Responsabilidade dos empregadores de menores de 18 anos

Diogenes Mortoza da Cunha [1]

Sabe-se, dentre aqueles que estudam o histórico do Direito do Trabalho, que na antigüidade o labor humano era desconsiderado.

Quase que universal era o entendimento de que: "o trabalho humano era ocupação vil, indigna de um cidadão."

É de sabença no meio jurídico trabalhista que pessoas respeitáveis como Xenofonte, Platão, Aristóteles e Cícero eram daqueles que pensavam ser o trabalho humano vil e indigno. Daí Fídias ser considerado, pelos gregos, simples artesão, não obstante a fama de que era envolvido.

Os grandes pensadores da antigüidade não só defendiam a tese da indignidade do trabalho, como sustentavam a da existência de escravos. Platão, em sua obra a República, dividia os homens em duas classes principais: a) livres; b) escravos. A primeira se subdividia em sábios e magistrados; e em segundo, guerreiros, designados guardiães da pátria, que levariam vida de devotamento e penitência, cujo lema era o aprimoramento físico e, por fim a multidão, onde se misturavam todos aqueles que, não sendo servos, deveriam valer-se da força física para sobreviverem. Os integrantes da multidão, não obstante livres, gozavam de pequena parte dos direitos conferidos aos componentes das duas categorias principais.

Já os escravos são tidos, apenas, como seres humanos, mas não possuíam personalidade, mérito ou valor.

---

[1] Advogado. Procurador Geral do Estado.

[2] Nota do Editor: Tese desenvolvida em 1984, por Diogenes Mortoza Cunha, quando em atividade no Serviço Jurídico do Banco do Brasil.

© CEJUR

Cícero, excepcional tribuno romano, abria exceção para o trabalho do Forum. Por isto, todos justificarem a razão de fazer poesia, prosa, teatro, política, para dar a imagem de algo digno, que aproximava dos Deuses.

João Regis F. Teixeira e Izeno Zimm, ao citarem Fusteo de Coulanges, dizem que este lembra as desigualdades iniciais (em que entrava o trabalho como fator de distinção), afirmando que, em Atenas, Eupétridas e Tetas não eram semelhantes, em Esparta, encontramos os Iguais e os Inferiores, na Eubéia, os cavalheiros e o povo.

Descreve Coulanges a saga dos clientes não escravos, propriamente, mas pouco acima destes, e sempre muito abaixo dos Patrícios (descendentes dos Pater). Ligados à família pela introdução ao culto do lar, o fogo sagrado de cada casa, do qual não se podiam desvincular jamais, formavam os clientes a casta dos proletarius-cidadãos pobres, das últimas classes.

Era tanto o desprezo dado ao trabalho do homem, que na purificação da Civilização, nem palavra existiu para designar o labor humano.

Tanto gregos, como romanos designavam o trabalho como palavras identificadas como castigo, pena, dor.

Lucien Febvre, segundo Evaristo de Moraes Filho, defende a tese da palavra haver surgido de *tripaliare*, ou seja, submeter à tortura com o *tripalium*, instrumento destinado a castigar criminosos e, por vezes, a arrancar confissões de inimigos de guerra ou políticos, usual em tempos idos.

Conhecimento temos de que o primeiro contrato, introdutor de responsabilidade para o empregador de menor e também para este, surgiu na antiga Roma entre Tríton e Tolomeo, este tecelão, e nascidos na cidade de Oxirinkos.

A respeito diz Hugo Gueiros Bernardes:

> *" Documento sugestivo para a compreensão do primeiro período e o que reproduzem Martim-Granizo e Gonzales Rothvoss, tradução de papiro de Robert Helbing ("Aunalse aos Griechischen"), e que contém um contrato de aprendizagem celebrado no ano 13 de Nero Cláudio César Augusto Germânico, aos 21 de agosto, entre Tríton e Tolomeo, este tecelão, ambos da cidade de Oxirinkos: o primeiro entrega ao segundo seu filho Thoonis, menor, para sua instrução no ofício de tecelão, por um ano; a alimentação e vestuário do aprendiz serão de responsabilidade do pai, que dará cinco dracmas mensais a título de assistência; e, no fim do prazo, 12 dracmas pelo vestuário serão dadas ao menor por Tolomeo; estipula-se uma pena de um dracma por dia se o menor faltar e não for compensada a falta no prazo do contrato; e u'a multa de 100 dracmas, e outras tantas para o Tesouro Público, se o menor se retirar antes do prazo; a mesma multa será cobrada de Tolomeo se não ensinar bem. "*

© CEJUR

Notamos, no contrato acima transcrito, a responsabilidade do mestre de ensinar o ofício e a do aprendiz de aprender, com a obrigatoriedade de comparecer ao aprendizado, sob pena de pagamento de multa por seu pai pela falta às instruções ou pela retirada, antes do término, do aprendizado. Destaca-se, ainda, a responsabilidade do mestre de ter que pagar multa se o Ofício não for bem ensinado.

Gueiros, ao defender sua tese sobre a cláusula da aprendizagem nos Contratos de Trabalho, citando Paul Monroe, diz que este distingue a educação prática da educação teórica.

> *"A primeira, adquirida pela criança através da simples imitação do adulto, mesmo quando se exigia dela o trabalho, pois "Esta exigência por parte do adulto não é, entretanto, com objetivo de educar a criança, mas de obter resultados do trabalho"; a Segunda era apenas a iniciação religiosa, da qual decorriam alguns ensinamentos práticos, a par de seu valor social e político; caracteriza-se pela incorporação de métodos rígidos de fazer as coisas, tais como capturar animais, acender o fogo e preparar alimento, tudo sob a inspiração de um ritual religioso que era toda a sua educação. A escola vai surgir com a escrita e ainda assim sob o controle das castas sacerdotais. Tal como na China primitiva, a classe governante da sociedade é a classe literária que geralmente forma também o sacerdócio, resultando daí um sistema de escolhas baseando apenas no culto às tradições, ao passado. Até que a Grécia inicia o culto da individualidade, numa primeira fase voltada para a preparação do cidadão, pelo exemplo, partindo do princípio de que a prática con-*

duz ao conhecimento e aceitação da doutrina; numa Segunda fase, dão os gregos à educação o sentido verdadeiramente intelectual que marcou a civilização, libertadora do homem e capaz de exaltar a suas virtualidades. Tema que foi retomado pelos romanos, depois que se fez sentir sobre eles a influência da Grécia conquistada."

"Aí, entre os romanos, encontramos talvez a primeira formulação sistemática de uma organização profissional, os "Collegia", associações de pessoas exercentes da mesma profissão. E somente a partir de uma organização profissional poderia a aprendizagem adquirir caráter institucional, deixando aquela feição estritamente familiar e aleatória que se retrata no documento já referido, da época romana."

Da escravização do homem pelo homem à escravização do homem pela gleba

Não obstante os escravocratas continuassem ganhando adeptos e fossem os escravos responsáveis por toda a produção, a subordinação do homem à gleba é marco importante no desenvolvimento do Direito Moderno.

Continuava a condição servil do homem.

Deixou, de modo geral, de ser escravo do homem para o ser da gleba – pertencente a um senhor. Nunca chegava a ser proprietário; sempre dedicado ao trabalho de trato da terra, suportava taxas elevadíssimas – chamadas merchet – quase sempre "in natura", e superava a metade da colheita efetuada.

O Senhor Feudal, segundo a história, era absoluto, e nada o sobrepunha; o homem, subordinado agora à gleba, dele dependia em quase tudo. Inclusive quando contraía núpcias, a primeira noite era do senhor da terra ou castelão, no discutido e curioso direito às "primícias", prática primitiva; sua responsabilidade atingia a manutenção dos filhos dos servos, por serem mais braços para o trabalho em torno do foro. Respondia o Servo com a própria vida, quando ocorria deslizes de seus familiares, e tinha o dever de acompanhar o Senhor Feudal em suas disputas, fosse em disputas com vizinhos ou em guerras, como ocorreu com as Cruzadas.

Evolução para as corporações

À medida que passava o tempo, formavam em torno dos Castelos aglomerados humanos.

Em razão do indispensável para o dia a dia, inicia o surgimento dos primeiros especializados da época – marceneiros, ferreiro, curtidor, tecelão – satisfazendo a demanda local. Aos artífices ligados ao senhor feudal mais próximo, cabia o pagamento de impostos e taxas pesadas, além de sustentarem as guerras de seu senhor, sustentavam, também, o luxo do senhor absolutista.

Surge, daí, o entendimento entre os artesãos de se associarem em corporações de conformidade com cada profissão, nascendo, consequentemente, as corporações e passam a pagar os tributos coletivamente.

Adotam a divisão de: Mestres, companheiros e aprendizes. Estes últimos eram nada mais, nada menos, que empregados dos primeiros. A união em corporações teve como objetivo a eliminação da concorrência daqueles que, de outras cidades, se aportavam em territórios ocupados.

A duração das corporações se deu até o advento da Revolução Francesa, que viu, nas Corporações, o cerceamento do trabalho.

Inegável é o fato de que tivemos no caminhar da liberdade para o trabalho humano cinco fases: a) Escravidão; b) Servidão de Gleba; c) Artesanato; d) Corporações de Ofício e) Revolução Industrial. (Classificação apresentada por João R. F. Teixeira e Zeno Simm).

Início da proteção ao trabalho de menores

Os estudiosos do Direito do Trabalho, em unanimidade, são acordes que o Moral And Health Act inglês, de 1802, tenha sido a primeira legislação objetivando proteger o emprego de menores. Coube a Sir Robert Peel tomando por base as conclusões do "Escritório de Saúde", criado em 1796, fixar a jornada de trabalho e proibir contratação de crianças cuja idade fosse abaixo da mínima fixada. A aplicação do Moral And Health Act se deu para as indústrias de pequenas cidades e não nas da Capital.

Após anos, na mesma Inglaterra, sob o bafejo e orientação do mesmo Sir Robert Peel, surge o Cotton Mills Act, de 1819, generalizando as normas do Moral And Health Act, as quais são impostas, agora e principalmente, às Industrias de fiação e, tecelagem de algodão.

A França, em 1813, fixou a idade mínima para o trabalho remunerado nas Minas em dez anos; no mesmo País europeu, em 1841 é estendida a proteção legal aos menores que laborassem na indústria e comércio baixando, no entanto, a idade mínima para oito anos. Já em 1874 fica fixada em 12 anos; em 1892 eleva-se a idade mínima para 13 anos e para 14 anos no ano de 1936. Com a Lei de 25 de setembro de 1948, o limite ficou estritamente ligado com o fim da obrigação escolar, ou seja, nos 14 anos; nos dias atuais, em virtude de uma "ordonnance" de 6 de janeiro de 1959, as crianças que atingiram 6 anos de idade nesse ano, sujeitam-se à escolaridade obrigatória até os 16 anos, o que passou a surtir efeitos no ano de 1967.

Na Alemanha, em 1835, fixou-se a jornada máxima de dez horas para menores empregados em minas, fundições e indústrias de trabalhos pesados, proibindo-se, outrossim, a contratação de menores de 9 anos de idade.

As atividades profissionais dos menores e mulheres foram normatizados: na Áustria, em 1859; Suécia, 1864; entre 1870-80, na Bélgica, Suíça, Espanha e Dinamarca e na Rússia, em 1890.

Lembra Russomano:

> *"as necessidades econômicas de um lado, impostas por salários reduzidos, e as do próprio país, de outro (guerras freqüentes e seguidas, determinando que os homens válidos deixassem as fábricas, trocando os empregos por campos de batalha), fizeram com que a mulher e o menor, no século passado, abandonassem os lares e escolas, a caminho das minas, do comércio e da indústria. Mais frágeis e, consequentemente, produzindo menos, ganhavam parcos salários, trabalhando demais para compensar a deficiência. Modernamente se tem buscado dar ao menor um índice de educação mais aprimorado, impedindo-se o trabalho infantil de todas as maneiras viáveis, e só o admitindo em circunstâncias excepcionais. Daí por que não sem surpresas geral que se acolheu a recente imposição constitucional diminuindo o limite de idade do menor, no Brasil, para doze anos, o que se constitui em aberração chocante, ferindo normas de bom senso acatadas na maioria dos países civilizados do mundo."*

Destaque se dá ao Tratado de Versalhes, em sua parte XIII, art. 427, itens: 6 e 7, que orientou para – "6. Supressão de trabalho infantil, e a obrigação de trazer ao trabalho dos dois sexos as limitações necessárias para lhes permitir continuar sua educação e assegurar-lhes o desenvolvimento físico. 7. O princípio do salário igual, sem distinção de sexo, para os trabalhos de iguais valores."

Não menos destaque damos à OIT que tem demonstrado uma preocupação constante para com o trabalho do menor e das mulheres. Tanto que inclui no preâmbulo de sua constituição, ratificada na Declaração de Filadélfia, em 1944.

Lembramos Convênios, oriundos de determinações internacionais, os de nº 5 (1919), 33 (1932), 7 (1920), fixando a idade mínima de admissão de menores, inclusive para o trabalho a bordo, em 14 anos; os de nº 6, 79, 93, proibindo o trabalho noturno para menores de 18 anos; os de nº 16, 77, 78, exigindo exame médico a menores, no momento da contratação para o trabalho.

No Brasil

As Ordenações Filipinas, que vigiam no Brasil no século XIX e regulavam, em o Livro IV, as locações de serviço, já dispunham sobre a aprendizagem de ofícios.

Noticia-nos Albino Lima – "Trabalho do Menor, in legislação Social, fascículo 18, página 5:

> *"que os Mestres brasileiros, da época, recebiam menores como aprendizes, elaborando escrituras públicas ou particulares, sendo obrigados a dar aos mesmos ensino profissional no ramo dominado pelo Mestre e fazer com que aprendessem a ler e escrever."*

José Bonifácio de Andrada e Silva, o Patriarca, em 1825, apresentou um projeto vedando trabalhos pesados ou em locais insalubres a escravos menores de 12 anos de idade, ao mesmo tempo que buscava atender e proteger a escrava

grávida antes e depois do parto (Evaristo de Moraes, A Escravidão Africana no Brasil, ano-1933, p. 63).

Na fase republicana o Decreto nº 1.313 deu ao Brasil o pioneirismo na América Latina, por ser legislação de proteção ao trabalhador menor e que era aplicado somente no Distrito Federal (Rio de Janeiro), proibindo a admissão. Abria, no entanto, exceção para os aprendizes de fiação e tecelagem, permitindo o ingresso de crianças desde os 8 anos.

Não foi cumprido por falta de fiscalização nas empresas da época, por não haver elemento humano.

Honra-nos dizer que o homem público RUI BARBOSA, preocupava com o trabalho de menores, sobretudo com a aprendizagem. Elabora o insigne jurista pátrio um trabalho, em 1882, que Carvalho Neto assim comenta e faz citações:

> *"o extraordinário homem público preconiza as escolas para o ensino profissional de interesse da indústria, assim como para o aprendizado "das artes e ofícios de mais imediato proveito para a população e para o estado, conforme as necessidades da localidade"."*

Sábio foi o Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, que consolidou as leis de assistência e proteção de menores da época, tornando-se, sem dúvida, na obra prima da legislação sobre menores em nosso país.

Dispunha o então Código de menores em seu artigo 103:

> *"Os menores não podem ser admitidos nas usinas, manufaturas, estaleiros, minas ou qualquer trabalho subterrâneo, pedreiras, oficinas e suas dependências, de qualquer natureza que sejam, públicas ou de beneficência, antes da idade de 14 anos."*
>
> *§ 1º "Essa disposição aplica-se ao aprendizado de menores em qualquer desses estabelecimentos."*
>
> *§ 2º "Excetuam-se os estabelecimentos em que são empregados somente os membros da família sob a autoridade do pai, da mãe ou do tutor."*

> *§ 3º "Todavia, os menores providos de certificados de estudos primários, pelo menos do curso elementar, podem ser empregados a partir da idade de 12 anos."*

O artigo 108, do mesmo Código, estabelecia que o trabalho de menores em qualquer emprego fosse de 6 horas diárias, interrompidas por um ou mais períodos de repouso e que não seriam inferiores a uma hora.

Apresentava, a legislação de 1927, mais humanizada, neste particular, que as disposições modernas que regulam o trabalho dos menores.

Já o artigo 109 com seu parágrafo único proibia, sem exceções, o trabalho noturno de menores de 18 anos, fossem operários ou aprendizes e considerava, o parágrafo único, noturno o trabalho entre 19:00 horas e 5:00 da manhã. Vejamos a disposição do artigo e seu parágrafo único:

> *"Não podem ser empregados em trabalhos noturnos os operários ou aprendizes menores de 18 anos."*
>
> *Parágrafo Único "Todo trabalho entre sete horas da noite e cinco horas da manhã é considerado trabalho noturno."*

Fica demonstrada a superioridade desta legislação à da CLT.

Chamamos a atenção para as penalidades contidas no artigo 110 do Decreto 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, eram bem mais enérgicas do que as disciplinadas pelo artigo 434 da Consolidação das Leis do Trabalho.

As condições de moralidade, higiene e segurança para os locais de trabalho, vinham disciplinadas pelos artigos 117 e 118, além de outorgarem ao regulamento a designação dos gêneros de trabalho prejudiciais aos menores, operários ou aprendizes.

No dizer de Hugo Gueiros:

"Excelente obra legislativa, jamais superada."

Na década de trinta o Governo demonstra sua preocupação com os problemas sociais e, de modo especial, com o trabalho subordinado, liberto que estava do anti-intervencionismo positivismo brasileiro. Fato este gerador de recuos na legislação posterior, sobretudo, se comparada com o Código de Menores de 1927.

Exemplo patente deste recuo encontramos no Decreto 22.042, de 03.11.1932, que manteve a idade limite de 14 anos, todavia, deixou de exigir o primário completo, para dizer que bastava saber ler, escrever e contar.

O artigo 2º da lei 184, de 14.01.36, que institui no país o salário mínimo, autorizou a redução até de metade do salário mínimo a ser pago ao menor, numa demonstração retrógrada e altamente prejudicial.

Prejudicial, por igual, foi o seu regulamento – Decreto-lei nº 399, de 30.04.1938 – que estabelecia em seu artigo 5º:

> *"Tratando-se de menores aprendizes ou que desempenhem serviços especializados, poderão as Comissões fixar o seu salário até em metade do salário mínimo normal da região, zona ou sub-zona."*

O conceito de aprendiz e de menores que exerciam "serviços especializados, é feito por seus parágrafos 1º e 2º, tornando facultativa a redução do salário não só pelo fato de ser aprendiz o menor, como pelo de exercer as funções de auxiliares".

Seguiram os Decretos-Leis nº 1.238, de 02.05.39, que criou os cursos profissionalizantes para empresas que tivessem mais de 500 empregados; o de nº 2.162, de 01.05.40, que aprovou a primeira tabela para o salário mínimo. Normatizou em seu artigo 3º, que o salário de menores de 18 anos não seria superior a 50% do mínimo regional para adulto, generalizando e fazendo desaparecer a condição de aprendiz ou serviços especializados, exigidos pelo Decreto-Lei 399 para que houvesse redução.

Outros Decretos-Leis existem com demonstração de recuo na legislação sobre trabalho de menores e que abrandaram as exigências, quando não prejudicaram o trabalhador menor. Deixamos de citá-los para não ficar extensa, vez que os já mencionados demonstram a eqüidistância em que se encontravam do Código de Menores.

A Constituição de 1937, em seu artigo 137, letra K, impedia o trabalho a menor de 14 anos; os menores de 16 anos não podiam trabalhar noturnamente; e nem nas indústrias insalubres os menores de 18 e as mulheres.

A partir de 1946, quando o país voltou à normalidade democrática, a Carta magna proibia a diferença de salário para um mesmo trabalho em função do sexo ou idade (art. 157,II), manteve a idade mínima para admissão em 14 anos, e proibido era o trabalho noturno e insalubre aos menores de 18 anos (157, IX).

A Constituição de 1967 produziu enormes modificações. Não mais proibiu diferença de salário em função de idade (art. 158, III), tornando, assim, perfeitamente lícito que o empregador pagasse menos ao menor.

Com tristeza, dizemos que ela reduziu a idade mínima de admissão, para o menor, a doze anos.

Com o advento da Emenda nº 1 de 1969, a matéria ficou assim disciplinada pela Constituição:

> *Art. 165 - "A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social;*
>
> *.....Omissis.....*
>
> *X – "proibição de trabalho, em indústrias insalubres, a mulheres e menores de dezoito anos, de trabalho noturno a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de doze anos."*

Repetiu o mesmo erro, a emenda nº 1, cometido pela Constituição de 1967, ao permitir que o menor com 12 anos pudesse trabalhar em serviços remunerados.

Em Direito Social não se pode regredir.

Causa-nos pesar saber que um país civilizado, como o Brasil, que deu exemplo na América Latina, em matéria de proteção ao trabalho do menor, regrida para o ponto de onde saíram os países pioneiros, há 170 anos.

Mencionamos com destaque, neste breve caminhar histórico, o advento da Consolidação das leis do Trabalho (1943), trazendo, a CLT, grandes inovações e garantias para o trabalho da mulher e do menoril.

Análise da CLT

Para a Lei Consolidada é menor o trabalhador de doze a dezoito anos.

Fica, assim, claro que antes dos doze anos é vedado o trabalho remunerado, quer por normas constitucionais, quer pelo determinado pela CLT; entre 12 e 14 anos só poderá trabalhar se houver garantia para a freqüência à escola, ficando assegurada a formação primária, e sob condição de só executar serviços leves, não nocivos, de qualquer modo, à sua formação.

Dessa forma, qualquer contrato de trabalho celebrado em contrariedade ao artigo 403 da CLT é nulo de pleno direito.

Em sendo nulo, não há a figura do empregador e nem de empregado, não gera, consequentemente, responsabilidade para as partes. Não pode o empregador exigir do menoril o cumprimento de obrigações, como este não pode exigir do empregador indenização, férias, nem tampouco, o salário. Isto no âmbito da Justiça do Trabalho.

Entendimento até certo ponto rígido.

Ensina-nos Vitor Russomano, e com ele caminhamos, que:

> *"Esse entendimento – que pode ser e tem sido considerado excessivamente duro – repousa neste raciocínio: A nulidade do contrato (no caso nulidade absoluta, decorrente de incapacidade do agente por força da Constituição da República e da lei ordinária) faz com que inexista relação de emprego entre as partes. Sendo assim e não havendo nenhuma lei expressa declarando a competência da Justiça do Trabalho para apreciar controvérsias entre o menor de doze anos e quem utilizou seu serviço, a matéria só pode ser suscitada no âmbito jurisdicional da Justiça Comum. É questão de competência em razão da matéria e não de se negar ao menor o direito de cobrar o preço do seu trabalho. A solução de fundo (cobrança da manutenção) "deriva do princípio que impede o enriquecimento ilícito."*

A Jurisprudência, inclusive do Tribunal Superior do Trabalho, tem, em nome desse princípio, admitido a cobrança da remuneração pelo menor proibido de trabalhar.

Com a nova orientação do constituinte, permitindo o trabalho de menor que completa 12 anos de idade, o Decreto-lei nº 229, de 1967, modificou, substancialmente, o antigo parágrafo do art. 403, disciplinando a situação jurídica dos menores entre doze e quatorze anos de idade.

Duas exigências básicas surgiram e que são cumulativas:

a) deve o empregador garantir a freqüência do menor à escola, para conseguir, este, sua formação pelo menos no nível primário e,

b) atribuir-lhe serviços de natureza leve, isto é, que não sejam prejudiciais à sua saúde ou ao desenvolvimento físico.

É dever do empregador, quando constatado por fiscalização administrativa ser o trabalho do menor prejudicial, de proceder a mudança de suas funções, sob pena, de se caracterizar a despedida indireta (art. 407).

Definiu, a CLT, o trabalho noturno como sendo o realizado entre 22 horas de um dia até 5 horas da manhã do outro, vedado ao menor o acesso ao trabalho neste horário – menor de 18 anos -, além de proibir o labor em locais insalubres ou perigosos e naqueles que possam ser danosos à sua formação moral.

A necessidade do trabalho não pode, evidentemente, dificultar o desenvolvimento normal do organismo do menor.

O caminhar moral e escolar exige que, até determinada idade, não se distancie o menor da escola e nem do lar.

Essas razões não interessam só ao menor como ser humano, ou a seus pais, mas, sobretudo, à sociedade, à nação para que aqueles que a venham integrar, em futuro, não tenham seu desenvolvimento moral e intelectual altamente prejudicados pelo trabalho prematuro.

O art. 405 e seus parágrafos disciplinam os locais, condições e espécies de trabalhos que são proibidos ao menor de 18 anos.

Demonstrou o legislador sua inquietude, pois, com a regulamentação do trabalho do menor, fez surgir duas preocupações: defesa de sua integridade física e defesa de sua integridade moral.

Quanto à integridade física: o menor de dezoito anos não poderá trabalhar nos locais e em serviços considerados nocivos ou perigosos, bem como, insalubres, conforme os quadros aprovados pelo Diretor-Geral do Departamento Nacional de Segurança e Higiene do Trabalho.

Não obstante aquela enumeração de atividades perigosas ou insalubres, o Ministro do Trabalho pode afastar esta proibição, desde que fique apurado haver desaparecido, total ou parcialmente, o suporte para ser considerado de periculosidade ou da insalubridade do serviço (art. 410).

No que diz respeito à integridade moral, coube à própria CLT indicar os casos em que o trabalho é considerado danoso à moralidade do menor.

Esta proibição legal não tem sido respeitada nos dias atuais. Menores têm exercido trabalho, sem nenhuma punição para o empregador, em lugares eminentemente proibidos e, o que é pior, até mesmo sem autorização do juiz de Menores, quando indispensável, fato gerador de desequilíbrio moral a que temos assistido, comprometendo de muito a formação dos menores.

Quis o Legislador que o menor tivesse sua jornada de trabalho igual a do adulto, de 8 horas normais.

Achamos que o menor não pode, entre 14 e 16 anos de idade, realizar o trabalho em jornada superior a 6 horas diárias.

Dispôs, o Legislador, com um rigorismo aparente a proibição da prorrogação do serviço exercido pelo menor de 18 anos, salvo nos casos fixados nos itens e parágrafo único do artigo 413.

A legislação anterior era mais exigente; e só permitia a prorrogação em casos excepcionais de força maior, por interesse público ou havendo possibilidade de perda de matérias-primas perecíveis.

Atualmente o contido no artigo 413 apresenta-nos duas hipóteses:

a) a primeira permite que o trabalho do menor seja prorrogado até duas horas diárias, a título habitual, como denominado por Russomano, devendo existir, no entanto, para que se faça a prorrogação-convenção ou acordo coletivo; compensação das horas extraordinárias realizadas com descanso correspondente em

outro dia da mesma semana; e o período trabalhado na semana não exceda a 48 horas.

b) a Segunda prevê a existência de força maior que é definida pela legislação trabalhista; a imprescindibilidade do trabalho do menor para a empresa e seja obedecido o limite máximo de doze horas de trabalho por dia.

No caso das laboradas por menores como excesso, devem ser pagas com acréscimo de vinte e cinto por cento (25%).

Usamos "devem" e não a expressão "são pagas", por conhecer patrões, por faltar uma fiscalização constante e penalidades mais rigorosas que as existentes, os quais negam cumprir o preceito legal.

Nós, quando trabalhador menor em Uberada, não recebemos nada pelas horas trabalhadas em excesso e nenhuma compensação fora feita.

Chamou-nos a atenção quando pesquisávamos o assunto na obra de Alvarenga Netto – Código de Menores de 1927 – Decreto nº 17.943-A – a sentença exarada pelo Dr. Juiz de Menor, Dr. Mello Mattos, em 30 de março de 1929, demonstrando sua independência e não subordinação ao sistema econômico ou não temor às injunções políticas como soe acontecer nos dias atuais. Vemos Juizes coniventes com maus tratos, descurados com suas funções e temerosos pelas influências políticas que possam a vir prejudicá-los.

