial em relação àquela que se nutre de normalidade aprazada institucionalmente.

A matéria objeto da medida provisória quanto a este requisito, deve demandar uma resposta imediata, rápida, a fim de que o bem normatizado não sofra perecimento. Configura a urgência assim, uma situação do *periculum in mora*.

Cabe ressaltar que a urgência tem sido analisada essencialmente sob um aspecto político, ou seja, valorando um juízo político de oportunidade e conveniência. No entanto, conforme esclarece José Levi Mello do Amaral Júnior¹², o Supremo Tribunal Federal tem admitido o emprego de critérios objetivos, de ordem jurídico-temporal, para a demonstração objetiva -isto é, acima do subjetivismo próprio do juízo político - da eventual não-ocorrência de urgência a legitimar a adoção da medida provisória.

Neste contexto, o Supremo Tribunal Federal deferiu a medida liminar para suspender a eficácia de dispositivo da Medida Provisória 2.037-24, de 23.11.2000, por considerar não estar objetivamente configurada situação de urgência para ampliação do prazo de isenção na Zona Franca de Manaus.

“(...) Acresce, ademais, o descompasso entre o instrumental, a medida provisória, por quanta editada para vigor por período de trinta dias, e o tema tratado – o de isenção. Este não se coaduna, no que almeja o estímulo, na espécie, à implantação de indústrias, a investimentos com a incerteza decorrente da regulamentação precária e efêmera da matéria, com a latente possibilidade de inversão do quadro.” (ADIn MC 2.348-9-DF, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 07.11.2003)

O controle judicial acerca da caracterização da urgência na medida provisória também se fundamenta pelo fato de que o Presidente da República, ao invés de se utilizar da medida provisória, dispõe de meios para apressar o processo legislativo e obter a aprovação da lei no prazo de noventa dias, consoante o prescrito no §2º do artigo 64 da Constituição Federal.

¹⁰ Op. cit. p. 71-72.

¹¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Conceito de urgência no direito público brasileiro. Revista trimestral de direito público, n° 01. São Paulo: Malheiros, 1993, p.234.

¹² AMARAL Júnior, José Levi Mello do. Medida provisória e sua conversão em lei: a emenda constitucional n. 32 e o papel do Congresso Nacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 12.

Sobre esse prisma, vejamos decisão relatada na Terceira Vara da Fazenda Pública Estadual, proferida pelo Juiz de Direito, Ari Ferreira de Queiroz, na ação civil pública por ato de improbidade promovida pelo Ministério Público no processo nº 2000101059234:

“ (...) Portanto, considerando que a lei de improbidade (8.429/92) já contava com mais de oito anos de vigência sem nunca ter cogitado de juízo de prelibação, instituto que, repita-se, já era conhecido no direito brasileiro há décadas, como constava no Código de Processo Penal, por que o Presidente da República, ao invés de editar medida provisória, não se valeu de projeto de lei com requerimento de urgência, para apressar-lhe a aprovação?

A resposta é clara: por simples comodidade e em completo menosprezo ao regime democrático preferiu a via excepcional da medida provisória para regular situação não urgente, seja porque podia esperar o curso do processo legislativo, seja porque, ainda que se demorasse um pouco a aprovação da lei, veiculando matéria processual, alcançaria todos os processos em curso.

Aliás, talvez se poderia chegar até a valoração da razoabilidade da medida para se aferir se é relevante a matéria nela contida. Mas, para o caso basta a constatação da falta de urgência, porquanto era perfeitamente possível se aguardar a edição de lei, cujo projeto poderia ser apresentado pelo presidente da República com requerimento de urgência.” (Decisão proferida no dia 29.06.2001)

Em suma, consoante sintetiza José Anselmo Oliveira¹³,

“analisando as centenas de Medidas já editadas não encontramos os requisitos exigidos na maioria delas, pois a gama de temas que foram alcançados por esse meio de legislar, surpreendentemente não passavam de situações normais onde o processo legislativo atenderia satisfatoriamente, merecendo a discussão de interesse do povo ser debatida e votada de acordo com os princípios da democracia representativa que vige entre nós, porém o que menos importava era o respeito ao direito, e sim os resultados, trazendo insegurança jurídica e provocando danos irreparáveis para a sociedade brasileira. Medidas econômicas, impostos, direito processual, direito material, trem da alegria, direito administrativo, enfim, uma verdadeira panacéia para atender os fins do governo nem sempre claros e de interesse do povo brasileiro.”

O que importa assinalar é que a relevância e a urgência são requisitos essenciais e antecedentes para a elaboração de uma medida provisória, e com o advento da Emenda Constitucional n.32/01 não sofreram nenhuma alteração em relação ao texto original.

6. REEDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS

Até a publicação da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, uma das questões mais polêmicas e alvo de atenção e estudo por parte dos juristas brasileiros, foi a possibilidade, não prevista expressamente na Carta Constitucional, mas admitida pelo Supremo Tribunal Federal, de reedição das medidas provisórias.

Isso porque, o grande número de medidas que eram reeditadas, levava os estudiosos do direito a questionar, se realmente se fazia presente o aspecto de urgência em tais instrumentos normativos editados pelo Chefe do Poder Executivo.

Gilmar Ferreira Mendes, citado por José Levi Mello do Amaral Júnior¹⁴, associou a possibilidade de reedição de medidas provisórias admitida pelo Supremo Tribunal Federal à

¹³ OLIVEIRA, José Anselmo. Conceito de relevância e urgência na MP. O Neófito. São Paulo: 1999.

¹⁴ Op. cit. p. 12.

deficiência do que ele chama de “processo decisório do Poder Legislativo”. Segundo o doutrinador,

A formação do Congresso Nacional, o caráter multipartidário, a ausência de maior disciplina organizacional dos partidos, a falta de vinculação programática, tudo isso leva a uma letargia do processo decisório. Daí a dificuldade para a tomada de decisão de matérias mais polêmicas em tempo razoável.

Neste contexto, poder-se-ia justificar porque o prazo de 30 dias para conversão da medida provisória em lei, previsto na redação do artigo 62 da Constituição Federal anterior à Emenda nº 32/2001, na maioria das vezes não era observado.

Outro ponto também suscitado pelo Ministro, refere-se à conjugação de interesses existentes entre os Poderes Executivo e Legislativo na reedição das medidas provisórias.

Esclarece o estudioso que, ao editar uma medida provisória, o Poder Executivo traz para si a responsabilidade legislativa antes incumbida ao Poder Legislativo. Desse modo, o Poder Legislativo exonera-se de tal tarefa e quanto mais se atrasa a aprovação da medida provisória, mais evidente fica a responsabilidade do Executivo na condução da matéria. Tal situação era um forte estímulo à dilação, à não aprovação imediata da medida provisória pelo Congresso Nacional, uma vez que, nesta perspectiva, cabia ao Legislativo a simples homologação da medida editada pelo Executivo.

Do mesmo modo, a situação apresentada era também bastante conveniente ao Poder Executivo, que editava medidas provisórias sobre assuntos diversos, muitas vezes irrelevantes e sem urgência, e as reeditava a cada trinta dias, na maioria das vezes com alterações substanciais em seu texto.

Hugo de Brito Machado¹⁵, teceu o seguinte comentário sobre a realidade que então assolava o país:

A enorme quantidade de medidas provisórias que têm sido editadas, cuidando de matérias as mais diversas, a reedição dessas medidas e, o que é pior, a reedição com mudanças significativas na redação de alguns dispositivos, está causando uma insegurança jurídica verdadeiramente insuportável.

7. SURGIMENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 32/2001

Esse era o cenário vigente até a publicação da Emenda nº 32/2001, sendo que, consoante dados levantados por Fausto F. de França Júnior¹⁶, Procurador do Estado de Alagoas, observou-se que, entre 06 de outubro de 1988, quando da promulgação da Constituição Federal, até 11 de setembro de 2001, data da promulgação da Emenda nº 32, foram editadas originalmente 616 (seiscentos e dezesseis) medidas provisórias, acrescidas de 5.513 (cinco mil, quinhentos e treze) reedições, o que perfaz o total de 6.102 (seis mil, cento e duas) medidas provisórias.

Do montante acima apurado, o Congresso Nacional rejeitou apenas 22 (vinte e duas), o que representa 0,36% (zero trinta e seis por cento) do total. Salienta-se ainda que,

¹⁵ MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 69.

¹⁶ FRANÇA Júnior, Fausto de. Comentários à Emenda Constitucional nº 32/2001. Jus Navegandi, Maceió, Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?Id=2551>, 56k. Acesso em 27.set.2004.

nesse mesmo período, o número de leis ordinárias confeccionadas pelo Congresso Nacional, não alcança nem metade do número de medidas provisórias editadas.

Com o intuito de barrar tais abusos, diversas proposições normativas foram discutidas no Congresso Nacional, o que resultou na elaboração da Proposta de Emenda Constitucional/PEC nº 01/95, que recebeu o nº 472 na Câmara dos Deputados em 1997. Tal proposta foi debatida durante cinco anos, contando inclusive com a participação do Poder Executivo, tendo sido aprovada e convertida na Emenda Constitucional nº 32, promulgada em 11 de setembro de 2001.

A esperada emenda cuidou de aprimorar a regulação constitucional acerca das medidas provisórias, incluindo aí a preocupação no sentido de pôr fim ao clima de insegurança jurídica até então dominante. Assim, a referida emenda limitou o conteúdo a ser tratado por medida provisória (§ 1º do art. 62), assegurou a estabilidade das relações jurídicas firmadas sob a sua égide (§§ 2º e 11 do art. 62), estipulou novo prazo para a perda de sua eficácia, prorrogável uma única vez e por igual período (§ 7º do art. 62), estabeleceu obrigatoriedade da deliberação prévia da Câmara dos Deputados e do Senado Federal acerca de seus pressupostos constitucionais (§ 5º do art. 62) e instituiu a proibição de reedição na mesma sessão legislativa (§10 do art. 62).

Desse modo, percebe-se que as medidas acima tratadas, vieram de encontro ao que almejava a sociedade brasileira como um todo, que há muito se via de mãos atadas perante o reiterado uso, por parte do Presidente da República, das medidas provisórias, que, ultimamente serviam para regular quaisquer tipos de matéria, desde a processual penal até a que tratava do cinema brasileiro, passando pelo direito trabalhista entre outros ramos do direito.

José Levi Mello do Amaral Júnior¹⁷, ao analisar as mudanças trazidas pela Emenda Constitucional nº 32/2001, elucida como grande avanço institucional, o obstáculo que a mesma impôs às sucessivas reedições, vejamos o seu comentário:

Em verdade, de todos os avanços da Emenda Constitucional n. 32/2001, o mais significativo é a autoproteção com que se adotou a ordem constitucional brasileira contra a exacerbação na edição e reedição de medidas provisórias, em especial pelo engenhoso esquema de prazos. O novo modelo impõe prazos inexoráveis à tramitação parlamentar da medida provisória, o que força ou a votação (aprovando, modificando ou rejeitando) ou a caducidade da decretação de urgência por decurso do prazo. Assim, o Poder Executivo deve ter redobrada prudência antes de editar uma medida provisória, sob pena de perdê-la em prazo máximo de seis meses, o que- como visto- não ocorre (ao menos de modo automático) na matriz italiana mesmo após a Sentença 360/1996, da Corte Constitucional italiana.

8. Reedição de Medida Provisória na Emenda Constitucional nº 32/2001

Dispõe o § 10 do artigo 62 acerca da reedição da medida provisória: *“É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso do prazo.”*

Ao interpretar a disposição constitucional acima transcrita, vemos que a vedação instituída refere-se à reedição na mesma “sessão legislativa”, sendo importante salientar a distinção entre legislatura, sessão legislativa e período legislativo. Legislatura representa o período de duração de quatro anos dos mandatos dos membros da Câmara, sessão legislativa é o mesmo que ano legislativo e período legislativo compreende o espaço de um ano entre um recesso e outro.

¹⁷ Op. cit. p. 22.

Dessa forma, o que a norma constitucional proíbe é a reedição de medida provisória na mesma sessão legislativa, ou seja, no mesmo ano/exercício legislativo, de forma que uma medida que tenha sido rejeitada ou perdido o seu prazo de vigência em 12.11.2003, pode ser reeditada em 03.01.2004, restando respeitado o prazo de vigência da medida provisória.

Outro ponto relevante a ser considerado é que, quando se fala em reedição, não resta dúvida de que se considera reeditada uma medida provisória quando se repete, em linhas gerais, a disciplina jurídica disciplinada na primeira. Ou seja, considera-se reeditada uma medida provisória, quando se reitera o objeto de outra, sendo pura manobra política a sustentação de que o uso de sinônimos, o deslocamento de uma vírgula ou qualquer outra modificação fora do conteúdo jurídico não se enquadra no conceito de reedição.

Sobre esse aspecto, Alexandre de Moraes¹⁸, assim leciona:

Importante ressaltar que não existe possibilidade de reedição de medida provisória expressamente rejeitada pelo Congresso Nacional. Nesse ponto, filiamos-nos integralmente à opinião consensual da doutrina constitucional brasileira, que enfatiza com veemência a impossibilidade jurídico-constitucional de o Presidente da República editar nova medida provisória cujo texto reproduza, em suas linhas fundamentais, os aspectos essenciais da medida provisória que tenha sido objeto de expressa rejeição parlamentar.

Tratando-se de medida provisória formalmente rejeitada, o Supremo Tribunal Federal não admite a sua reedição, pois o Poder Legislativo seria provocado para manifestar-se, novamente, sobre matéria que já houvera rejeitado, e com o gravame da nova e insistente regulamentação de matéria já rejeitada voltar a produzir efeitos, até que fosse, novamente rejeitada.

A reedição de medida provisória expressamente rejeitada pelo Congresso Nacional configura, inclusive, hipótese de crime de responsabilidade, no sentido de impedir o livre exercício do Poder Legislativo (CF, art. 85, II), pois o Presidente da República estaria transformando o Congresso “em um mero aprovador de sua vontade ou em um poder emasculado cuja competência a posteriori viraria mera fachada para ocultar a possibilidade ilimitada de o Executivo impor, intermitentemente, as suas decisões.”

9. REEDIÇÃO E PRORROGAÇÃO DE PRAZO

Cabe salientar que a Emenda de 11 de setembro de 2001 vedou a reedição de medida provisória na mesma sessão legislativa, sendo, no entanto, permitida uma única prorrogação de sua vigência nos termos do § 7º do art. 62 da Constituição Federal, acrescentado pela Emenda nº 32/2001, prorrogação esta que se dá de modo automático no âmbito do próprio Congresso Nacional, sem dar ensejo a qualquer modificação no texto da medida.

Note-se ainda que o prazo inicial de vigência da medida que era de 30 dias, na redação anterior do artigo 62, foi alargado para 60 dias (§ 3º acrescentado ao art. 62 pela EC 32/2001), tudo isso para que o Congresso Nacional tenha um espaço de tempo maior para a apreciação das medidas provisórias, não necessitando o Chefe do Poder Executivo, pelo motivo da perda da vigência das medidas, reeditá-la na sessão legislativa seguinte.

Não é demais reiterar que a Emenda Constitucional nº 32/2001 significou verdadeiro avanço na regulamentação das medidas provisórias, posto que além de vedar expressamente a sua reedição pelo Congresso Nacional no § 10 do art. 62, seja no caso de rejeição manifesta, como no caso de rejeição tácita (não apreciação da medida provisória no prazo legal), instituiu nos demais dispositivos acrescidos ao art. 62, uma nova sistemática

¹⁸ MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 16. ed. p. 574/575. São Paulo : Atlas, 2004.

visando a celeridade e transparência no processo de elaboração, aprovação e conversão da medida provisória em lei.

10. Conclusão

Consoante salientado, o instituto da medida provisória surgiu no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Constituição Federal de 1988, substituindo em desvantagem o decreto-lei da Constituição de 1967. Isso porque, na sua roupagem inicial, a medida provisória não estava sujeita a qualquer limitação material e ademais, com a insuficiente normatização que existia acerca da matéria, abriu-se espaço para suas reedições ilimitadas, o que criou uma situação de insegurança jurídica, ao ponto de não se saber qual a legislação em vigor.

Não resta dúvida de que o Poder Executivo necessita de um instrumento ágil, para fazer frente às necessidades urgentes e inadiáveis, de relevância tal que sua não utilização poderá afetar a ordem pública. Porém, o uso indiscriminado de medidas provisórias converteu-se numa arma contra a própria sociedade. Assim, tal instrumento normativo que deveria ser prerrogativa do Chefe do Poder Executivo com o intuito de agilizar e normatizar relações jurídicas inadiáveis conforme os limites estabelecidos constitucionalmente, tornou-se um entrave no ordenamento jurídico, através de sua reedição indiscriminada.

O legislador, ciente desta realidade, editou a Emenda Constitucional nº32, fixando os parâmetros e limites, para o Chefe do Executivo elaborar as medidas provisórias. Buscou-se, assim, apaziguar as diversas controvérsias existentes acerca da edição dessa modalidade normativa, a qual estava sendo usada imoderadamente pelo Presidente da República. A limitação de reedição trazida pela referida Emenda Constitucional, vai exigir maior responsabilidade política do Poder Executivo e também do Legislativo. Por conseguinte, este último deverá agir com maior agilidade e eficiência, procurando não se omitir da apreciação do texto que lhe for submetido pelo Chefe do Executivo, devendo ter poder de argumentação para convencer o Congresso Nacional da necessidade das medidas provisórias, tendo em vista a relevância e urgência da matéria.

Espera-se assim, que o princípio da separação dos poderes seja devidamente observado, respeitando os limites estabelecidos constitucionalmente. Isso porque, a medida provisória configura uma exceção a tal princípio; e, em sendo uma exceção constitucional, seu uso é limitado. Para que este instrumento que, em princípio, foi instituído para ser um arranjo constitucional, não se torne em um verdadeiro desarranjo legislativo.

Título em língua estrangeira: Temporary means: arrangement or disarrangement?

ABSTRACT: The text aims to portrait prerogative given by the federal constitution for the executive branch to insert in the judicial branch the temporary means in case of significance and urgency, breaking up with the principle of the branches independence. The precarios regularization which exist about the matter, opened up a road for the permission given by the suprem federal court to the executive branch comander to make a new edition of the same temporary means unlimeted time done by him. Creating in this way, na obstacle for the society of the unlimited creation of such legislative instruments without quality and goals criteria. With the aim of a better regulation of the elaboration, aprovation and conversion of the temporary means, the constitutional amendment nº 32/2001 was promulgated.

KEY-WORDS: temporary means, new edition, abuse, Constitucional Amendment nº 32/2001.

Referências Bibliográficas

AMARAL Júnior, José Levi Mello do. **Medida provisória e sua conversão em lei: a emenda constitucional n. 32 e o papel do Congresso Nacional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 12.

- BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DUTRA, José Eduardo. **Ata circunstanciada da 2ª reunião**, realizada em 23 de maio de 1996, da Comissão Especial destinada a examinar as Propostas de Emenda à Constituição.
- FRANÇA Júnior, Fausto de. **Comentários à emenda constitucional nº 32/2001**. Jus Navigandi, Maceió, Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2551>>, 56k. Acesso em 27.set.2004.
- FERREIRA, Sérgio D`Andréa. **Medidas provisórias**. São Paulo: Saraiva, 1997.
- FIGUEIREDO, Marcelo. **Interesse público**. Revista de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. São Paulo, ano 2, n. 8, p. 97, outubro/dezembro 2000.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MARTINS, Ives Granda da Silva. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 16. ed. São Paulo : Atlas, 2004.
- MUKAI, Toshio. **As medidas provisórias**. Revista Jurídica Consulex. Brasília, n.121, agosto 2002.
- OLIVEIRA, José Anselmo. **Conceito de relevância e urgência na MP**. O Neófito. São Paulo: 1999.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Conceito de urgência no direito público brasileiro**. Revista trimestral de direito público, nº 01, Malheiros, 1993.
- SOUSA, Leomar Barros Amorim de. **A produção normativa do Poder Executivo**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.
- SZKLAROWSKY, Leon Frejda. **Comentários à emenda constitucional nº32/2001**. Brasília, [2002]. Disponível em <<http://www.jusnavigandi.com.br>>. Acesso em 10 set. 2003.
- SZKLAROWSKY, Leon Frejda. **Medidas provisórias: instrumento de governabilidade**. 1. ed. São Paulo: Editora NDJ, 2003.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

RELEITURA DA FRAUDE CONTRA CREDORES À LUZ DA TEORIA DA INEFICÁCIA RELATIVA

Frederico Garcia Pinheiro *

RESUMO

O presente artigo científico visa a ressaltar a importância de haver mecanismos eficazes no combate às condutas fraudulentas. Partindo dessa premissa, buscou-se demonstrar a viabilidade de se adotar a teoria da ineficácia relativa dos negócios jurídicos praticados em fraude contra credores *stricto sensu* (fraude pauliana) – que se contrapõe à tese clássica da anulabilidade. Outrossim, em se adotando a teoria da ineficácia relativa (ou inoponibilidade perante terceiros), chegou-se à conclusão de que a sentença que julga procedente o pedido formulado na ação pauliana é de natureza meramente declaratória.

PALAVRAS-CHAVE: fraude contra credores, teoria da ineficácia relativa, inoponibilidade perante terceiros, natureza jurídica da sentença, declaratória

1 INTRODUÇÃO

A função primordial da normatização jurídica é permitir que haja vida em sociedade, melhor dizendo, é através da regulamentação das condutas toleradas, bem como das proibidas, que se torna possível obter “o equilíbrio social, impedindo a desordem e os delitos, procurando proteger a saúde e a moral pública, resguardando os direitos e a liberdade das pessoas” (DINIZ, 1999, p. 243).