Parece-nos atravessar o nosso país período de degeneração de todos os princípios, onde a família tende a desaparecer.

Por oportuno, a citação de alguns dos tópicos daquela decisão.

> *"Indefiro a petição de fls. 2. A pretensão dos supts. é ilegal, injurídica, injusta, desumana, impatriótica."*
>
> *"Injurídica – Os poderes políticos são independentes entre si, e cada um tem suas atribuições especificadas em lei. A iniciativa das leis é função do Poder Legislativo. Ao Poder Judiciário cumpre executar as leis. Não está na competência da magistratura, ainda menos da pertencente à Justiça local, suspender a execução de uma lei. Ainda que por considerá-la má, e*

© CEJUP

esperar que o Congresso Nacional a reforme."

"Impatriótica – O menor é para o Estado um valor econômico e um valor social;.... omissis.... e finaliza este tópico.... Assim para garantia da Nação, devemos envidar todos os esforços, empregar todos os meios, para acautelar a saúde e salvar a vida dos pequenos operários, como das demais crianças. A Grande Guerra veio dar mais uma eloqüente prova, do quanto é preciosa para a salvação e a prosperidade dos povos a vida das crianças; e o Tratado de Versalhes incluiu no grande texto, preceitos de caráter universal, referentes às garantias delas (Parte XIII, Secção 1). Conseguintemente, não importa que a diminuição do trabalho fabril dos menores de 18 anos desorganize a indústria, desde que concorre para lhes conservar a saúde e poupar a vida. Conflito de interesse entre menores operários e os industriais não pode ter outra solução que esta: - Salve-se a raça, embora se desorganize a Indústria."

Notável é, no todo, a sentença que transcrevemos poucos de seus tópicos. Peça que merece ser estudada, sobretudo, pelos aplicadores da Lei no âmbito da menoridade.

Saudade temos do inigualável Código de Menores, de 1927, obra de visão jamais superada. Não havia o que mudar nele. Derrogado pelos legisladores menos avisados, encontra-se o nosso país, praticamente, sem uma legislação perfeita no campo da menoridade. Os que alinham com o modernismo apregoam a necessidade de atualizar até mesmo os costumes, esquecendo, eles, que costumes morais e éticos não se modernizam; Conservados são por tradição.

É dever do empregador do menor observar as exigências do artigo 418 da Consolidação, reportando-se ao artigo 16 que discrimina os documentos indispensáveis para a concessão do emprego ao menoril.

Impôs, o Legislador, ao empregador de menores de 18 anos o dever de manter no ambiente de trabalho os bons costumes e a decência pública, bem como, as regras de medicina e segurança do trabalho (art. 425).

Dispensável é o artigo 425. O empregador é obrigado a manter em ambiente de trabalho, e em qualquer hipótese, ambiente decente: não admitir em sua

empresa aquilo que possa ferir o decoro e ensejar uma má impressão a respeito de seu estabelecimento; decente deve ser o ambiente de trabalho de qualquer ser humano.

Quanto à segurança e as normas de medicina do trabalho é dever de todo empregador. A técnica legislativa em que houve a Consolidação do Trabalho, facilitou a redundância de dispositivos, desencontros e até contradições. Pecou muito o Legislador.

Alinhamos, anteriormente a obrigação que tem o empregador de, se comprovado ser prejudicial à formação física do menor o trabalho por ele exercido, facilitar a sua mudança de função.

Não é permitido que o empregado menor de 18 anos dispenda força física acima de sua capacidade, por isto não pode exercer atividade que tenha esta exigência.

O artigo 426 é também dispensável por pleonástico, vez que reitera as normas contidas no art. 407.

No artigo 427 dispõe a CLT sobre a obrigatoriedade de o empregador favorecer o comparecimento do menor entre 12 a 18 anos às aulas. Tratamos anteriormente dessa exigência, pois, este artigo deve ser aplicado em consonância com o artigo 419. Se criou o dever de o empregador permitir a freqüência às aulas, tem, ele, sido motivo para dificultar a contratação de menores naquela faixa de idade. Só o empregador imbuído de espírito cristão, humanitário, desejoso de ver este país crescer é que dará emprego e permitirá a freqüência às aulas.

Prova a nossa assertiva o número sem conta de menores que perambulam pelas ruas a esmolar, quando não caminham pela estrada espinhosa do vício e do roubo.

Tendo em vista o que dispõe o parágrafo único do referido artigo, amenizada ficou a responsabilidade do empregador. Excepcionalmente encontramos empresas que tenham contratados mais de 30 empregados menores e analfabetos. Triste é ver consolidada a preocupação de dar ensino a aqueles que não possuem e no entanto não ser cumprida. O Brasil peca pela elaboração de leis para não serem cumpridas. O próprio governo as descumpre.

O assunto de escolaridade tomou vulto e gerou discussões; passou a integrar a Constituição. Já a Constituição de 1946, e não foi executada neste particular, não dizia da exigência de alfabetização, mas dispunha da obrigatoriedade de as empresas proporcionarem o aprendizado industrial e comercial aos empregados menores e a obrigação de os empregadores promoverem o ensino primário para os filhos de seus empregados, quando o número destes fossem superior a cem pessoas.

A Carta Magna de 1967, dispôs diversamente da anterior, criando uma alternativa. O seu artigo 178 dispõe que as empresas comerciais, industriais e agrícolas são obrigadas a manterem o ensino primário gratuito para seus operários e para os filhos dos mesmos que tenham de 7 a 14 anos de idade ou substituir esta exigência pela concessão do salário-educação.

Houve, a nosso ver, um recuo do Legislador constitucionalista quando permitiu a substituição da manutenção da alfabetização pelo salário-educação, como hoje ocorre por força de lei ordinária.

Atribui, o artigo 428, ao INPS, com locação de seus recursos ou auxiliado por empresários, a instituição de colônias de férias para recreação. Temos visto esta exigência legal ser cumprida somente para as Capitais, mas não com recursos do INPS, pois estas têm sido mantidas pelas entidades assistênciais e sindicatos. É de notável significado social a criação de colônias para recreação do menor trabalhador, onde ele terá, por certo, uma vivência para a auto educação social, além de diminuir o contraste entre a fortuna e a miséria. É preciso que o espírito da Lei seja cumprida em todo o território nacional e não só em algumas cidades.

Institui a CLT, a partir do artigo 429, a aprendizagem e traça, nos artigos seguintes, os deveres e obrigações das partes. É de suma importância. De valor social inconteste a exigência da legislação trabalhista neste particular. Tenta o Legislador diminuir o grande número de pessoas com a idade de 14 e menos de 18 anos existentes na pátria brasileira, sem profissão definida, ao criar a obrigatoriedade de as empresas industriais de qualquer natureza, inclusive de transportes, comunicações e pesca, empregarem e matricularem nos cursos mantidos pelo Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI), fixando o mínimo em (5%) cinco por cento e o máximo em quinze por cento (15%) dos operários existentes em cada estabelecimento e que os ofícios demandem formação profissional. A Pátria brasileira carece de mão de obra especializada e a preocupação foi formar técnicos que possam, no amanhã, preencher a lacuna existente.

Pena que o SENAI e SENAC, dado a situação difícil por que passa o Brasil e toda a sua população, não possam instalar os centros de especialização em todas as cidades.

Muito se tem feito neste País em favor do menor, sobretudo o trabalhador, mas muito há para fazer.

Se de um lado laborou o legislador pátrio na criação de normas instituindo a obrigatoriedade da aprendizagem, de outro se tem cometidos pecados, haja vista o caudal de normas que trata do assunto. Dever-se-ia compilar toda a legislação que disciplina a matéria, onde se eliminasse os excessos, as contradições e os erros que nos tem sido demonstrados com o passar dos anos.

Urge que se legisle de modo específico sobre todo menor desta Pátria, ou que se retorne o Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, por ser sempre visto pelos estudiosos, em sua grande parte, como legislação merecedora de encômios. A sua derrogação provocou um hiato na legislação brasileira. Está por merecer maiores estudos não só o problema do menor trabalhador ou do menor aprendiz, mas todo o menor brasileiro.

Causa-nos tristeza ver pelas ruas de toda comuna brasileira homens, mulheres e crianças a esmolarem.

Atenção maior nos chama o menor por sujeito às influências das pessoas de mau caráter, sendo sempre arrastados para o roubo e o tóxico.

Verdade é que os nossos governantes, em todas as esferas, se preocupam com construções miraculosas e nenhuma preocupação demonstrem pela criação de escolas.

Assistimos, com pasmo, a falência, em todos os níveis, do ensino brasileiro.

Se benéfica, de modo relativo, a intenção do Legislador ao instituir a proteção ao serviço do menor, tem, dado a má formação de caráter de alguns empresários, ensejado abuso no que se refere a salários. As empresas, em sua maioria, tem explorado o menor trabalhador ao classificar, aqueles não sujeitos à aprendizagem, como aprendizes afim de reduzir salários à metade do mínimo regional.

Mozart Victor Russomano, comentando o artigo 80 da Consolidação, tece críticas à Lei 5.274/67 que revogou o mesmo artigo no período de 67 a 74, quando

houve o ressurgimento do mesmo, com a redação dada pelo Decreto 229/67, feito pela Lei 6.086, de 15.07.74, assim afirmando:

> *"Além de representar medida reacionária, visivelmente retrógrada, a Lei nº 5.274/67 esqueceu-se de um aspecto relevante: A Constituição de 1967 - procurando solucionar o problema social dos menores desamparados e desocupados – fugira às linhas fundamentais do Direito do Trabalho, consagrados no plano internacional, admitindo a celebração de contratos de trabalho por menores que hajam completado doze anos de idade."*
>
> *E mais adiante continua o mestre: "A Lei nº 5.274/67 se referia, apenas, a trabalhador com quatorze ou mais anos de idade, o que poderia conduzir a conclusão de que os trabalhadores de doze e treze anos completos, embora empregados, não poderiam ser, jamais, remunerados com o salário mínimo reduzido."*

O Artigo 80 da CLT, para Russomano, gera a seguinte conclusão:

> *a) Quando o menor for aprendiz, tem direito ao salário mínimo reduzido pela metade na primeira fase do aprendizado e a redução de 1/3 na Segunda metade.*
>
> *b) Se o trabalhador é menor de dezoito anos, mas não está sujeito à formação profissional metódica de determinado ofício, terá direito ao salário mínimo da região, sem nenhuma redução.*

Se, com a Lei, foi criada obrigações para o empregador de menor aprendiz, deu, a este, por outro lado deveres dos quais não poderá se furtar. Exigiu que tenha freqüência aos cursos diariamente e quando faltar sem justificativa perderá o valor corresponde ao dia que faltou; se faltar reiteradamente, será considerado, a sua conduta, justa causa para a despedida, igualmente o não aproveitamento, por parte do aprendiz, do curso de aprendizado é justa causa para a despedida.

Por último o dever de o empregador enviar anualmente às repartições competentes do Ministério do Trabalho e Previdência Social, de 1º de novembro a 31 de dezembro, relação, em duas vias, de todos os empregados menores, expedindo o Ministério o modelo próprio para esta relação.

A segunda exigência que faz o artigo 433, de o empregador fixar, em lugar visível, o quadro de horário e as disposições do capítulo, inútil se tornou a da fixação do quadro de horário por ser repetitiva e a exigência da regra geral é de que assim proceda o empregador.

Ninguém, após a publicação da lei, pode alegar ignorância desta, prática foi a exigência de se colocar em lugar visível as disposições do capítulo para que os menores, que na maioria dos casos são alfabetizados (art. 419), possam conhecer os seus direitos e deveres. Preferiu a Consolidação, neste particular, caminhar sobre a influência do Direito do Trabalho.

Estipula, ainda, a Consolidação as penalidades a que estão sujeitos os infratores da legislação trabalhista:

> *a) empregadores: multa de valor igual a salário mínimo regional e ao pagamento da emissão de nova via quando feita, na Carteira de Trabalho e Previdência Social do menor, anotação não prevista em lei.*
>
> *b) Médico - quando, sem motivo justificado, negar passar os atestados previstos pelo art. 418, pagará multa, igual ao valor do salário mínimo. Agravando a incidência de multa, em todos os dois casos, se ocorrer a reincidência.*
>
> *c) Do menor - não foi estipulada multa para a infração cometida pelo menor.*
>
> *d) Do responsável pelo menor: pai, mãe ou tutor, perderá o pátrio poder e será multado e a multa será a indicada no artigo 434.*

Determina o artigo 439 da Consolidação, o direito de menor firmar recibo pelo recebimento de seu salário, mas o proíbe de dar quitação ao empregador por indenização a que tiver direito. Justifica esta proibição – por ser menor e fácil de ser ludibriado, ser sensível a argumentos que superam sua capacidade mental, ainda em formação – por evitar que seja lesado nos seus direitos.

Contra o menor de dezoito anos não corre nenhum prazo prescricional.

Conclusão

1) Urge que se condene toda a legislação que disponha sobre o menor trabalhador e porque não dizer, todo o menor, em um só volume por entendermos

dever ser uma legislação especial, retornando a idade mínima para o trabalho a de 14 anos completos;

2) Fazer cumprir por todos e, sobretudo, pelo Governo, quer o central, quer os regionais, as disposições constitucionais que tornam obrigatório o ensino não só para o menor trabalhador, mas para todo o operário analfabeto e para toda a população menoril deste país, construindo centros escolares e profissionalizantes. Obrigando as grandes empresas a destinarem não bolsas de estudos ou salário educação, e sim construírem escolas.

3) A extensão do SENAI e SENAC a todo o território nacional, por profissionalizar aqueles que, sendo menores ou não, exerçam trabalho merecedor de cursos de formação e especialização.

4) Instituir para o menor aprendiz o salário mínimo regional, sem reduções, por ser medida humanitária e do mais alto espírito de justiça, por retrógrada a permissão legal de redução.

5) Imposição de pena mais grave que a simples multa ou a perda do pátrio poder (aqui quando for o infrator e responsável pelo menor). Mais uma vez nos curvamos diante do Código de Menores, de 1927, que previa penas mais severas, inclusive, prisão celular para determinadas ofensas ao disposto na Lei.

Obras consultadas

MARANHÃO, Délio - *Direito do Trabalho* – 10ª edição – FGV – 1982;

GUERREIROS, Hugo - *Cláusula de Aprendizagem nos Contratos de Trabalho* – E. Universidade de Brasília – 1969;

GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson - *Curso de Direito do Trabalho* – 3ª Edição – Forense – 1968;

TEIXEIRA, João Régis Fassbender- *Teoria Prática do Direito do Trabalho* – Zeno Simm – Revista dos Tribunais – 1981;

SUSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio e VIANNA, Segadas - *Instituições de Direito do Trabalho* – 7ª Edição – Freitas Bastos;

RUSSOMANO, Mozart Victor - *Comentários à CLT* – 1ª Edição – Forense – 1983;

SERSON, José - *Curso de Rotinas Trabalhistas* – 2ª Edição – LTR – 1983;

NETTO, Alvarenga - *Código de Menores* - 2ª Edição – Freitas Bastos – 1941;

Constituição do Brasil – 1967, com a emenda nº 1 – Editora Atlas S.A;

PAIXÃO, Floriano - *Consolidação das Leis do Trabalho e Legislação Complementar* – 16º Edição – Síntese – 1983;

FILHO, Evaristo de Morais - *Introdução do Direito do Trabalho* – Forense - 1956.

A independência do advogado*

Valentina Jungmann Cintra Alla [1]

O tema proposto - A INDEPENDÊNCIA DO ADVOGADO - permite sua análise por diversos ângulos. Cumpre-nos, de início, esclarecer que a nossa reflexão buscará relacioná-lo com o Direito Positivo e com a Ética Profissional da Advocacia, pois, é principalmente através do cumprimento de preceitos éticos que garantiremos nossa independência profissional[2] .

Pretendemos, em um segundo ato, relacionar a independência profissional do advogado com a REALIDADE, analisando a aplicação dos dispositivos legais que dispõem sobre tal prerrogativa. Nas conclusões de nossa exposição, buscaremos chamar a atenção para a situação evidenciada, propiciando oportunidade para o debate e para as sugestões dos colegas que, por certo, contribuirão para que a nossa independência não seja apenas uma UTOPIA.

A independência é uma característica que distingue a profissão do advogado, bem como é pressuposto indispensável para o exercício de seu mister. É condição que se ajusta à liberdade e abomina a submissão.

Ser livre significa decidir e operar como se quer; ou seja, poder agir de modo diferente de como fizemos se assim quiséssemos e decidíssemos[3]. Independência é estado ou condição de quem ou do que tem liberdade ou autonomia (...)

---

* Nota do Editor: Palestra proferida na XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Rio de Janeiro, 1999.

[1] É advogada, mestre em Direito pela PUC-SP, procuradora do Estado de Goiás, professora universitária e vice-presidente da OAB-Goiás.

[2] Sobre o assunto v. Ofélia Rosenkranz, Roque J. Caivano e Gisela F. Mayer, *Etica Profesional de los abogados*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 11.

[3] Cf. Adolfo Sánchez Vázquez, *Ética*, trad. de João Dell'Anna, 17. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997, p. 101. Para Domingo M. Basso, liberdade é uma 'propriedade' da vontade humana, que é dotada da capacidade de eleger, que deriva da inteligência. A essência da liberdade consiste no pleno domínio da vontade sobre seu ato de eleição, *in Ética*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, ps. 58 e 60.

caráter de quem rejeita qualquer sujeição. A independência jurídica é a que coloca a pessoa fora da autoridade de outra, podendo aquela agir por si própria na prática de atos jurídicos de seu interesse[4] .

A independência do advogado está intimamente relacionada com a independência da OAB, que é independente por natureza, não mantendo qualquer vínculo funcional ou hierárquico com órgãos da Administração Pública (§ 1°, art. 44, Lei 8.906/94).

Sempre se reconheceu a autonomia da Ordem, ou seja, o direito de reger-se por si mesma, sem interferência político-administrativa externa. Até porque, para cumprir sua finalidade na defesa da Constituição, da ordem jurídica, do Estado democrático de direito, impossível se torna qualquer ingerência ou interferência de órgãos a ela estranhos. Também não recebe qualquer subsídio do Tesouro Nacional, e seus serviços são prestados com a contribuição exclusiva dos advogados, que elegem seus órgãos de direção.

Mesmo que para o exercício da profissão necessite o advogado de uma entidade profissional forte, para que possa defender seus direitos, suas prerrogativas e zelar pela dignidade da profissão, a independência da OAB não decorre de nenhum sentimento corporativista; quem a reclama é a própria sociedade civil, que se acostumou a buscar refúgio em seu seio. O beneficiário dessa independência é toda a coletividade[5].

Todavia, nem todos entendem a necessidade de sua independência e várias têm sido as tentativas de restringi-la. A Revolução Francesa, por exemplo, ao eliminar as corporações, suprimiu a Ordem dos Advogados, permitindo que as partes se defendessem pessoalmente perante os tribunais, ou escolhessem leigos para o fazerem. Experiência desastrosa, que foi revista para assegurar a boa administração da justiça, mas que serve para demonstrar o quanto é necessária e

[4] *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Coordenação do Prof. R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, p. 436 e 348.

[5] A posição da Ordem, o papel que lhe foi destinado, a autoridade de que se reveste, as responsabilidades que lhe incumbem, não se coadunam (...) com qualquer forma de tutela administrativa. A sua independência lhe é essencial, não só à dignidade da instituição, como à própria eficiência de sua atividade peculiar. A independência das Ordem protege a independência do advogado; e, sem esta, a profissão decai de sua grandeza e de sua utilidade social, Dario de Almeida Magalhães, *in Revista de Direito Administrativo*, vol. 20, Fundação Getúlio Vargas, 1950, ps. 350/351. Sobre o assunto v. Justino Vasconcelos, "A independência da advocacia e da Ordem dos Advogados", *in Na Ordem: Em defesa da Ordem*. Porto Alegre-RS: Publicações OAB-RS, n° 3, ps. 09/44.

imprescindível a atuação do advogado. Ainda sob a égide da Constituição de 1946, o Tribunal de Contas da União pretendeu que a Ordem dos Advogados do Brasil submetesse a ele as contas para julgamento. Também, em 1967, tentou-se vincular a Ordem ao então Ministério do Trabalho e Previdência Social, ambas as tentativas falharam, felizmente[6].

No início, as partes litigantes deduziam pessoalmente suas pretensões em juízo, podendo a defesa ser feita por um parente ou amigo. Com a natural complexidade dos conflitos e das legislações a eles aplicáveis, surge a missão do advogado.

A própria palavra indica que o advogado sempre foi, em todos os tempos, aquele profissional revestido de características que o possibilitam ser o defensor dos indivíduos contra as agressões de seus direitos[7].

Ele veio para assegurar o esclarecimento do Direito, a fiel interpretação da lei, solucionando os litígios por intermédio do Poder Judiciário, mantendo a paz social, restaurando os direitos violados e auxiliando na consecução da justiça[8]. Sua atividade está intimamente relacionada com a adoção dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

A independência profissional é condição intrínseca ao exercício da advocacia. Por isso, é indispensável que o advogado, liberal ou assalariado, esteja imune a toda forma de ingerência e interferência na sua atuação profissional. Necessário é, pois, que o advogado permaneça livre de vínculos e de pressões provenientes do exterior que tendam a influenciar, desviar ou distorcer a sua ação profissional, prerrogativa que não admite limitações, ainda que se trate de advogado-empregado[9].

Ele defende a liberdade, luta contra todas as manifestações de arbítrio, partam elas dos governantes ou dos Tribunais. Em todos os períodos de nossa

[6] Sobre o assunto v. *As razões da autonomia da Ordem dos Advogados do Brasil* - Seu enquadramento na estrutura do Estado de Direito - A missão constitucional e outras atribuições - Os direitos do Homem e o seu defensor - A tradição. Rio de Janeiro: Conselho Federal da OAB, 1975, ps. 16 e ss.

[7] Nesse sentido Rui de Azevedo Sodré, *O advogado e a regulamentação e a ética profissional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1963, p. 61.

[8] Cf. Luiz Lima Langaro, *Curso de deontologia jurídica*. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 42.

[9] Cf. Francisco Ary Montenegro Castelo, "O Advogado empregado", *Anais da XIII Conferência Nacional da OAB*, Belo Horizonte-MG, 1990, ps. 350/351.

história, tem criado e cria a liberdade. E por criar a liberdade, muitas vezes incomoda poderosos e afronta a opinião pública[10] . É o único profissional que é obrigado a enfrentar o poder e para esse enfrentamento indispensável se torna o respaldo e cobertura de seu órgão de classe[11].

Assim, a independência é um dever e um direito que devem ser mantidos e exercidos pelo advogado em relação a todos, inclusive em relação a seu cliente. Ele deve conservar sua independência moral, intelectual, política e material e exercitá-la em toda a sua plenitude. Ademais, a independência é condição para o uso responsável da liberdade orientado para o bem comum das pessoas e das nações.

É de se registrar que com o advento da Constituição Federal de 1988, da Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994 -Estatuto da Advocacia e da OAB- e do seu Código de Ética e Disciplina, tivemos um grande avanço legislativo em prol da independência do advogado.

[10] Sobre a atuação do advogado em grandes julgamentos da História, demonstrando que sem independência não se pode conceber a advocacia, v. Carvalho Neto, *Advogados; como aprendemos, como sofremos, como vivemos*. São Paulo: Saraiva & Cia, 1946, ps. 290 a 322. Indaga Justino Vasconcelos, quem, afora o advogado independente, pode resistir às demasias, desmandos e desatinos da autoridade, aos agravos, às afrontas, e ameaças e vinganças dos déspotas de todos os tempos? É o patrimônio, é a liberdade, é a honra, é a vida, são direitos fundamentais da pessoa humana, o que o advogado tem sob o seu amparo, sob a proteção de sua palavra, sua cultura, do seu destemor e de sua fé na Justiça e no Direito, *in* "A defesa dos direitos humanos e a independência da Ordem", *Anais da V Conferência Nacional da OAB*, Rio de Janeiro, 1974, p. 620. Já Felicíssimo Sena deixa claro que a independência e a bravura devem ter o toque dos que conseguem ser firmes sem, obrigatoriamente, romper os padrões da convivência civilizada. O advogado, como artífice de resultados, deve dosar sua postura segundo a conveniência e a oportunidade, não aceitando represálias indevidas sem a proporcional reação, mas também não produzindo situações que inviabilizem a solução pretendida, *in* "Inviolabilidade, ética e subserviência nos textos da advocacia", *Revista da OAB Goiás* nº 35 (julho a setembro de 1998), p. 25. Para Fábio Konder Comparato, o *munus* público da advocacia, com raras exceções, bem demonstra que a atividade judicial do advogado não visa - apenas ou primariamente - à satisfação de interesses privados, mas à realização da justiça, finalidade última de todo o processo litigioso (...) o advogado age em nome da parte, mas no interesse público da realização da justiça. É exatamente à luz dessa qualificação jurídica do serviço advocatício que se deve compreender a disposição legal, tantas vezes ignoradas em nossos pretórios, pelo concurso da prepotência de alguns juízes e da tibieza de muitos advogados, de que 'entre os juízes de qualquer instância e os advogados não há hierarquia nem subordinação' (...) O advogado situa-se no processo, em posição equipolente à do Ministério Público e não pode, por conseguinte, ser tratado como serviçal do juízo, ou como simples jurisdicionado, *in* "A função do advogado na administração da justiça", *Revista dos Tribunais*, vol. 694, agosto de 1993, pp. 44/45.

[11] Nas palavras do saudoso Miguel Seabra Fagundes, "A profissão do advogado e a OAB na evolução brasileira", *XII Conferência Nacional das OAB*, Porto Alegre, 1988, p. 105.

É do conhecimento de todos que o art. 133 da Carta Magna fez previsão de que o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei[12].

Por sua vez, o Estatuto da Advocacia e da OAB -Lei nº 8.906, de 04.07.94-, no tocante ao tema, entre outros dispositivos, preleciona que consiste atividade privativa da advocacia **a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais**, assim como as atividade de consultoria, assessoria e direção jurídicas (art. 1º, incs. I e II). Constituem direitos do advogado: ter respeitada, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus arquivos e dados, de sua correspondência e de suas comunicações, inclusive telefônicas ou afins, salvo caso de busca ou apreensão determinada por magistrado e **acompanhada de representante da OAB** (art. 7º, inc. II); **ter a presença de representante da OAB, quando preso em flagrante, por motivo ligado ao exercício da advocacia, para lavratura do auto respectivo, sob pena de nulidade** e, nos demais casos, a comunicação expressa à seccional da OAB (art. 7º, inc. IV).

O Estatuto não se esqueceu da independência material, inclusive do advogado empregado, estabelecendo, em relação aos honorários de sucumbência, que nas causas em que for parte o empregador, ou pessoa por este representada, os honorários de sucumbência são devidos aos advogados empregados (art.21). A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência (art. 22). Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor (art. 23). **É nula qualquer disposição, cláusula, regulamento ou convenção individual ou coletiva que retire do advogado o direito ao recebimento dos honorários de sucumbência** (art. 24, § 3º) [13].

Demonstração de independência e efetiva vitória do Estatuto foi a instituição obrigatória do Exame de Ordem. Através dele vem a Instituição, efetivamen-

[12] Além de ter outorgado ao Conselho Federal da OAB legitimação para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade (art. 103, inc.VII), para a propositura do mandado de segurança coletivo (art. 5º, inc. LXX, "b"), estabelecendo como princípio para o ingresso na carreira da Magistratura e do Ministério Público concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases.

te, selecionando seus inscritos, já que agora para se inscrever nos quadros da OAB é necessário aprovação em Exame de Ordem, cuja realização está a cargo dos Conselhos Seccionais (art. 8º, inc. IV c/c. art. 58, inc. VI).