O sistema jurídico tem a preocupação de traçar normas de conduta e, ao mesmo tempo, mecanismos eficazes para fazer com que tais normas sejam satisfatoriamente respeitadas por todos, pois, só dessa forma, se conseguiria atingir o seu objetivo principal – a pacificação social.

Na esteira dessa idéia de que as normas jurídicas devem ser respeitadas indistintamente por todos, por vezes, há quem tente mascarar a prática de determinadas condutas vedadas, objetivando se esquivar de deveres e obrigações, bem como evitar possíveis consequências jurídicas. Tal conduta é denominada, genericamente, fraude.

Independentemente do tipo de fraude – se contra terceiros ou contra a coletividade – o ordenamento jurídico, através da busca pela efetividade dos direitos, como não poderia deixar de ser, se preocupa em evitar a perpetuação da fraude, estabelecendo regras e mecanismos sancionadores das condutas fraudulentas.

Contudo, apesar dos mecanismos existentes para se barrar a prática de fraudes, a verdade é que quanto mais evoluída é a sociedade e a inteligência humana, mais se percebe a prática de fraudes, utilizando-se de meios com acentuada criatividade lesiva, fato esse que traz, por vezes, enormes dificuldades para que se possa reprimir tempestiva e eficazmente os danos advindos do ato fraudador.

De fato, enquanto o agente do ilícito comum atua às claras e, com isso, permite reação da vítima a tempo de defender seus direitos e de evitar a consumação do

* Procurador do Estado de Goiás - Especialista em Direito Processual pela FESURV/AXIOMA JURÍDICO. Pós-graduando (especialização) em Direito Civil pela UFG

dano, o mesmo não se passa com o agente da fraude. Aqui, a vítima é surpreendida, em regra, quando a astúcia do defraudador conseguiu, às escondidas, consumir a lesão do patrimônio alheio, tudo sob a aparência de inocente exercício de direito. Nessa altura só resta ao lesado o socorro ao processo judicial para invalidar o ato fraudulento. Para complicar mais a situação, constata-se que, como fruto de inteligência preordenada à ilicitude, a fraude sempre corresponde a uma preocupação do causador do dano de agir com cautela e segurança para encontrar na aparência de ato jurídico perfeito a principal barreira à defesa da vítima (THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 61-62).

Diante desse quadro apresentado, o direito deve estar sempre em evolução, atualizando-se, de modo a munir as vítimas e o Judiciário de mecanismos para que se possa, em combatendo a fraude, dar efetividade às normas jurídicas. Todavia, o recém vigente Código Civil trilhou caminho retrógrado ao disciplinar a fraude contra credores *stricto sensu* (fraude pauliana), haja vista que a manteve disciplinada no mesmo título referente aos defeitos dos negócios jurídicos, como causa de anulabilidade.

A melhor doutrina, afastando-se de uma interpretação meramente gramatical do Código Civil, vem sistematizando a teoria da ineficácia relativa, a qual já fora adotada, inclusive, em vários julgados de tribunais pátrios e se mostra mais adequada como medida de repulsa à fraude. Dentre os adeptos de tal teoria progressista, há divergências quanto à natureza jurídica da sentença que julga procedente o pedido na ação pauliana, havendo quem entenda tratar-se de uma sentença constitutiva e, outros que advogam ser uma sentença meramente declaratória.

2 FRAUDE CONTRA A COLETIVIDADE E FRAUDE CONTRA TERCEIROS

Conforme já dito alhures, existem duas espécies de fraude, a fraude que atinge toda a coletividade – também denominada fraude à lei – e a fraude comum, cujos lesionados são terceiros determinados ou, ao menos, determináveis.

Na fraude comum, contra terceiros, o ato fraudador em si, extrinsecamente, não contém nenhum vício, contudo, a fraude se localiza nos efeitos colimados pelo referido ato, pois que visam lesar interesses de terceiros. A finalidade precípua do ato não é violar a lei, mas sim prejudicar alguém através da prática de um ato aparentemente lícito, em outras palavras, a ilegalidade não está no ato em si, formalmente considerado, mas sim na finalidade da prática do mesmo.

Por seu turno, na fraude à lei, a qual atinge toda a coletividade, a ilicitude é encontrada no próprio ato em si. O ordenamento jurídico proíbe a prática do ato e não tão-somente os efeitos eventualmente produzidos.

Na *fraude à lei* [...] a ilicitude está no íntimo do próprio negócio jurídico, que, de maneira alguma, poderia ter sido realizado, já que sua prática esbarra numa vedação de ordem pública. O cônjuge adúltero está proibido de doar à concubina. Para fugir da proibição, simula uma compra e venda. O ato é nulo porque não houve realmente compra e venda, mas *doação*, que é, na espécie, interdita por mandamento legal de ordem pública. É certo que alguém pode e deve ter sido prejudicado pela referida liberalidade, fraudulentamente realizada. Mas a essência da *fraude, in casu*, não está nesse prejuízo, que a rigor nem precisa ser investigado ou provado. A ineficácia do ato fraudulento está no ultraje maliciosamente cometido contra a vedação legal de ordem pública (THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 63).

Logicamente, a fraude à lei é mais grave do que a fraude contra terceiros (fraude comum), haja vista a potencialidade lesiva daquela ser a coletividade como um todo e não um ou outro terceiro prejudicado. Exemplo típico de fraude à lei é a simulação, erigida pelo vigente Código Civil a causa de nulidade absoluta.

No regime civil, a fraude comum contra terceiros pode ser classificada como fraude contra credores, que em sentido lato engloba quatro espécies: fraude contra credores *stricto sensu* (fraude pauliana), fraude à execução, fraude à penhora e a fraude por abuso da personalidade jurídica. As três primeiras espécies já encontram-se tradicionalmente reguladas pelo direito pátrio há tempos, enquanto que a última era prevista apenas em diplomas esparsos regeadores de situações específicas (Ex.: relação de consumo, infração contra a ordem econômica, dano ao meio ambiente, etc), mas agora encontra-se positivada no art. 50 do atual Código Civil.

Sem pretensão de esgotar o tema concernente à todas as espécies de fraude contra credores *lato sensu*, mister destacar as observações feitas por Alexandre Freitas Câmara (2004, p. 221) acerca da diferenciação entre as três espécies “tradicionais” de fraude contra credores *lato sensu* (fraude pauliana, fraude à execução e fraude à penhora):

Verifica-se, assim, a existência de uma “escalada” de situações, quanto ao nível de gravidade, entre as diversas modalidades de fraude. Da menos grave (fraude pauliana, onde se exige a redução do devedor à insolvência e o elemento subjetivo da fraude), passando pela fraude de execução (onde apenas o elemento objetivo, insolvência do devedor, é exigido), até chegar-se à modalidade mais grave (alienação de bem penhorado, onde nem mesmo a insolvência do devedor é requisito da fraude).

3 FRAUDE PAULIANA

3.1 IMPRESCINDIBILIDADE DO MANEJO DA AÇÃO PAULIANA

A fraude contra credores *stricto sensu* é denominada, também, de fraude pauliana, tendo em vista que, para sua constatação, o ordenamento jurídico impõe a obrigatoriedade do manejo de uma ação judicial cognitiva autônoma³⁷, a qual recebe o nome de ação pauliana³⁸. As demais espécies de fraude contra credores *lato sensu* não exigem que se intente uma ação judicial específica para que sejam reconhecidas.

3.2 DOS REQUISITOS DA FRAUDE PAULIANA

A configuração da fraude pauliana requer que se prove a presença de dois requisitos: *eventus damni* e *consilium fraudis*. O primeiro é um requisito de caráter objetivo, ao passo que o segundo o é de caráter subjetivo.

O *eventus damni* é o dano provocado pela insolvência resultante da alienação de bens, em outras palavras, é o desfalque do patrimônio do devedor de modo a prejudicar a satisfação integral das suas dívidas. Destarte, é o que se verifica quando o passivo (dívidas) é superior ao ativo (créditos).

³⁷ A jurisprudência e a doutrina não admitem, de forma alguma, que se reconheça a fraude pauliana por meio processual diverso da ação pauliana, havendo o STJ, inclusive, assentado na súmula nº 195 que: “em embargos de terceiro não se anula ato jurídico, por fraude contra credores”.

³⁸ É usual utilizar-se ação revocatória como sendo sinônimo de ação pauliana. Contudo, o emprego do termo ação pauliana nos parece mais adequado considerando os fins do presente trabalho, o qual se restringe tão-somente à seara do Direito Civil e Processual Civil, haja vista que ação revocatória também pode ser empregada no Direito Falimentar, indicando meio de repressão a outras formas de fraudes contra credores.

Importante salientar que deve haver nexo de causalidade entre as alienações fraudulentas e a insolvência do devedor e, ainda, que tal insolvência se prolongue até o momento da propositura da ação pauliana e seu desenrolar. Se, no momento da propositura da ação, o devedor não se encontra mais insolvente, ou se, durante o trâmite da mesma, cessa o estado de insolvência, há que reconhecer que houve perda do interesse processual.

Outrossim, aduz a doutrina mais abalizada, não caber à parte autora o ônus de provar o *eventus damni*, bastando que se alegue a sua existência, ficando a cargo dos réus, mormente do devedor, provar a sua eventual inexistência.

Por seu turno, o *consilium fraudis* é o intuito do devedor em furta-se ao cumprimento de suas obrigações. Há situações em que o *consilium fraudis* goza de presunção absoluta (*jure et de jure*), em virtude de expressa previsão legal: negócios a título gratuito ou remissão de dívidas (art. 158), pagamento antecipado de dívida não vencida (art. 162) e concessão de garantia (art. 163). Em tais casos, há a necessidade de se provar tão-somente o *eventus damni*.

Situação diversa ocorre quando se trata de contratos onerosos, pois não há presunção legal absoluta do *consilium fraudis* e, conseqüentemente, o mesmo deve ser provado pelo autor. Em tais casos, a configuração do *consilium fraudis* requer a análise de aspectos subjetivos do devedor e, também, daquele que com ele contrata.

Primeiramente, há que se perquirir se o devedor contratante tinha, ao menos, potencial conhecimento de que a execução do contrato celebrado influenciaria no seu estado patrimonial, melhor dizendo, na configuração da sua insolvência (art. 159). Vale ressaltar que não é necessário que o devedor contrate com *animus nocendi*, ou seja, com o intuito deliberado de fraudar. Basta o mero potencial conhecimento de que a execução do contrato poderia leva-lo ao *eventus damni*, isto é, ao desequilíbrio de suas finanças.

Além do requisito supra, é imprescindível, também, que o *participens fraudis*, aquele que contrata com o devedor, tenha agido com *scientia fraudis*, vale dizer, má-fé. A configuração da má-fé, no presente caso, é decorrência, do simples conhecimento em potencial da possibilidade de ocorrência do *eventus damni*, ou seja, de que o devedor poderia tornar-se insolvente em decorrência da execução daquele contrato. Não há, pois, necessidade de o *participens fraudis* ter o real conhecimento da situação econômica do devedor, sendo bastante que, de acordo com as circunstâncias, devesse ter tal conhecimento.

A *contrario sensu*, caso o *participens fraudis* esteja de boa-fé, isto é, sem razões para desconfiar do intuito fraudatório do devedor, o negócio jurídico não poderá ser atacado pela ação pauliana. Percebe-se, pois, que nos contratos onerosos a configuração do *consilium fraudis* depende, impreterivelmente, do potencial conhecimento acerca do *eventus damni* futuro, de forma cumulativa, tanto por parte do devedor insolvente, quanto por parte do terceiro que com ele contrata.

3.3 DO CRÉDITO DEFRAUDADO

Nos termos do art. 158, *caput*, do Código Civil, a ação pauliana somente pode ser intentada pelos credores quirografários que tiveram seus respectivos créditos defraudados. O §1º do referido artigo traz a possibilidade, também, de o credor com crédito garantido intentar a ação pauliana, desde que a garantia dada não seja capaz de solver a dívida em sua totalidade.

Contudo, tal artigo deve ser interpretado *cum grano salis*, haja vista que podem existir situações em que há manifesto interesse processual de terceiros, que não sejam credores. Na jurisprudência, por exemplo, encontra-se assentado que o avalista e o fiador do

devedor fraudador, podem se valer da ação pauliana visando prevenir eventual responsabilidade pela dívida que garantiram.³⁹

Outra característica do crédito defraudado é que o mesmo deve ser anterior à prática da fraude pauliana, nos termos do §2º do já citado art. 158 do Código Civil. Não há a possibilidade de cabimento da ação pauliana com relação a crédito futuro, como o fazem alguns códigos modernos, como o português e o italiano.

Outrossim, segundo Humberto Theodoro Júnior (2001, pg. 137-139), o crédito não precisa sequer estar representado em título executivo (Ex.: duplicata sem aceite juntamente com outros documentos fiscais que comprovem a compra e venda mercantil), não precisa gozar de exigibilidade, nem liquidez (Ex.: indenização com base em sentença penal condenatória)⁴⁰. Contudo, no caso de obrigação sujeita a condição suspensiva, tal condição já deve ter sido verificada antes do ato fraudador, pois do contrário não se configuraria crédito anterior ao ato fraudulento.

3.4. DO PÓLO PASSIVO NA AÇÃO PAULIANA

A ação pauliana deve ser proposta em face do devedor e do terceiro adquirente do bem (que deve ter contratado imbuído de má-fé), em litisconsórcio passivo necessário e unitário⁴¹, nos termos do art. 161 do Código Civil.

Contudo, no caso de terem havido sucessivas alienações, somente os adquirentes que tenham operado de má-fé (*scientia fraudis*) podem figurar no pólo passivo da demanda pauliana. Logicamente, caso o adquirente esteja de boa-fé, em alguma dessas alienações, não será compelido a responder pela fraude pauliana. Não há que se falar no caso de aplicação do art. 42, §3º, do CPC, pois é o direito material que protege o subadquirente de boa-fé.⁴²

Os adquirentes que tiverem operado de má-fé (*scientia fraudis*) devem integrar o pólo passivo da demanda, na condição de responsáveis tão-somente pelo valor do bem alienado em fraude pauliana. Daí a conclusão de serem responsáveis, e não devedores, pois não respondem pelo débito total.

Por fim, o art. 160 do Código Civil prevê a possibilidade de o terceiro adquirente (*participans fraudis*) evitar a ação pauliana, caso deposite em juízo, com citação dos interessados, o valor aproximado do bem (quando o preço estipulado no contrato tenha sido

³⁹ Ementa: CIVIL. FRAUDE CONTRA CREDITORES. O AVALISTA QUE PAGA A DÍVIDA DO AVALIZADO SUCEDE O CREDOR NOS RESPECTIVOS DIREITOS E AÇÕES. Nota promissória avalizada. Inadimplemento do respectivo emitente, que, depois do aprobe do título, vendeu o único imóvel de sua propriedade. Pagamento, pelo avalista, que, sub-rogado nos direitos do credor, ajuizou ação pauliana. Alegação de que o avalista, na data da alienação do imóvel, não era credor do avalizado. Improcedência, porque o avalista que paga a dívida assume a posição do primitivo credor, legitimando-se ao exercício dos direitos e ações deste. Recurso especial não conhecido. (STJ, 3ª Turma, REsp 139093/PR, DJ 10/04/2001, Min. Ari Pargendler)

⁴⁰ Ementa: RECURSO ESPECIAL. AÇÃO PAULIANA. CRÉDITO. ANTERIORIDADE. NÃO PROVIMENTO. O parágrafo único do art. 106 do Código Civil, em interpretação atualizada do velho estatuto, não requer o crédito líquido e documentado, sendo bastante a causa geradora do direito. (STJ, 3ª Turma, REsp 10.096/SP, DJ 25/05/1992, Min. Cláudio Santos)

⁴¹ "Caso não sejam citados para o processo pauliano todos os participantes do negócio fraudulento, a sentença eventualmente proferida terá sido dada inutilmente ('inutiliter data'), isto é, não fará coisa julgada material e não produzirá nenhum efeito. Porque não será acobertada pela coisa julgada material ('auctoritas rei iudicatae'), não há necessidade de ajuizar-se ação rescisória para desconstituir-se essa sentença" (NERY JÚNIOR; ANDRADE NERY, 2004, p. 226)

⁴² Ementa: AÇÃO PAULIANA. TERCEIRO ADQUIRENTE. BOA-FÉ. O terceiro adquirente de boa-fé não é atingido pelo efeito de sentença de procedência de ação pauliana, satisfazendo-se o interesse dos credores, contra os fraudadores, em cobrar-se sobre o equivalente do valor do bem. Art. 109 do CC. Recurso conhecido e provido. (STJ, 4ª Turma, REsp 102401/MG, DJ 31/03/1997, Min. Ruy Rosado de Aguiar)

aproximado do corrente) ou do próprio valor real (caso o preço estipulado no contrato tiver sido bem inferior ao valor real do bem).

4 ANULABILIDADE OU INEFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO PRATICADO EM FRAUDE PAULIANA

Todo ato jurídico, para que alcance os efeitos programados por seu agente, deve passar, primeiramente, pelos três planos do mundo jurídico: existência, validade e eficácia⁴³. Todo ato inexistente ou inválido será também ineficaz, contudo, nem todo ato existente e válido é eficaz. Em que pese o ato jurídico ser válido e estar apto a produzir efeitos, nem sempre tais efeitos são produzidos, desde já ou por completo. Pode ser que haja alguma causa de ineficácia absoluta (Ex.: ato jurídico sujeito à condição suspensiva) ou causa de ineficácia relativa (Ex.: fraude pauliana, fraude à execução, fraude à penhora, desconsideração da personalidade jurídica em decorrência de abuso).

Segundo Alexandre Freitas Câmara (2004, p. 214), as questões atinentes à eficácia do ato jurídico referem-se aos efeitos secundários do referido ato, e não ao efeito programado ou principal, de modo que a ineficácia relativa é uma forma de se proteger interesses de terceiros, alheios ao ato jurídico praticado:

Há casos, porém, em que – como forma de se proteger a esfera patrimonial de terceiros – exclui-se a aptidão do ato jurídico para produzir o efeito secundário (embora o ato continue apto a produzir seu efeito programado). Assim, por exemplo, na alienação de bem em fraude contra credores, o efeito programado se produz, e o bem alienado passa a pertencer ao adquirente. Não se produz, porém, o efeito secundário, o que significa dizer que aquele bem, embora tenha saído do patrimônio do devedor permanece incluído no campo de incidência da responsabilidade patrimonial, isto é, embora não mais pertença ao devedor, será possível sua apreensão (no patrimônio de terceiro que o adquiriu), para que com ele se assegure a realização do direito de crédito do terceiro prejudicado pela alienação.

Em que pese a melhor doutrina pregar a ineficácia relativa do negócio jurídico praticado em fraude contra credores *stricto sensu* (fraude pauliana), conforme visto, o atual Código Civil continuou a regulá-la dentro do capítulo referente aos defeitos dos negócios jurídicos. Tal localização do tema é extremamente criticável, pois suas características e efeitos não se assemelham à dos demais defeitos negociais, elencados sob o mesmo título.

Primeiramente, a doutrina majoritária considera a fraude pauliana como sendo um vício social, tal como a simulação, ao passo que os demais defeitos negociais (erro, coação, dolo, lesão, estado de perigo) seriam vícios de consentimento⁴⁴. Enquanto o vício de consentimento atinge o negócio jurídico em si, pois compromete um de seus elementos essenciais – a vontade negocial –, o vício social refere-se aos fins colimados pelo negócio jurídico, quando buscarem frustrar direitos de terceiros, no caso da fraude pauliana, ou da própria sociedade, no caso da simulação.

⁴³ Em síntese: O plano da existência representa a materialidade fática do ato. O plano da validade, diz respeito à presença dos requisitos legais essenciais para que determinado ato esteja apto a produzir efeitos. Já plano da eficácia refere-se à produção ou não dos efeitos programados.

⁴⁴ Divergindo em parte, por não considerar a lesão e o estado de perigo como sendo vícios de consentimento, FIÚZA (2004, p. 227 e 230): “A vontade do lesado embora, sem dúvida prejudicada, não nasce viciada por engano quanto às circunstâncias, nem por violência ou esperteza de terceiro. Não se pode equiparar a lesão aos vícios do consentimento, mesmo porque, o fundamento da invalidade do negócio não é a dissonância entre a vontade real e a vontade declarada. [...] O estado de perigo é bastante semelhante à lesão e à usura. Na verdade, o que diferencia os três institutos é que naquele o perigo é mais pujante, quase sempre imediato.”

Quando há vício de vontade, o negócio jurídico se torna passível de anulação, caso tal providência seja requerida judicialmente por algum prejudicado. Situação muito diferente ocorre no caso da fraude pauliana, em que o negócio jurídico não é viciado em nenhum de seus elementos essenciais, não sendo, pois, passível de anulação. Neste caso, o negócio jurídico subsiste, contudo, não estará apto a produzir efeitos, haverá ineficácia relativa perante determinados credores (os que intentarem com êxito a ação pauliana).

O Novo Código Civil [...] cometeu, todavia, um desserviço ao direito civil brasileiro, ao manter a fraude contra credores dentre as causas de anulabilidade do negócio jurídico (arts. 158 a 165), já que os rumos traçados pelo direito comparado contemporâneo e a lição da doutrina nacional desde muito catalogam a impugnação pauliana no âmbito da ineficácia, e não da invalidade.