[13] Ainda sobre a independência do advogado dispõe o Estatuto que não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos, e que as autoridades, os servidores públicos e os serventuários da justiça devem dispensar ao advogado, no exercício da profissão, tratamento compatível com a dignidade da advocacia e condições adequadas a seu desempenho (art. 6º e parágrafo único); que o advogado, no exercício da profissão é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta Lei (art. 2º, § 3º); que tem direito de não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado-Maior, com instalações e comodidades condignas, **assim reconhecidas pela OAB**, e, na sua falta, em prisão domiciliar (art. 7º, inc. V), (a expressão destacada, em decorrência da ADIn nº 1.127-8, teve sua eficácia suspensa pelo STF, em medida liminar); ingressar livremente: a) nas salas de sessões dos tribunais, mesmo além dos cancelos que separam a parte reservada aos magistrados, nas salas e dependências de audiências, secretarias, cartórios, ofícios de justiça, serviços notorias e de registro, e, nos caso de delegacias e prisões, mesmo fora da hora de expediente e independentemente da presença de seus titulares; em qualquer edifício ou recinto em que funcione repartição judicial ou outro serviço público onde o advogado deva praticar ato ou colher prova ou informação útil ao exercício da atividade profissional, dentro do expediente ou fora dele, e ser atendido, desde que se ache presente qualquer servidor ou empregado, em qualquer assembléia ou reunião de que participe ou possa participar o seu cliente, ou perante a qual este deva comparecer, desde que munido de poderes especiais (art. 7º, inc.VI, "a" a "d"); **sustentar oralmente as razões de qualquer recurso ou processo, nas sessões de julgamento, após o voto do relator, em instância judicial ou administrativa, pelo prazo de quinze minutos, salvo se prazo maior for concedido** (art. 7º, inc. IX), (todo esse dispositivo teve sua eficácia suspensa pelo STF, em medida liminar proferida na ADIn 1.105-7); que o advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação ou **desacato** puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer (art. 7º, § 2º), (o STF atribuiu a interpretação de que o dispositivo não abrange o crime de desacato à autoridade judiciária). A relação de emprego, na qualidade de advogado, não retira a isenção técnica nem reduz a independência inerentes à advocacia (art 18); o salário mínimo profissional do advogado será fixado em sentença normativa, salvo se ajustado em acordo ou convenção coletiva de trabalho (art. 19); a jornada de trabalho do advogado empregado, no exercício da profissão, não poderá exceder à duração diária de quatro horas contínuas e à de vinte horas semanais, salvo acordo ou convenção coletiva ou em caso de dedicação exclusiva (art. 20); **Os honorários de sucumbência, percebidos por advogado empregado de sociedade de advogados são partilhados entre ele e a empregadora, na forma estabelecida em acordo** (parágrafo único do art. 21), (na ADIn nº 1.194-4, o STF decidiu limitar a aplicação do parágrafo único do art. 21 aos casos em que não haja estipulação contratual em contrário); o advogado, no exercício da profissão, deve manter independência em qualquer circunstância (art. 31, § 1º). Nenhum receio de desagradar a magistrado ou a qualquer autoridade, nem de incorrer em impopularidade, deve deter o advogado no exercício da profissão (art. 31, § 2º); a OAB não mantém com órgão da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico (art. 44, § 1º). Compete ao Conselho Federal velar pela dignidade, independência, prerrogativas e valorização da advocacia (art. 54, III); ajuizar ação direta de inconstitucionalidade de normas legais e atos normativos, ação civil pública, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e demais ações cuja legitimação lhe seja outorgada por lei (art. 54, inc. XIV). O poder de punir disciplinarmente os inscritos na OAB compete exclusivamente ao Conselho Seccional em cuja base territorial tenha ocorrido a infração, salvo se a falta for cometida perante o Conselho Federal (art. 70).

Em grande parte, entretanto, esse avanço legislativo carece de efetividade plena, já que, em decorrência das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 1.127-8, 1.105-7 e 1.194-4, o Supremo Tribunal Federal decidiu deferir o pedido de liminar, suspendendo a eficácia das expressões destacadas nesse texto.

No caso da ADIn nº 1.127-8, requerida pela Associação dos Magistrados Brasileiros -AMB-, a liminar foi concedida em 06 de outubro de 1994, mas continua produzindo efeitos, enquanto se aguarda o moroso julgamento de mérito. Mais antiga, ainda, a decisão que deferiu o pedido de liminar na ADIn nº 1.105-7, requerida pelo Procurador-Geral da República, que foi proferida, por maioria de votos, em 03 de agosto de 1994. Por fim, o pedido de liminar foi deferido em 14 de fevereiro de 1996, na ADIn nº 1.194-4, ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria -CNI. Essas duas últimas também aguardam a decisão definitiva.

É sabido que nesse tipo de ação, a liminar tem o objetivo de evitar a ineficácia da decisão final, ou seja, ela suspende a vigência da lei para evitar que, quando e se ela for julgada inconstitucional, já não tenha causado diversos danos, de incerta ou difícil reparação[14].

Ainda que seja pouco provável que a aplicação dos dispositivos possa causar algum prejuízo de difícil ou incerta reparação, as liminares foram deferidas e vêm se perpetuando no tempo. E é certo que a suspensão de suas vigências está trazendo sérios prejuízos aos advogados, que não podem usufruir, em sua plenitude, dos direitos e prerrogativas outorgados por seu Estatuto.

É de se ressaltar que o art. 1º, inc. I, da Lei nº 8.906/94, ao estabelecer como atividade privativa da advocacia a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário, incluindo os juizados especiais, o fez em consonância com o legislador constituinte[15].

[14] Cf. Betina Rizzato Lara, *in Liminares no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, 2. ed., p.158.

[15] Esclarece Arruda Alvim que a posição assumida pelo constituinte foi no sentido da obrigatória presença do advogado, pois, no art. 133, da atual Constituição, quando se diz "nos limites da lei", quer parecer que esta regulamentação dirá respeito não à sua dispensabilidade, senão que regulará a inviolabilidade do advogado, por seus atos e manifestações, no exercício de sua profissão. Se se utilizou o constituinte do adjetivo indispensável, quer parecer que à lei ordinária restará vedado dispensar a presença do advogado. Esta parece que haverá de ser exigida, inclusive no Juizado de Pequenas Causas, e, igualmente, na Justiça do Trabalho. A nós nos parece que exigir a presença do advogado - ainda que venha a acarretar na ordem prática, de imediato, problemas extremamente graves - completa o sentido e a função do princípio do contraditório e do próprio acesso ao Judiciário, *in Tratado de Direito Processual Civil*, vol. I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 70.

Como bem disse Paulo Luiz Netto Lôbo, nos *Comentários ao Estatuto da Advocacia*, a indispensabilidade do advogado à administração da justiça é total; não pode sofrer limitações estabelecidas em norma infraconstitucional. É que o princípio da indispensabilidade não foi posto na Constituição como favor corporativo aos advogados ou para reserva de mercado profissional. Sua *ratio* é de evidente ordem pública e de relevante interesse social, como instrumento de garantia de efetivação da cidadania. É garantia da parte e não do profissional[16].

No nosso sistema processual, não se afasta o advogado da postulação litigiosa sem causar prejuízos às partes, e isso se dá por vários motivos, até por desconhecerem elas as inúmeras formalidades legais atinentes ao processo e ao seu procedimento. E ao contrário do que alguns pensam, a falta de advogado dificulta o trabalho do bom julgador e do membro do Ministério Público, até por que eles encontram, através das postulações formuladas pelos advogados, o conflito de interesses juridicamente delimitado e definido. Sem dúvida, a ausência do advogado em muito prejudica a efetiva aplicação do Direito e a realização da Justiça, pois, com diz Eliézer Rosa[17], não são os advogados auxiliares da Justiça: são seus órgãos. O auxiliar é útil, mas não é indispensável. E os advogados são indispensáveis.

Um dos suportes da independência do advogado, que inclusive reflete a força da entidade, é ser ele inviolável por seus atos e palavras no exercício da profissão, nos limites da lei (art. 133, CF/88). Em princípio, o advogado não poderá ser sancionado pela conduta manifestada. Por isso, ocorrendo exceção, ou seja, a prisão de um advogado em flagrante por motivo ligado ao exercício profissional, é de se exigir, para lavratura do auto respectivo, a participação de um membro do Conselho da OAB, nos termos idealizados pelo Estatuto, acarretando a omissão sua nulidade[18]. Buscou-se garantir ao advogado a proteção da Instituição, o que, inclusive, é um dos deveres desta.

[16] *Comentários ao Estatuto da Advocacia*, 2. ed., Brasília-DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica: Conselho Federal da OAB, 1996, ps. 29/30. Acrescenta que no Estatuto a indispensabilidade está cuidada no *caput* do artigo 2º e a inviolabilidade, no seu parágrafo terceiro, e no art. 7º, ficando explicitadas as duas questões emergentes do artigo 133 da Constituição: I- a lei a que se remete é esta (o Estatuto) e não outra; II- os limites dizem respeito apenas à inviolabilidade, op. cit., p. 29. Para Celso Medeiros, o que a Constituição trouxe de novo, e de forma peremptória, foi a inviolabilidade do advogado, por seus atos e manifestações no exercício da profissão, o que lhe confere, sem dúvida, maior segurança na sua desassombrada atuação, mas lhe aumenta a responsabilidade pelos seus próprios atos. Por ser inviolável nos seus atos e manifestações, quando no exercício de sua profissão, e porque é um paladino da liberdade em todas as suas formas, não pode o advogado alçar-se à insolência na defesa do seu ponto de vista, radicalizando seus argumentos e atribuindo à ignorância ou à corrupção do juiz ou autoridade a decisão que desfavorece a sua defesa, *in* "Ética e as Prerrogativas do Advogado", *Anais da XIII Conferência Nacional da OAB*, Belo Horizonte-MG, 1990, p. 704.

[17] *Novo Dicionário de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 46.

[18] Se não houvesse sanção pelo descumprimento da participação da OAB, dificilmente seria atendido tal requisito.

A imunidade profissional estabelecida pelo Estatuto é a imunidade penal do advogado por suas manifestações, palavras e atos que possam ser considerados ofensivos por qualquer pessoa ou autoridade, pública, judicial ou extrajudicial. Contudo, a imunidade profissional não exclui a punibilidade ético-disciplinar do advogado, porque cabe a ele o dever de tratar os membros do Ministério Público e da Magistratura com respeito, discrição e independência, empregando linguagem polida. Mas apenas a OAB tem competência para punir o excesso do advogado, por suas manifestações, palavras e atos, no exercício da advocacia, e que poderiam tipificar crime contra a honra[19].

Em consonância, de grande relevo para a independência profissional é a inviolabilidade do escritório ou local de trabalho do advogado, de seus arquivos e dados, de sua correspondência e de suas comunicações, inclusive telefônicas ou afins, salvo caso de busca ou apreensão determinada por magistrado.

Como bem explica José Afonso da Silva[20], tal inviolabilidade é uma proteção ao cliente que confia a ele documentos e confissões da esfera íntima, de natureza conflitiva, e não raro objeto de reivindicação e até de agressiva cobiça alheia, e precisam ser resguardados e protegidos de maneira qualificada.

Nos termos previstos no Estatuto, a busca e a apreensão deveriam ser acompanhadas por um representante da OAB, o que se justifica até para se garantir, com maior segurança, o cumprimento do sigilo profissional[21].

[19] Cf. Paulo Luiz Netto Lôbo, que complementa no sentido de que a falta de reciprocidade de tratamento respeitoso por parte de magistrados e promotores de justiça, devidamente comprovada, afasta a infração disciplinar imputável ao advogado, em situações concretas, op. cit., ps. 50/51.

[20] *Apud* Paulo Sérgio Leite Fernandes, A Ordem e os Advogados, *in Na defesa das prerrogativas do Advogado II*. São Paulo: Ordem dos Advogados do Brasil, Departamento Editorial, 1994, p. 31.

[21] Esclarece Celso Medeiros que a lei usa impropriamente a expressão "domicílio" como residência, pois domicílio é o lugar, localidade, onde se situam as atividades principais do indivíduo, onde ele mora, mantém liames com a comunidade, sustenta seus negócios ou exerce sua profissão (...), e que o dispositivo em questão só constitui prerrogativa do advogado quanto ao escritório e seus arquivos, pois quanto à casa, à habitação, ela é inviolável para todos, nos termos do art. 5º, XI, da Constituição Federal (a casa é o asilo inviolável do indivíduo...). Quanto ao escritório e aos arquivos do advogado, a proteção se justifica só pela sua enunciação, pois os escaninhos do advogado e sua oficina de trabalho guardam documentos e segredos que lhe foram confiados por terceiros e não podem ser divulgados sob pena de grave dano à honorabilidade do causídico e de prejuízos aos seus clientes, op. cit., p. 703. Acrescenta Paulo Luiz Netto Lôbo que a ampla utilização da informática pelo advogado, com sua crescente miniaturização, faz estender a inviolabilidade aos dados e arquivos de computador, mantidos em seu local de trabalho ou que transporte consigo, e que o Estatuto se refere a escritório e local de trabalho. Entende-se por local de trabalho qualquer um que o advogado costume utilizar para desenvolver seus trabalhos profissionais, incluindo a residência quando for o caso, op. cit., p. 56.

© CEJUR

Em nenhuma hipótese pode haver interceptação telefônica do local de trabalho do advogado, mesmo autorizada pelo magistrado, por motivo de exercício profissional. A hipótese prevista no inciso XII do artigo 5º da Constituição (ser admitida, por ordem judicial, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal), aplica-se apenas à própria pessoa do advogado, por ilícitos penais por ele cometidos, mas nunca em razão de sua atividade profissional[22].

Não obstante, o Departamento de Polícia Federal (DPF), recentemente, solicitou à Justiça Federal a quebra de sigilo telefônico de dois advogados, um deles membro honorário vitalício do Conselho Federal da OAB[23] , a solicitação foi prontamente indeferida pelo juiz titular da 12ª Vara da Justiça Federal de Brasília, por violar o art. 133 da Constituição Federal.

A Comissão de Prerrogativas da OAB-SP conseguiu impedir a quebra de sigilo bancário, telefônico e fiscal de um advogado, inscrito naquela Seccional, requerida pela CPI do Sistema Financeiro por ter ele trabalhado para a Teletrust, empresa que mantinha relacionamento comercial com o banco Marka[24] .

É de se registrar a importância da atuação da Comissão de Prerrogativas no combate às violações dos direitos e prerrogativas dos advogados. Ela assume papel preponderante na defesa da preservação e garantia dos direitos e prerrogativas profissionais, bem como ao livre exercício da advocacia, cabendo-lhe promover todas as medidas e diligências necessárias para assegurar tal desiderato.

Na maioria dos casos, a assistência ou o atendimento têm de ser prestados de imediato, diante da urgência que a situação requer ou da gravidade da ameaça ou violação sofrida pelo profissional, razão pela qual é de se recomendar que seja disponibilizado pela Seccional ao advogado um sistema de comunicação (telefone, fax, ou e-mail) em que ele, ocorrendo ameaça ou violação de direito ou prerrogativa profissional, possa denunciar e solicitar a intervenção da Comissão de Prerrogativas de pronto, buscando, com tal iniciativa, coibir os freqüentes abusos que ocorrem em concreto.

[22] Cf. Paulo Lôbo, op. cit., p. 56.

[23] A OAB relatou a ameaça de quebra do sigilo telefônico e profissional por ter examinado, a pedido do Partido dos Trabalhadores e na condição de advogado da campanha petista nas eleições de 1998, os documentos de bancos do Caribe, que supostamente envolveriam líderes do PSDB, dentre eles o presidente da República, *in Jornal OAB Nacional*, ano X, nº 73, Brasília, junho de 1999, p. 13.

[24] Cf. informações contidas no *Jornal OAB Nacional*, ano X, nº 73, Brasília, junho de 1999, p. 13. Foi impetrada ação contra o pedido do Senado junto ao Supremo Tribunal Federal, tendo sido concedido pedido de liminar. Na ação, foi alegado que o pedido de quebra do sigilo bancário do advogado estaria ferindo o artigo 133 da Constituição, bem como o Estatuto da Advocacia que defende o advogado no que se refere à inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus arquivos e dados, de sua correspondência e de suas comunicações, inclusive telefônicas ou afins.

© CEJUR

Por outro lado, deve-se questionar como vem ocorrendo a aplicação dos dispositivos que regulam os honorários de sucumbência.

É bom lembrar que o advogado é o primeiro e único destinatário dos honorários fixados pelo juiz. E isso se dá por imposição do Código de Processo Civil, que para fixá-los leva em consideração o trabalho realizado pelo advogado, tais como o grau de zelo, o lugar de prestação do serviço, a natureza, a importância e o tempo exigido para a sua realização. É uma prerrogativa que não admite limitações, mesmo que se trate de advogado empregado. Pelo menos é esse o espírito do Estatuto da Advocacia e da OAB[25]. Não obstante, a Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997, que alterou dispositivos das Leis nºs. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, 8.460, de 17 de setembro de 1992, e 2.180, de 5 de fevereiro de 1954, e, inclusive, o Estatuto da Advocacia e da OAB, estabelece que as disposições constantes do Capítulo V, Título I, da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, não se aplicam à Administração Pública direta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como às autarquias, às fundações instituídas pelo Poder Público, às empresas públicas e às sociedades de economia mista.

Até certo ponto é compreensível que a Administração Pública goze de algumas prerrogativas quando é parte na relação jurídica processual[26] , mas é inconcebível que ela procure esquivar-se de cumprir prerrogativas outorgadas de forma coletiva a toda uma classe, como pretendido com a edição da Lei nº. 9.527/97, unicamente pelo fato de ser ela a empregadora.

Os advogados públicos não podem ser tratados de forma desigual pela lei, sob pena de se ferir o princípio da isonomia, que vem consagrado no *caput* do

[25] João Pessoa de Souza, citando Sérgio Ferraz, já demonstrava que os honorários de sucumbência são destinados ao advogado-empregado, deles não podendo apropriar-se o empregador em nenhuma circunstância, sob pena de, quando menos, haver enriquecimento indevido de sua parte. Em contrapartida, não pode o advogado-empregado renunciar aos aludidos honorários e qualquer convenção que tenha por objetivo a sua destinação ao seu empregador será plenamente válida, *in* "Honorários da sucumbência - Direito do advogado-empregado", *Anais XII Conferência Nacional da OAB* (Porto Alegre-RS, 1988), p. 966.

[26] Como por exemplo, o parágrafo 4º do artigo 20, do Código de Processo Civil, segundo o qual cumpre ao juiz, nas causas em que for vencida a Fazenda Pública, fixar os honorários, conforme apreciação eqüitativa, permitindo a incidência de um percentual inferior ao mínimo legal (10%) sobre o valor da condenação.

© CEJUR

artigo 5º da Constituição Federal de 1988, cujo comando é dirigido não só aos aplicadores do direito, mas também ao legislador, que não poderá criar qualquer norma que não dispense tratamento isonômico às pessoas que se encontram em situações jurídicas idênticas, sob pena de ser declarada a sua inconstitucionalidade.

A igualdade constitui o signo fundamental da democracia, não admitindo privilégios e distinções[27].

Nesse sentido, observa o professor Celso Antônio Bandeira de Mello[28], que entende, em concorde unanimidade, que o alcance do princípio não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia, que a Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar eqüitativamente todos os cidadãos[29].

O fato de o advogado pertencer aos quadros da Administração Pública direta ou indireta não lhe pode tirar a independência técnica, científica e ética, ainda que não tenha a mesma autonomia do advogado liberal. Também não pode ser privado do salário mínimo adotado para a categoria e de uma jornada de trabalho que lhe propicie as condições mínimas de recuperação das atividades extenuantes que constituem o trabalho intelectual por ele desenvolvido[30].

[27] Cf. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed., 3ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 193.

[28] Continua afirmando que este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes, e que por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo igualdade, assegura que os preceitos genéricos, os abstratos e atos concretos colham a todo sem especificações arbitrárias, assim proveitosas que detrimentosas para os atingidos (...) que é inadmissível, perante a isonomia, discriminar pessoas ou situações ou coisas (o que resulta, em última instância, na discriminação de pessoas) mediante traço diferencial que não seja nelas mesmas residentes. Por isso, são incabíveis regimes diferentes determinados em vista de fator alheio a elas: quer-se dizer: que não seja extraído delas mesmas, *in Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 3. ed. São Paulo: Malheiros, ps. 9/10, 18 e 29/30.

[29] Já se decidiu que o princípio da isonomia é auto-aplicável e deve ser considerado sob duplo aspecto: a) o da igualdade na lei; b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei é exigência dirigida ao legislador, que, no processo de formação da norma, não poderá incluir fatores de discriminação que rompam com a ordem isonômica. A igualdade perante a lei pressupõe a lei já elaborada e dirige-se aos demais Poderes, que, ao aplicá-la, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório (STF, RDA 183/143), *apud* Luís Roberto Barroso, *Constituição da República Federativa do Brasil* - Anotada e Legislação complementar. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 15.

[30] Nesse sentido, Eugênio Roberto Haddock Lobo, "O advogado empregado", *Anais da XIII Conferência Nacional da OAB*, Belo Horizonte, MG, 1990, p. 342. Acrescenta Ruy Azevedo Sodré que o empregador quando contrata um advogado não pode ignorar que ele está subordinado a um regulamento profissional e ao Código de Ética, op. cit., p.160.

Daí se recomendar ao Conselho Federal que analise a constitucionalidade do artigo 4º da Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997, sob a óptica da isonomia e, entendendo pela sua inconstitucionalidade, proponha a ação correspondente.

Todavia, mesmo com a vigência da Lei nº 9.527/97 e com o deferimento da liminar que suspendeu os efeitos do § 3º do art. 24 do Estatuto da Advocacia e da OAB, entendemos, com base no Direito positivo em vigor, que o advogado-empregado tem direito aos honorários de sucumbência. Isso porque os arts. 22 e 23 do Estatuto da Advocacia e da OAB asseguram aos inscritos nos seus quadros o direito aos honorários de sucumbência, uma vez que a eles pertencem. Estão tais dispositivos em pleno vigor.

Na prática, vêm ocorrendo inúmeros casos de desrespeito a essa prerrogativa do advogado. Para exemplificar, a Lei Complementar nº 24, de 08 de junho de 1998, que dispõe sobre a organização da Procuradoria Geral do Estado de Goiás, em relação aos honorários advocatícios decorrentes de ações judiciais, nas quais o Estado figure como parte, estabelece que: I - 25% (vinte e cinco por cento) serão destinados à aquisição de obras, publicações, equipamentos para a Procuradoria Geral do Estado e para custeio e realização de cursos, seminários e congressos, cujos recursos serão geridos através do Fundo de Manutenção e Reaparelhamento da Procuradoria Geral do Estado;[31] II - 25% (vinte e cinco por cento) serão destinados ao Fundo de Assistência Judiciária[32], para pagamento da remuneração devida aos advogados defensores dativos, pelos serviços prestados aos necessitados na forma do mencionado diploma legal; III- o restante, conforme dispuser o governador do Estado em decreto (art. 51 e incisos).

Nos termos do art. 12 do Regulamento do Fundo de Manutenção e Reaparelhamento da Procuradoria-Geral do Estado - FUNPROGE-[33], estipulou-se, para efeito de cumprimento do disposto no art. 51, inciso III, da Lei Complementar nº 24, de 8 de junho de 1998, que 50% (cinqüenta por cento) dos valores dos honorários advocatícios provenientes de ações judiciais em que o Estado de Goiás seja parte atenderão aos seguintes fins: I - 40% (quarenta por cento) serão destinados a entidades sem fins lucrativos, que visem a atendimentos beneficentes e filantrópicos, mediante convênio; II - 10% (dez por cento) para serem partilhados entre

[31] FUNPROGE, criado pela Lei nº 10.067, de 7 de julho de 1986.

[32] Previsto no art. 11 da Lei nº 9.785, de 7 de outubro de 1985.

[33] Aprovado pelo Decreto nº 5.074, de 09 de julho de 1999.

os servidores do quadro de pessoal da Procuradoria-Geral do Estado, mediante critérios fixados pelo Procurador-Geral, tendo em vista o interesse da produtividade dos serviços jurídicos.

No caso, vários são os destinatários da verba proveniente dos honorários de sucumbência, esqueceram-se apenas de incluir entre eles o advogado.

Acontece que os honorários de sucumbência são remuneração pertencente ao advogado, direito que, nos termos do Estatuto da Advocacia[34] , é irrenunciável.

A OAB e os advogados devem, portanto, fazer valer os dispositivos que regulamentam a aplicação dos honorários de sucumbência, sem qualquer limitação, restrição ou distinção, inclusive em benefício do advogado público e do advogado empregado, nos exatos termos constantes do Estatuto da Advocacia e da OAB.

Mesmo não tratando de honorários de sucumbência, mas como se refere a honorários, não é demais mencionar a Portaria nº 4/98, da Secretaria de Direito Econômico, que inscreveu no rol das cláusulas abusivas, para reputar nulas de pleno direito, dentre outras, as "que obriguem o consumidor ao pagamento de honorários advocatícios sem que aja ajuizamento de ação correspondente". A aplicação da Portaria chegou a causar constrangimentos e prejuízos a advogados.

O Conselho Federal da OAB obteve, contudo, liminar em medida cautelar ajuizada, cuja decisão proferida entendeu que o dispositivo da portaria da SDE era ilegal e feria a Constituição, uma vez que seus termos representavam o cerceamento do direito ao livre exercício da profissão regulamentada, conforme estabelece o texto constitucional e o Estatuto da Advocacia da OAB, e, ainda considerou legal a previsão no contrato de pagamento de honorários, mesmo sem ajuizamento de ação.

Importante observar que mesmo quando o advogado presta assessoria e elabora consultas, na chamada advocacia preventiva, tão importante para a pacificação social (que é o objetivo da jurisdição), ele está prestando o seu serviço profissional, conforme expressamente previsto no inc. II do art. 1º do Estatuto.

[34] § 3º, do art. 24, Lei nº 8.906/94, cujos efeitos foram suspensos (liminar) pelo STF.

Por isso o direito do advogado de ser remunerado pelos serviços que presta extrajudicialmente (de consultoria e de orientação jurídica) também é inafastável[35] .

Segundo pesquisas, o advogado forense está hoje perdendo lugar para aquele que presta consultoria e assessoria, prometendo a advocacia moderna, assim como a medicina moderna, ser muito mais preventiva do que curativa[36].

Portanto, é de se recomendar ao Conselho Federal da OAB que estude a possibilidade de se inserir no Estatuto da Advocacia e da OAB, no Capítulo dos Honorários Advocatícios, dispositivo expresso assegurando aos advogados o direito de ser remunerado pelos serviços prestados extrajudicialmente, sob quaisquer condições, a fim de se evitarem novas tentativas de cerceamento desse direito.

Finalmente, deve ser ressaltado que a independência do advogado está intimamente ligada com a manutenção de uma conduta ética, já que sem dignidade o advogado não terá independência.

É que, para ser independente, o advogado precisa ter a bravura moral suficiente para torná-lo mais apto a combater os atentados à ordem jurídica, venham de onde vierem: dos governos despóticos, dos legisladores ineptos ou dos maus juízes. E, para ter a coragem necessária a enfrentá-los, não deve depender senão daquilo que caracteriza a independência de caráter; a consciência de sua própria vontade inspirada no propósito de cumprir a sua relevante missão da sociedade[37].

Por isso, o Código de Ética e Disciplina da OAB, ao dispor sobre os deveres do advogado, determinou que ele deve atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé (art. 2º, parágrafo único, inc. II); que o dever de zelar pela sua liberdade e independência atinge também o advogado vinculado ao cliente ou constituinte, mediante relação empregatícia ou por contrato de prestação permanente de serviços, integrante de depar-

[35] Sobre o assunto v. voto do Conselheiro Federal Alfredo de Assis Gonçalves Neto nos autos do Processo 4439/98/COP, em 08 de dezembro de 1998, texto pub. na íntegra na *Revista das OAB Goiás*, ano XIII, nº 37, janeiro a março de 1999, ps.14/16.

[36] V. "O Mercado de Trabalho do Advogado", Teresa Ancona Lopez, *Anais da XII Conferência Nacional da OAB*, Porto Alegre, 1988, p.898.

[37] Cf. Desor. Marcelo Santiago, *Deontologia do Magistrado, do Promotor de Justiça e do Advogado* - Decálogo, Mandamentos, Preces, Máximas e Pensamentos, coligidos pelo magistrado Waldir Vitral. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1992, p. 359.

tamento jurídico, ou órgão de assessoria jurídica, público ou privado (art. 4º); deve o advogado tratar o público, os colegas, as autoridades e os funcionários do Juízo com respeito, discrição e independência, exigindo igual tratamento e zelando pelas prerrogativas a que tem direito (art. 44)[38].

Ao dispor sobre os honorários de sucumbência, estabeleceu que eles não excluem os contratados, porém devem ser levados em conta no acerto final com o cliente ou constituinte, tendo sempre presente o que foi ajustado na aceitação da causa. Essa compensação ou o desconto dos honorários contratados e de valores que devam ser entregues ao constituinte ou cliente só podem ocorrer se houver prévia autorização ou previsão contratual[39].

Tendo em vista a situação polêmica que envolve a aplicação dos honorários de sucumbência, além do disposto no § 3º do art. 24 do Estatuto da Advocacia e da OAB, que determina ser nula qualquer disposição, cláusula, regulamento ou convenção individual ou coletiva que retire do advogado o direito ao recebimento dos honorários de sucumbência, ainda que os seus efeitos se encontrem suspensos, por decisão do STF[40], *data venia*, melhor seria que se desse nova redação ao § 1º e se revogasse o § 2º, do art. 35 do Código de Ética e Disciplina da OAB, em uma tentativa de compatibilizá-lo com o sistema dos honorários advocatícios instituído pelo Estatuto da Advocacia e da OAB, o que aqui se recomenda.

Ao concluir, faz-se necessário reconhecer que, apesar do avanço das legislações que dispõem sobre a atividade profissional do advogado e a regulamentam, muito ainda temos de lutar para que os direitos e prerrogativas nelas previstos se tornem **realidade** e não mera **utopia**.Temos o direito de gozar e usufruir das prerrogativas a nós outorgadas. Daí o papel incisivo que deve adotar, principalmente, a OAB na defesa deles.

Por último, gostaríamos de agradecer a oportunidade de participar como expositora dessa XVII Conferência Nacional da OAB e a honra de partilhar um painel com os eminentes juristas Dr. Bernard Cahen, Dr. Alberto de Paula Machado e, nosso particular amigo, Dr. Robison Baroni. Aos colegas e futuros advogados gostaríamos de, ao nos despedir, de lembrar, que a nossa profissão, que já foi nobre, depois liberal, está hoje cada vez mais sujeita ao vínculo empregatício, razão maior para intensificarmos nossa luta em prol da igualdade e da liberdade.

[38] E, mais, que é direito e dever do advogado assumir a defesa criminal, sem considerar sua própria opinião sobre a culpa do acusado (art. 21). O advogado não é obrigado a aceitar a imposição de seu cliente que pretenda ver com ele atuando outros advogados, nem aceitar a indicação de outro profissional para com ele trabalhar o processo (art. 22).

[39] §§ 1º e 2º, do art. 35.

[40] Proferida na ADIn nº 1.194-4, ao conceder pedido de liminar.

CONCLUSÕES

1. A independência é uma característica que distingue a profissão do advogado, bem como é pressuposto indispensável para o exercício de seu mister. A independência da OAB está intimamente relacionada com a independência da OAB. A independência é um dever e um direito que devem ser mantidos e exercidos pelo advogado.

2. Os advogados públicos não podem ser tratados de forma desigual pela lei, sob pena de se ferir o princípio da isonomia, que vem consagrado no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, cujo comando é dirigido não só aos aplicadores do direito, mas também ao legislador, que não poderá criar qualquer norma que não dispense tratamento isonômico às pessoas, que se encontram em situações jurídicas idênticas, sob pena de ser declarada a sua inconstitucionalidade.

3. Tem o advogado-empregado direito aos honorários de sucumbência, mesmo após a edição da Lei nº 9.527/97 e a suspensão, liminar, dos efeitos do § 3º do art. 24 do Estatuto da Advocacia e da OAB, já que os arts. 22 e 23 do Estatuto da Advocacia e da OAB asseguram aos inscritos nos seus quadros o direito aos honorários de sucumbência, que a eles pertence.

4. A OAB e os advogados devem fazer valer os dispositivos que regulamentam a aplicação dos honorários de sucumbência, sem qualquer limitação, restrição ou distinção, de forma ampla e genérica, inclusive em benefício do advogado público e do advogado empregado, nos exatos termos constantes do Estatuto da Advocacia e da OAB.

RECOMENDAÇÕES

I. A Seccional deve disponibilizar ao advogado, através da Comissão de Prerrogativas, um sistema de comunicação (telefone, faz ou e-mail), onde ele possa denunciar e solicitar, de imediato, a intervenção da referida Comissão, a fim de coibir os freqüentes abusos que ocorrem.

2. Cabe ao Conselho Federal analisar a constitucionalidade do artigo 4º da Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997, sob a óptica da isonomia e, que entendendo pela sua inconstitucionalidade deve propor a ação correspondente.

3. Ao Conselho Federal da OAB é necessário estudar a possibilidade de inserir no Estatuto da Advocacia e da OAB, no Capítulo dos Honorários Advocatícios, dispositivo expresso assegurando ao advogado o direito de ser remunerado pelos serviços prestados extrajudicialmente, sob quaisquer condições, a fim de evitar novas tentativas de cerceamento desse direito.

4. Que seja revista a redação do § 1º do art. 35 do Código de Ética e Disciplina da OAB e revogado o § 2º do art. 35 do mesmo diploma legal, tendo em vista a situação polêmica que envolve a aplicação dos honorários de sucumbência, além do estabelecido no § 3º do art. 24 do Estatuto da Advocacia e da OAB, que determina ser nula qualquer disposição, cláusula, regulamento ou convenção individual ou coletiva que retire do advogado o direito ao recebimento dos honorários de sucumbência, ainda que os seus efeitos se encontrem suspensos, por decisão do STF, em uma tentativa de compatibilizar o dispositivo ao sistema de honorários advocatícios instituído pelo Estatuto da Advocacia e da OAB.

5. Enfim, que se tomem todas as medidas necessárias e imprescindíveis para garantir ao advogado o completo exercício e gozo de sua independência profissional.

Bibliografia

ALVIM, Arruda. *Tratado de Direito Processual Civil*, vol. l, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

ALKMIM, Ivan. "O advogado-empregado". *Anais da XII Conferência Nacional da OAB*, Porto Alegre, 1988, ps. 943/947.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição da República Federativa do Brasil*, anotada e legislação complementar. São Paulo: Saraiva, 1998.

BASSO, Domingo M. *Ética*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

BATOCHIO, José Roberto. "A inviolabilidade do advogado em face da Constituição de 1988", *Revista dos Tribunais* vol. 688 (fevereiro de 1993), ps. 401/407.

BRITO. Pedro Milton. "Alguns aspectos dos problemas éticos". *Anais da XIII Conferência Nacional da OAB*, Belo Horizonte, 1990, ps. 707/711.

CAGNONI, Jose Anibal. "Condicionamento reciproco entre independencia judicial y una abogacia fuerte e independiente". Palestra proferida no IX Congresso de la Unión Iberoamericada de Colégios Y Agrupaciones de Abogados (U.I.B.A) celebrado en Punta del Este, de 16 a 19 de abril de 1994.

CARVALHO NETO, Antonio Manoel de. *Advogados*: como aprendemos, como sofremos, como vivemos. São Paulo: Saraiva & Cia., 1946.

CASTELO, Francisco Ary Montenegro. "A profissão do advogado e a OAB na evolução da sociedade brasileira - propostas para debate". *Anais da XII Conferência Nacional da OAB*, Porto Alegre, 1988, ps. 161/169;

_____. "O advogado empregado". *Anais da XIII Conferência Nacional da OAB*, Belo Horizonte, ps. 349/355.

COMPARATO, Fábio Konder. "Função social do advogado". *Revista dos Tribunais*, ano 73, abril de 1984, vol. 582, ps. 266/271.

CONSELHO FEDERAL DA OAB, *As razões da autonomia da Ordem dos Advogados do Brasil - Seu enquadramento na estrutura do Estado de Direito, a missão constitucional e outras atribuições, os direitos do homem e o seu defensor, a tradição,* Rio de Janeiro: 1975.

FAGUNDES, Miguel Seabra. "A profissão do advogado e a OAB na evolução da sociedade brasileira". *Anais da XII Conferência Nacional da OAB*, Porto Alegre, 1988, ps.99/114.

FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. *Na defesa das prerrogativas do advogado II*. São Paulo: Ordem dos Advogados do Brasil, Departamento Editorial, 1994.

FRANÇA, R. Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977.

Jornal OAB Nacional ano X, nº 73, Brasília, junho de 199, p.13.

LANGARO, Luiz Lima. *Curso de deontologia jurídica*. 2. ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 196.

LÔBO, Paulo Luiz Netto, *Comentários ao Estatuto da Advocacia*. 2. ed. Brasília-DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica: Conselho Federal da OAB, 1996.

MACEDO, Rubens Mário de. "Problemática atual da advocacia - mercado de trabalho". *Anais da XII Conferência Nacional da OAB*, Porto Alegre, 1988, ps. 888/898.

MAGALHÃES, Dario de Almeida. "Ordem dos advogados do Brasil - sua natureza jurídica, seus poderes, funções e encargos, conceito de autarquia em face da doutrina e da lei, prestação de contas ao Tribunal de Contas", *in Revista de Direito Administrativo*, vol. 20, abril-junho, 1950, São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, ps. 340/351.

MAGALHÃES, Roberto Barcellos. *Comentários à Constituição Federal de 1988*, vol. 1. Rio de

Janeiro: Ed. Lumen Juris, 1997.
MEDEIROS, Celso. "A ética e as prerrogativas do advogado", *Anais da XIII Conferência Nacional da OAB*, Belo Horizonte, 1990, ps. 697/705.
MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1993.
NOBRE, Milton A de Brito. "A profissão do advogado e a OAB na evolução da sociedade brasileira". *Anais da XII Conferência Nacional da OAB*, Porto Alegre, 1988, ps. 170/182.
ROBERT, Henri. *O advogado*; tradução Rosemary Costhek Abílio; revisão Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
ROSENKRANZ, Ofélia, CAIVANO, Roque J., MAYER, Gisela F., *Etica profesional de los abogados*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
SENA, Felicíssimo. "A inviolabilidade ética e subserviência nos textos da advocacia". *Revista da OAB Goiás* nº 35, julho a setembro de 1998, ps. 25/27.
SIDOU, J. M. Othon (Org.). *Dicionário Jurídico* - Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 196.
SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed, 3. tiragem. São Paulo: Malherios Editores, 1993.
SODRÉ, Ruy de Azevedo Sodré. *O advogado a regulamentação e a ética profissional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1963.
_____, *Novas Dimensões da Advocacia*. Fortaleza-CE: Instituto Clóvis Beviláqua, 1971.
SOUZA, João Pessoa. "O advogado-empregado - honorários de sucumbência: Direito do advogado-empregado". *Anais da XII Conferência Nacional da OAB*, Porto Alegre, 1988, ps. 962/968.
TAVARES, George. "As prerrogativas do advogado na Constituição". *Anais da XII Conferência Nacional da OAB*, Porto Alegre, 1988, ps. 899/905.
TUCCI, Rogério Lauria e José Rogério Lauria Cruz e Tucci. *Constituição de 1988 e Processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.
VASCONCELLOS, Justino. "A defesa dos Direitos humanos e a independência da Ordem", *in Anais da V Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*, Rio de Janeiro, 1974, ps. 607/626.
_____. *Na Ordem: Em defesa da Ordem*. Rio Grande do Sul. OAB-RS., 1975.
VÁSQUEZ, Adolfo Sánchez. *Ética*. Tradução de João Dell'Anna. 17. ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.
VITRAL, Waldir (coord.). *Deontologia do Magistrado, do Promotor de Justiça e do Advogado/ Decálogo, mandamentos, preces, máximas e pensamentos*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1992.

O instituto da dação em pagamento como modalidade extintiva do crédito tributário

Alberto Escher de Britto Guimarães [1]

I – Ordem jurídica e princípios. II - Regime de Direito Público. III - Legalidade. IV - Princípio da igualdade. V - Exigência de licitação. VI - Moralidade e segurança do Direito. VII - Exame crítico da dação em pagamento na doutrina. VIII - Últimas considerações. IX - Conclusões.

O objetivo deste trabalho é tecer algumas considerações a respeito da compatibilidade do instituto da dação em pagamento com o regime de Direito Público, mais especificamente, da possibilidade de se extinguirem débitos de natureza tributária por meio de dação de bens.

Ordem jurídica e princípios

O Direito não consiste em um emaranhado de normas "flutuando" isoladas no espaço. Consiste, antes, em um conjunto ordenado e hierarquizado, onde as normas constitucionais ocupam um lugar de absoluta predominância, eis que constituem o fundamento de validade de todas as normas infraconstitucionais.

Assim, para perquirirmos sobre a aplicabilidade do instituto da dação em pagamento no Direito Tributário não podemos limitar-nos a pescar regras esparsas que tratam do tema, sendo imprescindível realizar uma pesquisa mais profunda, que leve em conta a ordem jurídica como um todo. Isso porque, insistimos, o ordenamento não é constituído de normas isoladas, mas tem pretensões de ser um sistema coerente e harmônico.

Para o deslinde da questão, entendemos ser necessário partir dos princípios constitucionais. Apenas assim poderemos chegar a alguma conclusão juridicamente válida e coerente.

[1] Advogado, Procurador do Estado

Os princípios são as balizas do ordenamento jurídico. São eles que conferem coerência ao sistema normativo, iluminando o sentido em que as normas devem ser interpretadas. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO dá a dimensão de sua importância: "Princípio (...) é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo."[1]

Para, então, concluir: "Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra."[2]

Busquemos, portanto, nos princípios, a solução do problema.

Regime de Direito Público

O Código Civil estabelece: "Art. 995. O credor pode consentir em receber coisa que não seja dinheiro em substituição da prestação que lhe era devida." E ainda: "Art. 996. Determinado o preço da coisa dada em pagamento, as relações entre as partes regular-se-ão pelas normas do contrato de compra e venda."

Tais dispositivos não podem ser simplesmente transplantados para o âmbito do Direito Tributário. É que o Estado está submetido a um regime jurídico próprio, o regime de Direito Público, onde não prevalece a autonomia da vontade, regra nas relações entre os particulares.

Esse regime é todo plasmado na Constituição Federal, que estabelece os princípios norteadores da atividade estatal. Diz o artigo 37 da Lei Maior: "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)."

A ação do Estado deve, em suma, seguir duas diretrizes básicas, decorrência daqueles princípios. Deve haver uma completa supremacia do interesse público sobre o particular e esse interesse público deve ser absolutamente indisponível pela Administração.

O artigo 1° da Constituição, em seu parágrafo único, diz que "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição." Então, interesse público não é algo revelado por inspiração divina ou coisa que o valha, mas aquilo que é estabelecido em lei, pelos representantes democraticamente eleitos. O administrador só estará atendendo o interesse público enquanto pautar sua atuação pelo que dispõe a lei, principalmente a Constituição da Republica.

Prova evidente da impossibilidade de aplicação, pura e simples, das normas do Código Civil nas relações entre Estado e contribuinte encontra-se na disposição do artigo 996, supracitado. Isso porque os créditos da Fazenda Pública gozam de uma série de garantias e privilégios na sua execução, não se admitindo que essas normas sejam afastadas, para que as relações entre as partes regulem-se pelas normas do contrato de compra e venda.

Legalidade

O Estado Democrático de Direito caracteriza-se pela inteira submissão de todos, inclusive do próprio Estado, à lei. A legalidade, entretanto, tem um significado diferente para a Administração Pública e para os particulares. Enquanto a estes é dado fazer tudo aquilo que a lei não proíba, a Administração só pode fazer aquilo que a lei antecipadamente autorize.

É o publicista CARLOS ARI SUNDFELD quem esclarece: "A atividade administrativa deve ser desenvolvida nos termos da lei. *A Administração só pode fazer o que a lei autoriza*: todo ato seu há de ter base em lei, sob pena de invalidade. Resulta daí uma clara hierarquia entre a lei e o ato da Administração Pública: este se encontra em relação de subordinação necessária àquela. Inexiste poder para a Administração Pública que não seja concedido pela lei: o que a lei não lhe concede expressamente, nega-lhe implicitamente. Todo poder é da lei; apenas em nome da lei se pode impor obediência. Por isso, os agentes administrativos não dispõem de liberdade - existente somente para os indivíduos considerados como tais - mas de competências, hauridas e limitadas na lei."[3]

Pois bem, estamos tratando aqui de crédito tributário e de formas de sua extinção. A Constituição Federal, agora no capítulo do Sistema Tributário Nacio-

nal, estabelece: "Art. 146. Cabe à lei complementar: (...) III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: (...) b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários; (...)."

A Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), faz, entre nós, o papel dessa lei complementar, tendo sido recepcionada pela atual Constituição com tal status[4] por não existir, à época em que foi editada, aquela figura legislativa. Tratando do crédito tributário, estabelece que: "Art. 156. Extinguem o crédito tributário: I - o pagamento; (...); III - a transação; (...)." Estas as modalidades que nos interessam mais de perto.

Quanto ao pagamento, teceremos considerações mais adiante, limitando-nos, por ora, a fixar que, conforme o CTN, o pagamento é feito em moeda corrente, cheque ou vale postal, e, nos casos previstos em lei, em estampilha, papel selado, ou por processo mecânico (art. 162, I e II). Não há previsão de pagamento em mercadorias.

O CTN regula o instituto da transação nos seguintes termos: "Art. 171. A lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas importe em terminação de litígio e conseqüente extinção do crédito tributário."

SACHA CALMON NAVARRO COÊLHO leciona a respeito do tema: "Em Direito Tributário, o sujeito ativo não pode dispor do crédito tributário, que é público e indisponível. Somente a lei pode dele dispor."

Transacionar não é pagar, é operar para possibilitar o pagar. É *modus faciendi,* tem feitio processual, preparatório do pagamento. Por meio de uma transação, muita vez ocorre pagamento em moeda consorciado a pagamento por compensação, a aplicação de remissões e anistias, ou mesmo a dação em pagamento de coisa diversa do dinheiro.'

O certo é que a transação exige concessões recíprocas, como, v. g., renúncia a honorários". Se apenas uma parte cede não há transação, senão que ato unilateral capaz de comover ou demover a outra parte."[5] A este tema voltaremos mais adiante.

O primeiro ponto que deve ficar bem assentado, pois, é que sem lei não há se falar em possibilidade de o Estado receber, em quitação de seus créditos tributários, coisa diversa de dinheiro. Não basta, porém, a existência de lei e de qualquer lei; outros princípios devem ser observados.

Princípio da igualdade

Cumpre destacar, primeiramente, que a lei, deve ser isonômica, isto é, não pode estabelecer tratamentos diferenciados a pessoas que se encontrem em situação semelhante. Por isso, é necessário que a lei tenha caráter geral e abstrato, colhendo todos aqueles que se encontrem na situação hipoteticamente descrita.

Neste ponto é preciso bastante cuidado. Há a tendência de se querer justificar o recurso à dação em pagamento em razão das dificuldades econômicas das empresas, o que faria com que restasse apenas esta forma de quitarem seus débitos. Estar-se-ia, então, criando dois regimes jurídicos, conforme a pessoa jurídica estivesse às voltas com dificuldades financeiras ou, ao contrário, estivesse saneada e com todas suas obrigações em dia.

Recorremos, neste ponto, mais uma vez, às valiosas lições de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO: "Deveras, a lei não pode atribuir efeitos valorativos, ou depreciativos, a critério especificador, em desconformidade ou contradição com os valores transfundidos no sistema constitucional ou nos padrões ético-sociais acolhidos neste ordenamento. Neste sentido se há de entender a precitada lição de Pimenta Bueno segundo a qual 'qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público, será uma injustiça e poderá ser uma tirania'."[6]

E arremata o mestre, logo adiante: "De logo, importa, consoante salientado, que haja correlação lógica entre o critério desigualador e a desigualdade de tratamento. Contudo, ainda se requer mais, para lisura jurídica das desequiparações. Sobre existir nexo lógico, é mister que este retrate concretamente um bem - e não um desvalor - absorvido no sistema normativo constitucional."[7]

Ora, qual seria o valor albergado na Constituição que se estaria prestigiando ao se permitir que as empresas em dificuldade pudessem quitar suas dívidas tributárias com bens? Pelo contrário, estaria havendo uma afronta a um dos princípios constitucionais da ordem econômica, a saber, a livre concorrência (CF, art. 170, IV). Nosso ordenamento constitucional albergou o sistema de livre iniciativa, onde os agentes econômicos atuam no mercado, competindo para conquistar os consumidores, demonstrando eficiência, cabendo ao Estado apenas e tão somente reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (CF, art. 173, § 4°).

Exigência de licitação

Desdobramento do princípio da igualdade, agora no âmbito do relacionamento da Administração Pública com os particulares, encontramos o princípio da impessoalidade. Significa que a Administração deve atuar sem favoritismos ou perseguições, sem levar em conta preferências políticas, ideológicas ou de qualquer outra espécie. Todo administrado deve ser tratado de forma absolutamente impessoal, garantindo-se-lhes as mesmas oportunidades.

Este princípio, insculpido no *caput* do artigo 37 da Constituição, traduz-se, entre outras coisas, na exigência de licitação para as contratações entre Estado e particulares. Reza o mesmo artigo 37: "XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações."

Permitam socorrer-nos ainda das lições do Professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO: "A Administração direta ou indireta não pode distribuir como benesses as vantagens econômicas dos negócios em que tenha de intervir ou os cargos e empregos em seus vários órgãos. Justamente porque nenhum destes bens tem o cunho de propriedade particular, utilizável ao alvedrio do titular, a Administração, que gere negócios de terceiros, da coletividade, é compelida a dispensar tratamento competitivo e eqüitativo a todo administrado.'

A exigência de licitação para a realização de negócios com os particulares não traduz apenas o desejo estatal de obter o melhor produto ou serviço com menores ônus. Implica, também, a obrigação de oferecer aos particulares, que se dispõem a fornecer o bem ou serviço, a oportunidade de disputar em igualdade de condições. Assim, o instituto da licitação não tem em mira, apenas, os cômodos do Estado, mas, também, encarece interesses dos particulares em face dele.'

Não basta, portanto, que a Administração possa demonstrar que realizou operação, em tese, vantajosa para o Estado. Importa que demonstre, ainda, ter oferecido oportunidades iguais a todos os particulares. Só assim se evidenciarão o tratamento isonômico a que fazem jus e a ausência de favoritismo na utilização de poderes ou na dispensa de benefícios dos quais a Administração é depositária e curadora, em nome de terceiro, por se tratar de interesses públicos."[8]

Portanto, para que a dação em pagamento não se torne uma burla à exigência de licitação, deve restar comprovado, além da necessidade do Estado em adquirir o bem, a inexistência de outros interessados em fornecer o mesmo bem.

Moralidade e segurança do Direito

O Estado deve tratar os administrados com lealdade, sendo inadmissível a mudança casuística nas regras do jogo. Enfim, os empresários planejam suas estratégias, conduzindo seus negócios de forma a honrar as dívidas com Estado e fornecedores. Atenta contra a moralidade, outro princípio da Administração Pública, que os empresários que vêm se sacrificando em busca de eficiência, de repente vejam seus concorrentes serem contemplados com enorme benefício, permitindo-se que paguem suas dívidas acumuladas com mercadorias.

Vejamos, a propósito, este trecho da lavra de GERALDO ATALIBA: "Para que a liberdade de iniciativa (princípio da livre empresa) e o direito de trabalhar, produzir, empreender e atuar numa economia de mercado não sejam meras figuras de retórica, sem nenhuma ressonância prática, é preciso que haja clima de segurança e previsibilidade acerca das decisões do governo; o empresário precisa fazer planos, estimar - com razoável margem de probabilidade de acerto - os desdobramentos próximos da conjuntura que vai cercar seu empreendimento. Precisa avaliar antecipadamente seus custos, bem como estimar os obstáculos e as dificuldades. Já conta com os imponderáveis do mercado. Não pode sustentar um governo que agrave - com suas surpresas e improvisações - as incertezas, normais preocupações e ônus da atividade empresarial. Isso é inconciliável com as instituições republicanas."[9]

No afã de se querer ajudar empresas que estejam em dificuldade e que, sem dúvida, geram empregos e desenvolvimento, é imprescindível, antes, avaliar-se o quanto isso não implica prejuízo para outras tantas empresas que conseguiram maior eficiência e que geram um outro tanto de empregos e desenvolvimento. O Estado, na sua função de promover o bem comum, vê-se, constantemente, às voltas com questões éticas e de justiça. São necessárias bastante prudência e ponderação nesses momentos.

RICARDO LOBO TORRES, um dos autores que, entre nós, mais tem se ocupado do tema do relacionamento entre Ética e Direito, escreve: "Os privilégios fiscais legítimos (isenções, remissões, reduções de base de cálculo, etc.), subordinados à idéia de justiça, distinguem-se dos odiosos porque estes últimos desatendem ao princípio da razoabilidade para a sua concessão, ofendendo a liberdade. Se

o privilégio contrastar com o ideal da justiça, se se afastar do fundamento ético, se discriminar entre pessoas iguais ou se igualar pessoas desiguais, se for excessivo, se desrespeitar os princípios constitucionais da tributação será considerado odioso, passando a ferir direitos fundamentais. A ponderação entre os diversos princípios vinculados à justiça e à liberdade pode eliminar as contradições."[10]

Exame critico da dação em pagamento na doutrina

A dação em pagamento não é um instituto usual em Direito Tributário, razão pela qual poucos são os autores que a consideram com alguma detença. Vejamos.

PAULO DE BARROS CARVALHO, comentando o artigo 162 do CTN (formas de pagamento), diz laconicamente que "O sistema não admite a prestação *in natura,* contraditando aquilo que faz supor o art. 3° do Código Tributário Nacional, quando enuncia que pode ser em moeda ou cujo *valor nela se possa exprimir."*[11]

Discordamos do professor paulista, pois entendemos que a determinação contida no artigo 162 do CTN, de o pagamento ser feito em moeda corrente, cheque ou vale postal, confirma o artigo 3°, que define tributo como "toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir (...)." É exatamente isso: o cheque, o vale postal, assim como a estampilha, o selo ou papel selado têm seu valor expresso em moeda. Já às mercadorias e serviços atribui-se-lhes um valor, de acordo com o jogo de oferta e procura próprio do mercado e a margem de lucro desejado pelo comerciante. Entender de outra forma seria considerar que o CTN admite qualquer forma de prestação, já que, num regime de mercado, a tudo pode ser atribuído um valor em moeda, tudo tem seu preço.

RUY BARBOSA NOGUEIRA tece considerações bastante interessantes, distinguindo entre tributo e *múnus público.* São suas palavras: "Tendo o art. 3° conceituado como tributo 'toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir'.... o CTN afastou da natureza jurídico-formal tributária a prestação em espécie, a que o vocabulário jurídico deu o *nomen juris* de *munus.* As prestações em espécie eram nos primórdios e ainda são hoje, entre os silvícolas, tributos *in natura* e tributos *in labore."*[12]

E prossegue dizendo: "Se é verdade que criada a moeda como medida de valor das trocas, o tributo passou a ser recebido em pecúnia e por isso o art. 3° do CTN estatui que o 'tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou

cujo valor nela se possa exprimir'; em harmonia com o art. 3°, o art. 162 dispõe que o pagamento do crédito tributário é efetuado:

I - em moeda corrente, cheque ou vale postal;

II - nos casos previstos em lei, em estampilha, em papel selado, ou por processo mecânico.'