Além de atribuir efeitos impróprios à natureza dos negócios viciados, reúne o Código fenômenos heterogêneos sob a denominação única de “defeitos do negócio jurídico”. Na verdade, nada há em comum entre os vícios de consentimento (ou de vontade) - erro, dolo, coação etc. e os vícios funcionais (ou sociais), como a fraude contra credores. (THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 01-02)

Pois bem, além de disciplinar a fraude pauliana juntamente com os defeitos negociais relativos aos vícios de consentimento, o vigente Código Civil lhe atribuiu, *a priori*, segundo interpretação literal dos artigos 158, 159, 165 e 171, inciso II, os mesmos efeitos sancionatórios dos vícios de consentimento – a anulabilidade do negócio jurídico. Todavia, numa interpretação teleológica infere-se que a fraude paulina é causa, na verdade, de ineficácia relativa, e não de anulabilidade.

No Brasil, a doutrina civilista clássica⁴⁵ ainda prega uma interpretação conforme a literalidade dos dispositivos supra-mencionados, isto é, atribuindo à fraude pauliana o efeito de possibilitar a anulação do negócio jurídico. Por seu turno, vários doutrinadores, principalmente processualistas⁴⁶, vêm defendendo a tese da ineficácia relativa, havendo o Superior Tribunal de Justiça adotado-a, inclusive, em alguns julgados, *in verbis*:

EMENTA: DIREITO CIVIL E PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO PAULIANA. ACÓRDÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. REEXAME DE PROVA. PREQUESTIONAMENTO. AFRONTA AO ART. 106 DO CC. ALIENAÇÕES SUCESSIVAS NO TEMPO. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR.

- Afronta o art. 535, II do CPC apenas o acórdão omisso, não necessitando o Tribunal a quo tecer comentários sobre todos os argumentos levantados pelas partes.

- É inadmissível o recurso especial se não houve o prequestionamento do direito tido por violado e dependa a sua análise de reexame de prova.

- Não possui interesse de agir aquele que, em ação pauliana, interpõe recurso especial por ofensa ao art. 106 do CC, pugnano pela validade de alienação anterior a outra, se o Tribunal a quo decidiu que, em alienações sucessivas no tempo, deve-se primeiro **declarar a ineficácia da alienação** mais próxima para, somente após, caso permaneça o estado de insolvência, **declarar-se a ineficácia da alienação** mais remota.

- Recurso especial a que não se conhece.

(REsp 214087 / SP; 3ª Turma; Rel. Nancy Andrigui; DJ 25.06.2001) **grifo nosso**

EMENTA: EMBARGOS DE TERCEIRO – FRAUDE CONTRA CREDITORES

⁴⁵ Podem ser citados, como exemplo, dentre outros: Maria Helena Diniz (2000, p. 315), Silvio Rodrigues (2003, p. 238), Silvio Salvo Venosa (2005, p. 489).

⁴⁶ Adotam a tese da ineficácia relativa, por exemplo: Humberto Theodoro Júnior (2002, p. 01-02), Cândido Rangel Dinamarco (2004, p. 387), Alexandre Freitas Câmara (2004, p. 211).

Consoante a doutrina tradicional, fundada na letra do Código Civil, a hipótese é de anulabilidade, sendo inviável concluir pela invalidade em embargos de terceiro, de objeto limitado, destinando-se apenas a afastar a constrição judicial sobre bem de terceiro. De qualquer sorte, admitindo-se a hipótese como de **ineficácia**, essa, ao contrário do que sucede com a fraude de execução, não é originária, demandando ação constitutiva que lhe retire a eficácia.
(Resp 40805 / RJ; 3ª Turma; Min. Eduardo Ribeiro; DJ 08.05.1995) **grifo nosso**

Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery (2004, p. 223) são dos poucos que adotam da posição clássica da anulabilidade e justificam sua opção:

2. Regime Jurídico da fraude contra credores. É dado pela lei. A norma sob comentário dá o regime da 'anulabilidade' ao negócio jurídico celebrado em fraude contra credores. As considerações feitas por parte da doutrina, de que o negócio jurídico seria válido, mas ineficaz (teoria da inoponibilidade) – copiando o direito italiano, sem reservas –, devem ser consideradas *de lege ferenda*. Vide o exemplo da simulação, que no regime anterior era causa de 'anulabilidade' (CC/1916 102 e 147 II) e no regime novo é causa de 'nulidade' do negócio jurídico (CC 167). Portanto, é a 'lei' que dá o regime jurídico dos defeitos dos negócios jurídicos. Anulado o negócio jurídico por fraude contra credores, o bem alienado volta ao patrimônio do devedor, para a garantia do direito dos credores (CC 165). Caso se desse à fraude contra credores o tratamento da ineficácia, reconhecida essa o bem alienado continuaria no patrimônio do adquirente, fazendo com que apenas aquele que entrou com a ação pauliana tivesse o benefício do reconhecimento da ineficácia, mantendo-se íntegro o ato fraudulento em face dos demais credores.

Por essa razão é que o CC 165 determina que, procedente o pedido pauliano, ou seja, 'anulado' o negócio jurídico fraudulento, o bem objeto do negócio retorna ao patrimônio do devedor, protegendo-se 'todos' os credores. [...]

O regime legal da fraude contra credores – anulabilidade, portanto, afigura-se-nos o mais adequado para a realidade brasileira e para o escopo a que se propôs o Código Civil: proteger os 'credores' e não apenas aquele credor que ajuíza a ação pauliana.

Em que pese a literalidade dos dispositivos, o método gramatical de interpretação não é o único, nem o mais plausível. No presente caso, mister se faz lançar mão do método teleológico, com o qual se conclui que, apesar da referência à "anulabilidade", as conseqüências advindas do reconhecimento da fraude pauliana se assemelham mais à ineficácia relativa.

É claro que o intérprete não pode revogar a lei nem eliminar os critérios do legislador, substituindo-os por outros critérios pessoais que, sem motivo plausível, se distanciem do direito positivo e dos princípios gerais do direito reconhecidamente inspiradores do ordenamento positivo. Pode, e deve, no entanto, afastar-se do anacrônico positivismo jurídico, para conscientizar-se de que o direito não está apenas na letra da norma legislada. Ao contrário, tem de orientar-se, para chegar a bom termo no labor interpretativo, segundo critérios valorativos que revelam horizontes muito mais amplos do que os imediatamente divisados no texto da norma positiva. (THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 186)

Com efeito, o *caput* do art. 165 do Código Civil dispõe que: "Anulados os negócios fraudulentos, a vantagem resultante reverterá em proveito do acervo sobre que se tenha de efetuar o concurso de credores". Ao analisar os efeitos da *anulação do negócio fraudulento*, segundo o art. 165, percebe-se que tal *anulação* é meramente *relativa*, ou seja, a restauração do *status quo ante* objetivada pela referida *anulação* opera-se tão-somente quanto aos credores (e não com relação aos devedores).

Tal *anulação relativa* do art. 165 mais se assemelha à ineficácia relativa (inoponibilidade perante os credores) do que com a anulação (desconstituição *in totum* do negócio jurídico, com recomposição do *status quo ante*). A doutrina clássica não consegue, satisfatoriamente, explicar os efeitos dessa *anulabilidade relativa*, conforme percebido e criticado por Alexandre Freitas Câmara (2004, p. 211-212):

[...] no caso de anulação de um ato praticado em fraude contra credores, deveria o bem alienado fraudulentamente retornar ao patrimônio do devedor que o alienara. Tal, porém, não ocorre. Basta ver a afirmação de um notável civilista pátrio, defensor da posição tradicional (*Carvalho Santos, Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. II, p. 451*), segundo a qual o ato praticado em fraude contra credores seria anulável, mas que, ao analisar os efeitos da sentença proferida na “ação pauliana” (ou seja, na demanda destinada a atacar o ato praticado em fraude contra credores), afirma que “a revogação a que conduz a ação pauliana, como se vê, é puramente relativa, no sentido de que não se verifica senão em proveito dos credores do devedor e nunca em proveito do próprio devedor. Entre este e os terceiros que decaíram na ação pauliana o contrato permanece válido, subsistindo inteiramente. Exemplo: no caso de uma doação fraudulenta, quando os credores fizeram anular essa doação e foram pagos com o produto dos bens que voltaram ao patrimônio do devedor (o doador), como conseqüência da anulação pleiteada, se o preço apurado é superior ao valor total dos créditos, o excedente será restituído ao donatário”.

Parece estranho que um ato anulado permaneça válido entre as pessoas que o praticaram, como afirma textualmente o trecho citado acima. Da mesma forma, é no mínimo estranho que, uma vez expropriado o bem que havia sido alienado em fraude contra credores (depois de ter sido anulada a alienação), e havendo saldo em razão de ter sido obtida quantia em dinheiro superior ao valor do crédito exequendo, pertencer tal saldo ao adquirente, se o bem não mais integrava o seu patrimônio (e sim o do alienante) quando foi expropriado. Tais dificuldades para explicar as conseqüências da fraude pauliana desaparecem, porém, se abandonarmos a posição clássica e afirmarmos que o ato praticado em fraude contra credores é válido, mas ineficaz. (CÂMARA, 2004, p. 211-212)

Percebe-se que melhor seria, então, atribuir como conseqüência da fraude pauliana a ineficácia relativa da transferência operada, isto é, os credores poderiam “alcançar” o patrimônio do terceiro adquirente (*participens fraudis*), dado que o negócio fraudulento seria inoponível àqueles. Ao mesmo tempo, caso o patrimônio transferido em fraude pauliana seja suficiente para extinguir o crédito do credor-autor da ação pauliana, o restante do patrimônio continuaria com o *participens fraudis*, de modo que já lhe serviria como atenuação do *quantum* que irá ter direito face o devedor-alienante em futura ação regressiva.

O atual Código Civil, no que tange à fraude pauliana, praticamente repetiu os dispositivos do Código Civil de 1916, o qual não havia tratado expressamente do instituto da eficácia dos atos jurídicos porque à época em que foi editado não havia ainda um desenvolvimento sedimentado na ciência do direito sobre o plano da eficácia dos atos jurídicos, conforme crítica de Humberto Theodoro Júnior (2002, p. 02):

Como explicar, então, o agrupamento de figuras tão díspares como os vícios de consentimento e os vícios sociais no mesmo segmento dos defeitos do negócio jurídico? Simplesmente porque, na ótica do Código de 1916, todos eles conduziram a uma só sanção: a anulabilidade.

Mas, tão diferentes eram os dois fenômenos, que mesmo submetendo-os ao regime comum das anulabilidades, não pôde o Código velho deixar de reconhecer que a invalidade teria conseqüências não uniformes, conforme o vício fosse de vontade ou social. No primeiro caso, a proteção era para o agente vítima do defeito, de maneira

que a invalidação seria decretada em seu benefício; no segundo, a anulação operaria em favor dos terceiros lesados e não do agente do ato defeituoso.

Ora, esse tratamento promíscuo de fenômenos irreduzíveis entre si só se justificava pelo fato de ao tempo da elaboração do Código velho não se dominar, ainda, com segurança, a distinção, entre anulabilidade e ineficácia relativa. Num Código do Século XXI, todavia, é inaceitável que se mantenham coisas tão díspares sob regime nominalmente igual, mas de conseqüências substancialmente diversas. A impropriedade é gritante e será, na prática, fator de muita confusão e prejuízos, pelos reflexos que certamente acarretará à segurança jurídica.

Mas, considerando que “os tipos, diferentemente dos conceitos, não se criam ou se inventam – somente se descobrem; nem se definem em seus próprios termos – apenas se descrevem” (LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Trad. Portuguesa, Lisboa, 1978, p. 506 et seq. *apud* THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 184), o fato de o legislador do atual Código Civil ter “cochilado”, furtando-se de disciplinar explicitamente o instituto da ineficácia, não é justificativa, por si só, para se adotar uma interpretação literal como sendo algo absoluto.

O apego do juristas ao tradicional e sua correlata aversão ao novo é apenas um eufemismo com que se procura mascarar a sua verdadeira causa: a lei do menor esforço. [...] A aversão ao novo é, assim, a aversão ao estudo; o apego ao passado é, nada mais, nada menos, que expediente para evitar o esforço de meditar sobre as novas normas jurídicas. (BILAC PINTO, 1983, p. 29 a 31 *apud* THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 26)

Outrossim, apesar de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery entenderem que o regime aplicado pelo atual Código Civil à fraude pauliana é decorrente da vontade do legislador de proteger o interesse tão-somente dos credores (e de mais ninguém!), tal posicionamento, *data venia*, se nos afigura, no mínimo, injusto e, também, incentivador da prática de fraudes.

A teoria da ineficácia relativa não tolhe qualquer direito dos credores e, ademais, tem a vantagem de, eventualmente, preservar parte dos direitos do terceiro adquirente (*participens fraudis*), pois entende-se que, “*uma vez expropriado o bem, e obtida uma quantia em dinheiro superior ao crédito exequendo, o saldo restante deva reverter para o adquirente do bem, e não para o devedor que o alienara fraudulentamente.*” (CÂMARA, 2004, p. 214). Se o terceiro adquirente se tornará um credor do devedor-alienante, por que não resguardar parte de seus direitos?

Ora, a teoria da anulabilidade não é justa, haja vista que, no exemplo acima, prega que seja o valor restituído ao devedor-alienante, fato este que dificultaria, ainda mais, a efetividade do direito regressivo do terceiro-adquirente em face do devedor-alienante-fraudador, o qual teria nessa “brecha legal” um verdadeiro incentivo a dar continuidade à perpetração de fraudes.

5 A NATUREZA JURÍDICA DA SENTENÇA NA AÇÃO PAULIANA

A doutrina costuma apresentar diversas classificações com relação às sentenças no processo civil. Dentre as referidas classificações, a mais utilizada é a que busca determinar a natureza jurídica das sentenças definitivas, que julgam o mérito procedente, de acordo com seu conteúdo. Tradicionalmente, são classificadas em sentença: declaratória, constitutiva ou condenatória. Há, ainda, os que adicionam a tal classificação as sentenças mandamental e executiva *lato sensu*, contudo, tal não é unânime na doutrina,

havendo quem defenda que tais *novas* espécies integram o conceito de sentença condenatória.⁴⁷

Em se adotando a teoria da ineficácia relativa, no que se refere à natureza jurídica da sentença que julga procedente o pedido na ação pauliana, a divergência supra não tem relevância prática, haja vista que nessa seara a discussão doutrinária reside em saber se se trata de uma sentença constitutiva ou declaratória.

Cândido Rangel Dinamarco (2004, p. 387) e Alexandre Freitas Câmara entendem tratar-se de uma sentença constitutiva, tendo em vista que só a partir da sentença é que operaria a ineficácia relativa da alienação em fraude pauliana. Aduzem, pois, que tal ineficácia seria “sucessiva”, e não “originária”:

O que se busca aqui é saber o seguinte: praticado o ato em fraude contra credores, é ele *ab origine* incapaz de produzir efeitos (ineficácia originária), ou será o ato capaz de produzir efeitos até que seja proferida sentença pauliana (ineficácia sucessiva)? Sendo correta a primeira resposta, a sentença pauliana será meramente declaratória; correta a segunda, será constitutiva. [...] A pergunta a ser respondida, assim, é a seguinte: pode ser penhorado um bem que tenha sido alienado em fraude pauliana independentemente da propositura da ‘ação pauliana’? A nosso juízo a resposta é negativa. O bem alienado em fraude contra credores sai do patrimônio do devedor e, por conseguinte, fica fora do campo de incidência do art. 591 do CPC. (CÂMARA, 2004, p. 215)

Contudo, *data maxima venia*, entendemos tratar-se uma sentença declaratória. Com efeito, o simples fato de a ineficácia relativa do negócio jurídico fraudador depender de uma sentença que a reconheça, não é, por si só, capaz de indicar tratar-se de um provimento de natureza constitutiva.

A sentença que reconhece a fraude pauliana não tem o condão de criar nenhuma nova relação jurídica de direito material, como o fazem as sentenças constitutivas, a novidade introduzida pela mesma é de incidência processual tão-somente, no âmbito da penhorabilidade. “A fraude ocorreu antes do processo e fez, por ela mesma, com que o adquirente tivesse de suportar, a partir de então, a garantia patrimonial pelos débitos que o alienante insolvente deixou a descoberto” (THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 240)

É o ordenamento jurídico que impõe a imprescindibilidade da sentença em determinados casos, mas a simples obrigatoriedade da mesma não muda a natureza do provimento judicial, que continua a ser meramente declaratório como, por exemplo, no caso das sentenças que julgam procedente o pedido nas seguintes ações: investigatória de paternidade (sentença declaratória de paternidade), consignação em pagamento (sentença declaratória de que se extinguiu determinada obrigação), usucapião (sentença declaratória de que houve aquisição da propriedade em decorrência da prescrição aquisitiva).

Na fraude pauliana ocorre o mesmo, tendo em vista que o ordenamento jurídico impõe a obrigatoriedade do manejo da ação pauliana, conforme explica Humberto Theodoro Júnior (2001, p. 241-242):

Esse acerto somente pode ser feito pela sentença, por imposição da lei, não pra criar ou modificar situação jurídica entre as partes, mas sim e apenas para assentar os fatos e suas conseqüências já operadas no plano do direito material.

Tanto não é a sentença que cria a responsabilidade executiva do terceiro adquirente que este, antes da ação pauliana, pode elidir seus eventuais efeitos, depositando

⁴⁷ Considerando a sentença mandamental e a executiva lato sensu como espécies autônomas da sentença condenatória: Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2005, p. 408-409). Contra, advogando a tese de que há somente três espécies de sentenças: Alexandre Freitas Câmara (2003, p. 437).

em juízo, à ordem dos credores, o preço da aquisição do bem alienado pelo devedor insolvente (CC, art. 108) [atual art. 160]. Também, voluntariamente, pode o credor extinguir a pauliana já em curso mediante resgate do crédito do autor, independentemente de sentença de reconhecimento da fraude. Em tais situações, os efeitos da fraude, sem dúvida, terão operado, no plano do direito material, sujeitando o terceiro adquirente a suportar a responsabilidade patrimonial pela dívida do alienante, sem o pressuposto do acertamento por via de sentença judicial. Evidencia-se, assim, que não é a sentença que gera sua responsabilidade, mas o fato mesmo da aquisição do bem de alguém que se achava em estado de insolvência.

Salvo melhor juízo, talvez o motivo para que alguns doutrinadores, não obstante serem adeptos da teoria da ineficácia relativa, pregarem que a sentença de reconhecimento da fraude pauliana tem natureza constitutiva, decorre do intuito de se buscar manter a sistematização do Código Civil.

Pois bem, o fato de o referido *Codex* ter adotado literalmente a teoria da anulabilidade, implicou no estabelecimento de prazo decadencial para a propositura da ação pauliana (art. 178), o qual seria “preservado” caso de admitisse que a sentença na ação pauliana, mesmo em se adotando a teoria da ineficácia relativa, teria natureza constitutiva.

Contudo, como nos parece mais lógico e razoável que a sentença na referida ação tem natureza meramente declaratória, inevitavelmente o reconhecimento da fraude pauliana não estaria sujeito a nenhuma espécie de prazo, seja prescricional ou decadencial. Devendo ser peremptoriamente desconsiderado o dispositivo que impõe prazo decadencial para o manejo da ação pauliana.

Todavia, apesar da imprescritibilidade da pauliana, há de se reconhecer que não haveria interesse processual no seu manejo caso o crédito dos credores já estivesse prescrito. Daí que se pode concluir que o manejo eficaz da ação pauliana depende da existência contra o devedor-alienante de crédito defraudado e não prescrito.

6 CONCLUSÃO

O vigente Código Civil ficou muito tempo em tramitação legislativa, fato este que lhe foi muito prejudicial, haja vista que em diversos temas já entrou em vigor fora de sintonia com a sociedade que pretende regular. Sem desmerecer as várias inovações positivas do referido estatuto civil, em diversos pontos, contudo, o mesmo não foi capaz de reproduzir o desenvolvimento jurídico visualizado no cenário internacional, como exemplo, podemos citar, a conservação do mesmo regramento do Código Civil de 1916 no que concerne à fraude contar credores *stricto sensu* (fraude pauliana).

Promulgado o Código Civil, resta agora ao intérprete a tarefa de buscar, dentro das possibilidades, atualizar a sua leitura. No que tange à fraude pauliana, uma interpretação meramente gramatical, pela qual se adotaria a teoria da anulabilidade, não é a que melhor se adequa ao ideal de justiça e de repulsa às práticas fraudulentas.

Conforme visto, o art. 165 do Código Civil deve ser interpretado de modo a conferir à fraude pauliana o efeito de tornar os negócios jurídicos fraudulentamente praticados ineficazes perante os credores que obtiverem êxito no manejo da ação pauliana.

Outrossim, em se adotando a teoria da ineficácia relativa, chega-se à conclusão que a sentença na ação paulina é meramente declaratória. Deve-se abandonar a tese de que se trataria de uma sentença constitutiva, como pregam alguns, talvez visando preservar a idéia de que a ação pauliana está sujeita ao prazo decadencial de quatro anos do art. 178.

Um jurista que se propõe a dar maior *operabilidade* ao Código Civil, deve, por vezes, desconsiderar dispositivos que contrariem a lógica jurídica, como, por exemplo, o art. 178 que impõe prazo decadencial para o exercício de uma ação de caráter nitidamente declaratório tão-somente.

As fraudes estão, cada vez mais, sendo aperfeiçoadas por aqueles que buscam se esquivar do cumprimento dos deveres a todos impostos pelo ordenamento jurídico. Deve o jurista, igualmente, aperfeiçoar as interpretações das leis vigentes, de modo a operacionalizá-las no sentido de que possam ser aplicadas eficazmente na repressão a tais condutas. Para tanto, mister se faz despir-se de preconceitos e lançar mão de métodos interpretativos que vão além da simples compreensão gramatical, pois o Direito tem de evoluir!

TITLE: A new notion of fraud against creditors based on the relative inefficiency theory

ABSTRACT: The present article intends to point out the importance of having efficient mechanisms against fraudulent conducts. Starting from this premise, it was sought to demonstrate the viability to adopt the relative inefficiency theory of juridical business practiced in fraud against *strictu sensu* creditors (paulinian fraud) – that opposes to the classical annulability thesis. Furthermore, in adopting the relative inefficiency theory (or inopobility towards third parties), it was concluded that the sentence which judges proceeding the formulated petition in the paulinian law suit is of simple declaratory nature.

KEY WORDS: fraud against creditors, relative inefficiency theory, inopobility towards third parties, sentence juridical nature, declaratory.

REFERÊNCIAS

- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. v. 1;
Lições de Direito Processual Civil. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. v. 2;
 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 4;
 DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999;
Curso de Direito Civil Brasileiro. . São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1;
 FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004;
 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 4. ed. São Paulo: RT, 2005;
 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Anotado e Legislação Extravagante**. 3. ed. São Paulo: RT, 2005;
 VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito Civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 1;
 RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1;
 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1;
 . **Curso de Direito Processual Civil**. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 2;
 . **Dos Defeitos do Negócio Jurídico no Novo Código Civil: Fraude, Estado de Perigo e Lesão**. Disponível em <<http://www.preparatorioaufiero.com.br/art/art8.doc>>. Acesso em: 12/10/2005. Abril, 2002;
 . **Fraude Contra Credores: a Natureza da Sentença Pauliana**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

A ORDEM CONSTITUCIONAL E AS PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA

Gustavo Leonardo Maia Pereira *

RESUMO

Enfoca, sob uma ótica constitucional, as peculiaridades concernentes à atuação estatal em juízo, analisando, em caráter geral e abstrato, as normas dirigidas à Fazenda Pública, que dão contornos específicos aos institutos tradicionais, tendo em vista a relevância dos interesses defendidos pelo Estado. Demonstra a existência de uma efetiva desigualdade material entre os entes estatais e os particulares, uma vez que os primeiros defendem o interesse público, ao qual, em um Estado Democrático de Direito, em nome de uma convivência harmônica, se deve conferir supremacia em face do interesse particular. Conclui, nessa esteira de raciocínio, que as regras diferenciadas constituem verdadeiras prerrogativas processuais da Fazenda Pública e, portanto, consentâneas com o princípio da isonomia, especialmente se considerado em sua acepção substancial.

Palavras-chave: Processo. Constituição. Isonomia. Fazenda Pública. Prerrogativas.

Introdução

Tanto no Código de Processo Civil Brasileiro como, principalmente, na legislação extravagante, há uma série de peculiaridades concernentes à atuação estatal em juízo. Confere-se, pois, em normas dirigidas à Fazenda Pública, contornos específicos aos institutos tradicionais, tendo em vista a relevância dos interesses defendidos pelo Estado.

O conjunto dessas normas, cujo estudo tem atraído os olhares de grandes mestres da ciência jurídica, vem recebendo a denominação de “Direito Processual Público”, o que denota a tendência de se reconhecer a existência de um sistema processual próprio da Fazenda Pública.

Ocorre que, por razões várias, muitas delas eminentemente jurídicas, outras nem tanto, juristas há que entendem que referidas regras especializadas não ultrapassam o teste da constitucionalidade. Aduzem, em apertada síntese, que referidas normas constituiriam verdadeiros privilégios e, portanto, injustificáveis à luz do princípio constitucional da isonomia.

Indubitavelmente, se analisarmos o dogma da igualdade sob seu prisma eminentemente formal, as leis especiais que conferem tratamento processual diferenciado aos entes públicos são flagrantemente inconstitucionais. No entanto, a noção de igualdade na lei, ou mesmo perante a lei, dominante sob a égide do Estado Liberal, cedeu passo, com o advento do Estado Social, à concepção de igualdade material, segundo a qual, na linha da antiquíssima lição aristotélica, deve-se tratar de forma igual os iguais e de forma desigual os desiguais, na medida de suas desigualdades. Olhando a questão sob esse ângulo, o “teste” de constitucionalidade não é mais tão simples.

Nessa esteira de raciocínio, é patente a existência de uma efetiva desigualdade material entre os entes estatais e os particulares, uma vez que os primeiros defendem o

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Pós-Graduando em Direito Processual Civil pelo IBDP/UNISUL/LFG. Procurador do Estado de Goiás.

interesse público, ao qual, em um Estado Democrático de Direito, em nome de uma convivência harmônica, se deve conferir supremacia em face do interesse particular. Daí, outra ilustre ala doutrinária sustentar a necessidade da existência de normas e institutos processuais diferenciados em benefício da Fazenda Pública, como forma de viabilizar o desempenho do múnus público. Segundo essa corrente, que, adiantamos, é a majoritária, as regras diferenciadas constituiriam prerrogativas processuais da Fazenda Pública e, portanto, consentâneas com o princípio da isonomia, especialmente se considerado em sua acepção substancial.

Eis a problemática. Saber se aludidas normas constituem prerrogativas do Poder Público ou se não passam de privilégios estatais, dignos, portanto, do mais impiedoso reproche da ordem jurídica.

A ambição deste singelo trabalho é justamente submeter o conjunto dessas normas em que há relevantes peculiaridades concernentes ao Poder Público ao exame de sua conformidade com a Carta da República.

Não há o intento de esgotar o tema, dada sua complexidade, mas há, sim, o propósito de traçar um panorama seguro, à luz da doutrina e jurisprudência mais abalizadas, acerca da constitucionalidade das normas jurídicas que norteiam a atuação da Fazenda Pública em juízo.

Inicialmente, colocaremos a importância do estudo do processo à luz dos direitos fundamentais, para, a partir da análise do princípio maior do devido processo legal, debruçarmos sobre o vetor constitucional da isonomia.

Tendo como prisma os delineamentos constitucionais e hermenêuticos pertinentes, procederemos ao teste de constitucionalidade já anunciado, de forma a podermos concluir se o conjunto de regras que constituem o chamado “Direito Processual Público” constitui um amontoado de privilégios do Poder Público ou um indispensável sistema de prerrogativas instrumentador do exercício da atividade administrativa.

1 O PROCESSO E A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A teoria dos direitos fundamentais é considerada por muitos constitucionalistas a principal contribuição jurídica do período do pós Segunda Guerra Mundial. A processualística, desde muito cedo, apercebeu-se da importância de estudar o processo à luz da Constituição – basta ver, por exemplo, o trabalho de José Frederico Marques ainda nos idos da década de 50 do século passado.

Mais recentemente, os processualistas avançaram no estudo do tema, agora para encarar institutos processuais não só à luz da Constituição, mas, sim, pela perspectiva de um determinado tipo de norma constitucional, que compreende aquelas que prescrevem direitos fundamentais. Tornou-se recorrente falar-se, portanto, em estudo do processo à luz dos direitos fundamentais, que são, na linha do padrão inaugurado contemporaneamente pela Constituição alemã de Bonn e seguido pelo legislador constituinte dos países da Península Ibérica, o núcleo fundamental da derradeira concepção de Estado de Direito, qual seja, o Estado Democrático de Direito.

A Constituição Federal de 1988 alinhou-se a essa tendência e incluiu no rol dos direitos e garantias fundamentais uma série de dispositivos de natureza processual, os chamados princípios constitucionais processuais, em número sem precedente em nossa história constitucional. São tantos e tão diversos dispositivos que a doutrina moderna já se refere à chamada “Tutela Constitucional do Processo”.¹

¹ DIDIER JR., Fredie. Direito Processual Civil, vol I. 5ª edição. Salvador: JusPODIVM, 2005, p. 25.

Segundo a mais abalizada doutrina constitucionalista, os direitos fundamentais possuem uma dupla dimensão: subjetiva, pois, de um lado, são direitos subjetivos, que atribuem posições jurídicas de vantagem a seus titulares; e objetiva, já que também traduzem valores básicos consagrados na ordem jurídica, que devem presidir a interpretação de todo o ordenamento jurídico por todos os atores jurídicos.

O mestre maior, Paulo Bonavides, ao desenvolver o estudo da teoria objetiva dos direitos fundamentais, ensina-nos, com perfeição:

“Com o advento dos direitos fundamentais de 2ª geração, os publicistas alemães, a partir de Schmitt, descobriram também o aspecto objetivo, a garantia de valores e princípios com que escudar e proteger as instituições. Os direitos sociais fizeram nascer a consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, conforme ocorreria na concepção clássica dos direitos da liberdade, era proteger a instituição, uma realidade social muito mais rica e aberta à participação criativa e à valoração da personalidade que o quadro tradicional da solidão individualista, onde se formara o culto liberal do homem abstrato e insulado, sem a densidade dos valores existenciais, aqueles que unicamente o social proporciona em toda a plenitude. Descobria-se assim um novo conteúdo dos direitos fundamentais.”²

Podemos, neste ponto, a partir das considerações feitas, especialmente no que tange ao aspecto objetivo dos direitos fundamentais, tirar algumas conclusões preliminares acerca dos princípios constitucionais processuais. Primeiramente, não pode haver dúvidas quanto ao fato de que devem esses direitos ser interpretados como se interpretam os direitos fundamentais, ou seja, de forma a dar-lhes o máximo de eficácia. Além disso, o aplicador do Direito poderá afastar, aplicando o princípio da proporcionalidade, qualquer regra que se coloque como obstáculo irrazoável à efetivação de todo direito fundamental.

Estudada, ainda que a vôo de pássaro, a gênese constitucional da ciência processual, pode-se passar à análise de alguns dos princípios constitucionais processuais, partindo-se da norma-mãe, o devido processo legal.

2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL

O devido processo legal deve ser entendido como o princípio fundamental do processo, cláusula aberta da qual emanam as demais garantias. Origina-se da expressão inglesa “due process of law”, cuja primeira previsão ocorreu na Magna Carta de João Sem Terra, de 1215.

Desenvolveu-se, inicialmente, uma concepção formal do direito a um processo devido, restringindo-se a um viés eminentemente processual, segundo o qual o devido processo legal seria, basicamente, o direito a ser processado e a processar de acordo com as normas previamente estabelecidas para tanto. Sob este prisma, tendo em conta o caráter complexo e geral de que se reveste o princípio, o professor Nelson Nery Jr. assevera:

“Em nosso parecer, bastaria a norma constitucional haver adotado princípio do due process of law para que daí decorressem todas as consequências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies.”³

² BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 11ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 519.

³ NERY JR., Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 8ª edição. São Paulo: RT, 2004, p. 60.

Tem-se, portanto, que a amplitude da cláusula do devido processo legal tornaria desnecessária qualquer outra dogmatização principiológica relativamente ao processo civil. Não obstante, foi positivada explicitamente uma série de princípios constitucionais processuais, até mesmo como forma de delimitar melhor o âmbito de incidência de cada uma dessas garantias. Pode-se citar, ilustrativamente, os princípios da ampla defesa, contraditório, publicidade dos atos processuais, isonomia processual, juiz natural e outros.

Insta, entretanto, ressaltar que, com o avanço da teoria dos direitos fundamentais, na linha do que fora delineado no tópico anterior, passou-se a conceber o princípio do devido processo legal sob uma ótica substancial, de alcance ainda mais amplo, consistente em uma idéia de razoabilidade e proporcionalidade, que deve ser observada em todas as formas de produção do Direito, aplicável, portanto, a todos os tipos de processo, e não apenas ao judicial.

É preciso que sejam investigadas noções básicas de hermenêutica constitucional para que se possa compreender melhor o devido processo legal substancial. Sabe-se que a constatação de tensão entre direitos fundamentais e/ou princípios constitucionais é fenômeno bastante comum na aplicação concreta do Direito. Ocorre que, enquanto a desarmonia entre normas infraconstitucionais se resolve por técnicas de interpretação mais singelas, o conflito de normas constitucionais, em razão de sua magnitude, requer do intérprete um cuidado especial, uma vez que, tendo em vista os princípios da máxima eficácia das normas constitucionais e da unidade da Constituição, não se pode aplicar um princípio fundamental em detrimento de outro, de modo a negar aplicação a uma garantia constitucional sob o argumento de que outra é mais importante. Não há hierarquia entre normas constitucionais, de forma que se deve, sempre, buscar uma harmonização entre os princípios em conflito, relativizando-se um e outro, de maneira a viabilizar a aplicação de ambos. E o instrumento dessa atividade da mais salutar importância em um Estado Democrático de Direito é justamente o princípio da proporcionalidade. Este é o fiel da balança, que, apesar de não possuir positividade explícita, é o valor fundamental que confere unidade à ordem constitucional.

O professor Willis Santiago Guerra Filho ressalta a importância do princípio da proporcionalidade, fazendo-o, inclusive, sob uma perspectiva histórica:

“A acolhida extremamente favorável e a aplicação generalizada que tem merecido o princípio da proporcionalidade podem ser entendidas como resultado de um ambiente preparado pelas discussões jus-filosóficas de após a II Guerra na Alemanha. Os horrores do regime nacional-socialista, praticados geralmente em obediência a determinações legais, levou a que se pusesse em evidência a dimensão valorativa do Direito, bem como a que se buscasse em outras fontes que não apenas aquela legislativa, os critérios para sua correta aplicação. Por outro lado, o positivismo em suas diversas manifestações trouxe par ao pensamento jurídico uma contribuição definitiva, ao preconizar a sua formulação dentro dos padrões rigorosos e racionais da ciência.”⁴

É indiscutível que, em nossa Carta Magna, apesar de não haver consagração expressa, o princípio da proporcionalidade possui normatividade, tendo em vista constituir um princípio positivo não-positivado. É o que sugere Paulo Bonavides, ao deitar atenção sobre o tema. Com a palavra o eminente mestre:

“O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como ‘norma jurídica global’, flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o § 2º do art.5º, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e

⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo Constitucional e Direitos Fundamentais. 3ª edição. São Paulo: CELSO BASTOS EDITOR, 2003, p. 74.

*garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição.*⁵

A despeito do amplo espectro significativo do princípio em estudo, podemos tentar sintetizar as conclusões atingidas em duas vertentes. A primeira delas diz respeito ao aspecto eminentemente processual do postulado, segundo o qual os indivíduos têm direito a ver-se processado de acordo com normas rituais gerais, abstratas e predeterminadas, dando ênfase, assim, à finalidade protetiva do processo. A outra, de conformação bem mais complexa, consistente em uma noção de proporcionalidade, viabiliza a solução de eventuais conflitos entre normas constitucionais, bem como confere um importante traço axiológico ao sistema, inclusive às garantias formais adrede mencionadas.

Compreendidas essas premissas fundamentais, passar-se-á à parte final deste estudo, na qual será estudado o princípio da isonomia processual, especialmente no que tange às regras processuais diferenciadas dirigidas à Fazenda Pública, à luz do que acaba de ser delineado.

3 O PRINCÍPIO DA ISONOMIA PROCESSUAL E A FAZENDA PÚBLICA

De todos os postulados que decorrem do princípio-mãe, conforme fora exposto supra, merecerá nossa atenção especial o princípio da isonomia processual, uma vez que o objeto deste trabalho é o estudo de alguns aspectos do chamado “direito processual público”, ou seja, das normas processuais especiais aplicáveis quando se verifica a atuação do Poder Público em juízo, cuja compatibilidade com o princípio da isonomia é alvo de profundas discussões acadêmicas. O debate cinge-se, basicamente, a aferir se as normas diferenciadas constituem apenas prerrogativas ou verdadeiros privilégios.

Sabemos que, indubitavelmente, o império da lei em um Estado de Direito requer que se reconheça o caráter de generalidade das leis e, logo, de que todos sejam iguais perante elas, igualdade essa decorrente da própria circunstância de haver leis, isto é, normas jurídicas dignas de assim serem designadas. A idéia de lei, por conseguinte, na dicção do eminente professor Willis Santiago Guerra Filho, necessariamente incorpora a idéia de igualdade e repele a idéia de privilégios.⁶ O conteúdo político-ideológico do princípio da igualdade, conforme salienta o insigne professor Celso Antônio Bandeira de Mello em clássica obra sobre referido dogma constitucional, denota que “a lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos”.⁷ Há, portanto, inegável incompatibilidade entre isonomia e privilégio, o que leva muitos teóricos a afirmar que as normas processuais diferenciadas estabelecidas em favor da Fazenda Pública constituem atentados ao valor supremo da igualdade, pois seriam verdadeiros privilégios do Estado em detrimento do particular. Olvida-se, muitas vezes, entretanto, que o estabelecimento de igualdade perante a lei pressupõe a supremacia do Estado, que avoca para si a superioridade que certos indivíduos ou grupos deles exerciam sobre os demais, concentrando, primeiro, para, em seguida, dissolver, os antigos privilégios, transformados em poderes públicos. Nessa linha, impõe-se, portanto, a distinção entre privilégios e uma outra categoria de *discrimen*, as prerrogativas, que decorrem de uma situação de superioridade necessária ao exercício de uma

⁵BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 11ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001, p.396.

⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo Constitucional e Direitos Fundamentais. 3ª edição. São Paulo: CELSO BASTOS EDITOR, 2003, p. 134.

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002, p.10.

função pública, a qual não se exerce por interesse próprio ou exclusivamente próprio, mas por interesse público.

Partindo da concepção aristotélica de igualdade, segundo a qual deve-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades, cumpre-nos investigar a proporcionalidade e razoabilidade dos critérios de diferenciação adotados pelo legislador a fim de que se possa verificar se e quando a Fazenda Pública goza de privilégios processuais, ou se, na verdade, tratam-se de prerrogativas essenciais ao desempenho do mister público.

No campo do direito processual, o princípio da igualdade traduz uma idéia de paridade de armas, consistente em dar a ambas as partes as mesmas oportunidades e os mesmos instrumentos processuais para que possam fazer valer os seus direitos e pretensões. Ocorre, todavia, que, concebendo-se a isonomia em sua acepção substancial, essa paridade não implica uma identidade absoluta entre os poderes reconhecidos às partes de um mesmo processo e nem, necessariamente, uma simetria perfeita de direitos e obrigações. Muito pelo contrário, pois o que importa é que as diferenças de tratamento sejam justificáveis racionalmente, à luz de critérios de proporcionalidade, e de modo a evitar, seja como for, que haja um desequilíbrio indevido em prejuízo de uma das partes. É importante que se perceba que, apenas no momento em que forem dados tratamentos diversos a sujeitos diferentes, atingir-se-á o princípio da igualdade em sua acepção substancial, uma vez que uma isonomia meramente formal não se coaduna com a ideologia do Estado Democrático de Direito.

Desta feita, é crucial analisar a situação de supremacia, conforme dantes referido, em que se situa o Poder Público, de forma que se possa verificar a constitucionalidade das distinções legais.

O regime jurídico-administrativo, conforme é sabido, erige-se sobre dois pilares: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público.⁸ O primeiro deles representa verdadeiro axioma do moderno Direito Público e proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. O segundo significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los, o que é, diga-se de passagem, também um dever.

Nesse contexto é que exsurtem as chamadas prerrogativas processuais da Fazenda Pública, uma vez que, caso não fossem conferidas determinadas normas especiais, nem fossem criados determinados institutos, o interesse público não receberia a proteção consentânea com o arcabouço principiológico delineado. Observa-se, claramente, que o uso de prerrogativas está relacionado, indissociavelmente, ao atingimento de finalidade pública, o que evidencia seu caráter eminentemente instrumental, afastando, assim, em nosso entendimento, a natureza privilegiadora apontada por muitos. É fundamental, porém, que, tanto na criação, quanto na aplicação de ditas prerrogativas, os valores constitucionais aparentemente conflitantes sejam ponderados à luz do “substantive due process”, de maneira a garantir a incolumidade da ordem jurídica.

Destaca, com pena de ouro, o mestre Nelson Nery Jr., a importância dos interesses defendidos pela Fazenda Pública como critério de *discrimen* apto a realizar a isonomia material:

“Tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais é a substância do princípio da isonomia. A desigualdade dos beneficiários da norma do art. 188 do

⁸ CUNHA JR., Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 4ª edição. Salvador: Edições JusPODIVM, 2006, p.10.

*CPC em relação ao litigante comum estaria no interesse maior que a Fazenda Pública representa no processo. Os direitos defendidos pela Fazenda são direitos públicos, vale dizer, de toda a coletividade, sendo, portanto, metaindividuais.*⁹

Ainda que não bastasse o regime de Direito Público incidente no caso, justificam as normas fazendárias especiais as peculiaridades existentes na atuação judicial do Poder Público, que impõem tratamento diferenciado a fim de que se possa ver efetivado o princípio da isonomia, considerado de forma substancial, e não meramente formal, garantindo-se, assim, a tão almejada paridade de armas.

A atuação judicial das pessoas jurídicas de Direito Público é marcada por peculiaridades que merecem ser consideradas, ora decorrentes da complexidade das lides levadas a juízo, ora advindas da importância dos interesses que defendem.

Como se não bastassem razões de índole puramente processual, outros aspectos devem ser racionalmente ponderados.