Portanto, está claro que o crédito tributário é só em moeda e que o Direito Tributário formalmente não disciplina as prestações em espécie, a não ser as chamadas obrigações acessórias."[13]

SACHA CALMON NAVARRO COÊLHO lembra que, na teoria das obrigações, a palavra *pagamento* tem o sentido amplo de adimplemento de todo tipo de obrigação, e o sentido restrito de adimplemento das obrigações pecuniárias, asseverando ser a obrigação tributária estritamente pecuniária. Professa o mestre mineiro: "O CTN, já anotamos, usa o vocábulo em *sentido estrito*, até porque o pagamento do tributo só pode ser mesmo em moeda ou em valor que nela se possa exprimir (papel selado, selo, estampilha, vale postal, cheque).'

A dação em pagamento de coisa distinta de dinheiro é prerrogativa do credor, a teor do Código Civil, em razão de *transação* judicial ou administrativa. O devedor não tem escolha: seu ato, por isso que necessitado, consiste em dar dinheiro, ou valor que nele se possa exprimir, a título de pagamento da obrigação tributária, a qual, por definição *é pecuniária.* No Direito Tributário, o Estado só pode receber, em dação em pagamento, coisa diversa do dinheiro se autorizado por lei. O crédito tributário é indisponível pela Administração."[14]

Por sua vez, RICARDO LOBO TORRES escreve: "O CTN não contemplou entre as formas de pagamento as prestações *in natura.*'

Mas nada obsta a que, em situações excepcionais, por lei da entidade tributante, venha a ser autorizada a dação em pagamento mediante a entrega de bens. É encontradiça na legislação federal a permissão transitória para a dação de bens imóveis. O Estado do Rio de Janeiro já teve leis específicas autorizando a entrega de material cirúrgico, medicamentos e material escolar para o pagamento dos impostos estaduais, quando constatou a existência de séria crise econômica naqueles setores.'

A dação em pagamento *é* precedida da avaliação dos bens entregues à

Fazenda e se consubstancia, quando houver processo judicial, pelo instrumento da transação (art. 171 do CTN)."[15]

Estes dois últimos autores, portanto, tendem a admitir a dação em pagamento, desde que haja previsão legal, reconhecendo porém, o último autor, a absoluta excepcionalidade da medida. Entendem que a lei pode permiti-la no âmbito da transação. Esta, como foi visto, pressupõe concessões mútuas para pôr fim a litígio. Não se esclarece, no entanto, que tipo de concessão poderia o devedor fazer, a fim de gozar tamanho benefício. Como visto, transação implica que ambas as partes façam concessões, abram mão de algum ou alguns de seus direitos, para que se ponha fim a um litígio. Negócio em que apenas uma parte cede constitui não transação, mas liberalidade.

É de se questionar, também, se a transação prevista no CTN admite tamanha amplitude, já que é o próprio CTN que prevê taxativamente as formas de pagamento. Será que o dispositivo dá uma espécie de carta branca ao legislador ordinário, para permitir a transação em quaisquer termos? Vale a pena transcrever, a esse respeito, opinião de PAULO DE BARROS CARVALHO: "As concessões que a lei pode permitir à autoridade administrativa seriam muito restritas, dizendo respeito a providências ancilares que facilitassem a solução de impasses que estivessem impedindo a regular extinção do vínculo. Não posso conceber que se inclua entre as concessões o abrir mão do valor do tributo, pois configuraria hipótese de remissão ou perdão da dívida, bem como a faculdade de compensar créditos, modalidades extintivas que hão de ser diferentes da transação. Do mesmo modo, a dispensa de quantias relativas a sanções, punitivas ou moratórias, cairiam debaixo da anistia, que é instituto igualmente diverso. Sobrariam as iniciativas superadoras de divergências sobre aspectos acessórios do implemento da dívida, tendentes a propiciar a criação de clima favorável entre os sujeitos da relação, tudo para estimular o contribuinte a liquidá-la pelo pagamento. E, sendo assim, vê-se que não teria força para fulminar o liame obrigacional, circunscrevendo seu papel a simplesmente preparar as condições da extinção, que, efetivamente, dar-se-ia pelo pagamento."[16]

Dizer, além do mais, que lei do próprio ente tributante pode permití-la é solução que nos parece inconstitucional, por contrariar o artigo 146, III, "b", da Constituição. Tal dispositivo exige que lei complementar disponha sobre normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre crédito tributário. O legislador do CTN, reconhecendo talvez a dificuldade do uso da dação em pagamento, não a previu entre as modalidades extintivas do crédito tributário.

Sustentamos, inclusive, que as esparsas e eventuais leis que admitem a dação em pagamento no âmbito tributário, tais como a Lei 7.497 do Estado de Goiás, de 26.4.72[17], não foram recepcionadas pela nova ordem constitucional, vigente a partir de 1988, seja pela ofensa à exigência de licitação para as aquisições de bens pelo Poder Público, pelo desrespeito aos princípios da ordem econômica ou pela não observância de lei complementar estabelecedora de normas gerais em matéria de legislação tributária.

Últimas considerações

Alguns pontos, finalmente, merecem ser levantados, quando tratamos da utilização da dação em pagamento como forma extintiva do crédito tributário. O primeiro é que a dação de mercadorias em pagamento importa saída, o que provoca, inexoravelmente, incidência de ICMS. Portanto, o fato de se pagar o crédito tributário com mercadorias acarreta o surgimento de novo crédito em favor do Estado.

Outro aspecto a ser levado em conta é o risco de comprometimento arrecadatório do Estado. O Estado tem uma série de compromissos, seja em despesas públicas, investimentos, pagamento de fornecedores, folha de salários, etc., tudo isso implicando saída de dinheiro. Ou seja, para realizar esses gastos, o Estado necessita de dinheiro em caixa, dinheiro que se obtém, principalmente, por meio da cobrança de impostos. É muito complicado estar abrindo mão de receber os tributos em pecúnia, para recebê-los em bens.

Não podemos esquecer-nos, também, que uma parcela do produto da arrecadação dos impostos estaduais pertence aos Municípios. Cinqüenta por cento do IPVA e vinte e cinco por cento do ICMS pertencem aos Municípios, por força do disposto no artigo 158, III e IV, da Constituição Federal, e o repasse deve ser feito, obviamente, em dinheiro. Enfim, não parece ser conveniente que o Estado receba bens para, então, transformá-los em dinheiro e cumprir seus compromissos.

Conclusões

1. Os dispositivos do Código Civil que tratam da dação em pagamento não podem ser simplesmente transplantados para o âmbito do Direito Tributário, por incompatibilidade das normas que regem as relações entre os particulares com o regime de Direito Público a que está submetida a Administração.

2. Não há possibilidade de pagamento de dívidas tributárias com bens, sem que haja específica previsão legal. No caso, a previsão deve ser estatuída em lei

complementar à Constituição, votada pelo Congresso Nacional, em respeito ao disposto no artigo 146, 111, "b", da Constituição Federal.

3. As aquisições da Administração Pública devem respeitar a exigência de licitação estatuída no artigo 37, XX1, da Constituição, de modo a assegurar competição em igualdade de condições entre os interessados no fornecimento do bem. De modo que a dação em pagamento de débitos tributários só seria, em tese, possível naqueles casos de inexigibilidade de licitação.

4. A figura da transação, prevista no Código Tributário Nacional como modalidade extintiva do crédito tributário, não pode ter a amplitude de permitir a dação em pagamento, pois contraria a regra do próprio CTN, segundo a qual o pagamento é feito em moeda corrente ou em cujo valor nela se possa exprimir (cheque, vale postal, selo, estampilha).

Goiânia, 26 de dezembro de 1999.

[1] Curso de Direito Administrativo, 9ª ed., Malheiros, 1997, pg. 573-4.
[2] Idem. pg. 574.
[3] Fundamentos de Direito Público, 2ª ed., Malheiros, 1993, pg. 152.
[4] A rigor, o CTN foi recepcionado pela nova ordem constitucional como lei ordinária; por versar, porém, matéria reservada a lei complementar, só pode ser modificado por meio deste instrumento legislativo.
[5] Curso de Direito Tributário Brasileiro, 1ª ed., Forense, 1999, pg. 716-7.
[6] Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, 3ª ed., Malheiros, 1997, pg. 42.
[7] Idem, ibidem.
[8] Curso..., ob. cit., pg. 43.
[9] República e Constituição, 2ª ed., Malheiros, 1998, pg. 178.
[10] *In* Justiça Tributária, Max Limonad, 1998, pg. 701.
[11] Curso de Direito Tributário, 10ª ed., Saraiva, 1998, pg. 306.
[12] Curso de Direito Tributário, 10ª ed., Saraiva, 1990, pg. 316.
[13] Idem, pg. 317.
[14] Ob. cit., pg. 692.
[15] Comentários ao Código Tributário Nacional, vol. 2, Ives Gandra da Silva Martins (coordenador), Saraiva, 1998, pgs. 353-4.
[16] Direito Tributário – Fundamentos Jurídicos da Incidência, 1ª ed., Saraiva, 1998, pgs. 188-9.
[17] O artigo 1° desta lei está assim redigido: "Art. 1°. Os créditos tributários do Estado, inclusive os provenientes de alcance, poderão ser pagos mediante a entrega de bens imóveis, observado o disposto nesta Lei.
Parágrafo único. Compete ao Governador do Estado autorizar a dação em pagamento prevista neste artigo, ouvidas a Secretaria da Fazenda e a Procuradoria Geral do Estado."

Princípios gerais do Direito Público e sua aplicabilidade a casos concretos

Prof. Dr. Nivaldo dos Santos [1]

SUMÁRIO: 1. Introdução: distinção entre princípios e regras - 2. Princípios Gerais do Direito Público e sua aplicabilidade imediata a casos concretos

Introdução: distinção entre princípios e regras[2]

Classicamente, existe uma distinção inicial de gradação, fases e etapas de caracterização entre princípios e regras. Vários critérios são utilizados. Adotaremos o critério que parte de uma idéia lógica, ou seja, os primeiros são mais abstratos (não indeterminados), verdades ou juízos fundamentais que servem de base a um conjunto de definições dentro do sistema, os segundos (as regras) são mais concretos, específicos, elementos formadores e condicionantes dos princípios.

Destaca-se aqui a dialeticidade princípio-regra. Na qual uma regra poderá se transformar em princípio por um alto grau de generalidade. Enquanto alguns princípios podem ter natureza de regras pela perda da sua importância no sistema. Sendo que prevalece, também, a idéia híbrida do princípio-regra (normas-princípios ou normas-disposições).

Assim, ressalta-se, alguns princípios gerais do direito público:
a) autoridade pública;
b) submissão do Estado à ordem jurídica;
c) função;
d) igualdade dos particulares perante o Estado;

[1] Advogado, professor dos cursos de Direito de Graduação e Pós-Graduação da UFG/UCG
[2] Cf. ROTHERBURG, Walter Claudius, Princípios constitucionais, *in Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, pp. 199-238.

e) devido processo;
f) publicidade;
g) responsabilidade objetiva;
h) igualdade das pessoas políticas.

Vale ressaltar que a doutrina brasileira não tem se preocupado com a identificação de princípios do direito público em geral. Dedica-se, mais frequentemente, a apontar os princípios incidentes em cada ramo.

Será, portanto, dentro destes critérios iniciais que desenvolveremos nossa análise.

Princípios Gerais do Direito Público e sua aplicabilidade imediata a casos concretos

A proposição (assertiva, enunciação) desses princípios cumpre dupla finalidade: de um lado, mostra a distinção entre o direito público e o privado[3] ; de outro, desenha o regime jurídico do direito público e de direito privado, cuja compreensão é essencial para se trabalhar com qualquer ramo específico.

Determináveis esses princípios, o jurista pode compreender textos normativos, construir interpretações e solver problemas jurídicos. O conjunto dos princípios gerais identifica, concretiza e peculiariza o direito público.

Algumas vezes a aplicação imediata se dá, por exemplo, com a exigência de declaração de bens e rendimentos por ocasião da assunção e do desligamento de certa função pública (art. 13, Lei 8.429/92), em conformidade com os princípios da responsabilidade e da moralidade administrativa.

Nesta análise do Princípio da Responsabilidade Objetiva que imputa ao Estado a responsabilidade pelos prejuízos causados por seus atos a terceiros, podemos observar que a sua aplicação sobre os atos administrativos é amplamente aceita pela doutrina e jurisprudência e reconhecida no Brasil, com poucas divergências. O mesmo não ocorre quando a doutrina moderna defende a necessidade da aplicação plena das teses de responsabilidade estatal sobre os danos causados pelos atos subjetivos e atos jurisdicionais.[4]

[3] Cf. SUNDFELD, Carlos Ari, *Fundamentos de direito público,* em especial a distinção entre o público e o privado, pp. 131-136.

[4] RIBEIRO, Mirela Berberian, *Responsabilidade do Estado por seus atos juridicionais.*

Na aplicabilidade imediata ao caso concreto, no sentido de ser o Estado responsabilizado pelos danos decorrentes de seus atos de justiça, a jurisprudência nacional vem negando veementemente tal responsabilização aceitando-a apenas nos casos expressamente previstos em lei.

A responsabilidade penal por erro judiciário encontra-se expressamente prevista tanto na Constituição (art. 5º, inciso LXXV), como na Legislação ordinária (art. 630 CPP).

"O estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença" CF, art 5º, inc. LXXV.

"O Tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos" CPP, art. 630, caput.

Para José de Aguiar Dias[5] , por *erro judiciário* se entende exclusivamente aquele ocorrente em sentença condenatória injusta.

Numa tendência favorável ao administrado, os doutrinadores vem ampliando consideravelmente o conceito de erro judiciário, a fim de que o mesmo abranja um maior número de atos praticados pelo Estado no exercício da função jurisdicional e esta tem sido a fonte das divergências entre a doutrina e a jurisprudência que se mantém no sentido de considerar como erro judiciário, apenas os casos expressamente previstos em lei, tal como ocorre nos casos de erro judiciário penal.

Tal tendência doutrinária pode ser claramente observada no conceito dado por Maria Sylvia Zanella di Pietro[6] ao erro judiciário:

> *Quando se fala em "erro judiciário" logo se pensa em erro penal, que abrange, dentre outros, o erro na condenação e o erro na prisão preventiva. No entanto, o erro judiciário pode ocorrer no âmbito não penal, abrangendo o erro no processo civil, trabalhista, eleitoral ou em qualquer outra área de atuação jurisdicional; pode ser erro "in procedendo" ou "in*

[5] DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil,* p. 636.

[6] Responsabilidade do Estado por Atos Jurisdicionais. *Revista de Direito Administrativo,* p. 90.

judicando"; pode decorrer de erro, dolo ou culpa (negligência, imperícia ou imprudência).

Já a posição conservadora da jurisprudência pode ser identificada em seus julgados:

Responsabilidade objetiva do Estado. Ato do Poder Judiciário. - A orientação que veio a predominar nesta Corte, em face das Constituições anteriores a de 1988, foi a de que a responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos do Poder Judiciário a não ser nos casos expressamente declarados em lei. Precedentes do STF. Recurso Extraordinário não conhecido.

Votação: unânime.

(STF, DJ 19.3.93, p. 4.281, Rel. Min. Moreira Alves)

Responsabilidade civil. Não a tem o Estado pelos prejuízos decorrentes de atos judiciais.

(STF, DJ 18.12.70, p. 56.273, Rel. Min. Luís Gallotti)

Responsabilidade civil da União por decisão judicial. Inexistência de causa fática a determinar.

1. A responsabilidade civil do Estado pela prática de ato judicial só ocorre quando há demonstração inequívoca de que o dano produzido decorreu de decisão teratológica, e foi provocado por vontade dolosa do julgador ou decorrente de mau funcionamento do serviço ou omissão de praticar fatos a que o poder público estava obrigado.

2. Concessão de liminar em ação possessória não gera, em tese, direito de ser a parte prejudicada indenizada dos danos sofridos, só por a decisão ter sido reformada. (TRF5, DJ 27.9.93, Relator: Juiz José Delgado)

Várias são as razões que fundamentam aqueles que entendem que os danos decorrentes de atos jurisdicionais não geram responsabilidade estatal, entre as principais encontram-se as seguintes:

a) Soberania do Poder Judiciário - pelo qual o judiciário ao proferir suas decisões estará expressando a soberania do Estado, tal qual os atos legislativos, não possuindo aptidão para provocar danos. Aqueles que criticam este argumento o fazem afirmando que a) não existe antinomia entre *responsabilidade* e a *soberania* e b) se assim fosse, nenhum ato estatal geraria responsabilidade, pois todos promanam de algum dos Poderes do Estado.

b) Imutabilidade da coisa julgada - em que havendo a respeito de determinado fato jurídico posto à apreciação judicial, não poderia novamente ser discutida a questão. Essa justificativa é rebatida sustentando-se que a) somente as sentenças é que produzem a coisa julgada, como salienta Carlos Ari Sundfeld[7]: *"nem todas as decisões judiciais gozam da característica da imutabilidade e é exemplo disto o despacho que concede ou nega liminar em mandado de segurança, a decretação de prisão preventiva, a sentença suscetível de ser atacada por ação rescisória"* b) muitas vezes, o pedido de indenização se faz justamente com base na própria sentença, como no caso da sentença absolutória penal, que serve de esteio ao pedido de indenização pela prisão cautelar c) na ação indenizatória não se discute a decisão anterior, apenas a responsabilidade estatal pelo dano promovido por ela d) segundo Carlos Ari Sundfeld[8] a *" responsabilização do Estado pode derivar justamente da omissão de seu dever de julgar (caso do retardamento excessivo na prolação da sentença)"*.

c) Ausência de expressa previsão legal - em que somente nos casos expressamente previstos em lei poderia se atribuir a responsabilidade estatal pelos atos judiciais. Este tem sido o argumento defendido pela jurisprudência brasileira ao prever a responsabilidade do Estado por atos judiciais apenas nos casos expressamente previstos em lei, tal como o preceituado pelo art. 5º, inciso LXXV da CF. Os que discordam de tal alegação contra argumentam ressaltando a força da previsão genérica constitucional do § 6.º do art. 37.

A responsabilidade estatal por atos de jurisdição pode ocorrer:

a) nos atos ilícitos, praticados com violação de direito ou por descumprimento do dever, em qualquer tipo de ação ou procedimento, cível ou criminal, quando então se aplicam as regras da teoria da *faute du service*;

[7] SUNDFELD, Carlos Ari, *Fundamentos de Direito Público*, p. 176.
[8] SUNDFELD, Carlos Ari, *Fundamentos de Direito Público*, p. 176.

b) nos atos lícitos, praticados nas ações penais públicas, inquéritos policiais e outros procedimentos extraprocessuais penais, em razão do risco produzido pela atividade estatal de persecução criminal.

Atualmente, no entanto, a doutrina moderna, tem ampliado a concepção de erro judiciário a todos os atos injustos praticados no exercício da jurisdição, incluindo a) o erro propriamente dito, b) os atos ilícitos, e c) os atos originalmente lícitos, como a prisão cautelar regularmente decretada, mas tida, posteriormente, como injusta, em razão da absolvição do acusado.

Tal concepção, todavia, não se encontra plenamente correta, isto porque a expressão "erro" é caracterizada pela falsa percepção de determinado fato, e esta falsa percepção, nem sempre se encontra caracterizada nos atos judiciais que geram a responsabilidade objetiva, como pretende a doutrina moderna, ao ampliar o conceito de erro. Exemplo disto, ocorre quando o juiz diante de conjunto probatório encontra-se convencido de que o réu é culpado pelo fato a ele imputado. Decorridos alguns anos a sentença é revista porque se provou a inocência do réu, ter-se-á, então, uma nova verdade processual, mas não se poderá dizer que o juiz da primeira sentença errou. Houve na realidade um erro na persecução penal produzido por um conjunto de fatores.

Diante do acima disposto podemos concluir que a responsabilidade do Estado não encontra-se adstrita apenas aos casos de erro judiciário, mas pode também ser atribuída a atos originariamente corretos.

Referências Bibliográficas

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado.* São Paulo (SP): Ed. RT.. 1982.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 3.ª Ed. São Paulo (SP): Atlas,1992.

_____. Responsabilidade do Estado por Atos Jurisdicionais, *in Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar. Vol. 198, out/dez1994.

Dias, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil.* 10.ª ed. São Paulo (SP): Forense, 1997.

GORDILLO, Augustin. *Princípios Gerais de Direito Público.* São Paulo (SP): Revista dos Tribunais,1977.

MALUF, Said. *Direito Constitucional.* 6.a ed. São Paulo (SP): Sugestões Literárias, 1972.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro.* 16.ª ed. São Paulo (SP), Revista dos Tribunais: 1990.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 5.ª ed. São Paulo (SP): Malheiros, 1993.

RIBEIRO, Mirela Berberian. *Responsabilidade do Estado por seus atos jurisdicionais.* Goiânia: digitado, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 9.a ed. São Paulo (SP): Malheiros, 1992.

ROTHERBURG, Walter Claudius. Princípios Constitucionais, *in Revista da Faculdade de Direito da UFPR,* Curitiba: UFPR, ano 29, n. 29,, pp. 199-238, 1996.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público.* 2a. ed. SP: Malheiros, 1993.

O Papel do Procurador do Estado diante dos princípios e regras constitucionais atinentes à sua carreira*

Sandra Regina Maria Ferreira Dantas [1]

"É o conhecimento dos princípios, e a habilitação para manejá-los, que distingue o jurista do mero conhecedor de textos legais ".

Carlos Ari Sundfeld - Procurador do Estado - SP

O XXV ENCONTRO NACIONAL DOS PROCURADORES DE ESTADO, promovido pela ANAPE - Associação Nacional dos Procuradores de Estado, em parceria com a APE/AL - Associação dos Procuradores de Estado de Alagoas, responsável por sua realização, trouxe no rol do temário específico, entre outros, o seguinte título " Princípios Constitucionais Atinentes à Carreira de Procurador de Estado ", propiciando, assim, a apresentação de TESES.

Diante de um TEMA, absolutamente fascinante e sedutor, decidimos, imediatamente, viajar pelo mundo dos procuradores de Estado, promovendo pesquisas, sem exceção, em todas as unidades federadas do país.

Partindo, por razões óbvias, do Estado de Goiás, fomos em direção às Capitais dos demais Estados e do Distrito Federal. Entrevistamos centenas de colegas Procuradores, alguns Procuradores Gerais, Presidentes de Associações Estaduais de Procuradores, Autoridades constituídas e outros seguimentos da sociedade organizada. Analisamos Leis Orgânicas e Cartas Constitucionais estaduais, mormente os capítulos referentes às Procuradorias Gerais. Estudamos vários estatutos das Associações de Procuradores. Objetivamos avaliar, por todos os mei-

* Nota do Editor: Tese aprovada com louvor no XXV Congresso Nacional de Procuradores de Estado, Maceió, 1999.

[1] Advogada, Procuradora do Estado

os, O NÍVEL DE CONSCIENTIZAÇÃO QUANTO AO PAPEL DO PROCURADOR. Como fruto das pesquisas realizadas, descobrimos que uma avalanche de dúvidas e inquietações envolve não só os administrados, mas, principalmente, os próprios Procuradores dos Estados e DF.

Dúvidas, sim, quanto à identidade do Procurador; quanto ao seu papel diante dos princípios e regras constitucionais aplicáveis à sua carreira; quanto às dificuldades de compreender os princípios constitucionais explícitos e implícitos, sobretudo daqueles específicos da advocacia de Estado (art. 132 da CF/88); dúvidas quanto às seguintes situações funcionais: o Advogado no Estado, o Advogado no Governo, o Advogado do Estado e o Advogado do Governo; de saber se integra ou não o Poder Executivo e se a ele é subordinado; de ter segurança plena para responder, diante de uma dogmática pós-positiva, à indagação acerca da titularidade do cargo de Procurador Geral do Estado, ou seja, se o mesmo pode ser provido por pessoa estranha ao quadro de Procuradores, além de outras questões..

Pelo quadro sintetizado dos Procuradores-Gerais dos Estados e do DF, constatar-se-á que quase a **METADE (50%)** dos Procuradores Gerais não pertence ao quadro de Procuradores de Estado, ou seja, de que os titulares são estranhos à carreira. Questionamos? Há vícios de inconstitucionalidade? Há antinomias entre as Constituições Estaduais, as Leis Orgânicas e a Constituição Federal?

Compreendemos, por dois motivos, o elevado número de candentes indagações. Em primeiro lugar, porque os PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS constituem, também, na ótica do Procurador de Estado-SC, Professor Titular de Direito Constitucional e dos Cursos de Mestrado e Doutorado, Dr. Clèmerson Merlin Clève, " um dos campos mais férteis e mais difíceis do direito constitucional do nosso tempo ". Em segundo lugar, porque são raras ou quase inexistentes monografias teóricas ou dogmáticas gerais, sobre o conceito de princípios constitucionais, no Brasil. Como se observará, no desenvolvimento da presente TESE, as monografias existentes, já em número considerável, tematizaram princípios constitucionais específicos.

Somente com uma incursão pela dogmática principialista, alicerçada nos princípios da Lei Suprema, seremos capazes de encontrar respostas às complexas questões constitucionais, mormente aquelas relacionadas com a carreira do Procurador de Estado, com suas dúvidas e com seu papel no Estado de Direito Democrático.

Dos princípios e regras constitucionais

É uma tarefa dificílima tentar descobrir o real papel dos Procuradores de Estado e do DF, sem compreender os princípios e as regras constitucionais, seus conceitos, suas diferenças e suas funções, razão pela qual, a seguir, enfrentaremos cada ponto diferenciador para a compreensão da presente TESE.

Norma é o gênero do qual os princípios, as regras são espécies. Essa distinção entre regra e princípio enseja estudo de alguns problemas teóricos de dimensões praxeológicas evidentes, como a relação dogmático-normativo entre essas duas espécies de normas, a função normativa dos princípios e, mais, os conflitos entre os princípios, bem como suas conseqüências sobre as regras.

BONAVIDES[1] e EROS GRAU[2] , com abordagens similares, afirmam que a generalidade da regra jurídica não se deve entender da mesma forma que a generalidade de um princípio. A regra é geral porque estabelecida para um número indeterminado de atos ou fatos. Ela é especial na medida em que regula senão tais atos ou tais fatos: é editada para ser aplicada a uma situação jurídica determinada. Já o princípio, ao contrário, é geral porque comporta uma série indefinida de aplicações.

As regras jurídicas são aplicáveis por completo ou não são, de modo absoluto, aplicáveis. ***Trata-se de um tudo ou nada***. Desde que os pressupostos de fato aos quais a regra se refira se verifiquem, em uma situação concreta, e sendo ela válida, em qualquer caso há de ser aplicada. Já os princípios jurídicos atuam de modo diverso: mesmo aqueles que mais se assemelham às regras não se aplicam automática e necessariamente quando as condições previstas como suficientes para sua aplicação se manifestam. Os princípios possuem uma dimensão que não é própria das regras jurídicas: a dimensão do peso ou importância. Assim, quando se entrecruzam vários princípios, quem há de resolver o conflito deve levar em conta o peso relativo de cada um deles. As regras não possuem tal dimensão. Não podemos afirmar que uma delas, no interior do sistema normativo, é mais importante do que outra, de modo que no caso de conflito entre ambas, deve prevalecer uma em virtude do seu peso maior. Se duas regras entram em conflito, uma delas não é válida.