O órgão de representação judicial de um ente público atua nas mais diversas espécies de demanda, vez que realiza a defesa judicial de todos os órgãos despersonalizados da Administração Pública, o que implica a necessidade de atuação conjunta entre a procuradoria e o(s) órgão(s) ligado(s) à causa. De forma que, em razão da complexidade fática, bem como da inevitável burocracia a que se submetem esses procedimentos dentro da própria Administração, na esmagadora maioria das vezes, a prática demonstra que, transcorridos 15 dias – prazo normal para contestação – da citação da pessoa jurídica de direito público, o seu procurador judicial sequer teve acesso aos subsídios fáticos para a elaboração da resposta. É manifestamente diferente, pois, a situação do Poder Público, enquanto litigante, quando comparado ao particular, o que justifica o tratamento diferenciado.

Respalda o raciocínio até aqui exposto a lúcida lição do professor pernambucano Leonardo José Carneiro da Cunha:

*“As ‘vantagens’ processuais conferidas à Fazenda Pública revestem o matiz de prerrogativas, eis que contêm fundamento razoável, atendendo, efetivamente, ao princípio da igualdade, no sentido aristotélico de tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual.”*¹⁰

Pretender, portanto, que a atuação judicial do Poder Público se dê nas mesmíssimas condições em que se dá a atuação do particular representa aversão à idéia de isonomia materialmente considerada.

CONCLUSÃO

Percebemos, no transcorrer do estudo, a inafastável incidência de princípios e valores bem peculiares ao Direito Público, que impõem, inevitavelmente, importantes adaptações ao direito processual. É sob este ponto de vista que se deve focar a questão das diferenças estabelecidas em benefício da Fazenda Pública, de forma a se conseguir afastar, racional e cientificamente, as veementes críticas que são feitas às mesmas, consideradas por muitos verdadeiros privilégios processuais do Poder Público e, portanto, destoantes da noção de isonomia que norteia o Estado Democrático de Direito. Ocorre que, conforme já fora salientado, a supremacia do interesse público, como princípio básico viabilizador de uma convivência harmônica e digna, coloca o Estado em uma situação de superioridade para que possa atuar no sentido de cumprir suas finalidades, especialmente a de reduzir as desigualdades entre os

⁹ NERY JR., Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 8ª edição. São Paulo: RT, 2004, p. 79.

¹⁰ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A Fazenda Pública em Juízo. 2ª edição. São Paulo: Dialética, 2005, p. 30.

administrados. Desta feita, em nosso modesto sentir, tendo em vista as peculiaridades que envolvem a atuação do Poder Público em juízo, bem como o arcabouço principiológico delineado, os diversos institutos e regras que compõem o chamado “Direito Processual Público”, não apenas se harmonizam com a Carta Magna, como são indispensáveis à consecução do fim maior da atividade administrativa, qual seja, a tutela do interesse público.

The constitutional order and the State procedural prerogatives

ABSTRACT

Boarding the special procedural rules applied to the Public Administration when it figures as a part in a judicial process. The brazilian legal system has more beneficial rules to when the State carries on a lawsuit, due to the fact that it represents the needs and interesses of the society, defending not private rights, but rights concerning all. Analyzes the discussions arisen among doctrine and jurisprudence about the constitutionality of these differential treatments. Emphasizes that the constitutionality test should be focused not only on the formal equal protection of the laws, but also in its material aspects. In this context, analyzes some of the most relevant special procedural rules. Concludes that the peculiar rules pass the constitutional test, due to the fact that they are established in order to allow the State to achieve its goals.

Keywords: Lawsuit. Constitution. Public Administration. Special procedural rules. Equality.

Referências Bibliográficas

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 2ª edição. São Paulo: Dialética, 2005.
- CUNHA JR., Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª edição. Salvador: Edições JusPODIVM, 2006.
- DIDIER JR., Fredie Souza. *Direito Processual Civil, vol I*. 5ª edição. Salvador: JusPODIVM, 2005.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 3ª edição. São Paulo: CELSO BASTOS EDITOR, 2003.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004.
- NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8ª edição. São Paulo: RT, 2004.

A POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE ACORDO PELO ESTADO DE GOIÁS NAS AÇÕES INDENIZATÓRIAS

Liliane Arato *

Marcelo de Souza**

Resumo: O inciso VI, do artigo 5º da Lei Complementar 24, de 08 de junho de 1998, permite ao Procurador Geral do Estado, mediante autorização do Governador do Estado, transigir nas ações de interesse estatal. Nas diversas ações indenizatórias propostas contra o Estado, muitas vezes, diante do conjunto probatório desfavorável, percebe-se que seria mais econômico aos cofres públicos a realização de acordo judicial. Todavia, nessa hipótese, surge a indagação se o Estado poderia realizar tal ajuste em face da existência do princípio da indisponibilidade do interesse público.

Palavras-chaves: 1. Ação Indenizatória 2. Acordo. 3. Possibilidade. 4. indisponibilidade do Interesse Público.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade analisar a possibilidade do Estado de Goiás, com base no inciso VI, do artigo 5º da Lei Complementar nº 24, de 08 de junho de 1998, realizar acordos nas ações judiciais indenizatórias propostas em seu desfavor.

Tradicionalmente, predominou o entendimento de que a indisponibilidade do interesse público impediria qualquer espécie de ajuste entre o ente público e o particular. Tal propositura não é diferente com relação às ações indenizatórias intentadas contra o Estado, em virtude de responsabilidade civil objetiva. Na verdade, esse pensamento traduz-se em verdadeiro dogma da ciência jurídica brasileira, sendo que alguns sequer admitem discutir a matéria.

Com a devida vênia aos que pensam diferentemente, a questão posta em análise não pode ser tratada de forma tão radical. É inquestionável que ao interesse público deve ser dispensado cuidadoso zelo, o que não significa dizer que, numa eventual composição entre a Administração e o Particular, este não seja protegido e rigorosamente observado.

Com efeito, a prática processual cotidiana revela que, as vezes, no transcorrer de uma instrução judicial, diante dos elementos probatórios colhidos, torna-se possível aferir qual dos demandantes logrará êxito na perlanga. Resulta, daí, que o término imediato do processo através de um acordo redundaria em benefício econômico e social. Econômico, porque quanto mais demorar a solução da lide, mais caro ela se tornará ao vencido. Social, porquanto a rápida solução do impasse conduz à pacificação na sociedade e a uma maior credibilidade do Poder Judiciário.

O argumento acima exposto é perfeitamente aplicável na hipótese de ação indenizatória por responsabilidade civil objetiva dirigida contra o Poder Público, uma vez que, em alguns casos, constata-se que o autor tem razão em seus reclamos. Imagine-se, por exemplo, um acidente automobilístico envolvendo veículo oficial e que a perícia realizada, diga-se de passagem, por órgão público, conclui pela culpa do agente-motorista ou, um homicídio praticado

* Procuradora do Estado de Goiás - Especialista em Direito Administrativo Contemporâneo

** Procurador do Estado de Goiás - Especialista em Direito Administrativo Contemporâneo.

por agente policial onde restasse comprovado, por perícia e inquérito policial, os fatos narrados na inicial (autoria, a lesão, a condição de agente público, ausência de excludentes).

Neste contexto, mostra-se evidente que a realização de acordo pelo órgão estatal significaria maior economia aos cofres públicos e, também, não ofenderia o interesse público. É preciso lembrar que a demora no encerramento de um processo implica no pagamento de juros, correção monetária, custas judiciais, etc. Além disso, haveria uma maior eficácia na prestação jurisdicional, diante da rapidez de sua entrega. É mister que se compreenda que o interesse público é indisponível quando sua utilização vá resultar em dilapidação ou malversação do patrimônio público, não quando se busca justamente preservá-lo.

Nesta linha de raciocínio, inicialmente queremos trazer algumas anotações pertinentes à transação, como vista pela doutrina civilista, bem como tecer algumas considerações sobre os efeitos processuais que dela decorreriam. Em seguida, passaremos a analisar o princípio da indisponibilidade do interesse público e sua repercussão no ordenamento jurídico vigente, buscando ainda firmar o entendimento que a composição entre Poder Público e Particular não causa qualquer mácula ou violação ao aludido princípio.

Uma vez que estamos no campo das ciências sociais, é de todo recomendável que o desenvolvimento do presente estudo ocorra segundo os cânones do método dialético argumentativo, preconizado por Plauto Faraco de Azevedo, frisando-se que sua composição ocorreu em consonância com o material bibliográfico indicado.

Como referencial teórico utilizamos José dos Santos Carvalho Filho, Celso Antônio Bandeira de Mello, Sílvio de Salvo Venosa, Fábio Gomes e Márcio Soares Berclaz.

1. DA TRANSAÇÃO

O art. 5º da Lei Complementar nº 24, de 08 de junho de 1998, que trata da organização da Procuradoria Geral do Estado, dispõe que cabe ao Procurador-Geral do Estado desistir, transigir, firmar compromissos e confessar, nas ações de interesse do Estado, mediante autorização do Governador.

Com efeito, o alcance de tal autorização poderá ser melhor aquilatado se socorrermos-nos da doutrina para conceituar a transação, estabelecer suas principais características e desta forma evidenciar as diferenças frente a outros institutos como a confissão e desistência, também incluídos na permissão legal.

O vernáculo, em senso comum, traz a idéia de ajuste, combinação, negócio. O Código Civil de 2002 inseriu os dispositivos que normatizam a transação na seção em que tratou dos contratos em espécie. Entretanto, isto não retira do instituto o efeito de extinguir obrigações, como fora tratado no Código Civil revogado. O doutrinador Sílvio de Salvo Venosa, assim discorreu sobre a matéria : ¹

Na transação, cada parte abre mão de parcela de seus direitos para impedir ou por fim a uma demanda. Transigir é condescender, fazer concessões da parte a parte. Não existe transação se uma das partes abre mão de todos os seus direitos: o negócio jurídico será outro, podendo ser confissão ou reconhecimento do pedido ou até mesmo remissão.

Da anotação extrai-se que na transação o transator abre mão de parcela, mas não de todo seu direito. Situação diferente da hipótese em que a parte confessa, ou seja, admite a verdade dos fatos contrária a seus interesses, ou quando o réu reconhece integralmente a

¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos, 2005, p. 313.

procedência do pedido do autor, o que implica em confessar os fatos expostos na inicial e também aceitar todas as conseqüências jurídicas que deles advêm.

Preceitou ainda o ilustre jurista que a transação pressupõe a existência de uma demanda em curso ou de um conflito de interesses, e que, dentre seus requisitos é forçoso existir: acordo de vontades, concessões mútuas e extinção de obrigações litigiosas ou duvidosas. Se a existência de concessões recíprocas entre os transatores implica em acordo de vontades, isto confere à transação o atributo de negócio jurídico bilateral, de natureza contratual, não perdendo essa característica mesmo quando ocorre no desenrolar de uma demanda judicial.

A transação pode ser judicial ou extra-judicial. *Entretanto, a Lei Complementar nº 24/98 autoriza a transação nas “ações de interesse do Estado”, porquanto, englobando apenas a primeira situação. A transação, no bojo do processo, implica em extinção do processo com julgamento de mérito, conforme art. 269, inciso III do Código de Processo Civil. A sentença homologatória da transação terá força de título executivo judicial, conforme teor do art. 584, III do CPC. Entretanto, para que o processo seja extinto, deve existir identidade da lide com o objeto da transação.*

A doutrina e jurisprudência, hodiernamente, tendem a abraçar o entendimento de que a sentença que homologa a transação “não julga a lide”, já que o acordo resulta de composição entre as partes, a qual prescindiu da solução jurisdicional, mas com resultado igual ao que seria alcançado por seu intermédio.²

Os tribunais têm reiteradamente aceito que na homologação da transação a sentença não aprecia o mérito do negócio jurídico de direito material. Destarte, deverá ser atacada através de ação anulatória, nos termos do art. 486 do CPC. Assim entendeu o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra do Ministro Ruy Rosado de Aguiar em que se lê: “a sentença homologatória pode ser desfeita pela ação prevista no art. 486, não obstante a alegação de coisa julgada.”³

Impende assinalar que o art. 841 do Código Civil dispõe que só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação. Portanto, o acordo é vedado em se tratando de direitos indisponíveis, os relativos ao estado e a capacidade das pessoas; os direitos puros de família e os direitos personalíssimos.

Na esteira deste entendimento Sílvio Venosa ensina que o Poder Público só pode transigir quando expressamente autorizado por lei ou regulamento.⁴

2. INTERESSE PÚBLICO

É comum encontrarmos assertivas na doutrina nacional quanto à dificuldade na conceituação de alguns institutos jurídicos. Aliás, muitos dizem que esse mister não é tarefa da doutrina. Todavia, a perfeita e exata compreensão do nosso tema exige a investigação do conceito de interesse público.

No entanto, é importante frisar que o conceito de interesse público é fluido e de difícil apreensão. Nessa perspectiva, o notável José dos Santos Carvalho Filho trata do interesse público no tópico destinado ao princípio da indisponibilidade.⁵

² ARAGÃO Moniz de. apud GOMES, Fábio. Comentários ao Código de Processo Civil, 2000, p. 374.

³ STJ- 4ª Turma, Resp. 112.049-RS, j. em 10.03.1997, DJ 28.04.1997, p. 15879.

⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos, 2005, p. 317.

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 2005, p.20.

O conspícuo doutrinador entende que a propriedade dos interesses e bens públicos pertence à coletividade, contudo, ele não chega a declinar um conceito preciso sobre o interesse público.

Por sua vez, o ínclito Celso Antônio Bandeira de Melo após minuciosa análise de todos os aspectos do interesse público, formulou o seguinte conceito:

“o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem.”⁶

Assim, podemos imaginar que o interesse público é alimentado pela somatória dos interesses dos indivíduos enquanto cidadãos.

Nesse passo, devemos reconhecer que o interesse público não está positivado expressamente na Carta da República. Com efeito, não se vislumbra em nenhuma disposição constitucional qualquer referência explícita sobre ele. A situação, porém, não produz qualquer dificuldade.

O ilustre advogado Márcio Soares Berclaz afirma que o interesse público emana justamente do ordenamento constitucional vigente, porquanto todas as decisões do administrador público devem ter como norte às aspirações da coletividade. Ele assevera que o princípio da legalidade exige e conduz a conduta do gestor no sentido de atender o interesse da população.⁷

Desse modo, verificamos que o administrador atende ao interesse público quando observa o princípio da legalidade, tendo em vista que um é indissociável do outro. Na verdade, é a própria lei que dá formatação ao interesse público.

2.1 INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

Surge, portanto, a indagação quanto à (in) disponibilidade do interesse público. É proposição comum no mundo jurídico que este seria, *a priori*, absolutamente indisponível.

Realmente, o interesse público é indisponível na medida em que nenhum administrador pode praticar qualquer ato que venha atentar contra ele, sem que se configure o desvio de finalidade. No entanto, tal assertiva não é absoluta e nem inflexível, pois como mencionado alhures, é a lei que qualifica o interesse público, sendo perfeitamente possível a sua relativização.

A proteção do interesse público não impede que a Administração possa gerir a *res publica* de acordo com a melhor noção de eficiência e presteza, nos limites permitidos pelo ordenamento jurídico. Ora, o princípio em voga quer apenas evitar que o patrimônio público seja conduzido de forma irresponsável e que haja a sua dilapidação.

Cumprе destacar que nenhuma idéia ou conceito está imune aos efeitos da evolução ou revolução, sobretudo no campo das ciências humanas. Podemos aferir, portanto, que o interesse público não se reveste de invólucro indevassável. Tanto é assim, que a legislação pode dispor sobre a melhor forma de atendê-lo, *v.g.*, a autorização para a alienação de um bem público.

⁶ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 2005, p.53.

⁷ BERCLAZ, Márcio Soares. Algumas considerações sobre o princípio do interesse público no âmbito do Direito Administrativo. Jus Navegandi, <<http://www.jus.com.br/doutrina/texto>> Acesso em: 09 fev. 2005.

3. O ESTADO DE GOIÁS E A POSSIBILIDADE LEGAL DE EFETIVAÇÃO DE ACORDO JUDICIAL NAS DEMANDAS INDENIZATÓRIAS

Freqüentemente, o autor da demanda indenizatória por responsabilidade objetiva em desfavor do ente público manifesta o desejo de realizar acordo, cujo objetivo é a solução mais rápida do litígio e, de conseqüência, o recebimento do crédito porventura existente. Por outro lado, é sabido que na hipótese de sucumbência do Poder Público, a medida recursal é imperativo exigido na lei, o que posterga em muito, o desiderato final da jurisdição.

Todas as vezes que a pessoa jurídica de direito público é instada a realizar alguma espécie de acordo, a resposta é sempre a mesma: o Estado não pode transacionar.

No Estado de Goiás, porém, a referida Lei Complementar nº 24, de 08 de junho de 1998, no inciso VI, do artigo 5º, prevê expressamente a possibilidade do Procurador Geral, mediante autorização do Governador, transigir nas ações de interesse do Estado.

Oportuno, novamente, transcrevermos a disposição legal em comento:

Art. 5º - São atribuições do Procurador-Geral, sem prejuízos de outras previstas em lei ou regulamento:

(...)

VI - desistir, transigir, firmar compromisso e confessa, nas ações de interesse do Estado, mediante autorização do Governador;

Assim, na hipótese de ação indenizatória por responsabilidade civil objetiva intentada contra o Estado de Goiás, caso a instrução probatória revele que o autor tenha razão, verifica-se que o Procurador-Geral, desde que com a aquiescência governamental, estaria legalmente autorizado a celebrar acordo.

A norma é racional e atende perfeitamente ao interesse público. Isto porque, se existe realmente comprovação no processo indenizatório que houve a conduta ilícita do servidor público e, ainda, inexistindo qualquer excludente, a condenação do Poder Público é uma questão de tempo.

Diante desse quadro negativo, o legislador achou por bem permitir à Administração a realização de acordo nas ações judiciais, objetivando evitar maior gravame ao tesouro estadual e, também, encerrar rapidamente a lide, enquadrando-se, neste diapasão também como medida de economia processual.

A mesma diretriz foi adotada na Lei 10.259, de 12 de julho de 2001, Lei dos Juizados Federais que, em seu parágrafo único, autorizou os representantes judiciais dos órgãos públicos a transigir, conciliar ou desistir, o que sinaliza que a medida é uma tendência que se impõe e tende a se consolidar no ordenamento jurídico pátrio.

Note-se que nos processos indenizatórios em desfavor do Estado, a condenação judicial com incidência de juros, correção monetária e honorários advocatícios onera severamente o tesouro. Nesse caso, havendo a possibilidade de acordo entre as partes, o ente público pode apresentar proposta mais equânime, excluindo ou reduzindo as parcelas pretendidas (v.g. juros, 13º salário, dano moral).

Acrescente-se ainda que a conduta atende ao princípio da eficiência já que liberadas de sustentar defesas frágeis e protelatórias, as procuradorias judiciais poderiam centrar seus esforços em causas onde o Poder Público de fato tivesse possibilidade de êxito, tanto como autor, como no pólo passivo da ação.

Ademais, nesta hipótese, a atuação da Administração Pública estaria amparada no princípio da legalidade, consoante determinado na Carta Magna da República e, ainda, em consonância com os ensinamentos do douto J.J Gomes Canotilho, porquanto o interesse

público, como já afirmado anteriormente, não é absolutamente indisponível, sendo que a lei pode e deve indicar as situações em que se permite que ele seja relativizado, justamente para o seu pleno atendimento.⁸

Importante anotar que o Supremo Tribunal Federal já analisou a matéria posta neste estudo, apresentando a seguinte conclusão:

Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tendo disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá a ultimação deste interesse. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/STF). Recurso extraordinário não conhecido.
(STF 1ª Turma; RE nº 253885/MG; Recurso Extraordinário, Relatora Ministra Ellen Gracie Northfleet, julgado em 04/06/02)

A decisão acima transcrita corrobora plenamente a tese aqui desenvolvida. Como já asseverado, a lei pode atenuar a indisponibilidade do interesse público com o objetivo de, justamente, prestigiá-lo.

CONCLUSÃO

Diante do que foi até aqui exposto concluímos que o interesse público não é absolutamente indisponível, existindo situações em que ele pode ser atenuado.

O Supremo Tribunal Federal inclina-se a aceitar este entendimento e o mesmo posicionamento é também professado pela doutrina pesquisada.

Verificamos também que é a lei que dá forma e qualifica o interesse público, sendo ela a responsável por sua relativização nos casos previstos. Nessa direção, é o inciso VI, do artigo 5º, da Lei Complementar nº 24, de 08 de junho de 1998.

O dispositivo legal referido atenua o dogma da indisponibilidade do interesse público, abrindo a possibilidade de celebração de acordo nos processos indenizatórios ajuizados em face do Estado de Goiás, com fundamento na responsabilidade civil objetiva.

Representou um avanço no que pertine à possibilidade de uma atuação mais justa e eficiente da Administração Pública, encontrando eco em outros diplomas legais do ordenamento jurídico pátrio.

Assim, na hipótese do Estado de Goiás figurar no pólo passivo de ação indenizatória por responsabilidade civil objetiva, onde o conjunto probatório seja favorável ao autor, a celebração de acordo é a medida mais recomendável tendo em vista que a condenação estatal é iminente.

Evidente que tal avença apenas será possível quando restar demonstrado que as provas colhidas são plenamente contrárias ao ente público, sendo que a composição, neste caso, atenderá fielmente o interesse público.

⁸ CANOTILHO, Gomes, J.J. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 1998, p.631-632.

O ajuste significaria economia aos cofres públicos, evitando os reflexos financeiros de uma condenação judicial e, ainda, contribuiria para a celeridade na prestação jurisdicional, prevenindo maiores desgastes às partes.

Deste modo, é inquestionável que o interesse público restará prestigiado quando da celebração do acordo o que estará em perfeita harmonia com o princípio da legalidade, uma vez que existe legislação estadual autorizando a composição.

Ainda, entendemos que a prática da transação pelo Estado de Goiás, nos moldes já delineados, ao beneficiar também o administrado, que verá desde logo reconhecido seu direito pelo ente estatal sem que precise aguardar anos a fio até que se consuma a prestação jurisdicional, contribuiria para a promoção do Estado Democrático de Direito, bem como para o resgate da credibilidade das instituições públicas.

The possibility of agreement in the damage claims carried out against State of Goiás.

Abstract: In this paper the authors aimed to analyse the possibility of settling agreement in the legal proceedings carried out against State of Goiás when the prevailing party claims compensation for damages regarding the indispensability of the public interest and on the behalf of the state law that authorizes this agreement.

Key words: 1. damage claim 2.agreement 3. possibility 4.indispensability of public interest

BIBLIOGRAFIA

1. BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 18 ed., revista e atualizada até a Emenda Constitucional 45, de 8.12.2004, São Paulo: Malheiros, 2005.
2. BERCLAZ, Márcio Soares. Algumas considerações sobre o princípio do interesse público no âmbito do Direito Administrativo. Jus Navegandi, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em : <<http://www.jus.com.br/doutrina/texto>>. Acesso em : 09 fev. 2005.
3. CANOTILHO, Gomes J.J. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 2 ed., Coimbra, Portugal : Almedina , 1998.
4. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 13 ed., rev. ampl. atual., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
5. Constituição da República Federativa do Brasil / obra coletiva da autoria da Ed. Revista dos Tribunais – 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
6. GOMES. Fábio. Do processo de conhecimento, arts. 243 a 269. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 3. (Comentários ao código de processo civil)
7. JACOBY, Jorge Ulisses. Responsabilidade objetiva da Administração e controle sobre a indenização. Fórum Administrativo de Direito Público, p. 141-143, Belo Horizonte : Fórum, fev. 2002.
8. JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 10 ed., São Paulo: Dialética, 2004.
9. OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? Revista de Direito Administrativo, vol. 220, p. 69-107, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2000
10. VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 5. ed., São Paulo : Atlas, 2005, v.2 (Coleção direito civil)

A “MINI-REFORMA” TRIBUTÁRIA A PARTIR DA PERSPECTIVA DO FEDERALISMO DO EQUILÍBRIO E DO DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO

Lucas Bevilacqua Cabianca *

Resumo: O presente trabalho destina-se a analisar as alterações contidas na PEC nº285/04 do Sistema Tributário Nacional face o princípio federativo e o direito fundamental ao desenvolvimento em busca da redução das desigualdades regionais. Analisa também a proposta de criação do Fundo de Desenvolvimento dos Estados - FDE's e a proposta de federalização do ICMS como solução para o fim da Guerra Fiscal entre os Estados.

Palavras-chave: Estado Sociais- Estado federal- Direitos Fundamentais- Direito ao desenvolvimento- Sistema Tributário Nacional- Fundos Constitucionais- Guerra Fiscal

1.INTRODUÇÃO

Está em curso na Câmara dos Deputados proposta de emenda constitucional (PEC nº285/04), denominada de “mini-reforma” tributária, fruto do desmembramento PEC nº74/03 promulgada em 19.12.2003 através a EC nº42/03, então denominada de Reforma Tributária.

O fatiamento da proposta de EC nº74/03 em duas partes foi a maneira encontrada a época pelo Governo e Senado Federal para garantir a aprovação, até o final do ano de 2003, de dispositivos considerados fundamentais para o equilíbrio fiscal. Restaram, assim, os pontos mais polêmicos da proposta de reforma que ora são objetos da PEC nº285/04.

Basicamente são as seguintes as alterações propostas: federalização da legislação de ICMS (i), redução do número de alíquotas no país (ii), aumento em um ponto percentual da participação dos municípios no Fundo Participação dos Municípios (iii), e criação de um Fundo de Desenvolvimento dos Estados (FDE's). Pretende-se com a presente abordagem contextualizar tais propostas no conjunto do Sistema Tributário Nacional frente à forma federativa de Estado adotada, orientada pelo objetivo da República Federativa do Brasil de redução das desigualdades sociais e regionais (art.3º,III, CF), como expressão do direito fundamental ao desenvolvimento.

As duas primeiras alterações propostas dizem respeito a “guerra fiscal”, tendo por propósito elimina-la, ou ao menos reduzi-la. A fim de compreendermos o fenômeno da “guerra fiscal” e seus reflexos essencial é contextualizá-la na ordem mundial vigente de interdependência de mercados e na forma federativa de Estado enunciada na Constituição Federal de 1988 (art.1º, *caput*, c/c art.18). Com a retomada dos princípios liberais, por meio do *neoliberalismo*, e uma conseqüente globalização tem-se uma interdependência de mercados onde as economias demonstram-se cada vez mais atreladas de forma que países periféricos, a exemplo do Brasil, encontram-se também, cada vez mais, dependentes de organismos internacionais de crédito. A contração de empréstimos internacionais e/ou renegociação de dívidas públicas é então condicionada à algumas metas fiscais de maior arrecadação de receitas acompanhadas de contingenciamento de despesas públicas. Ambas as medidas condicionantes

* Pós-graduando lato sensu em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás, Procurador do Estado de Goiás e Professor Substituto de Direito Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás-Goiás.

tem por fito a redução do constante *déficit* público, de forma a impingir ao administrador público um gasto não superior a sua arrecadação. É justamente com esse propósito que é editada a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº101/00) de modo a garantir-se transparência e equilíbrio fiscal. Incumbe a nós apontar no que isso diz respeito às finanças dos Estados federados e a “guerra fiscal” frente ao pacto federativo.

A partir da adoção das medidas citadas há uma conseqüente redução das transferências voluntárias da União aos entes federados, uma renegociação das dívidas dos entes federados para com a União em que são impostas severas condições, a exemplo da privatização dos bancos estatais de fomento, e o não estabelecimento de convênios com os entes federados no desempenho de competências comuns implicando em sobre-tarefas aos entes federados. Todas essas medidas são adotadas como forma de redução do *déficit* público implicando em uma maior oneração dos Estados que deixam de contar com recursos e, simultaneamente, assumem severas condições na renegociação de suas dívidas.

De forma a adimplir com suas obrigações, seja para com a União, seja para com o cidadão, na busca de desenvolvimento regional passam então os Estados à capitanear investimentos da iniciativa privada. Tal busca é realizada a partir da edição de programas de fomento à industrialização, a exemplo de Goiás com os programas Fomentar (Lei nº9489/81) e Produzir (Lei nº13. 591/00), que compreendem benefícios fiscais, sobretudo de ICMS de forma a atrair investimentos na busca de desenvolvimento regional almejando-se assim atingir justiça social. Ocorre, todavia, que tais programas são editados pelos Estados simultaneamente gerando uma guerra em que poucos ganham e quase todos perdem, conforme verificaremos em secção dedicada exclusivamente ao assunto.

2. DO ESTADO SOCIAL, FISCAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DA FORMA FEDERATIVA DE ESTADO

A República Federativa do Brasil constitui-se em um *Estado Social, Fiscal democrático de direito*. Em primeiro é um Estado Social em razão de que assume como tarefa primordial a execução de políticas públicas que tem como fundamento a necessidade de concretização de direitos via prestações positivas, com o planejamento do futuro através do estabelecimento de políticas a médio e longo prazo. De acordo com BERCOVICI “*com as novas tarefas do Estado, o livre desenvolvimento da personalidade é fundado nas próprias prestações estatais,*”¹ de forma que o objetivo principal do Estado social é a busca da igualdade com a garantia da liberdade, em que o Estado se incumbe não apenas de garantir a liberdade mas promover a igualdade material, “*não mais perante a lei, mas através da lei.*” A propósito da busca da igualdade material como tarefa primordial do Estado tratar-se-á a seguir com maior detalhamento ao proclamar-se o direito ao desenvolvimento à categoria de direito fundamental.

Em segundo, tem-se que a República Federativa do Brasil é um Estado fiscal que é justamente a face financeira do Estado de direito, em que o Estado passa financiar suas atividades preponderantemente através de receitas tributárias instituídas mediante lei. Frise-se aqui que o conceito de um Estado de direito vai muito além da idéia de um Estado de lei.

E por fim, a Constituição Federal de 1988 enuncia em seu art.1º que a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado democrático, tendo adotado assim como regime de governo a democracia, pressuposto de um Estado Social, em que o Estado não “sou eu”, não “somos nós”, não “são eles”; mas sim “somos todos”. Ou ainda, nas palavras de Abraham Lincon *a democracia é o governo do povo, para o povo e pelo povo*. A partir dessas breves noções de

¹ BERCOVICI, Gilberto. Desigualdades regionais, Estado e Consituição. São Paulo: Max Limonad, 2003.

² BONAVIDES, Paulo. Do Estado liberal ao Estado Social. São Paulo: Malheiros, 2004.

teoria do Estado verifica-se a indivisibilidade do trinômio democracia- desenvolvimento e direitos fundamentais, conforme verificar-se-á a seguir.

3. DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO À CATEGORIA DE DIREITO FUNDAMENTAL (ART.3º, III, CF) E A EVOLUÇÃO O SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL “POR PRINCÍPIOS”:

A doutrina *jusfundamental* é quase unânime em afirmar que a origem dos direitos fundamentais reside nos direitos naturais. Tratando acerca do conceito de justiça no direito tributário ZILVETTI é assaz em afirmar que “há de se ter o consenso, portanto, de que o homem não nasce com direitos naturais definidos.³” De forma consuetudinária à característica da historicidade dos direitos fundamentais, tem-se que o desenvolvimento é um fenômeno de dimensão histórica: “*cada economia enfrenta problemas que lhe são específicos.*”⁴

BERCOVICI nos relata que a definição do direito ao desenvolvimento passou por vários estágios nas discussões da ONU: “do enfoque inicial economicista à concepção atual de direito ao desenvolvimento como direito fundamental⁵, integrante dos direitos de solidariedade, cujo titular não é o indivíduo mas os povos.⁶” A concepção atual de direitos fundamentais está umbilicalmente ligada aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade. O texto constitucional ao prever a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil assegura não apenas o direito a vida, mas, o direito a uma vida digna. Doutrina⁷ e jurisprudências ainda oscilam na fixação de quais os direitos que estariam compreendidos na noção de vida digna. Porém, certo é que aí estariam também compreendidos os direitos sociais, oscilando apenas quanto a sua abrangência, e por sua vez também o direito ao desenvolvimento como pressuposto da garantia dos direitos sociais. Daí então se proclamar a inseparabilidade do trinômio Direitos Humanos, Desenvolvimento e Democracia; direito de quarta geração conforme leciona BONAVIDES⁸.

Tratando-se a propósito do âmbito de abrangência dos direitos fundamentais essencial é apresentar-se as características da universalidade e da indivisibilidade dos direitos fundamentais. A doutrina constitucional emancipatória, a exemplo de Flávia PIOVESAN e Antonio Augusto Cançado TRINDADE, elevam a característica da indivisibilidade⁹ à posição de princípio, de forma, a desempenhar toda uma normatividade no sistema constitucional. O princípio da indivisibilidade proclama que a pessoa humana deve ser atendida tanto em seus direitos individuais como nos direitos sociais, onde estariam compreendidos também os direitos econômicos e culturais.

O princípio em comento surge em reação à uma visão equivocada da teoria geracionista dos direitos humanos, que classifica os direitos em gerações. Em uma primeira geração estariam contidos os direitos individuais, na segunda geração os direitos sociais e na terceira geração os direitos transindividuais, como o direito ao um meio-ambiente equilibrado e o direito fundamental do desenvolvimento (art.3º,III). Torna-se inconcebível tal teoria ao momento

³ ZILVETTI, Fernando Aurélio. Princípios de Direito Tributário e a Capacidade Contributiva. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

⁴ FURTADO, Celso. Teoria e Política do Desenvolvimento Econômico. 10ªed. RJ: Paz e Terra, 2000.(p.18)

⁵ Resolução 41/128 AG/ONU, 04.12.1986, reafirmado no art.10, Declaração da Conferência Mundial de Direitos Humanos, Viena, 12.07.1993.

⁶ BERCOVICI, Gilberto. Desigualdades Regionais, Estado e Constituição.SP: Max Limonad, 2000.(p.40)

⁷ BARCELLOS, Ana Paula. A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁸ BONAVIDES, Paulo. A Constituição Aberta.3ªed. São Paulo: Malheiros, 2000.

⁹ A propósito do princípio da indivisibilidade vale conferir o trabalho “O Princípio da Indivisibilidade dos Direitos Humanos aos Portadores de Necessidades Especiais” apresentada pelo autor como relatório final do Programa de Iniciação Científica, Convênio UFG/CNPq, (PVIC, 2003-4), sob orientação do Prof. Dr. Eriberto Francisco Bevilacqua Marin

que consideramos os direitos humanos indivisíveis, sendo dever do Estado contemplar todos esses direitos de forma simultânea e plena.¹⁰

A propósito da teoria geracionista Paulo Gustavo Gonet BRANCO nos esclarece que essa tricotomia diz respeito apenas à diferença de momentos em que esses direitos surgem:

Não se deve incorrer no equivoco de supor que uma geração haja suplantado a outra. Os direitos de cada geração persistem válidos juntamente com os direitos da geração seguinte(...) A visão dos direitos fundamentais em termos de gerações indica o caráter cumulativo da evolução desses direitos no tempo. Não se deve deixar de situar todos os direitos num contexto de unidade e indivisibilidade.¹¹

A compreensão dos direitos fundamentais a partir do princípio da indivisibilidade repercute sobremaneira no Direito Financeiro, até então, arraigado tão só a direitos fundamentais individuais. A própria evolução na doutrina da relação entre o Sistema Tributário Nacional e os Direitos Fundamentais retrata isso com nitidez.

Realizando breve escorço a propósito do conteúdo do Sistema Tributário para a doutrina, ÁVILA¹² aponta que o primeiro autor a tratar acerca da vinculação entre o sistema tributário e os direitos fundamentais foi Geraldo ATALIBA¹³, tratando notadamente os direitos fundamentais de liberdade e de propriedade. Em seguida, CARRAZA aprimorando a análise sistemática do direito tributário realiza uma descrição da relação entre a tributação e os princípios constitucionais estruturantes “que mantém íntima relação com as regras de competência, sobretudo o princípio republicano (e sua relação com a capacidade contributiva); o princípio federativo, o princípio da irretroatividade, o princípio da legalidade e o princípio da segurança jurídica (e sua vinculação com os direitos fundamentais).” Percebe-se que todas esses estudos dizem respeito a direitos fundamentais de primeira geração preocupando-se, exclusivamente, o resguardo da liberdade e da propriedade.

Conforme nos indica ÁVILA, a significação fundamental do princípio da igualdade somente veio com obra do Prof. José Souto Maior BORGES, todavia ainda circunscrita ao aspecto da justiça fiscal, chegando a afirmar o seguinte: “O princípio da igualdade não está apenas no texto da Constituição; o princípio da igualdade é a Constituição.” E mais: “A maior limitação ao poder de tributar é o princípio da igualdade.”

Concluindo acerca da relação do sistema tributário e dos direitos fundamentais servimo-nos da lição de ÁVILA que coloca com propriedade que as limitações ao poder de tributar expostas pela doutrina são, preponderantemente, as limitações negativas, identificam-se limitações como restrições. Olvida-se, assim, das limitações positivas (por exemplo, concordância prática), das limitações de segundo grau (por exemplo proporcionalidade) ou do significado de outras normas constitucionais que instituem valores positivos (por exemplo, princípios e direitos fundamentais) deixando de serem profundamente investigados no campo tributário. A propósito do assunto e com o fito de dar estribo a proposta de efetividade do direito fundamental ao desenvolvimento na aplicação das normas financeiras e tributárias, oportuna é a transcrição do trecho a seguir:

A própria expressão “limitação” conduz à uma descrição prioritariamente circunscrita à dimensão negativa, sem que outras normas, que instituem diretrizes positivas e possuem apenas uma eficácia mediata relativamente ao poder de tributar, sejam

¹⁰ TRINDADE, Antônio A.C.. Tratado internacional de Direitos Humanos. 1ª edição. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1993.

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio MÁRTIRES, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

¹² ÁVILA, Humberto B., Sistema Constitucional Tributário. São Paulo: Saraiva, 2004.

¹³ ATALIBA, Geraldo. Sistema Constitucional Tributário. São Paulo: RT, 1968.

dignas da devida atenção (dignidade humana, proteção da família, desenvolvimento regional, etc.)¹⁴

Tal orientação aliada à compreensão contemporânea do princípio constitucional da igualdade em sua acepção material, *i.é.*, de garantir-se e promover-se uma igualdade não só *perante a lei*, mas, uma igualdade substancial e efetiva, é a indicação da nova tarefa do Estado no exercício de seu poder de tributar. Ou seja, é o desempenho da atividade financeira do Estado a partir do objetivo da República Federativa do Brasil de garantir-se o desenvolvimento nacional de forma a reduzir, assim, as desigualdades sociais e regionais.

De modo a proporcionar-se desenvolvimento regional, tarefa essa que como visto de incumbência do Poder Central, essencial é o desenvolvimento de políticas públicas que encontram fundamento na necessidade de concretização de direitos através de prestações positivas do Estado, sendo o desenvolvimento nacional a principal política pública.

De forma a garantir-se desenvolvimento regional incumbe ao ente federal o desenvolvimento de políticas públicas em atendimento ao princípio constitucional da igualdade em sua acepção material que se aplica também entre os entes federativos com o mesmo significado dado por Ruy Barbosa: "igualdade é tratar igualmente aos iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades."¹⁵

Todas essas noções de teoria geral do Estado e da teoria dos direitos fundamentais são de fundamental importância de modo a compreender-se as alterações a serem promovidas no Sistema Tributário Nacional, lembrando-se sempre que a atividade financeira do Estado de arrecadação de receitas é tão só meio para a consecução do principal fim do Estado que é a garantia e promoção dos direitos fundamentais sempre sob a ótica do princípio da indivisibilidade dos direitos fundamentais.

A propósito dos caracteres do Estado, aspecto que diz respeito diretamente ao Sistema Tributário Nacional e a promoção dos direitos fundamentais, é a forma de Estado federativa que tem relação intrínseca com o Estado Social, conforme leciona a BERCOVICI, "que antes, portanto de o Estado Social estar em contradição com o Estado Federal, o Estado Social influi de maneira decisiva no desenvolvimento do federalismo atual, sendo o federalismo cooperativo considerado como o federalismo adequado ao Estado Social."¹⁶

4. DO FEDERALISMO COOPERATIVO

Basicamente são os seguintes os elementos característicos de um Estado federativo: Constituição rígida e órgãos de controle efetivo dessa rigidez, soberania do ente federal e autonomia dos entes federados, órgão de representação equânime que represente a participação das entidades locais na vontade nacional (no Brasil, o Senado Federal), repartição constitucional de competências, repartição constitucional de rendas e proibição de direito de secessão às unidades federadas. Entretanto, a presença desses elementos não é suficiente para caracterização de uma forma federal padrão; o que existe é uma série de soluções concretas, historicamente variadas, de organização do Estado que vem a configurar uma forma federativa mais adequada à determinada realidade.

A autonomia dos entes federados não implica na falta de unidade do Estado. Ao contrário o objetivo do federalismo é a unidade, observando-se e assimilando a

¹⁴ ÁVILA, Humberto. Sistema Constitucional Tributário. São Paulo: Saravia, 2004. f. 185

¹⁵ BARBOSA, Ruy. Oração dos moços. Rio de Janeiro, 1949 apud in ZILVETI op cit 33:2004.

¹⁶ BERCOVICI, Gilberto. Desigualdades Regionais, Estado e Constituição. São Paulo: Max Limonad, 2003. f. 173

pluralidade. Em paralelo a função primordial do Estado Social que é a promoção dos direitos sociais tem-se como objetivo também do Estado Federal, em última análise, a busca do bem comum, assim entendida “a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art.3º, I); a garantia o desenvolvimento nacional; erradicação da pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais (art.3º, III), promoção do bem de todos, sem preconceito de origem raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art.3º, IV).”

De modo a reduzir as desigualdades regionais, econômicas e sociais existentes entre os entes da federação e dessa forma garantir o equilíbrio federativo, há o princípio da solidariedade, também traduzido como princípio da cooperação dando ensejo então a idéia do federalismo cooperativo. Nesse sentido incumbe ao Estado Federal o estabelecimento de critérios desiguais para garantir a igualdade aos entes federados e, conseqüentemente, aos cidadãos.

A Constituição Federal de 1988 ao prever a redução das desigualdades regionais como objetivo da República Federativa do Brasil (art.3º, III) permitiu uma renovação das estruturas federais com destaque na cooperação federativa e na superação das desigualdades regionais.

A caracterização do federalismo brasileiro como cooperativo implica na implantação de um processo de tomada de decisão conjunta em que o ente federal conjuntamente com os entes federados, Estados e Municípios, atuam em colaboração entre os diversos centros de governo na consecução de objetivos de interesse comum para o cumprimento de todas as funções e tarefas que resultam no benefício do todo e conseqüentemente dos próprios entes.

É justamente a partir da ótica do federalismo cooperativo que invoca-se a atribuição da União na promoção do desenvolvimento regional considerando que o grande objetivo do federalismo é a busca da cooperação entre a União e entes federados, equilibrando a descentralização federal com os imperativos da integração econômica nacional.