1 **BONAVIDES**, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 4 e 5 edições. São Paulo: Malheiros, 1993 e 1994.

2 **GRAU**, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição São Paulo : RT, 1990.

Os princípios são MULTIFUNCIONAIS. Podem desempenhar uma função argumentativa, permitindo, por exemplo denotar a *ratio legis* de uma disposição (cânones de interpretação) ou revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando aos juristas o desenvolvimento, a integração e complementação do direito.

Em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objeto de ponderação, harmonização, pois eles contém apenas exigências ou *standarts* que devem ser realizados; as regras contém fixações normativas definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias. Os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são corretas devem ser alteradas).

Das relevantes funções dos princípios

Em classificação elaborada por BONAVIDES, com base em reflexões feitas por F. de Castro e NORBERTO BOBBIO, os princípios cumpriram três funções importantes na ordem jurídica: **fundamentadora, interpretativa, supletiva**.

Pela função fundamentadora da ordem jurídica - elementos fundantes, os princípios ostentam uma eficácia derrogatória e diretiva. Essa função ocupa enorme importância no Direito Público, mormente no Direito Constitucional comtemporâneo. Por ela, as normas que se contraponham aos núcleos de irradiação normativa assentados nos princípios constitucionais, perderão sua validade e ou sua vigência (na hipótese de eficácia derrogatória), em face de contraste normativo com normas constitucionais. Esse quadro não se aplica somente aos casos *sub constitutione*, mas também às hipóteses *sub lege*, a exemplo dos atos administrativos que se contraponham a princípios jurídico-administrativos assentados em normas de nível hierárquico superior.

Através da função interpretativa, os princípios cumprem o papel de orientarem as soluções jurídicas a serem processadas diante dos casos submetidos à apreciação do intérprete. São verdadeiros vetores de sentido jurídico às demais normas, em face dos fatos e atos que exijam compreensão normativa. Assim, cumprem função orientadora do trabalho interpretativo, através de núcleos de sentido deduzíveis dos princípios jurídicos.

Por intermédio da função supletiva realizam a tarefa de integração do Direito, suplementando os "vazios" regulatórios da ordem jurídica ou ausências de

sentido regulador constatáveis em regras ou em princípios de maior grau ou densidade normativa.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO[3] afirma que: " *Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra* ".

O próprio JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO (Direito Constitucional, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 1983) - embora sustente, firmemente, que todas as normas da Constituição têm o mesmo valor, daí derivando que é insustentável a tentativa de supra e infra ordenação de normas constitucionais, quer para distinguir entre "normas constitucionais fortes" e "normas constitucionais fracas ", quer para alicerçar a doutrina de normas constitucionais inconstitucionais, predica que os princípios constitucionais "fornecem sempre diretivas materiais de interpretação das normas constitucionais " (p. 201).

Feitas as considerações acerca das regras e dos princípios, faremos, agora, análise dos princípios constitucionais explícitos e implícitos, que norteiam a Administração Pública, bem como daqueles específicos aplicáveis aos Procuradores de Estado, para que tenhamos condições de responder às seguintes questões: o Advogado Público (Procurador do Estado) deve obediência ao Chefe do Poder Executivo ou aos princípios constitucionais que formam o Estado? Afinal, somos Procuradores do Estado ou do Governador? Somos ou não integrantes do Poder Executivo? Devemos subordinação ao Poder Executivo ou a qualquer outro Po-

[3] **BANDEIRA DE MELLO**, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 5. Ed. São Paulo, 1994

der ? O Procurador Geral do Estado pode ser estranho à carreira? Afinal, qual é o real papel do Procurador do Estado?

O aperfeiçoamento institucional das funções essenciais à Justiça passará, inexoravelmente, pelos rumos traçados pelos princípios consagrados no ordenamento constitucional, objetivando o fortalecimento de um Estado de Justiça, Democrático e de Direito.

Portanto, os princípios, a seguir examinados, servirão ao duplo propósito de orientar a exegese do Capítulo IV, do Título IV da Constituição de 1988, bem como de compreender aqueles especificamente aplicáveis à carreira dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, que trarão, se corretamente aplicados, o aperfeiçoamento do Estado contemporâneo.

Da exegese do Capítulo IV, do Título IV da Constituição de 1988, pode-se extrair os seguintes princípios específicos à carreira de Procurador do Estado: essencialidade, institucionalidade, igualdade, unidade, organicidade unipessoal, independência funcional, inviolabilidade, autonomia administrativa e autonomia de impulso.

Todavia, antes de tratarmos de cada um dos princípios supra mencionados, falaremos, ainda que de forma sintética, daqueles que informam o regime jurídico-administrativo, posto que, sem a observância destes, o Procurador de Estado não tem como fazer valer a representação judicial e a consultoria estatal.

Do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado

Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno direito público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular.

É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados. Todo o sistema de Direito Administrativo se constrói sobre os princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e a indisponibilidade do interesse público pela Administração.

Do princípio da supremacia, procedem as seguintes conseqüências ou princípios subordinados: a) posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo

interesse público e de exprimi-lo, nas relações com os particulares; b) posição de supremacia do órgão nas mesmas relacões. É da conjugação destes preceitos que decorre, também, a possibilidade, nos limites da lei, de revogação dos próprios atos através de manifestação unilateral de vontade, bem como a decretação de nulidade deles, quando viciados. É o que se denomina autotutela.

Vale lembrar que as prerrogativas inerentes à supremacia do interesse público sobre o interesse privado só podem ser manejadas legitimamente para o alcance de interesses públicos; não para satisfazer interesses ou conveniências tão só do aparelho estatal e muito menos dos agentes governamentais.

Do princípio da indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos

Esta indisponibilidade 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 também é um dever - na estrita conformidade do que dispuser *a intentio legis.*

Do princípio da impessoalidade

Importante inclusão feita pelo legislador constituinte, o princípio da impessoalidade encontra-se, por vezes, no mesmo campo de incidência dos princípios da igualdade e da legalidade, e não raramente é chamado de princípio da finalidade administrativa. Preleciona o saudoso Hely Lopes Meirelles que " o princípio da impessoalidade, referindo-se ao Caput do art. 37 da CF/88, nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal." Este princípio completa a idéia que o administrador é um executor do ato, que serve de veículo de manifestação da vontade estatal, e, portanto, as realizações administrativo-governamentais não são do agente político, mas sim da entidade pública em nome da qual atuou.

Do princípio da moralidade

Por este princípio, não bastará ao administrador o estrito cumprimento da

estrita legalidade, devendo ele, no exercício da função pública, respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, pois a moralidade constitui, a partir da CF/88, pressuposto de validade de todo ato da administração pública.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO afirma que não é preciso penetrar na intenção do agente, porque do próprio objeto resulta a imoralidade. Isto ocorre quando o conteúdo de determinado ato contrariar o senso comum de honestidade, retidão, equilíbrio, justiça, respeito à dignidade do ser humano, à boa fé, ao trabalho, à ética das instituições. A moralidade exige proporcionalidade entre os meios e os fins a atingir; entre os sacrifícios impostos à coletividade e os benefícios por ela auferidos; entre as vantagens usufruídas pelas autoridades públicas e os encargos impostos à maioria dos cidadãos. Na aferição da imoralidade administrativa, é essencial o princípio da razoabilidade.

A conduta do administrador público em desrespeito ao princípio da moralidade administrativa enquadra-se nos denominados atos de improbidade, previstos pelo art. 37, parágrafo 4º da CF/88, e sancionados com a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível, permitindo ao Ministério Público a propositura da ação civil pública por ato de improbidade, com base na Lei nº 8.429/92, para que o Poder Judiciário exerça o controle jurisdicional sobre a lesão ou ameaça de lesão ao patrimônio público.

Do princípio da publicidade

Seria de todo absurdo que o Estado Brasileiro, que, por disposição expressa de sua Constituição, afirma que todo poder nele constituído "emana do povo " (art. 1º, parágrafo único, da CF), viesse a ocultar daqueles em nome do qual esse mesmo poder é exercido informações e atos relativos à gestão da *res publica* e às próprias linhas de direcionamento governamental. É por isso que se estabelece, como imposição jurídica para os agentes administrativos em geral, o dever de publicidade para todos os seus atos.

Entende-se por princípio da publicidade, assim, aquele que exige, nas formas admitidas em Direito, e dentro dos limites constitucionalmente estabelecidos, a obrigatória divulgação dos atos da Administração Pública, com o objetivo de permitir seu conhecimento e controle pelos órgãos estatais competentes e por toda a sociedade.

Se os interesses públicos são indisponíveis, se são interesses de toda a coletividade, é claro que os atos emitidos a título de implementá-los hão de ser exibidos em público. O princípio da publicidade impõe a transparência na atividade administrativa, para que os administrados possam conferir se está sendo bem ou mal conduzida.

Do princípio da eficiência

Uma vez inserida no texto da Constituição Federal, a expressão eficiência deve ser considerada não mais na sua usual acepção econômica, mas em seu sentido jurídico. Como bem salientou Romeu Felipe Barcellar Filho, logo após a entrada em vigor da Emenda Constitucional de nº 19/98, "qualquer significado a ser atribuído a este princípio terá de passar pelo exame da conformidade com a Constituição ".

É razoável entender que se terá como eficiente a conduta da Administração Pública quando, em todas as dimensões possíveis apresentadas no plano da nossa realidade, estiver voltada para a satisfação do valor expresso pela idéia de o "bem de todos " (art. 3º, IV da CF/88).

No ponto de vista do professor JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO[4] , o princípio da eficiência deve ser visto como um princípio bipotencial, na medida em que volta sua ação jurídica tanto para o pólo da ação instrumental realizada como para o resultado final por ela obtido.

A idéia de eficiência não poderá ser atendida, na busca do bem comum imposto por nossa Lei Maior, se o Poder Público não vier, em padrões de razoabilidade, a aproveitar, da melhor maneira possível, todos os recursos humanos, materiais, técnicos e financeiros existentes e colocados a seu alcance, no exercício regular de suas competências. A ausência de planejamento, a negligência operacional, a inabilitação técnica geram desperdícios de recursos. Propiciam a necessidade de custos superiores àqueles que seriam necessários para a realização de uma atividade ou serviço. Implicam retardamento ou morosidade de execução, impedindo que novas atividades sejam realizadas e novas necessidades públicas sejam atendidas. São, assim, fatores que em si e por si geram óbices à satisfação adequada dos interesses comuns da coletividade.

[4] Os 10 anos de Constituição Federal. Atlas. São Paulo. 1999. Alexandre de Moraes - Coordenadora

Ser eficiente, portanto, exige primeiro da Administração Pública o aproveitamento máximo de tudo aquilo que a coletividade possui, em todos os níveis, ao longo da realização de suas atividades. Significa racionalidade e aproveitamento máximo das potencialidades existentes. Mas não só. Em seu sentido jurídico, eficiência deve abranger a idéia de eficácia da prestação, ou de resultados da atividade realizada. Uma atuação estatal só será juridicamente eficiente quando seu resultado quantitativo e qualitativo for satisfatório, levando-se em conta o universo possível de atendimento das necessidades existentes e os meios disponíveis.

Conclui-se que a Administração estará buscando agir de modo eficiente sempre que, exercendo as funções que lhe são próprias, vier a aproveitar, da forma mais adequada, o que se encontra disponível (ação instrumental eficiente) visando chegar ao melhor resultado possível em relação aos fins que almeja alcançar (resultado final eficiente).

Desse modo, podemos definir esse princípio como sendo aquele que determina aos órgãos e pessoas da Administração Direta e Indireta, na busca das finalidades estabelecidas pela ordem jurídica, tenham uma ação instrumental adequada, constituída pelo aproveitamento maximizado e racional dos recursos humanos, materiais, técnicos e financeiros disponíveis, de modo que possa alcançar o melhor resultado quantitativo e qualitativo possível, em face das necessidades públicas existentes.

O Procurador de Estado deve estar atento a este princípio, sobretudo no que tange à representação judicial e consultoria jurídica, que devem primar-se pela manutenção da legalidade dos atos administrativos, sempre em atendimento ao real interesse público.

Do princípio da legalidade

O tradicional princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II da Constituição Federal, explicita a subordinação da atividade administrativa à lei e surge como decorrência natural da indisponibilidade do interesse público. Hely Lopes Meirelles ensina que a legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. O mesmo doutrinador assinalou: " a eficácia e a validade de toda atividade administrativa estão condicionadas ao atendimento da lei. Na Administração Pública, não há liberdade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza".

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO entende que decorrem do princípio da legalidade os princípios da finalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação e da responsabilidade do Estado

Do princípio da finalidade

O referido administrativista afirma que não se compreende uma lei, não se entende uma norma, sem entender qual o seu objetivo. Donde, também não se aplica uma lei corretamente se o ato de aplicação carecer de sintonia com o escopo por ela visado. Implementar uma regra de direito não é homenagear exteriormente sua dicção, mas dar satisfação a seus propósitos. Logo, só se cumpre a legalidade quando se atende sua finalidade. Atividade administrativa desencontrada com o fim legal é inválida e por isso judicialmente censurável.

Há, induvidosamente, desvio de poder, quando a Administração não atende ao fim legal, a que está obrigada.

Do princípio da razoabilidade

Nos casos em que a Administração dispõe de certa liberdade para eleger o comportamento cabível diante do caso concreto, isto é, quando lhe cabe exercitar certa discrição administrativa, evidentemente tal liberdade não lhe foi concedida pela lei para agir desarrazoadamente, de maneira ilógica, incongruente.

LUIS ROBERTO BARROSO[5] diz que o princípio da razoabilidade tem se mostrado um versátil instrumento de proteção de direitos e do interesse público contra o abuso de discricionariedade, tanto do legislador, quanto do administrador. De fato, por força deste princípio, excepciona-se a regra tradicional de que os atos públicos sujeitam-se apenas ao controle de legalidade, pois a aferição da razoabilidade enseja exame de mérito. Naturalmente, como não se deseja substituir a discricionariedade dos agentes políticos eleitos pela via do Judiciário, a invalidação de leis e atos administrativos com esse fundamento somente deve ocorrer quando claramente arbitrários ou caprichosos. BARROSO afirma que :"um certo

[5] Entre a Lei e a Justiça: o princípio da razoabilidade no Direito Brasileiro. APERJ - Notícias. Rio de Janeiro. Abril de 1999. Ano I. Número 10.

positivismo arraigado na formação jurídica nacional retardou o ingresso do princípio da razoabilidade na jurisprudência brasileira, por falta de previsão expressa na Constituição. Inequivocamente, contudo, finaliza o Procurador do Estado do Rio de Janeiro e professor de Direito Constitucional, ele é uma decorrência natural do Estado Democrático de Direito e do princípio do devido processo legal.

Do princípio da proporcionalidade

Conforme BANDEIRA DE MELLO, procede, ainda, do princípio da legalidade, o princípio da proporcionalidade do ato à situação que demandou a sua expedição. Deveras, a lei outorga competências em vista de um certo fim. Toda demasia, todo excesso desnecessário ao seu atendimento, configura uma superação do escopo normativo. Assim, a providência administrativa mais extensa ou mais intensa do que o requerido para atingir o interesse público insculpido na regra aplicanda é inválida por consistir em um transbordamento da finalidade legal. Ao Judiciário caberá anular os atos administrativos incursos neste vício ou, quando possível, fulminar apenas aquilo que seja caracterizável como excesso. Todavia, é muito importante ressaltar que o Procurador não só pode, como deve recomendar, preventivamente, a eliminação dos excessos, em sede de consultoria jurídica.

Do princípio da motivação

Considerado como postulado do princípio da legalidade, o princípio da motivação impõe à Administração Pública o dever de expor as razões de direito e de fato pelas quais tomou a providência adotada. A Administração deve fundamentar o ato que haja praticado, justificando as razões que lhe serviram de apoio para expedi-lo. É a motivação que permitirá avaliar a consonância ou a dissonância com os princípios da legalidade, da finalidade normativa, da razoabilidade ou da proporcionalidade. A ausência de motivação faz o ato inválido, sempre que sua enunciação, prévia ou contemporânea à emissão do ato, seja requisito indispensável para proceder-se a tal averiguação.

O Procurador de Estado, para atuar na proteção dos interesses estatais, deve estar absolutamente atento a todos os princípios que norteiam a Administração Pública, sejam eles constitucionais explícitos ou implícitos. Tivemos o cuidado de nos deter na análise dos principais, lembrando que há muitos outros, a exemplo do controle administrativo ou tutela, que é vinculado ao princípio da indisponibilidade dos interesses públicos.

Doravante, analisaremos os PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS específicos aplicáveis ao Procurador de Estado, enquanto integrante da ADVOCACIA PÚBLICA, como prevê o art. 132 da Lei Maior, abaixo transcrito, enfocando as alterações provocadas pela Emenda Constitucional nº 19/98 (Reforma Administrativa), cujo título do Capítulo IV, **"DAS FUNÇÕES ESSENCIAS À JUSTIÇA "**, Seção II, foi modificado de "Da Advocacia Geral da União " para **"DA ADVOCACIA PÚBLICA"**

Dos princípios aplicáveis à carreira de procurador do Estado e do DF

Dispõe o art. 132 da Constituição Federal:

> *"Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal;* ***organizados em carreira****, na qual o ingresso* ***dependerá*** *de concurso de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas".*

Do princípio da essencialidade

A essencialidade está afirmada na própria designação Constitucional das funções. A advocacia pública não pode deixar de existir, com as características e roupagem orgânica que lhe são próprias, nem tolhidas ou prejudicadas no seu exercício.

Verifica-se que o Procurador de Estado, como agente institucional e necessário da Advocacia de Estado à luz da Constituição Federal de 1988, é peça fundamental a um ***design*** jurídico- institucional, na feliz expressão de BERNARDO SESTA, no qual o respectivo MANDATO decorre da maior instância normativa da ordem jurídica nacional, da LEI SUPREMA, indisponível para a administração e indisponível para o legislador ordinário, pela circunstância que se trata de uma Advocacia profundamente marcada pelo objetivo que persegue, qual seja o do fortalecimento do Estado de Direito Democrático, que, obviamente, traduz a sua essencialidade.

Do princípípio da institucionalidade

A institucionalidade também resulta evidente da própria criação constituci-

onal; explícita, no caso do Ministério Público (art. 127); da Advocacia Geral da União (art. 131) e da Defensoria Pública, e implícita, quanto aos Procuradores de Estado e do Distrito Federal (art. 132).

Quando se fala na NECESSÁRIA investidura institucional de seus agentes, como uma das características essenciais, identificadoras da Advocacia do Estado, dentre as diversas formas de atuação do Advogado na estrutura estatal, o que se pretende é enfatizar a circunstância de que a indisponibilidade peculiar do interesse público exige que o patrocínio judicial e o aconselhamento jurídico desse mesmo interesse sejam reservados a agentes institucionais (Procuradores de Estado), que guardem, em relação à Administração Pública e ao Governo, a devida independência.

Constata-se que os princípios da essencialidade, da institucionalidade e da independência encontram-se UMBILICALMENTE LIGADOS.

O constituinte brasileiro, coerente com a visão que adotou da tutela do interesse estatal como função essencial à Justiça, elevou a institucionalização da investidura dos agentes da Advocacia de Estado ao nível Constitucional Federal (artigos 131 a 132 da CF/88), estabelecendo um novo marco na caracterização da atividade no contexto institucional brasileiro.

O Procurador de Estado, como integrante, frise-se da Advocacia de Estado, sua enumeração entre as "funções essenciais à Justiça, e o regime jurídico especial que se lhe atribui, não são mais do que mera conseqüência das PREMISSAS DEFINIDORAS DO ESTADO DE DIREITO, adotadas pelo constituinte brasileiro, que deu particular relevo ao caráter participativo do modelo democrático escolhido e, coerentemente, buscou assegurar os melhores instrumentos de preservação do princípio da legalidade administrativa. Foi como decorrência dessas premissas, dessa opção política, que o constituinte INSTITUCIONALIZOU A ADVOCACIA DE ESTADO, considerando-a como essencial à Justiça, de existência necessária, na expressão de BERNARDO SESTA, pertinente ao novo arcabouço constitucional do país.

Ao promovermos nossas pesquisas, entrevistando colegas de todos os Estados e do Distrito Federal, percebemos a existência de um oceano de dúvidas, mormente por parte daqueles que não possuem, em suas unidades federadas, o Procurador Geral de Estado como integrante da carreira. Muitos deles, ainda, não se deram conta da importância dada pelo constituinte às Procuradorias do Estado

e do DF. É imprescindível observar a TOPOLOGIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, que revela, com muita propriedade, a situação diferenciada dos agentes institucionais da Advocacia do Estado (Procuradores de Estado). Não foi por acaso, atente-se bem, que o legislador constituinte deixou de regular a Advocacia Pública no Título III (da Organização do Estado), onde trata especificamente da Administração Pública (artigos 37 a 43), dos servidores civis e militares; é no Título IV, que versa sobre a "Organização dos Poderes " (artigos 44 a 135) que, após tratar do Poder Judiciário, arrola e disciplina a Advocacia Pública, relacionando a Advocacia de Estado, a Defensoria Pública e o Ministério Público, denominando-as, englobadamente, " funções essenciais à Justiça ".

Do princípio da igualdade

A igualdade decorre da inexistência de hierarquia entre os interesses cometidos a cada uma das funções essenciais à Justiça; a igual importância das funções determina a igualdade constitucional das procuradorias que as desempenham.

Do princípio da unidade

A unidade, que consiste na inadmissibilidade de existirem instituições concorrentes, com a mesma base política e com chefias distintas, para o exercício das funções reservadas a cada procuratura, está explícita no caso do Ministério Público (art. 127 parágrafo 1°) e também da Advocacia Geral da União (art. 131 parágrafo 1°), e implícita para os Procuradores de Estado e do Distrito Federal e para a Defensoria Pública (arts. 132 a 134).

Do princípio da organicidade unipessoal

Esta organicidade decorre da fundamental e genérica condição de advogado, estabelecida no art. 133 da Constituição. Cada agente das procuraturas constitucionais é um ÓRGÃO INDIVIDUAL, para empregar nomenclatura de MARCELLO CAETANO, com sua natureza institucional ligada ao cargo, desempenhado com independência técnico-profissional. Isto está explícito para os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal (art. 132).

Do princípio da independência funcional

A independência funcional diz respeito à insujeição das procuraturas constitucionais a qualquer outro Poder do Estado em tudo que tange ao exercício das

funções essenciais à Justiça. Mesmo o seu interrelacionamento segue a própria fórmula de independência constitucional. Não obstante poderem atuar, em tese, em face de qualquer dos Poderes do Estado, não podem a eles se sujeitar, nem deles receber influência quanto ao desempenho de suas funções. No que respeita ao Ministério Público, este princípio está explícito no artigo 127 parágrafo 1°, mas resulta claro da PRÓPRIA SISTEMÁTICA CONSTITUCIONAL, que está implícito para as demais procuraturas. Quaisquer vinculações existentes com o Poder Executivo, no âmbito administrativo em que se inserem sem, contudo, o integrarem, não poderão interferir no exercício de seus órgãos, tão somente segundo a sua consciência e sua orientação científica.

A inviolabilidade é um consectário da independência funcional no que respeita às pessoas dos agentes públicos das procuraturas constitucionais. Assim como nenhum dos Poderes pode interferir no desempenho das funções essenciais à Justiça, nenhum deles pode constranger, por qualquer modo, até mesmo pela manipulação de remuneração ou de qualquer outro direito, o agente nelas investido. O princípio ficou explícito genericamente no art. 135, para todas as funções essenciais à Justiça, mas há garantias específicas de vitaliciedade e inamovibilidade, que privilegiam os membros do Ministério Público e da Defensoria Pública. Ainda assim, a mobilidade dos membros da Advocacia Geral da União e das Procuradorias de Estado e do Distrito Federal não poderá ser arbitrária, mas, ao contrário, COM MOTIVAÇÃO TRANSPARENTE, para que não se encubra ou mascare atentados à independência funcional e à inviolabilidade de seus agentes.

MÁRIO BERNARDO SESTA6 , com muita segurança, afirma que é secundário o fato de o administrador manifestar sua preferência por determinada argumentação ou determinada postura em juízo; é irrelevante tal manifestação porque essa argumentação só chega através do Advogado do Estado e se ele a perfilhar.

O advogado do Estado (Procurador de Estado), no exercício de sua função básica, não fala ao administrador para assessorá-lo; fala pelo Estado no processo em que este for parte, vinculando-o. O Procurador de Estado, atuando em juízo, expressa, no processo, a vontade do Estado.

Do princípio da autonomia administrativa

A autonomia administrativa consiste na outorga, às procuraturas constitucionais[7], a gestão daqueles meios administrativos necessários para garantir-

se-lhes a independência para atuar, mesmo contra os interesses de qualquer dos Poderes, notadamente do Poder Executivo, de cuja estrutura administrativa se valer. Trata-se, portanto, de uma condição constitucional para que prevaleçam, na prática, todos os demais princípios, tal como a Carta Magna de 1988 veio a reconhecer também como imprescindível, ao expandir a autoadministração do Poder Judiciário (artigos 96, I, II e III e 99). Da mesma forma, para o Ministério Público, o alcance dessa autonomia está definido explicitamente no art. 127 parágrafo 2°, deixando-se implícito, o princípio, no tocante às demais procuraturas, para ser considerado nas respectivas Constituições e leis orgânicas, conforme o caso.

Do princípio da autonomia do impulso

A autonomia de impulso, por fim, é o princípio fundamental da atuação das procuraturas constitucionais. Ele preside e orienta o poder-dever destes órgãos, de tomar todas as iniciativas que lhes são abertas pela Constituição Federal, pelas Constituições Estaduais e pelas leis, para o velamento dos interesses que lhes foram confiados. Em termos gerais, cabe-lhes zelar pela juridicidade, desenvolvendo seu controle institucional de provedoria através de atividades consultivas, inclusive ex-offício pela fiscalização, e de atividades postulatórias, tudo conforme os âmbitos de competência funcional e territorial próprios de cada uma delas.

O único limite à atuação de defesa da ordem jurídica, para estas instituições, só pode estar na própria ordem jurídica. A lealdade dos agentes das procuraturas constitucionais não se dirige aos Governos, mas à ordem jurídica, a que todos devem servir com elevação e independência: por isso têm o poder de impulso, do qual não devem se demitir, nem mesmo por receio de desagradar aos agentes de quaisquer dos Poderes, ainda que o Chefe do Poder Executivo, que nomeia os Chefes institucionais das procuraturas Constitucionais.

Da missão da advocacia de Estado como função essencial à Justiça

Apesar destes 11 (onze) anos de Constituição Federal, raros foram os autores que se dedicaram a analisar, com profundidade, o art. 132 da Carta Magna e

[7] **SESTA,** Mário Bernardo. Advocacia de Estado: Posição Institucional. RILSF. Brasília, a 30 n. 117 jan/mar/93

sua correlação sistêmica; a importância do referido dispositivo para os Procuradores de Estado e DF; para o interesse das Unidades Federadas e, sobretudo, para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

O renomado e admirável DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO[8] constata que, surpreendentemente, **A LITERATURA JUSPOLÍTICA NACIONAL**, COM POUCAS E LÚCIDAS EXCEÇÕES, **PARECE NÃO TER SE DADO CONTA DA TRANSCENDÊNCIA DESTA INOVAÇÃO E DO QUE ELA REPRESENTA PARA A REALIZAÇÃO DO VALOR JUSTIÇA**, para ele entendida como síntese da licitude, da legitimidade e da legalidade, no Estado Contemporâneo.

O delinear progressivo de um perfil mais democrático da atividade administrativa, e de sua estruturação, foi impondo, entre os princípios inerentes à dogmática organizacional do Estado contemporâneo, especial atenção a seu caráter liminarmente jurídico.

Gradativamente, veio crescendo o espaço alusivo ao interesse público enquanto interesse do Estado, bem como a relevância do aconselhamento jurídico e patrocínio deste mesmo interesse em juízo.