No que tange a matéria fiscal, e é o que justamente deve ser sopesado na proposição de qualquer alteração do Sistema Tributário Nacional, é a cooperação financeira, que se desenvolve em razão da necessidade de solidariedade federal através de políticas públicas conjuntas e de compensações das disparidades regionais. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 além de prever uma atribuição de competência tributária de forma a dar cabo as competências administrativas distribuídas aos entes federados, prevê também uma distribuição de rendas seja por meio da participação direta, seja por meio da transferência de receitas tributárias a fundos de participação (FPE- Fundo de Participação dos Estados e FPM- Fundo de participação dos Municípios) e fundos constitucionais de desenvolvimento (FNE, FCO e FNO). BERCOVICI sentencia com propriedade que “a autonomia dos entes federados, frente à União, pode ser considerada apenas nominal quando faltam recursos financeiros necessários à sua manutenção.¹⁷”

A propósito das transferências intergovernamentais de recursos deve-se compreendê-las como instrumentos de redistribuição de renda que encontram respaldo nos princípios constitucionais da igualdade e da solidariedade; não um subsídio ou uma forma de caridade dos entes mais providos para com os menos providos. O que há, a bem da verdade, é uma dívida imensa da União e dos entes federados desenvolvidos para com a Federação, de modo que é dever desses, sobretudo, do Poder Central, o planejamento de uma política a fim de dar cabo às desigualdades regionais.

¹⁷ BERCOVICI, Gilberto. Desigualdades Regionais, Estado e Constituição. São Paulo: Max Limonad, 2003. f.175

A partir dos objetivos da República Federativa do Brasil aqui enunciados, cuja reiteração se faz por oportuna: (I) construção de uma sociedade livre, justa e solidária; (II) garantia do desenvolvimento nacional e (III) erradicação da pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais; que deve-se proceder a qualquer alteração do Sistema Tributário Nacional, de modo que passa-se a seguir a cotejar as propostas de alteração contidas na PEC nº285/04 com cada um desses objetivos e demais princípios constitucionais que integram o sistema na busca de alguma contribuição, por mais tímida que seja, à redução das desigualdades sociais e regionais.

5. DOS FUNDOS CONSTITUCIONAIS DE PARTICIPAÇÃO E DE DESENVOLVIMENTO NA PEC Nº285/04

Dentre as formas de transferências intergovernamentais de repartição indireta há, como visto, os fundos de participação dos Estados e dos Municípios (FPE e FPM). É sabido que a Constituição Federal de 1988 atribuiu grande parcela de competências administrativas aos municípios, não conferindo simultaneamente competências tributárias e repartição de rendas à contento de modo a fazer face à essas novas competências administrativas. Verifica-se, assim, como visto dantes uma autonomia nominal diante da falta de recursos financeiros para fazer face às competências administrativas atribuídas. Tal fenômeno é denominado por alguns autores de *desequilíbrios verticais*.¹⁸ Diante de tal distorção que acaba por restaurar a *política dos governadores* em busca de transferências voluntárias é pleito antigo da frente municipalista da Câmara dos Deputados o aumento da repartição de receitas aos municípios através do Fundo de Participação dos Municípios o que talvez eliminaria, ou ao menos, reduziria a “política do pires na mão”.

Ainda a propósito da repartição indireta das receitas tributárias é crítica antiga aos fundos regionais de desenvolvimento (FNO, FCO e FNE) sua utilização exclusiva para o financiamento do setor produtivo, sob o falacioso argumento de que basta a garantia do financiamento de atividades produtivas para que a região se desenvolva prescindindo de investimentos em infra-estrutura. Acerca do assunto BERCOVICI é crítico assaz:

A iniciativa privada já dispõe de inúmeros mecanismos de financiamento que a estimulam em investir em regiões menos desenvolvidas, particularmente, os incentivos fiscais. Já os investimentos em infra-estrutura, na sua maior parte realizados pelo Estado, não são beneficiados pelos fundos regionais, agravando ainda mais a situação das regiões que eles deveriam favorecer.¹⁹

A fim de dar cabo a mais essa distorção a proposta de emenda constitucional prevê que, por intermédio dos FDEs- Fundos de Desenvolvimento dos Estados, a União repassará aos Estados recursos para investimentos públicos em infra-estrutura favorecendo as regiões menos desenvolvidas. Na última versão da proposta, os Estados pediram ao relator, Deputado Federal Virgílio Guimarães (PT/MG), que destinasse aos FDE's 1,13% das receitas administradas pela Secretaria da Receita Federal, exceto as da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF) e a parte desvinculada pelo mecanismo de Desvinculação de Receitas da União (DRU), o que perfazeria algo em torno de R\$ 3 bilhões por ano.

O relator preferiu manter as duas fontes já previstas no substitutivo. Uma delas é 1% da arrecadação federal com o Imposto de Renda (IR) e o Imposto sobre Produtos

¹⁸ VIOL, Andréa Lemgruber, in CONTI, J.M. Federalismo Fiscal. São Paulo: Manole, 2004. (coord)

¹⁹ BERCOVICI, Gilberto. Desigualdades Regionais, Estado e Constituição. São Paulo: Max Limonad, 2003.f.160

Industrializados (IPI). A outra é o ganho que os Estados vêm tendo desde que o governo proibiu as empresas de usar créditos tributários de PIS e COFINS para abater IPI, base de cálculo do Fundo de Participação dos Estados. Em vez de ir para o FPE, esse dinheiro comporia o FDE de cada Estado.

Os Secretários Estaduais da Fazenda não querem uma base de cálculo só com IPI e IR porque, desde os governos anteriores, a União vem concentrando seus esforços de aumento de arrecadação em tributos não repartidos com Estados e municípios. Ao mesmo tempo, vem concentrando medidas de desoneração tributária em impostos partilhados. As duas fontes propostas pelo relator da *mini-reforma* asseguram aos FDEs cerca de R\$ 2 bilhões por ano, menos de um milhão do que pedem os Estados de acordo com valores atualizados.

O Governo Federal concorda que esses fundos comecem a funcionar e a receber recursos da União logo após promulgada a Emenda Constitucional, mas não integralmente. Pelo substitutivo do relator, a parte referente a 1% do IR e do IPI (cerca de R\$ 1,5 bilhão por ano) só começaria a ser entregue aos Estados quando da entrada em vigor do novo ICMS, que terá regras e alíquotas unificadas por produto em todo país.

Alega-se que, antes do novo ICMS que verificar-se-á a seguir, a União não terá condições de pagar esse 1% em virtude de que também depende disso para elevar sua receita. A partir da premissa de que a simplificação da sistemática de arrecadação do tributo implica em um conseqüente aumento de arrecadação, estima-se que, com unificação de alíquotas e a nova sistemática de cobrança, a arrecadação de ICMS crescerá pelo menos 15%.

Em um ponto ao menos o Governo Federal cedeu às reivindicações dos Secretários da Fazenda, membros do Conselho Nacional de Política Fazendária-CONFAZ: os FDEs terão existência de 20 anos e não apenas de 11 como antes defendido. Ao nosso sentir tais propostas ainda requerem um estudo mais detalhado de forma a implantar-se de fato um sistema de repartição que auxilie de modo eficaz no rompimento das desigualdades regionais.

Entretanto, proposta que traz mais discussões é no que tange a alteração da sistemática do ICMS em razão dos investimentos já realizados pela iniciativa privada fomentada pelos incríveis incentivos fiscais concedidos em total afronta ao pacto federativo provocando, assim, evidentes prejuízos ao federalismo do equilíbrio.

6. DA GUERRA FISCAL E A PROPOSTA DE “FEDERALIZAÇÃO” DO ICMS

Um dos principais objetivos da mini-reforma tributária prevista na PEC nº 285, senão o principal, é a extinção, ou ao menos redução, da “guerra fiscal” entre os Estados. A “guerra fiscal” é o exemplo mais patente da ausência de uma política de desenvolvimento nacional, em que conforme visto os Estados diante do contingenciamento de transferências do Ente federal vêem-se compelidos à buscar recursos para garantia do desenvolvimento na iniciativa privada.

O que se verifica na realidade é um ambiente propício à “guerra fiscal” em que aliado ao contingenciamento de recursos do ente federal há um *marketing* político dos governadores de geração de empregos, uma retomada dos investimentos privados transnacionais, um aumento da autonomia dos Estados e um processo de desconcentração industrial até mesmo como fuga das constantes exigências trabalhistas e ambientais nas áreas de maior concentração industrial. Não se pretende neste estudo enunciar exhaustivamente tais causas, nem ao menos discorrer sobre as mesmas, de modo que a citação realiza-se tão só de modo a propiciar melhor compreensão da *guerra fiscal*.

No entanto, a guerra fiscal não é novidade. A Constituição Republicana de 1891 previa expressamente a vedação da cobrança de impostos interestaduais. Em busca de melhoria

da situação financeira, diversos Estados, a revelia da lei, passaram a tributar as operações interestaduais de modo que, em reação, alguns Estados reagiram criando impostos semelhantes apenas sobre produtos oriundos daqueles Estados onde sofriam barreira tributária. Estava, assim, instalada a guerra fiscal na República Velha.

Em razão da ausência de uma política deliberada de desenvolvimento a *guerra fiscal* volta a se instalar, não mais com a cobrança de impostos interestaduais, mas, com a concessão desordenada de incentivos fiscais estaduais, sobretudo no ICMS, seja através da redução unilateral de alíquotas, do diferimento do recolhimento do tributo, de empréstimos subsidiados ou até mesmo pela participação societária do Estado nas sociedades empresárias investidoras.

Por meio de tais atrativos inaugura-se um leilão de vantagens entre os entes federados, onde só as sociedades empresárias tendem a ganhar. Desencadeia-se, assim, uma guerra em que *poucos ganham e quase todos perdem*²⁰ considerando que há uma perda global de arrecadação vez que a empresa que se instalaria de qualquer maneira em algum Estado da federação mesmo se não houvesse nenhuma concessão de incentivo. Em longo prazo com a generalização da competição há uma generalização do prejuízo pela queda global de arrecadação do ICMS de todos os Estados.

Outra crítica que se realiza é que os investimentos realizados em geral são de capital intensivo de pouca absorção de mão-de-obra, daí a falácia da necessidade de busca de investimentos à qualquer custo com o mote da geração de empregos. Em contraposição à tal desvio o Estado de Goiás, de maneira inovadora, criou o “Micro-produzir”- programa de fomento à micro e pequena empresa que em razão da atividade vem a empregar além do núcleo familiar outros serviços de maneira eficiente proporcionando, assim, inclusão social.

A *guerra fiscal* também promove distorções na eficiência alocativa dos recursos públicos vez que cada real utilizado na concessão de benefícios não tributários, a exemplo da doação de lotes para instalação do projeto industrial, terraplanagem, construção de estradas, etc., significa um gasto equivalente que deixou de ser efetuado em saúde, educação, transporte, etc. à comunidade local. É lógico que não pode se desconsiderar que dispêndios em infraestrutura serão revertidos de maneira indireta à comunidade local, o que não pode ocorrer é a deterioração dos serviços públicos à comunidade em favor do financiamento desses investimentos privados. De modo a romper com essas distorções, a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº101/00)²¹ traz importante instrumento de controle de renúncia de receitas tributárias através da exigência de estudos de prévio impacto orçamentário e medidas de compensação.²²

Na busca de rompimento à essas distorções a proposta de emenda constitucional pretende extinguir a *guerra fiscal* utilizando-se como principal instrumento a *federalização* do ICMS, considerando tratar-se de um tributo essencialmente nacional. Propõe-se a criação de uma legislação nacional do ICMS ao invés das 26 existentes que implicaria, conseqüentemente, na simplificação da arrecadação do tributo, e a criação de 5 alíquotas em todo território nacional.

Outra proposta contida na PEC nº285/04 é que sendo promulgada a emenda os Estados não poderão conceder novos incentivos tributários baseados no ICMS para atrair a instalação de investimentos. Prevê-se ainda a manutenção, por mais 11 anos, dos incentivos já existentes, inclusive os que não passaram pela aprovação do CONFAZ. Como sabido a Constituição Federal de 1988 prevê que qualquer incentivo ou benefício relacionado ao ICMS deve ser objeto de convênio entre todos os Estados no âmbito do CONFAZ, colegiado formado pelos secretários estaduais de Fazenda.

²⁰ CONTI, J.M.. Federalismo Fiscal. São Paulo: Manole, 2004. (coord)

²¹ CARRAZA, Roque Antonio. ICMS. São Paulo: Malheiros, 2005.

²² art. 14, Lei Complementar nº101/00 “Lei de Responsabilidade Fiscal”.

Tal proposta, não resolveria o *leading case* decidido pelo Supremo Tribunal Federal em sede de ADI manejada em face do Estado do Pará que não teria seus incentivos fiscais concedidos à revelia do CONFAZ convalidados²³. A ementa do acórdão ficou redigida nos seguintes termos:

Por vislumbrar ofensa ao art. 155, § 2º, XII, g, da CF, que exige a prévia celebração de convênio entre os Estados-membros e o DF, nos termos de lei complementar, para concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais concernentes a créditos do ICMS, o Tribunal julgou procedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral da República contra inciso I do art. 5º da Lei 6.489/2002, do Estado do Pará — que prevê a possibilidade de concessão de isenção, redução da base de cálculo, diferimento, crédito presumido e suspensão como modalidades de incentivos fiscais a determinados empreendimentos — para emprestar interpretação conforme a Constituição ao referido dispositivo, no sentido de que sejam excluídos do seu âmbito de aplicação os créditos relativos ao ICMS que não tenham sido objeto de convênio anterior. ADI 3246/PA, Rel.min. Carlos Britto, 19.4.2006. (ADI-3246)

Apesar de específica ao Estado Paraense, a decisão do Supremo Tribunal Federal gera uma ameaça para os outros Estados, em especial àqueles, a exemplo de Goiás, que dependem de estímulos tributários e incentivos fiscais para manter empresas e empregos em seus domínios territoriais. Qualquer outro programa estadual de fomento industrial que tenha concedido incentivos no âmbito do ICMS que venha a ser alvo do mesmo tipo de decisão judicial antes da promulgação da “mini-reforma” tributária também não teria mais o que ser convalidado.

Sob a perspectiva do contribuinte, a propósito da anulação dos benefícios fiscais inválidos, o professor gaúcho Humberto ÁVILA²⁴ pontifica que o benefício fiscal não poderá ser anulado ou revogado a sua manutenção contribuir para a concretização de finalidades que o próprio Poder Público deveria realizar.

Nesse sentido, considerando que a garantia do desenvolvimento social e regional é tarefa primordial do Estado Federativo, acreditamos que a anulação de benefícios fiscais concedidos no âmbito dos programas de fomento industrial para promoção de desenvolvimento regional constitui verdadeira afronta ao sobre-princípio do Estado de direito que é o da segurança jurídica. A manutenção de tais incentivos se estriba no fato de que houve a transferência da atribuição à iniciativa privada de promoção do desenvolvimento social e regional, tarefa essa que incumbe ao próprio Estado, sobretudo, ao Ente Federal na realização de um planejamento de integração e desenvolvimento nacional.

Há a proposta, até mesmo em homenagem ao princípio da segurança jurídica e da boa-fé objetiva, de convalidação de todos os incentivos fiscais já concedidos, “ainda que desconstituídos judicialmente por desacordo ao artigo 155, § 2º, XII, g” da atual Constituição Federal.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Ao nosso sentir a proposta em pauta, apesar das alterações propícias a exemplo do aumento em um percentual do FPM, da implementação dos FDE’s, da federalização do ICMS e convalidação dos incentivos fiscais já concedidos, padece ainda de maior discussão e participação dos Estados menos desenvolvidos de modo a promover-se de fato a *homogeneização dos entes federados*.

²³ Com isso, 167 empresas passaram a dever ao Estado o montante de ICMS que deixou de ser recolhido durante todos esses anos. Só em relação a um dos incentivos, a dívida surgida da noite para o dia chega a R\$ 600 milhões.

²⁴ ÁVILA, Humberto. Benefícios Fiscais inválidos e a legítima expectativa do contribuinte. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ- Centro de Atualização Jurídica, nº13, abril-maio, 2002.

Para tanto, é necessário um planejamento para o desenvolvimento nacional que consiste “num processo que começa e termina no âmbito das relações políticas, ainda mais, em um regime federativo, em que o planejamento pressupõe um processo de negociação e decisões políticas entre os vários membros da federação e setores sociais,²⁵” sob os auspícios conforme visto do federalismo cooperativo onde há uma tomada de decisão conjunta.

O planejamento diferencia-se do plano que pode ser considerado basicamente como resultado do planejamento realizado. “O plano é a expressão da política geral do Estado...Devendo estar de acordo com a ideologia constitucional adotada²⁶.” Conforme leciona Celso LAFER²⁷ três são as fases do processo de elaboração de um plano: a decisão de planejar (decisão política); a implementação do plano (também fenômeno essencialmente político) e o plano em si (única fase que pode ser analisada sob o enfoque técnico).

Diante disso, acreditamos que ainda falta à Federação brasileira um planejamento estatal de desenvolvimento nacional e, por conseguinte, um plano de forma a romper-se de vez com as desigualdades sociais e regionais. A proposta de emenda constitucional aqui em análise é ao nosso ver ainda tímida se comparada às gritantes desigualdades sociais e regionais que assolam nosso continental Brasil e a necessidade de efetivação do direito fundamental ao desenvolvimento às comunidades mais desprovidas

À guisa de conclusão entendemos que, mais uma vez, o constituinte derivado reformador perde a oportunidade de realizar uma verdadeira REFORMA tributária de modo a implementar-se um Sistema Tributário Nacional coerente e consentâneo com os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, de modo a romper com as desigualdades sociais e regionais. Nos dizeres do douto professor Alcides Jorge Costa, por ocasião das discussões²⁸ da PEC nº74/00, que deu origem à EC nº42/03, as alterações propostas não passam de uma *demão de cal nas paredes*.

Abstract: The present work intends to analyse the PEC nº285/04 that reforms the brasilian *Tax Constitutional System* considering the federalism and the fundamental right of development in order to reduce the social and regional inequalities among the states. Besides that, it also intends to analyse the proposition of creation the “Fundo de desenvolvimento dos Estados” and the proposition of federalization of ICMS as a solution to the end of the “Guerra Fiscal” that occurs among the states.

Key-words: Well fare state- Federalism- Human rights- Development right- Tax constitutional system- Constitutional founds- Guerra fiscal

8. BIBLIOGRAFIA:

ANTUNES ROCHA, Carmem Lúcia. Ação Afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. São Paulo: *Revista Trimestral de Direito Público*. N.15, 88, 1996.

ÁVILA, Humberto B. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo. Saraiva.2004.

_____. Benefícios Fiscais inválidos e a legítima expectativa do contribuinte. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ- Centro de Atualização Jurídica, nº13, abril-maio, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5ª ed. São Paulo: Renovar, 2001.

_____. *Nova Interpretação Constitucional*. (Org.) Rio de Janeiro: Renovar.2001.

²⁵BERCOVICI, Gilberto. Desigualdades Regionais, Estado e Constituição. São Paulo: Max Limonad, 2003, f. 193

²⁶BERCOVICI, Gilberto. Desigualdades Regionais, Estado e Constituição. São Paulo: Max Limonad, 2003. f. 192.

²⁷ LAFER, Celso. O planejamento no Brasil- observações sobre o plano de metas(1956-61) in LAFER, Betty Medling (org) Planejamento do Brasil. São Paulo: Perspectiva, 1970.

²⁸ Palestra proferida em xx.02.2003 na sede da OAB/SP com o tema Reforma Tributária.

- _____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. Salvador BA: *Revista Diálogo Jurídico*, Ano I, vol.I, nº6,2001.
- BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- _____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. *Constituição Aberta*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 17ª edição. São Paulo. Saraiva, 2005.
- CONTI, José Maurício. *Federalismo Fiscal*. São Paulo: Manole, 2004.
- GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade*. São Paulo: Renovar, 2001.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição Federal de 1988*. 7ª ed. São Paulo. Malheiros, 2002.
- MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio MÁRTIRES, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- PIOVESAN, Flávia, *Temas de Direitos Humanos*. 2ª ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado internacional dos direitos humanos*. SAFE, 1998.
- ZILVETI, Fernando A. *Princípios de Direito Tributário e a Capacidade Contributiva*. São Paulo. Quartier Latin, 2004.

A COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRABALHO EM FACE DO EMPREGADOR

William de Almeida Brito Júnior *

Resumo: O artigo em questão visa analisar de forma objetiva o embate doutrinário e jurisprudencial surgido com a publicação da Emenda Constitucional nº 45/2004 acerca da competência para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho em face do empregador.

Palavras-chave: competência – processar – ação - indenização – - danos morais – danos materiais - acidente de trabalho - empregador

Atualmente existe um grande embate doutrinário-jurisprudencial acerca da competência para processar e julgar ações que tenham como pretensão a indenização por danos morais em face do empregador, decorrente de acidente de trabalho.

A polêmica está efetivamente instaurada após o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, que tratou da primeira parte da denominada *reforma do Judiciário*.

Um dos pontos mais importantes da emenda constitucional refere-se à ampliação da competência da Justiça do Trabalho, através da alteração do artigo 114 da Constituição Federal de 1988.

No entanto, antes de adentrar no cerne do presente artigo, entendemos de bom alvitre tecer algumas considerações preliminares.