O nível de conscientização das exigências estruturais do Estado Democrático, mormente das peculiaridades do seu patrocínio, levou o legislador constituinte a buscar, no direito comparado e na própria tradição luso-brasileira, a inspiração para institucionalizar o que hoje se chama de **Advocacia de Estado**

Do perfil do Procurador de Estado

Feitas estas considerações preliminares, traçaremos o **PERFIL DO PROCURADOR DO ESTADO,** enquanto advogado público, aclarando algumas nuances relativas **AO SEU PAPEL**, no contexto administrativo e no contexto institucional do Estado, sob, é claro, o manto dos princípios e regras constitucionais.

A Advocacia de Estado distingue-se da Advocacia comum, seja no seu aspecto consultivo, seja no seu aspecto contencioso. Essa distinção, como bem assevera BERNARDO SESTA, radica basicamente na diferença do interesse

[8] Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. RILSF. Brasília. a 29 n. 116 out/dez 1992

aconselhado ou patrocinado, que é o interesse público, o qual, a par de sua publicidade, e em razão mesmo dessa sua natureza, é um interesse administrado, assim tomado no sentido técnico do termo.

O trato do interesse público e, mais especificamente o trato jurídico desse interesse, apresenta, como decorrência fundamental do fato de ser ele, por natureza, um interesse administrado, a característica de que, entre o objetivo final do agente e sua vontade (do agente), está, não o seu interesse (do agente ou administrador), mas o interesse abstrato da coletividade, tutelado pelas diretrizes que dinamam a Constituição e das leis.

Essa distinção entre os atos do senhorio e os de administrador interfere não só na atuação do administrador diante da coisa pública, mas também na atuação do Procurador de Estado que aconselha ou patrocina judicialmente o interesse público, e mais, nas relações institucionais e administrativas que se hão de estabelecer entre o administrador e o Advogado do interesse público.

O administrador não pode dispor da coisa pública, como se sua fosse. Do mesmo modo, o Procurador do Estado, em relação ao interesse público, aconselhado ou patrocinado judicialmente. A própria relação entre o administrador da coisa pública e o advogado do Estado difere, essencialmente, das relações comuns entre Advogados e constituintes, sobretudo porque o interesse em tela é indisponível também para o constituinte, que é mero agente da coletividade, razão pela qual a investidura do Procurador do Estado deve decorrer de instância institucional, indisponível para o administrador.

Quer do ponto de vista da evolução histórica da instituição (procuradorias dos Estados e DF), quer do ponto de vista das implicações de natureza técnica relativas à sua organização e funcionamento, poderíamos avançar uma noção de Advocacia de Estado, descrevendo-a como atividade pertinente ao patrocínio judicial e ao aconselhamento jurídico do interesse público, exercida por agentes (Procuradores) especificamente investidos nas respectivas funções, em nível institucional.

A Advocacia de Estado, enquanto modalidade diferenciada da Advocacia e enquanto atividade diferenciada no contexto da ação estatal, distingue-se por duas características fundamentais.

Primeiramente, quanto ao seu ***OBJETO que é o patrocínio judicial e o***

aconselhamento jurídico do INTERESSE PÚBLICO. Em segundo lugar, a modalidade de investidura de seus agentes que é, em razão da mesma natureza do seu objeto, estabelecida necessariamente em nível institucional.

Mário Bernardo Sesta, com muita propriedade, afirma (Revista de Informação Legislativa do Senado Federal a 30 n. 117 jan/mar 1993) que quando se fala que o **OBJETO DA ADVOCACIA DO ESTADO É A TUTELA DO INTERESSE PÚBLICO**, está-se a referir, naturalmente e em primeiro lugar, ao interesse do Estado, que, numa estrutura federativa ou descentralizada, vem a corresponder ao interesse das chamadas "pessoas administrativas necessárias".

A natureza específica desse interesse, do interesse do Estado, a par de sua indisponibilidade, revela, profundamente, as marcas inerentes aos fins do Estado, enquanto organização política da sociedade.

Desse modo, quando se fala no interesse do Estado, esta palavra INTERESSE assume conotações muito especiais porque esse interesse distingue-se profundamente daquilo que comumente se denomina de interesse particular ou privado. Mesmo naquelas condições em que o Estado intervém despido de sua condição de *imperium*, o interesse estatal, ainda que tratado ou expresso através de organismos estruturados, segundo as normas ou modelos de direito privado, não se confunde com o interesse privado em sentido próprio, com as implicações que lhe são conaturais e consentâneas com o universo *privatum*, que lhe é peculiar.

O interesse do Estado manifestado, quer através de seus órgãos máximos, expressivos da soberania, quer através de todo o complexo de órgãos da soberania, quer, inclusive, através da vasta gama dos órgãos da chamada administração descentralizada, mesmo aqueles organismos com base no formulário peculiar do direito privado, é, nada mais e nada menos, do que A REALIZAÇÃO DE JUSTIÇA, visualizada de acordo com as concepções filosóficas e políticas, explícita ou implicitamente adotadas pela ordem institucional correspondente.

Conclui-se que, por ser o INTERESSE DO ESTADO A REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA, é que sua TUTELA JURÍDICA, tanto no patrocínio judicial quanto no aconselhamento preventivo, é ATIVIDADE ESSENCIAL À JUSTIÇA.

Não resta a menor dúvida de que foi extremamente feliz o constituinte brasileiro ao inserir a Advocacia de Estado entre as ditas "funções essenciais à

Justiça", de que trata o Capítulo IV, do Título IV, este tratando da "Organização dos Poderes ", da Constituição Federal de 1998, por ter sido sensível à sobredita característica daquela tutela.

Em qualquer país contemporâneo razoavelmente desenvolvido, independentemente do modelo sócio-econômico e político adotado, a estrutura estatal, como um todo, cujo interesse é necessariamente sincrônico com o respectivo núcleo organizativo-gravitacional, inclui não só o interesse da estrutura do chamado " Poder Executivo ", ao qual compete a representação do Estado, como ainda dos demais Poderes; abrange o interesse das Autarquias, das empresas públicas, das sociedades de economia mista e das fundações sob controle estatal. Poder-se-ia até entender, sem nenhuma demasia, que a abrangência conceitual do interesse estatal transcende o complexo estrutural pertinente ou diretamente subordinado ao Estado, para incluir também o das instituições privadas, que, por delegação, permissão, concessão ou contrato prestam serviços públicos, ao menos naquilo que pertina ao universo público.

A impregnação jurídica do Estado contemporâneo, enquanto processo institucional, é tão marcante que enseja modalidades, qualitativamente distintas, de ATUAÇÃO DE ADVOGADOS em relação aos diversos aspectos estruturais e dinâmicos daquela realidade. É de necessidade imperiosa, nessa linha de raciocínio, distinguir quatro situações funcionais possíveis[9]:

A - o Advogado no Estado;

B - o Advogado no Governo;

C - o Advogado do Estado;

D - o Advogado do Governo.

Num primeiro plano, deparamos com a salutar presença de Advogados dispostos em diversos pontos da malha administrativa, prestando assessoramento jurídico. Dito assessoramento objetiva instrumentalizar a decisão administrativa, tendo em vista mantê-la adstrita às balizas legais e constitucionais que consignam o contorno do regime de legalidade tutelar do interesse público. Tal assessoramento não tem efeito vinculativo para o administrador, nem expressa a chamada

[9] **SESTA,** Mário Bernardo. Advocacia de Estado: Posição Institucional. RILSF. Brasília,

"vontade do Estado", conquanto possa, em determinadas circunstâncias, acarretar-lhe a responsabilidade.

Normalmente, tais Advogados estão inseridos no contexto administrativo sob o regime próprio do serviço público, titulando cargos de provimento efetivo, nomeados mediante concurso público, embora nada impeça serem providos mediante comissionamento e, não raro, vamos até encontrá-los admitidos mediante contrato.

Nesse mesmo nível de exigência institucional (de conveniência), **podemos ainda distinguir, sempre no campo exclusivamente consultivo, o papel do Advogado no Estado do papel do Advogado do Governo**; o primeiro, como se disse, despido de qualquer conotação política, constitui-se num agente administrativo, graduado em Direito, que se situa, organicamente ou não, no contexto da administração estatal, para atender à conveniência administrativa, em face do regime da legalidade peculiar à administração pública; o segundo, igualmente limitado ao nível de assessoramento, atende ao desiderato da conveniência administrativa, combinado com o da conveniência política.

Nada mais razoável do que determinada administração, tendo em vista as diretrizes, decorrentes do programa partidário ou da ideologia que o informa, ou mesmo, os compromissos pertinentes ao processo de investidura, querer assessorar-se juridicamente, com vistas a que as opções políticas de sua atuação permaneçam dentro dos limites das respectivas possibilidades jurídicas. Isto posto, pode dizer-se dos Advogados no Governo que são os Advogados no Estado, com sobrecaracterização político-partidária.

O que distingue o Advogado no Governo é sua investidura que, normalmente, é de caráter político. Tenha-se, porém, presente que a atividade do Advogado no Governo não é política no sentido que pertina ao contexto institucional do país; político é o critério de sua investidura, que se concretiza, de regra, *através de comissionamento*.

Desses Advogados na Administração e no Governo distinguem-se, fundamental e qualitativamente, os Advogados do Estado, também designados como Procuradores do Estado.

Quando se fala em Advogado do Estado ou mais apropriadamente, Procurador do Estado, não se está a referir a presença de bacharéis em direito enquanto agentes

administrativos, inseridos na textura da administração para assessorar o administrador, com vistas a manter-se dentro dos parâmetros jurídicos apropriados.

Da atuação do Procurador de Estado no fortalecimento do Estado Democrático de Direito

O Advogado do Estado responde a desiderato bem mais complexo, que compreende o próprio perfil estrutural do Estado Democrático de Direito.

Com maestria, ensina o constitucionalista JOSÉ AFONSO DA SILVA que a configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de UM CONCEITO NOVO, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*. E aí se antemostra a extrema importância do art. 1° da Constituição de 1998, quando afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, não como mera promessa de organizar tal Estado, pois a Constituição aí já o está proclamando e fundando.

A Constituição portuguesa instaura o Estado de Direito Democrático, com o "democrático " qualificando o Direito e não o Estado. Essa é uma diferença formal entre ambas as constituições. A nossa, continua ensinando o mestre José Afonso da Silva, emprega a expressão mais adequada, cunhada pela doutrina, em que o "DEMOCRÁTICO" qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, pois, também sobre a ordem jurídica. O Direito, então, imantado por estes valores, se enriquece no sentido popular e terá que ajustar-se ao INTERESSE COLETIVO. Contudo o texto da Constituição portuguesa dá ao Estado de Direito Democrático o conteúdo básico que a doutrina reconhece ao Estado Democrático de Direito, quando afirma que ele é *" baseado na soberania, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais, que tem por objetivo assegurar a transição para o socialismo mediante a realização da democracia econômica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa " (art. 2º, redação dada da 2ª revisão, 1989).*

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3°, I),

em que o poder emana do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1°, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício.

Os Advogados do Estado (Procuradores dos Estados e DF) são agentes públicos que recebem INSTITUCIONALMENTE O MANDATO que os habilita à tutela judicial do interesse público, enquanto interesse do Estado. Essa especial circunstância de que os Advogados são investidos nos seus poderes, não por ato administrativo, mesmo sujeito a normas objetivas de provimento, não por investidura eventual, não por comissionamento, mas NECESSARIAMENTE em nível INSTITUCIONAL, decorre da natureza peculiar do interesse que se lhes incumbe patrocinar e significa o atendimento de um novo patamar de exigências, revelador de um estágio avançado da juridicização do Estado.

Portanto, ao Procurador de Estado e do DF incumbe, enquanto instrumento institucional pertinente ao controle do regime da legalidade administrativa, entre seu acervo de atribuições, facetas das mais relevantes, a CUSTÓDIA DA LEI, consubstanciada numa atuação democrática da administração pública contemporânea.

É por esta razão que, rigorosamente dentro das condições compatíveis com a própria dinâmica da administração, o aconselhamento do interesse público, no caso da Advocacia de Estado, deve, obedecidas certas condições, ter caráter vinculativo. Traça-se, portanto, a diferença basilar entre o simples assessoramento, que caracteriza a Advocacia no Estado, e O CONTROLE DE LEGALIDADE ADMINISTRATIVA, QUE CARACTERIZA O ACONSELHAMENTO JURÍDICO RESERVADO AO PROCURADOR DE ESTADO.

MAS, DE MODO FUNDAMENTAL, **A CARACTERÍSTICA BASILAR FUNDAMENTAL DA ADVOCACIA DO ESTADO SOBRESSAI**, EVIDENTEMENTE, NO QUE DIZ RESPEITO AO PATROCÍNIO JUDICIAL DO INTERESSE PÚBLICO, PORQUE NESSA ATIVIDADE, OS PROCURADORES DE ESTADO DELA ENCARREGADOS ATUAM EM NOME DO ESTADO.

Da carreira do Procurador de Estado e da escolha do titular da Procuradoria Geral do Estado

(Análise do art. 132 da CF/88 e da emenda constitucional de n° 19/98)

A renomada professora Cármen Lúcia Antunes da Rocha[10], em sua obra Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos, afirma que o art. 132 da CF/88 contempla, claramente, e de maneira irretorquível, a forma de organização do órgão Procuradoria Geral do Estado, de provimento, de escolha dos procuradores, de todos os procuradores do Estado, sem exceção, para a chefia do órgão que desempenha as atribuições ali previstas, para o provimento dos cargos daquela carreira, a sua competência, natureza e titular.

Questionar-se-ia: a norma constitucional traçou ou não limites para a escolha do titular da Procuradoria Geral do Estado? Claro que sim.

Aplicando-se os métodos de hermenêutica e interpretação, chega-se a conclusão que a Constituição ***sempre*** explicita a forma de provimento quando a carreira ou o cargo refira-se a feixe de competências constitucionalmente definidas, como ocorre no presente caso. Trata-se do cargo de procurador-geral dos Estados e do Distrito Federal. Cuida-se de cargo indisponível ao tratamento de comissionamento amplo; vale dizer, não pode ser provido segundo preferências pessoais dos governadores, mas sim do comando da Carta Magna, POSTO QUE HÁ LIMITES IMPOSTOS À AUTORIDADE COMPETENTE, QUE, SE DESOBEDECIDOS, PROVOCAM VÍCIOS DE INCONSTITUCIONALIDADES.

O cuidado específico com o tema deve-se à circunstância de que a ADVOCACIA PÚBLICA tem peculiaridades que a distinguem dessa mesma atividade, quando desenvolvida pelos profissionais liberais e por aqueles que a exercem mediante vínculo empregatício mantido com particulares. *A natureza das funções e a qualidade do objeto da representação judicial e das consultas jurídicas formuladas e respondidas* determinam uma CONDIÇÃO PÚBLICA específica do profissional da advocacia que compõe os quadros da advocacia estatal. Comungam deste mesmo ponto de vista MÁRIO BERNADO SESTA (Procurador do Rio Grande do Sul) e DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (Procurador do Estado aposentado do Rio de Janeiro).

[10] Rocha, Carmén Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos. Ed. Saraiva. 1999

A Procuradoria-Geral do Estado é o órgão responsável pela advocacia da pessoa da Federação, a qual, no Estado de Direito, não pode estar sujeita a interesses pessoais ou a condições específicas de uma ou outra gestão. Daí a circunstância de esse servidor ser considerado competente para desenvolver uma função que é constitucionalmente posta como atividade exclusiva do Estado (art. 247, com a norma do art. 32 da Emenda Constitucional nº 19/98). A advocacia pública, que há de ser desempenhada por um dos seus órgãos. Somente os membros de carreira de procurador, servidor efetivo do Estado com função única e permanente, é que podem desempenhar as atividades de representação judicial e de consultoria da pessoa pública de cujos quadros façam parte.

O cuidado constitucional desse tema deve-se à circunstância de que seria extremamente difícil que o Estado de Direito (art. 1º da Constituição Federal) determinasse o princípio da juridicidade (art. 37), deixando-se que o servidor competente para representar judicial e extrajudicialmente a entidade política federal, estadual ou distrital, ficasse inteiramente vulnerável em seu desempenho pelo comissionamento do provimento do cargo por ele titularizado.

O advogado público tem vínculo jurídico específico e compromisso peculiar com o interesse público posto no sistema jurídico, o qual há de ser legalmente concretizado pelo governante e pelo administrador público. "Tal interesse não sucumbe nem se altera a cada quatro anos aos sabores e humores de alguns homens ou dos grupos que, eventualmente, detenham maiorias parlamentares e administrativas. Por isso mesmo é que advogado não pode ficar sujeito a interesses subjetivos e passageiros dos governantes, tendo de prestar contas aos cidadãos."[11]

Essa característica é que impõe, então, que os cargos que compõem a carreira do procurador do Estado sejam providos mediante concurso público específico de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases (Emenda Constitucional de nº 19/98)

Não há procurador do Estado fora da respectiva carreira. O cargo de procurador do Estado é caracterizado pela efetividade, ou seja, a ele é dada a contingência de ser um cargo vocacionado à permanência. Efetividade é a qualidade de um cargo público que o direciona no sentido de prover-se em caráter definitivo, permanente, o que se sedimenta após o atendimento das exigências legais, tais como: a nomeação de concursado na ordem de classificação do concurso específico, o estágio probatório, entre outras.

[11] Rocha, Carmén Lúcia Antunes .Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos. Ed. Saraiva. 1999

© CEJUR

Nos termos da norma constitucional vigente, não basta a exigência do concurso público, genericamente posta para o ingresso nas carreiras que compõem a Administração Pública (art. 37 da Constituição da República), para chegar ao provimento do cargo de procurador do Estado. Realça o texto constitucional aquela exigência, enfocando-a em tópico específico e formulando-se a regra do concurso público de provas e títulos com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases.

Posto, constitucionalmente, de maneira explícita e taxativa, como se chega e se organizam os procuradores dos Estados e do Distrito Federal, esclarece ainda o texto fundamental qual a competência que lhes é entregue. E tal competência é o exercício de "representação judicial e consultoria jurídica das respectivas unidades federadas".

A questão recomenda indagação sobre a figura do procurador-geral do Estado, o qual, tendo função de chefia, talvez pudesse ser cogitada como sendo cargo de provimento comissionado. E o que se há de perguntar, inicialmente, é se o procurador-geral do Estado é um procurador do Estado. "A questão, que pode parecer um tanto surrealista ou posta como jogo de palavras, à primeira vista, tem pertinência ainda em face da melancólica prática administrativa que domina o cenário nacional."[12]

É que, ressalva feita a algumas Constituições estaduais, que, expressamente, afirmaram que o procurador-geral do Estado seria escolhido pelo governador do Estado, entre os procuradores de Estado (VIDE QUADRO SINTETIZADO DOS PROCURADORES-GERAIS), indaga-se, com indesejável freqüência, se ficaria o chefe do Poder Executivo vinculado a limitar o seu campo de escolha aos membros da carreira de procurador do Estado.

Para interpretar a Constituição quanto a esse tema, bastaria verificar quais as funções a serem desempenhadas pelo Procurador Geral do Estado. Se ele é um agente inteiramente estranho à Procuradoria do Estado, realmente a sua escolha não é ato vinculado, porque este tem como única opção os membros da carreira constitucionalmente estabelecida.

Compete ao procurador do Estado a representação judicial e a consultoria jurídica nos termos constitucionalmente definidos de maneira expressa e insuperável (art. 132).

[12] Rocha, Carmén Lúcia Antunes Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos. Ed. Saraiva. 1999

© CEJUR

O procurador-geral exerce a advocacia pública e não pode ser um mero administrador do órgão. Entre as suas atribuições, têm-se, como principais, a representação judicial e a consultoria jurídica. Ele representa a entidade, dentro e fora do seu território, perante juízos ou tribunais, propõe ação, determina providências judiciais ou extrajudiciais, define o pólo ativo e o passivo nas ações a serem propostas pela Procuradoria-Geral do Estado, aprova os pareceres emitidos e, principalmente, delega competência aos demais procuradores. A competência para representação judicial e a consultoria jurídica é outorgada constitucionalmente, apenas e exclusivamente, aos procuradores organizados em carreira e na qual o ingresso depende de aprovação prévia em concurso público de provas e títulos com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil. Portanto, a competência do procurador do Estado tem fundamento constitucional. Mas somente o tem o procurador do Estado de carreira. O Procuradador Geral deve, necessariamente, ser da carreira, porque somente pode delegar competência quem tem competência.

Portanto, somente quem detém a competência genérica pode delegar competência para situação específica. E aquela advém da Constituição e somente é dirigida aos procuradores do Estado de carreira.

"De onde viria a competência do procurador-geral do Estado senão da própria Constituição, que somente se refere a procuradores do Estado organizados em carreira? Poder-se-ia cogitar da delegação de competência ao procurador-geral do Estado pelo governador em seu ato de nomeação? Como, se o titular do Poder Executivo não detém competência constitucional para a representação judicial e a consultoria jurídica? Se ele não precisa deter sequer a competência genérica para a advocacia, que dirá para aquela pública? Como cogitar do cumprimento da exigência constitucional referente à Ordem dos Advogados do Brasil, que, para o ingresso no nível mais baixo da carreira, participa para ungir o candidato com a habilitação específica, mas ficaria de fora quando se cuidasse do chefe da carreira? Como poderia o procurador-geral do Estado não ser da carreira e orientar as atividades dos procuradores que o são?"[13]

Ademais, nos termos do Código de Processo Civil vigente (art. 12), "são representados em juízo, ativa e passivamente: I - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios, por seus procuradores". Quais são esses procuradores? Responde a norma constitucional: aqueles que, organizados em carreira, tenham sido nomeados e estejam no exercício regular de suas funções após a aprovação prévia em concurso público de provas e títulos.

[13] Rocha, Carmén Lúcia Antunes . Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos. Ed. Saraiva. 1999

É imperiosa a necessidade de obediência ao princípio da impessoalidade (art. 37 da CF/88), o qual deve ser plenamente assegurado, resguardando a profissionalização dos servidores públicos e evitando-se que pessoas, que não estejam devidamente formadas e informadas, não porque não sejam grandes profissionais, às vezes mesmo ótimos juristas, mas que, por não estarem familiarizados com a advocacia pública e com a própria entidade, que passam a representar, não podem ser nomeadas para o exercício da chefia da carreira. Também por este motivo, ficaria violado o princípio da eficiência, como princípio constitucional na Emenda Constitucional nº 19/98.

Do quadro sintetizado dos Procuradores Gerais dos Estados e do Distrito Federal. Há exigência infraconstitucional para que O procurador geral seja de carreira ou é "*de livre escolha*"?

ESTADOS e DF	PROCURADOR GERAL	SE É OU NÃO DE CARREIRA	HÁ EXIGÊNCIA?
01 - ACRE	Dr. Edson Américo Manchini	É DE CARREIRA	SIM
02 - ALAGOAS	Dr. Paulo Luiz Neto Lobo	É DE CARREIRA	SIM
03 - AMAZONAS	Dr. Jorge Henrique de Freitas Pinho	É DE CARREIRA	SIM
04 - AMAPÁ	Dr. João Baptista da Silva Plácido	NÃO É DE CARREIRA	NÃO
05 - BAHIA	Dr. Raimundo Viana	É DE CARREIRA	SIM
06 - CEARÁ	Dr. Luiz Djalma Barbosa B. Pinto	NÃO É DE CARREIRA	NÃO
07 - DISTRITO FEDERAL	Dr. Miguel Ângelo F de Carvalho	É DE CARREIRA	SIM
08 - ESPÍRITO SANTO	Dr. Ari Queiroz da Silva	PROCURADOR APOSENTADO	NÃO

09 - GOIÁS	Dr. Diogenes Mortoza da Cunha	NÃO É DE CARREIRA	NÃO
10 - MARANHÃO	Drª Ana Maria Dias Vieira	NÃO É DE CARREIRA	NÃO
11 - MATO GROSSO	Drª Sueli Solange Capitula	É DE CARREIRA	SIM
12 - MATO GROSSO DO SUL	Dr. Abel Nunes Proença	NÃO É DE CARREIRA	NÃO
13 - MINAS GERAIS	Drª Misabel de Abreu Abreu Machado Derzi	NÃO É DE CARREIRA	NÃO
14 - PARAÍBA	Dr. Geraldo Ferreira Leite	NÃO É DE CARREIRA	NÃO
15 - PARÁ	Dr. José Aluyzio Cav. Campos	É DE CARREIRA	SIM
16 - PARANÁ	Dr. Joel Geraldo Coimbra	NÃO É DE CARREIRA	NÃO
17 - PERNAMBUCO	Dr. Silvio Pessoa Carvalho	NÃO É DE CARREIRA	NÃO
18 - PIAUÍ	Dr. Willian Guimarães Santos de Carvalho	É DE CARREIRA	NÃO
19 - RIO DE JANEIRO	Dr. Francesco Conte	É DE CARREIRA	HÁ TRADIÇÃO DE QUE SEJA DE CARREIRA
20 - RIO GRANDE DO NORTE	Dr. Francisco de Souza Nunes	É DE CARREIA	SIM
21 - RIO GRANDE DO SUL	Dr. Paulo Peretti Torelly	É DE CARREIRA	SIM
22 - RONDÔNIA	Dr. Luciano Alves de Souza Neto	É DE CARREIRA	SIM
23 - RORAIMA	Dr. Luciano Alves de Queiroz	NÃO É DE CARREIRA	NÃO
24 - STA. CATARINA	Dr. Walter Zigelli	NÃO É DE CARREIRA	NÃO
25 - SÃO PAULO	Dr. Márcio Sotelo Felippe	É DE CARREIRA	SIM
26 - SERGIPE	Dr. Roberto Eugênio da Fonseca Porto	É DE CARREIRA	NÃO
27 - TOCANTINS	Dr. José Renard de Melo Pereira	NÃO É DE CARREIRA	NÃO

Conclusões

" Quem hoje quiser uma "respiração moral" nas questões constitucionais não pode desconhecer o poderoso movimento jurídico-filosófico, jurídico constitucional e filosófico-político centrado nas "teorias da justiça", no "levar a sério o direito", no "comunicar reflexivamente" com os nossos concidadãos. Mas não basta um apelo aos princípios. Sob pena de os princípios se transformarem em postulados de um discurso quase exclusivamente moral, é necessário introduzi-los na metódica jurídica para obtermos uma concretização/aplicação rigorosa e eficaz das normas constitucionais "

Coimbra, fevereiro de 1997.

José Joaquim Gomes Canotilho

1 - Os princípios constitucionais, sobretudo aqueles atinentes à nossa carreira, por representarem " um dos campos mais difíceis do direito constitucional ", em face da complexidade que encerram, ainda não foram, de maneira satisfatória, compreendidos, absorvidos por todos nós, Procuradores dos Estados e do DF, levando-nos a enfrentar crises de identidade; a sentir insegurança quanto ao nosso real papel, no Estado Democrático de Direito, quanto à nossa missão social.

2 - É preciso que compreendamos que os princípios constitucionais são normas jurídicas; normas que integram a Constituição, com a mesma dignidade de direito que as regras constitucionais. Sejam implícitos ou expressos, norteadores da Administração Pública ou específicos da carreira dos Procuradores, o fato é que os princípios são normas de existência e eficácia pacificamente reconhecidas. Aplicando-os ao art. 132 da CF/88, chegaremos a outras seguintes conclusões.

3 - O Procurador do Estado, como agente institucional e necessário à Advocacia de Estado, cujo mandato decorre da maior instância normativa, tem como objeto o patrocínio judicial e o aconselhamento preventivo do interesse público. Por ser o interesse do Estado a realização da justiça, é que a tutela jurídica, exercida pelo Procurador é essencial à justiça. O Procurador do Estado tem o perfil estrutural do Estado de Direito Democrático.