Primeiramente, acidente de trabalho, nos termos do artigo 19 da Lei nº 8.213/1991, é considerado como as lesões corporais ou perturbações funcionais que cause a morte, perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade de trabalho para os segurados da Previdência Social, decorrentes do exercício do trabalho ou do serviço prestado para a empresa.

Quando o empregado for vitimado por um acidente de trabalho, ele tem a faculdade de buscar indenização de duas maneiras distintas. A primeira refere-se à indenização acidentária, em face da Previdência Social, através da qual o empregado busca o recebimento de benefícios previdenciários, como o auxílio-doença, auxílio-acidente e aposentadoria por invalidez.

Por seu turno, a outra via refere-se à indenização civil em face do empregador, na qual se busca a reparação civil dos danos materiais e/ou morais decorrentes do infortúnio.

A competência para processar e julgar as ações acidentárias em face do instituto de previdência social é da Justiça Comum Estadual, conforme exceção prevista no artigo 109, inciso I, da Constituição Federal, corroborado pelo artigo 129, inciso II, da Lei nº 8.213/1991.

O artigo 129, inciso II, da norma infraconstitucional supra mencionada é taxativo ao disciplinar que os litígios e medidas cautelares relativos a acidentes do trabalho serão apreciados na via judicial pela Justiça dos Estados e do Distrito Federal.

Quanto à competência em relação a pedido de indenização em face do INSS a questão encontra-se pacífica por força de lei.

* Procurador do Estado de Goiás. Membro do Conselho de Procuradores da PGE/GO. Professor convidado de Direito Processual Civil na UFG. Professor de cursos de reciclagem jurídica e preparatório para concursos. Especialista em Direito Constitucional, Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela UFG.

A matéria que vem atormentando o meio jurídico refere-se à competência para processar e julgar as ações intentadas em face do empregador, quando o pedido for de danos materiais e/ou morais decorrentes de acidente de trabalho.

Eis o grande embate, ao qual iremos nos reportar a partir deste momento. Urge ressaltar que existem duas grandes correntes doutrinário-jurisprudencial que se digladiam para estabelecer qual órgão do Poder Judiciário teria a aludida competência.

A primeira corrente entende que a Justiça do Trabalho é que detém competência para processar e julgar a matéria, ao passo que a segunda corrente visualiza que a Justiça Comum dos Estados e do Distrito Federal é que detém tal atribuição jurisdicional.

Defendendo a primeira corrente pode-se citar a opinião de vários autores. O ilustre jurista Manoel Antônio Teixeira Filho, em sua lapidar lição, nos ensina que:

Nossa opinião, portanto, é de que, a contar da EC não 45/2004, compete à Justiça do Trabalho julgar as ações contendo pedido de indenização por dano moral (ou material) proveniente de acidente do trabalho. Em rigor, aliás, o inciso VI, em exame, não faz nenhuma distinção entre o dano moral (ou patrimonial) haver emanado de acidente do trabalho, ou não. O critério exclusivo, fixado pelo texto constitucional, é estar, esse dano, vinculado a uma relação de trabalho – na qual, como se disse, está compreendida a relação de emprego.¹

Por sua vez, o magistrado trabalhista Francisco das Chagas Lima Filho expõe a seguinte opinião:

Nas ações acidentárias contra o órgão previdenciário, cuja competência, em princípio, seria da Justiça Federal, aí sim, sem sombra de dúvida, fazia-se necessária a exceção para atribuí-la, residualmente, como se pretendeu, à Justiça Estadual. Todavia, no tocando as ações de reparação de danos decorrentes do acidente de trabalho, em que se contrapõem as partes da relação de emprego – empregado e empregador – e que têm por objetivo a reparação de dano material ou moral, ainda que decorrente do acidente, e por isso mesmo da competência da Justiça do Trabalho, era de fato não havia necessidade de qualquer tipo de exceção.²

Firmando o seu posicionamento, o autor faz a seguinte conclusão:

Assim, e quando a demanda oriunda da relação de emprego – causa de pedir remota – tiver por objeto a reparação de danos originários de acidente de trabalho – causa de pedir próxima – ajuizada contra o empregador, é inequivocamente o Judiciário Trabalhista competente para o julgamento de acordo com a previsão inserta nos incisos I e VI, do art. 114 da *Lex Major*.³

Comungando do mesmo entendimento acima mencionado, o advogado Gilson de Albuquerque Júnior preleciona o seguinte:

Por outro lado, é pacífico o entendimento de que à Justiça do Trabalho compete julgar todos os dissídios entre trabalhadores e empregadores, sendo imperativa a conclusão de que a pretensão de reparação civil, por culpa ou dolo do empregador, na hipótese de infortúnio laboral, é SEM SOMBRA DE DÚVIDA um litígio que decorre da relação de trabalho. Por isso, compete a Justiça do Trabalho apreciá-lo,

¹ A Justiça do Trabalho e a Emenda Constitucional 45/2004. In: Revista LTr. São Paulo: Ano 69, n° 01, jan/2005. p. 19/20

² Competência da Justiça do Trabalho para julgar ações decorrentes de acidente do trabalho ajuizadas contra o empregador. Disponível em <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em 27 de maio de 2005.

³ Op. cit.

conforme os incisos I, VI e IX do artigo 114 da Constituição da República, alterado pela Emenda Constitucional 45.⁴

Seguindo o mesmo entendimento perflhado nas linhas pretéritas, o juiz do trabalho Mauro Vasni Paroski se manifesta nos seguintes termos:

Com amparo nos vastos ensinamentos da doutrina e considerando-se o manifesto equivoco dos Tribunais pátrios na interpretação do artigo 109, inciso I, da Constituição (que diz de quem **não é**, e jamais de quem é), pode se afirmar com elevado grau de certeza e segurança que a competência para conhecer e julgar as demandas relativas à indenização por danos, em face de ocorrência de acidentes de trabalho, é da Justiça do Trabalho, lastreado no artigo 114, *caput* e inciso VI, da Constituição.⁵

O principal argumento levantado pelos defensores da competência da Justiça do Trabalho é que o inciso VI do artigo 114 da Constituição Federal não faz qualquer distinção entre o dano moral (ou patrimonial) haver decorrido de acidente de trabalho ou não, pois o mencionado inciso dispõe que compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho, independente deste dano advir de acidente de trabalho.

Outra tese brandida pelos defensores da competência da Justiça do Trabalho é que a exceção prevista no parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal somente se refere às ações propostas em desfavor do instituto previdenciário e não em relação àquelas intentadas em face do empregador.

Por outro lado, existe outra corrente que defende um posicionamento totalmente contrário, entendendo que a justiça competente para apreciar tal questão seria a Justiça Comum Estadual.

Segundo o advogado Hugo Cruz Maestri “a introdução do novo dispositivo constitucional acerca do dano moral e patrimonial veio, apenas e tão somente, consolidar uma regra que já era adotada naquela esfera especial, ou seja, de que cabe à Justiça do Trabalho conhecer de ação indenizatória por danos decorrentes da relação de emprego, porém as ações referentes aos acidentes do trabalho não se confundiam – e ainda não se confundem – com danos emergentes da relação de trabalho, e portanto, são julgadas pela justiça comum por força do artigo 109, inciso I, da Constituição da República⁶.”

Seguindo a mesma trilha doutrinária o advogado Carlos Sérgio de Melo Cornwall deixou consignado que “portanto nenhuma dúvida fica, quando se tratar de indenização por acidente de trabalho, os danos serão julgados conforme discrimina a Constituição, ou seja, pela Justiça Comum Estadual.⁷”

Conforme se pode depreender dos entendimentos acima mencionados, a matéria encontra-se totalmente indefinida no âmbito doutrinário.

Entretanto, da mesma forma, o embate continua na seara jurisprudencial. Aliás, o próprio Colendo Tribunal Superior do Trabalho ainda não formou uma jurisprudência acerca da matéria.

⁴ A Emenda Constitucional nº 45 e a competência para apreciar lides em face do empregador decorrentes de acidentes de trabalho. Disponível em <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em 27 de maio de 2005

⁵ Indenização por dano moral e dano material decorrente de acidente de trabalho: matéria de competência da Justiça do Trabalho. Disponível em <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em 25 de maio de 2005

⁶ Considerações pontuais acerca da competência para julgamento das ações acidentárias. Disponível em <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em 30 de maio de 2005.

⁷ A constitucionalidade da competência da Justiça Comum Estadual para julgar as ações de acidente de trabalho. Disponível em <<http://www.jus.com.br>> Acesso em 30 de maio de 2005

As próprias Turmas da mencionada Corte Trabalhista possuem entendimento diverso, ao apreciar a questão. A 1ª Turma entende que a competência é da Justiça do Trabalho, ao passo que a 4ª e 5ª Turmas perfilham o entendimento de que a competência é da Justiça Comum Estadual e do Distrito Federal. No âmbito da 1ª Turma entendo por bem transcrever um trecho do acórdão do AIRR 2574/2000-015-05-41 da lavra do Eminentíssimo Ministro Lélío Bentes Correa:

A Justiça do Trabalho é competente para apreciar e julgar ação de indenização por dano moral e material resultante de acidente de trabalho, nos termos do artigo 114 da Constituição Federal. Quando o artigo 109, I, da Magna Carta exclui da competência da Justiça do Trabalho as causas de acidente de trabalho, logicamente está a se referir àquelas ações acidentárias dirigidas em desfavor da entidade previdenciária e não às ações indenizatórias de dano moral e material decorrentes de acidente de trabalho.

De outra feita, eis o entendimento da 4ª Turma, proferido no Processo nº TST-RR-1104/2002-099-03-00-8, cujo relator foi o Excelentíssimo Ministro Barros Levenhagen:

Quer isso dizer que o Judiciário do Trabalho não tem competência para as ações previdenciárias nem para as ações acidentárias, sendo incontrastável no entanto sua competência para julgamento das ações reparatórias dos multicitados danos moral e material provenientes de acidentes de trabalho ou moléstias profissionais, conforme se infere do confronto entre o artigo 7º, inciso XXVIII e o artigo 114, ambos da Constituição. Em que pese tais considerações, o STF já consolidou a jurisprudência, mesmo após a promulgação da EC nº 45/2004, de a competência material, para julgamento de indenização quer por dano material quer por dano moral, provenientes de infortúnio do trabalho, ser da Justiça dos Estados e do Distrito Federal e não da Justiça do Trabalho.

Tendo em vista a divergência entre as turmas do Tribunal Superior Trabalho, caberá à Seção de Dissídios Individuais pacificar o entendimento no âmbito do Tribunal.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal tem fixado reiteradamente que a competência *in casu* é da justiça comum estadual. A título de exemplo entendemos de bom alvitre transcrever a fundamentação esposada pelo Ilustrado Ministro Cezar Peluso, no agravo de instrumento nº 527105/SP:

No tema de competência, cumpre distinguir. De um lado, é já velha e aturada a orientação da Corte no sentido de que compete à Justiça do Trabalho, como princípio ou regra geral, processar e julgar ação de indenização de danos, morais e materiais, decorrentes de relação de trabalho, pouco se dando, para esse fim, deva a controvérsia ser dirimida à luz do Direito Civil ou doutra província normativa (...) De outro, porém, excetua-se tal competência, quando o fato ou fatos causadores dos danos materiais e morais configurem também acidente ou doença do trabalho, caso em que a competência, assim para a ação de indenização por ato ilícito absoluto, como a de indenização especificamente acidentária, é da Justiça Comum, a que a Constituição atribui competência para as ações de acidente e doença do trabalho, qualquer que seja a qualidade da parte passiva legítima para a causa, nos termos da súmula 501, que se apóia hoje no art. 109, I, da Constituição (...). E, como sustentei num desses precedentes (RE nº 403.832), creio haver um segundo fundamento para tal interpretação da Casa a respeito do caput do art. 114, e que é a unidade de convicção, razão última de todas as causas de fixação e prorrogação de competência, de reunião de processos para desenvolvimento e julgamento conjuntos ou pelo mesmo juízo. É que, na segunda hipótese, em que se excepciona a competência da Justiça do Trabalho, as causas se fundam num mesmo fato ou fatos considerados do ponto de vista histórico, como suporte de qualificações normativas diversas e pretensões distintas. Mas o reconhecimento dessas qualificações jurídicas, ainda que classificadas em ramos normativos diferentes, deve ser dado por um mesmo órgão jurisdicional.

De acordo com tal orientação jurisprudencial, deve-se observar o *princípio da unidade de convicção* para apreciar as lides referentes à indenização decorrentes de acidente de trabalho, pois o mesmo órgão jurisdicional (justiça comum estadual) que é competente para apreciar as lides acidentárias em face de instituição previdenciária deve também apreciar aquelas propostas em face do empregador, pois a causa jurídica advém do mesmo fato gerador.

Feitas todas estas considerações, pode-se deduzir que, tanto a doutrina, quanto a jurisprudência estão oscilantes no tocante à delimitação da competência do órgão jurisdicional para apreciar lides acidentárias em face do empregador.

Todavia, sem embargo das respeitadas opiniões em contrário, comungamos o entendimento de que compete à justiça do trabalho apreciar tais questões.

Isso se deve ao fato de que o novel artigo 114, inciso VI, da Constituição da República dispõe expressamente que “compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho”.

Além do mais, o inciso VI do artigo 114 da Constituição Federal não traz qualquer exceção acerca do dano moral ou patrimonial ser decorrente de um acidente de trabalho. Por mais razão, o infortúnio trabalhista ocorre no âmbito da prestação de serviços subordinada, razão pela qual não é razoável afastar a competência da Justiça do Trabalho neste caso.

Cumprido salientar que quando o artigo 109, inciso I, da Constituição Federal exclui da competência da Justiça do Trabalho as causas de acidente de trabalho, está a se referir somente àquelas ações acidentárias intentadas em face da instituição previdenciária e não às ações acidentárias que pleiteiam indenização por dano moral ou material decorrente de acidente de trabalho.

Posteriormente, o Plenário do Excelso Supremo Tribunal Federal fixou entendimento diverso do que ele comungava anteriormente. A matéria foi tratada no julgamento do Conflito de Competência nº 7.204/MG⁸, relatado pelo Eminentíssimo Ministro Carlos Ayres Britto, cuja judicosa ementa está transcrita abaixo:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA JUDICANTE EM RAZÃO DA MATÉRIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PATRIMONIAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DO TRABALHO, PROPOSTA PELO EMPREGADO EM FACE DE SEU (EX) EMPREGADOR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. ART. 114 DA MAGNA CARTA. REDAÇÃO ANTERIOR E POSTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/04. EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PROCESSOS EM CURSO NA JUSTIÇA COMUM DOS ESTADOS. IMPERATIVO DE POLÍTICA JUDICIÁRIA.

Numa primeira interpretação do inciso I do art. 109 da *Carta de Outubro*, o Supremo Tribunal Federal entendeu que as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho, ainda que movidas pelo empregado contra seu (ex-) empregador, eram da competência da Justiça comum dos Estados-Membros.

2. Revisando a matéria, porém, o Plenário concluiu que a Lei Republicana de 1988 conferiu tal competência à Justiça do Trabalho. Seja porque o art. 114, já em sua redação originária, assim deixava transparecer, seja porque aquela primeira interpretação do mencionado inciso I do art. 109 estava, em boa verdade, influenciada pela jurisprudência que se firmou na Corte sob a égide das Constituições anteriores.

⁸ STF, Plenário, DJU de 31/03/2006.

3. Nada obstante, como imperativo de política judiciária - haja vista o significativo número de ações que já tramitaram e ainda tramitam nas instâncias ordinárias, bem como o relevante interesse social em causa - o Plenário decidiu, por maioria, que o marco temporal da competência da Justiça trabalhista é o advento da EC 45/04. Emenda que explicitou a competência da Justiça Laboral na matéria em apreço.

4. A nova orientação alcança os processos em trâmite pela Justiça comum estadual, desde que pendentes de julgamento de mérito. É dizer: as ações que tramitam perante a Justiça comum dos Estados, com sentença de mérito anterior à promulgação da EC 45/04, lá continuam até o trânsito em julgado e correspondente execução. Quanto àquelas cujo mérito ainda não foi apreciado, hão de ser remetidas à Justiça do Trabalho, no estado em que se encontram, com total aproveitamento dos atos praticados até então. A medida se impõe, em razão das características que distinguem a Justiça comum estadual e a Justiça do Trabalho, cujos sistemas recursais, órgãos e instâncias não guardam exata correlação.

5. O Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência *ex ratione materiae*. O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do Magno Texto.

6. Aplicação do precedente consubstanciado no julgamento do Inquérito 687, Sessão Plenária de 25.08.99, ocasião em que foi cancelada a Súmula 394 do STF, por incompatível com a Constituição de 1988, ressalvadas as decisões proferidas na vigência do verbete.

7. Conflito de competência que se resolve, no caso, com o retorno dos autos ao Tribunal Superior do Trabalho. (grito não original)

Sendo o Supremo Tribunal Federal competente para dar a interpretação definitiva acerca das questões constitucionais, ele fixou o marco temporal que define a competência material, no caso alteração constitucional de regras de competência, é a existência ou não de sentença de mérito, conferindo efeito *ex nunc* à orientação acerca da nova competência da Justiça do Trabalho.

Destarte, todas as ações de acidente do trabalho que tramitavam na Justiça Comum Estadual antes do advento da Emenda Constitucional n° 45/2004 serão remetidas para a Justiça do Trabalho desde que não haja sido proferida sentença de mérito.

Na hipótese de já existir sentença de mérito apreciando os pedidos do autor, a Justiça Comum Estadual continuará competente para acompanhar o processo até o seu fim, não havendo que se remeter os autos à Justiça Trabalhista.

Seguindo a mesma esteira jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça, fixou o entendimento de que todas as novas ações acidentárias em face do empregador, bem como as já propostas que tramitavam na Justiça Estadual, que ainda não tinha sentença, devem ser remetidas à Justiça Trabalhista, ao passo que os processos que já se encontravam sentenciados antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional n° 45/2004 continuariam sob a competência da Justiça Estadual.

Neste sentido, eis a ementa do acórdão proferido no Agravo Regimental no Conflito de Competência n° 57897/SP⁹, cujo relator foi o Insigne Ministro Ari Pargendler:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRABALHO PROPOSTA POR EMPREGADO CONTRA EMPREGADOR.

⁹ STJ, 2ª Seção, DJU 27.03.2006, p. 149.

No Conflito de Competência n° 7.204-1, MG, Relator o Ministro Carlos Britto, o Supremo Tribunal Federal decidiu que, a partir da Emenda Constitucional n° 45, de 2004, as ações de reparação de danos decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador devem ser processadas e julgadas pela Justiça do Trabalho – salvo aquelas que já tenham sido sentenciadas na Justiça Estadual, que lá seguirão seu curso. Agravo regimental não provido.

Entretanto, para que se chegue à uma solução definitiva acerca desta grande divergência, cabe ao Excelso Supremo Tribunal Federal, no uso de suas atribuições constitucionais, editar uma súmula sobre a matéria, conforme autorizado pelo artigo 103-A, sendo que a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Restando firmada a competência da Justiça do Trabalho, segundo o Eminentíssimo Juiz do Trabalho da 3ª Região (Minas Gerais) Sebastião Geraldo de Oliveira¹⁰, representará um marco da ampliação da competência dessa Justiça Especializada, pois, além de julgar os pedidos de adicional de insalubridade, ela também julgará a doença que o agente nocivo causou e, julgando o pedido de adicional de periculosidade, julgará também os acidentes ocorridos nos trabalhos em condições perigosas.

Destarte, consoante a lição do insigne Juiz, “isso dará um sentido de unidade em questões aparentemente desconexas e maior coerência sistemática na proteção jurídica à saúde e integridade psicobiofísica dos trabalhadores”¹¹.

THE COMPETENCE TO PROCESS AND JUDGE AN ACTION OF INDEMNIFICATION FOR MORAL AND MATERIAL DAMAGES DECURRENT OF WORK ACCIDENT IN FACE OF THE EMPLOYER.

Abstract: The article in question aims to analyze in an objective way the doctrinal and jurisprudential shock appeared since the publication of the Constitutional Emendation n° 45/2004 concerning the competence to process and judge the actions of indemnification for moral and material damages decurrent of work accident in face of the employer.

Key-words: competence - process - action - indemnity - moral damages - material damages - work accident - employer.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Gilson de. *A Emenda Constitucional n° 45 e a competência para apreciar lides em face do empregador decorrentes de acidentes de trabalho*. Disponível em <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em 27 de maio de 2005.

CORNWALL, Carlos Sérgio de Melo. *A constitucionalidade da competência da Justiça Comum Estadual para julgar as ações de acidente de trabalho*. Disponível em <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em 30 de maio de 2005.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. *Competência da Justiça do Trabalho para julgar ações decorrentes de acidente do trabalho ajuizadas contra o empregador*. Disponível em <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em 27 de maio de 2005.

¹⁰ Indenização por acidente do trabalho ou doença ocupacional. 2ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2006. p. 301.

¹¹ Op. cit. p. 301.

MAESTRI, Hugo Cruz. *Considerações pontuais acerca da competência para julgamento das ações acidentárias*. Disponível em <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em 30 de maio de 2005.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenização por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 2ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2006.

PAROSKI, Mauro Vasni. *Indenização por dano moral e dano material decorrente de acidente de trabalho: matéria de competência da Justiça do Trabalho*. Disponível em <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em 25 de maio de 2005

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *A Justiça do Trabalho e a Emenda Constitucional 45/2004*. In: Revista LTr. São Paulo: Ano 69, n° 01, jan/2005. p