4 - O princípio da igualdade norteia a atividade do Procurador do Estado. A igualdade decorre da inexistência de hierarquia entre os interesses reservados a cada uma das funções essenciais à Justiça. A igual importância destas funções determina a igualdade constitucional.

5 - O princípio da independência ou autonomia funcional, também, está presente no exercício do cargo de Procurador de Estado. A independência diz respeito à insujeição da Procuradoria (Advocacia de Estado) a qualquer dos Poderes do Estado. Inobstante atuarem os Procuradores de Estado, em tese, em face de qualquer dos Poderes, frise-se, não podem a eles se sujeitar, nem deles receber influência, no exercício da tutela estatal, porque expressam a vontade do Estado. Este princípio está implícito.

6 - Como conseqüência do princípio da autonomia, a mobilidade do Procurador do Estado não poderá ser arbitrária, mas, ao contrário, com motivação transparente. Pelo princípio da organicidade unipessoal, cada Procurador do Estado se constitui num órgão individual, com sua natureza institucional ligada ao cargo a ser desempenhado com independência técnico-jurídica.

7 - A norma constitucional traçou limites para a escolha do titular da Procuradoria Geral do Estado, que, se desobedecidos, GERAM VÍCIOS DE INCONSTITUCIONALIDADE. O referido cargo só poderá ser ocupado por um dos integrantes da carreira de Procurador de Estado, os únicos que detém, por outorga constitucional (art. 132), a prerrogativa de representar o Estado judicialmente e exercer sua consultoria jurídica. PORTANTO, O CHEFE DO PODER EXECUTIVO, INDUBITAVELMENTE, TEM O SEU CAMPO DE ESCOLHA DO TITULAR DA PGE LIMITADO, VINCULADO AOS MEMBROS DA CARREIRA.

8 - Não há a necessidade de que as Constituições Estaduais ou as Leis Orgânicas das Procuradorias façam previsão, para que a escolha do titular da PGE, repita-se, recaia sobre os membros da carreira de Procurador, porque disso já tratou a LEI SUPREMA (art. 132 da CF/88). Inadmissível é a "LIVRE ESCOLHA" por parte do Governador. Tal critério, além de violar o art. 132, ainda fere os explícitos princípios constitucionais da impessoalidade e da eficiência, que devem nortear o trato da coisa pública. Os vícios de inconstitucionalidade, advindos da referida " faculdade ", estão presentes em elevadíssimo número de textos normativos infraconstitucionais.

9 - O Procurador de Estado, cuja missão fundamental é zelar pelo controle da legalidade administrativa e tutelar o interesse público, sempre em observância às normas e princípios constantes da Magna Carta, não pode, sob pena de assistir à DESCARACTERIZAÇÃO DO SEU PAPEL, permitir que a Constituição (Lei das Leis) continue sendo violada. Os vícios de inconstitucionalidade estão presentes na **METADE DOS ESTADOS BRASILEIROS**, que têm como titulares das Procuradorias Gerais, pessoas estranhas à carreira de Procurador (vide o quadro sintetizado dos Procuradores Gerais). A situação é gravíssima para o Estado Democrático de Direito.

Reflexão final, proposição à ANAPE e "ode" aos verdadeiros procuradores

1- Diante da constatação de tamanhos vícios de inconstitucionalidade e dos problemas hodiernos que vivenciamos em nossas vidas funcionais, precisamos repensar o nosso papel, a nossa função social; fazer uma reengenharia dos nossos valores, sobretudo éticos; questionar a realidade da nossa advocacia pública, com as perspectivas para o novo milênio; incursionar pela dogmática principialista (como primeiros passos); dar, na visão de Canotilho, concretização aos princípios e regras constitucionais; respeitar e fazer respeitar as leis; ser Procuradores de Estado altivos, corajosos, conscientes, dignos do elevado CARGO que exercemos, para a proteção do interesse público.

2 - Estamos devendo à sociedade. Este quadro precisa mudar. Nós precisamos mudar. É preciso, antes de tudo, agirmos com humildade, para admitir nosso erros. É preciso termos coragem para rompermos com as concepções e práticas antigas e contrárias ao espírito da Lei Suprema. É preciso ter coragem para enfrentar as situações, que se mostram incompatíveis com os princípios da moralidade administrativa e da indisponibilidade do interesse público, para, consequentemente, primarmos pela valorização democrática da Advocacia de Estado.

3 - Observemos os Grandes Nomes que dignificaram e dignificam o nosso cargo. SINTAMOS ORGULHO DESTES PROCURADORES, SEMPRE ETERNOS: Mário Bernardo Sesta-RS (1º Pres. da Anape), Marcos Bernardes de Mello-AL (2º Pres. da ANAPE), Odacir Rodrigues França-RS (3º Pres. da Anape), Eraldo Bulhões Barros-AL (4º Pres. da Anape); Diogo de Figueiredo Moreira Neto-RJ (5º Pres. da Anape), Carmén Lúcia Antunes Rocha-MG, Maria Silvia Zanella de Pietro-SP, Carlos Ari Sundfeld-SP, Clèmerson Merlin Clève-PR, Mi-

chel Temer-SP, Luis Roberto Barroso-RJ, Reinaldo Pereira Silva-SC, Valmir Pontes Filho-CE, Aloísio Ferreira Silva-Al, Paulo Roberto Pires-RS (6º Pres. da Anape), Omar Coelho de Mello-AL (7º Pres. da Anape), Amilcar Aquino Navarro (8º e atual Pres. da Anape) e de tantos e tantos outros valorosos "mestres" da Advocacia de Estado. Além destes, há outros nomes muito expressivos; há uma nova e fantástica geração de Procuradores, sinceramente vocacionada, que "reconhece na democracia e nos direitos humanos o norte de sua ação". Procuradores excepcionais, obstinados em defender e bem o interesse público, geração esta que cumprimentamos na pessoa exemplar de Alberto Escher de Brito Guimarães-GO.

4 - Incontáveis passos já foram dados por esses Procuradores, absolutamente atentos ao PAPEL DO PROCURADOR DE ESTADO. **ONZE ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.** A Advocacia de Estado foi consagrada pelo Constituinte como FUNÇÃO ESSENCIAL À JUSTIÇA, não por mero acaso, mas por causa de INÚMEROS GUERREIROS PROCURADORES DE ESTADO espalhados por todo país, que lutaram por esta topologia constitucional, por esta institucionalização. A Anape é novíssima. Nasceu em 1983 e, de lá para cá, vem lutando brava e incessantemente, em conjunto com as Associações Estaduais pela valorização da Advocacia Pública. Prova inconteste dos seus últimos esforços, foi a modificação do Título "Da Advocacia Geral da União " para a "Advocacia Pública", alcançada pela Emenda Constitucional de nº 19/98. Recentemente, a Anape discutiu NOVA REDAÇÃO PARA O ART. 132 da Constituição Federal como proposta para o Relatório da Reforma do Poder Judiciário, da Deputada Federal Zulaié Cobra (PSDB-SP). Na proposta sugerida, pelos integrantes da ANAPE, fica assegurada às Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal autonomia funcional e administrativa, "com iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99 § 2º. O texto ainda prevê que Lei Complementar deverá prescrever as normas gerais sobre organização e funcionamento das Procuradorias-Gerais das unidades Federadas.

5 - É preciso apoiarmos nossa Associação Nacional. Filiemo-nos para o seu fortalecimento, para que ações eficazes sejam empreendidas em repúdio aos vícios de inconstitucionalidade, ou melhor, NA DEFESA DOS PRINCÍPIOS E REGRAS CONSTITUCIONAIS ATINENTES À CARREIRA DE PROCURADOR DO ESTADO. Gestões administrativas exitosas têm sido feitas para coibir as antinomias das Constituições Estaduais, Leis Orgânicas e outras normas infraconstitucionais para com a Lei Maior. Todavia, é preciso avançar. Nos casos de resistência à eliminação

dos conflitos, propomos à ANAPE que adote MEDIDAS JUDIDICIAIS (ADINs), para que se garanta aplicabilidade e efetividade à Constituição.

03.2.6 - Somente cumprindo com o verdadeiro papel de Procurador, com a função social, poderemos, enquanto Advogados do Estado, na pertinência inexcedível do Mestre Português Canotilho, construirmos uma saudável " respiração moral " nas questões constitucionais ", " levando a sério o direito ", " comunicando reflexivamente com os nossos concidadãos", participando do movimento jurídico-filosófico, jurídico-constitucional e filosófico-político centrado nas " teorias da Justiça ", objetivando a rigorosa e eficaz aplicação das normas constitucionais. O homem é o agente transformador e escultor da sua própria história. Sejamos, pois, todos nós, os escultores que vão moldar uma nova roupagem para a Advocacia de Estado, plasmada pela ética e justiça.

Sandra Regina Maria Ferreira Dantas
Procuradora do Estado de Goiás - setembro de 1999

Bibliografia

* **ALMEIDA JÚNIOR**, Francisco Malaquias. "Cargos Públicos e Mercado". Tribuna do Procurador. Informativo da APE/AL. Dez/98. Ano VI. Número 16.
* **ATALIBA**, Geraldo. "República e Constituição". São Paulo. RT, 1985. 164 p.
* **BANDEIRA DE MELLO**, Celso Antônio. "Curso de Direito Administrativo". 5. Ed. São Paulo, 1994.
* **BARROSO**, Luis Roberto. "O Direito Constitucional e a Efetividade de sua Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira". 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. 429. P. Constituição da República Federativa do Brasil Anotada e legislação complementar. Ed. Saraiva. 1998. "Entre a Lei e a Justiça: o princípio da razoabilidade no Direito Brasileiro". APERJ Notícias. Rio de Janeiro. Abril de 1999. Ano I. Número 10.
* **BASTOS**, Celso Ribeiro. "Curso de Direito Constitucional". 16 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
* **BENJÓ**, Roberto. "A Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro e o novo modelo de gestão da coisa pública". APERJ Notícias. Rio de Janeiro. Agosto de 1998. Ano 1. Número 2.
* **BOBBIO**, Norberto. "Teoria do Ordenamento Jurídico". Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. São Paulo/Brasilia: Polis/UNB, 1989. "O Positivismo Jurídico - Lições de Filosofia do Direito". Trad. De Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos R. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. "Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant". 4 ed. Ed. UNB. Trad. Alfredo Fait. 1997.
* **BONAVIDES**, Paulo. "Curso de Direito Constitucional". 4 e 5 edições. São Paulo: Malheiros, 1993 e 1994.

* **BORGES**, José Souto Maior. "Pró-dogmática. Por uma hierarquização dos princípios constitucionais". Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: Malheiros, n. 1993.
* **CANOTILHO**, José Joaquim Gomes. "Direito Constitucional". 5 e 6 ed. Coimbra: Almedina, 1992 e 1993.
* **CLÉVE**, Clèmerson Merlin. "A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro". São Paulo: RT, 1195. "A teoria Constitucional e o Direito Alternativo (para uma Dogmática Constitucional Emancipatória) ". Instituto dos Advogados Brasileiros. Seminário Nacional Sobre Direito Alternativo. Rio de Janeiro : Seleções Jurídicas. ADV, junho/93.
* **DANTAS**, Ivo. "Constituição Federal - Teoria e Prática". Rio de Janeiro: Renovar, 1994, Vol. I. "Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional". Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.
* **ESPÍNDOLA**, Ruy Samuel - "Conceito de Princípios Constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada". Ed. RT 1999
* **FERREIRA**, Pinto. "Princípios de Direito Constitucional Geral". 5. ed. São Paulo: RT. 1971. v. I e II.
* **FERREIRA FILHO**, Manoel Gonçalves. "O Poder Constituinte". São Paulo: Saraiva 1985. "Comentários à Constituição Brasileira de 1988". São Paulo. Saraiva, 1990.
* **GRAU**, Eros Roberto. "A Ordem Econômica na Constituição (Interpretação e Crítica)" São Paulo : RT, 1990. "A Constituinte e a Constituição que teremos". São Paulo: RT, 1985. 84. "O Direito Posto e o Direito Pressuposto". São Paulo : Malheiros, 1996.
* **KELSEN**, Hans. "Teoria Pura do Direito". Trad. João Baptista Machado. 3. Ed. São Paulo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
* **NALINI**, José Renato. "Ética e Justiça". Ed. Oliveira Mendes. 1998.
* **MEIRELLES**, Hely Lopes. "Direito Administrativo Brasileiro". 23 ed. São Paulo: Malheiros. 1998.
* **MOREIRA NETO**, Diogo de Figueiredo. "Adminstração Pública no Estado Contemporâneo - Eficiência e Controle". RILSF. Brasília a 30 n. 117 jan/mar 1993. "As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais". RILSF. Brasília. a 29 n. 116 out/dez 1992.
* **ROCHA**, Cármen Lúcia Antunes. "Princípios Constitucionais da Administração Pública". Belo Horizonte: Dey Rey, 1994. "Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos". Ed. Saraiva. 1999.
* **SESTA,** Mário Bernardo. "Advocacia de Estado: Posição Institucional". RILSF. Brasília, a 30 n. 117 jan/mar/93.
* **SILVA**, José Afonso da. "Curso de Direito Constitucional Positivo". 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
* **SUNDFELD**, Carlos Ari. "Fundamentos de Direito Público". São Paulo: Malheiros, 1992. "Parecer sobre a Reforma Administrativa constante da Revista da APESP". Caderno Especial 1998.
* **TEMER**, Michel. "Elementos de Direito Constitucional". 15 ed. Malheiros.

Algumas considerações sobre os limites remuneratórios dos servidores públicos na Constituição e na legislação estadual

Bruno Bizerra de Oliveira [1]

O processo de elaboração da Constituição vigente foi, entre nós, o melhor exemplo de verdadeira atuação do Poder Constituinte Originário. Bem ou mal, como já se disse, "mais do que em qualquer outro momento da história brasileira, a Constituição de 1988 é produto legítimo do exercício da soberania popular"[2].

Foi essa legitimação que serviu de veículo à produção, no Texto orgânico, de uma série de regras cogentes, com as quais se procurou positivar uma regulação jurídica da atuação estatal, segundo parâmetros objetivos. Elegeu-se aquele momento para dar voz a aspirações da sociedade brasileira, que manifestava o seu desígnio de viver, de então em diante, sob verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Esse clima animou a introdução de dispositivos no texto da CF, segundo os quais fosse limitada a possibilidade de conceder aos servidores públicos, ou apenas a uma privilegiada parcela deles, remuneração absurda ou desarrazoada. Determinou-se que ao Estado não era possível estabelecer, de forma incoerente, bases remuneratórias excessivas para os seus agentes.

É evidente que essa decisão política, positivada no Texto Constitucional, refletia o repúdio à prebenda, à sinecura. Da mesma forma que se passava a exigir o concurso público para o ingresso em cargo da Administração Pública, limitava-se a remuneração desses mesmos cargos, como forma de afastar as desigualdades até então freqüentes, tanto quando se comparava o servidor público aos trabalhadores em geral, quanto quando se comparava certas e determina-

[1] Advogado, Professor e Procurador do Estado
[2] BARROSO, Luís Roberto; "Interpretação e Aplicação da Constituição"; 1.996: São Paulo, Saraiva, p. 61.

das classes de servidores, historicamente privilegiadas, aos demais agentes públicos, por certo menos aquinhoados.

A política remuneratória do serviço público passava a ter balizas: o salário mínimo, patamar inicial, e a remuneração dos membros de cúpula dos três Poderes, limite máximo.

Com relação ao teto remuneratório, a Constituição Federal era já bastante clara, mesmo antes da Reforma Administrativa introduzida pela Emenda Constitucional nº 19/98. Dispunha o artigo 37, inciso XI, na sua redação original:

> *"XI – a lei fixará o limite máximo e a relação de valores entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, observados, como limites máximos e no âmbito dos respectivos Poderes, os valores percebidos como remuneração, em espécie, a qualquer título, por membros do Congresso Nacional, Ministros de Estado e Ministros do Supremo Tribunal Federal, e seus correspondentes nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, e, nos Municípios, os valores percebidos como remuneração, em espécie, pelo Prefeito".*

A revelar a abrangência, bem como a pronta e absoluta eficácia desse dispositivo, havia ainda o artigo 17 do ADCT, a dispor:

> *"Art. 17. Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título."*

Em relação ao alcance dessas regras remuneratórias no tempo, tratando-se de manifestação de Poder Constituinte Originário, não poderia surgir qualquer dúvida: além da eficácia plena, a norma de transição, talvez até desnecessariamente, contém em seu texto expressiva alusão à impossibilidade de invocar, contra a Carta, o direito adquirido, de forma a impedir a imediata aplicação, inclusive retroativa, do teto que a lei fixasse.

Não é despiciendo lembrar, com a unanimidade da doutrina, que o poder constituinte originário, no momento de seu exercício, não está subordinado a qualquer espécie de limitação jurídica[3]. Tratando-se especificamente da regra contida no referido artigo do ADCT, nada há de absurdo, portanto, em dispor a Constituição nova de forma a interferir naquilo que, segundo a ordem jurídica constitucional anterior, merecia a chancela de garantia a direito fundamental, consubstanciada em uma das tradicionais fórmulas de estabilização de direitos subjetivos – o direito adquirido.

É dizer: o direito adquirido da ordem passada não merecerá, necessariamente, acatamento específico com a promulgação da nova Constituição. A Carta Política que se edita não deve, obrigatoriamente, respeitar direitos subjetivos reputados intangíveis antes dela, ainda que essa mesma Carta reconheça a fundamentalidade da garantia ao direito adquirido (no art. 5º, XXXVI). Não é outro o sentido da lição de Carmen Lúcia Antunes Rocha, ao dizer que, "promulgada uma nova Constituição, dúvida alguma deve remanescer de que contra ela não se podem opor direitos anteriormente adquiridos e fundados na ordem jurídica fundamental substituída, quando estes se tenham tornado incompatíveis, incompossíveis ou insustentáveis na ordem jurídica substituta. Nesse sentido é que se tem afirmado, desde os primórdios do constitucionalismo, a natureza soberanamente revolucionária do poder constituinte originário"[3].

Assim sendo, e sem avançar no tema da caracterização, da natureza desse instituto volátil chamado direito adquirido, pode-se afirmar com segurança que a nova Constituição não precisará respeitá-lo. Pelo contrário, para as situações concretas que deram ensejo à criação de um direito adquirido, assim considerado sob a Carta substituída, a incompatibilidade dessa prerrogativa, ou da respectiva garantia, com a nova ordem, impõe necessariamente a sua desconsideração.

Era de se supor, portanto, e desde quando promulgada a vigente Constituição, que a remuneração de servidor público, superior ao limite imposto por lei específica, tomando por base os parâmetros postos no inciso XI do artigo 37, deveria sofrer a correspondente redução. Essa conclusão, que assim se apresenta

---

[3] Entre vários outros autores, é possível lembrar os seguintes: Celso Ribeiro BASTOS ("Curso de Direito Constitucional"; 1.999: São Paulo, Saraiva, 20ª Edição); Uadi Lammêgo BULOS ("Mutação Constitucional"; 1.997: São Paulo, Saraiva); Raul Machado HORTA ("Direito Constitucional"; 1.999: Belo Horizonte, Del Rey, 2ª Edição); J. J. Gomes CANOTILHO ("Direito Constitucional e Teoria da Constituição"; 1.998: Coimbra, Almedina, 2ª Edição).

[4] *In* "Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos"; 1.999: São Paulo, Saraiva, p. 105.

quase como truísmo, não foi, todavia, adotada pela maior parte da nossa Jurisprudência, inclusive a do Excelso Pretório. Necessário se faz, portanto, aludir às premissas com que se urdiu solução diferente.

A redação original do inciso XI do art. 37 da CF e a sua interpretação pela jurisprudência

O julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 14-4[5] , tendo como relator o Ministro Célio Borja, é identificado como o *leading case* a partir do qual se elaborou uma aproximação curiosa de definições contidas em dois dispositivos constitucionais diferentes: o inciso XI do artigo 37 e o parágrafo 1º do artigo 39, na sua redação original.

Muito embora o voto condutor do Aresto proferido pela Excelsa Corte de forma nenhuma sinalizasse nesse sentido, desenvolveu-se com base nele a tese de que o redutor a que refere o primeiro dispositivo citado não abrange as vantagens de caráter pessoal, apanágio do servidor, excluídas na fixação do teto. Assim tem sido dito porque, nos termos do segundo dispositivo aludido, que enunciava o princípio da isonomia vencimental, eram expressamente excluídas as ditas vantagens.

Haveria dois equívocos nessa aproximação indesejável. Em primeiro lugar, enquanto o inciso XI do art. 37 alude à remuneração, a qualquer título, percebida pelo servidor, o segundo pertine apenas aos vencimentos, excluindo expressamente as vantagens de caráter pessoal[6]. Em segundo lugar, na primeira regra trata-se da criação de limites máximos de remuneração no âmbito dos três Poderes, enquanto na segunda está a se cuidar da isonomia vencimental entre servidores, ocupantes de cargos de atribuições iguais ou assemelhadas, nos três Poderes[7].

Apesar disso, o STF parece ter passado a entender comunicáveis as definições contidas nos dois dispositivos, pois não é difícil encontrar na sua produção, inclusive a mais recente, julgados em que se imponha "excluir do limite remuneratório do art. 37, XI, CF, as vantagens de caráter pessoal, mas incluir as de caráter geral"[8].

Não é objetivo deste trabalho avançar na questão da exata caracterização dessas vantagens de caráter pessoal. Necessário se faz, contudo, identificar o que a Jurisprudência tem entendido a respeito do assunto, de forma a evidenciar o desprestígio a que foi levado o teto remuneratório. Segundo tem sido repetido pelo Pretório Excelso, tais vantagens se definem, segundo as palavras de Carmen Lúcia Antunes Rocha, como aquelas "devidas ao servidor público por força de uma circunstância peculiar, individual e não partilhável com qualquer outro em razão do cargo, função ou emprego"[9]. Forte em tais premissas, já deixou assentado aquela Corte que se incluem nesse rol o adicional por tempo de serviço, o salário-família e a incorporação de cargo em comissão[10]. Percebe-se assim que, não estando na base de cálculo do teto essa incerta categoria de verbas remuneratórias, abre-se ensejo a toda sorte de distorção.

---

[5] "*EMENTA: - Ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros. O parágrafo 2º, do artigo 2º da Lei Federal nº 7.721, de 6 de janeiro de 1989, quando limita os vencimentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal – **computados os adicionais por tempo de serviço** – à remuneração máxima vigente no Poder Executivo, vulnera o art. 39, § 1º, **in fine**, da Constituição, que sujeita a tal limite apenas os **vencimentos**, excluídas as vantagens **pessoais**. Compatibilidade do conceito de **vencimentos** estabelecido na Lei Complementar nº 35/79 e em outros artigos da Lei Maior com a exegese do aludido dispositivo constitucional.*

"*Procedência parcial da ação para declarar inconstitucionais as expressões '... e vantagens pessoais (adicionais por tempo de serviço) ...', constante do § 2º, art. 2º da Lei 7.721/89.*"

(LEX – Jurisprudência do Supremo Tribubal Federal; 136/4).

[6] Sobre a definição das vantagens de ordem pecuniária devidas ao servidor público, v. Celso Antônio Bandeira de MELLO, "Curso de Direito Administrativo" (1.999: São Paulo, Malheiros, 11ª Edição, p. 223 e segs.), que diferencia de forma claríssima esses institutos – subsídio, vencimento, vantagens e remuneração.

[7] O voto condutor do Acórdão da ADin 14-4 esclarece, bem a propósito, a diferença de conteúdo dos dois dispositivos. Colha-se esta sua expressiva passagem:

"*Ora, em ambos os dispositivos, a Constituição toma as expressões **vencimentos do cargo** com vistas a um mesmo fim e no contexto de um só tema que é a isonomia de vencimentos dos cargos do mesmo Poder ou entre servidores do Legislativo, Judiciário e Executivo (art. 39, § 1º), sob o paradigma dos vencimentos pagos por esse último (art. 37, XII).*

"*Não se há de confundir tal contexto com o do inciso XI do artigo 37 da Constituição, porque aí o que se busca é balizar a diferença entre o maior e o menor salário pago no serviço público: 'a lei fixará o limite máximo e a relação de valores entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos'. Para isso é que se toma, como limite máximo, no âmbito de cada Poder a **remuneração percebida em espécie e a qualquer título**, por parlamentares, Ministros de Estado e Ministros do Supremo Tribunal Federal.*

"*Aqui, portanto, o contexto é diverso já que a norma tem por escopo limitar a desigualdade salarial no Serviço Civil da União, determinando, através de um coeficiente, de uma razão, o máximo de disparidade salarial tolerável. Para tanto, manda computar tudo o que se percebe em dinheiro, excluídas as parcelas usufruídas em serviços ou **in natura**.*"

[8] RE nº 211.325-MT, relator o Ministro Sepúlveda Pertence.

[9] Ob. cit., p. 316.

[10] Cf. BARROSO, Luís Roberto: "Constituição da República Federativa do Brasil Anotada"; 1.998: São Paulo, Saraiva, p. 135.

Figure-se o exemplo de um servidor público submetido ao regime jurídico da Lei Estadual nº 10.460/88 – Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado de Goiás, e que passasse a ocupar cargo de chefia do órgão a que estivesse vinculado, ou outro qualquer de provimento em comissão. Ora, nos termos dessa Lei goiana (arts. 265 e 267), poderia o valor da gratificação respectiva ser incorporado à sua remuneração, para efeito de aposentadoria ou disponibilidade.

Assim, para certa parcela dos funcionários estaduais, foi possível ver acrescentadas aos seus estipêndios vantagens remuneratórias que, na verdade, em grande parte dos casos, tinham efeito multiplicador desses proventos, já que superavam em muito o próprio vencimento básico do cargo originalmente ocupado.

Se, do ponto de vista da moralidade administrativa, já é possível antever a nocividade dessa prática, que remunera exageradamente o detentor de prebenda, relegando o servidor desprestigiado nas nomeações em comissão a remuneração às vezes irrisória, o problema se torna alarmante ao se perceber que essa operação freqüentemente superou, no caso concreto, não apenas o teto remuneratório estadual (Lei nº 11.793/92 e Emenda nº 20/97 à Constituição Estadual), como o próprio limite estabelecido constitucionalmente. A permanecer o entendimento firmado pelo STF, nada se poderá fazer para coibir tais abusos, justamente pelo fato de que essas gratificações, segundo a Jurisprudência dominante, estão incluídas na definição de vantagem pessoal[11].

Felizmente, o assunto, apesar da predominância dessa interpretação, guiada pelo tratamento que o Supremo deu ao tema, jamais esteve definitivamente pacificado. Com efeito, a doutrina lembra alguns precedentes da Jurisprudência de outros Tribunais, a considerar que as expressões "remuneração" e "a qualquer título", contidas no inciso XI, jamais poderiam comunicar a possibilidade de exclusão da abrangência do teto de alguma vantagem, seja de que natureza for.

Luís Roberto Barroso[12], identificando o dilema, refere-se inclusive à divergência que lavrou entre os membros da mais alta Corte do País, como no julgamento de recurso extraordinário em que o Ministro Marco Aurélio de Mello ficou vencido. Os comentários são estes:

> *"Em voto manifestado no julgamento do RE 141.788-9-CE, externou o Min. Marco Aurélio a posição que não prevaleceu, mas que se afigura como a que mais corretamente interpreta o dispositivo: 'Excluídas as vantagens pessoais, abre-se a porta à fraude, ao drible ao teto de que cogita o inciso XI do art. 37 (...) Não posso esquecer a expressão 'a qualquer título', inserida no inciso XI do art. 37, e apontar que onde se lê 'a qualquer título' leia-se 'a qualquer título excluídas as vantagens pessoais'".*

Examinando outro julgado citado na mesma obra, proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, é possível verificar que, pelo menos naquela Corte Estadual, a corrente jurisprudencial liderada pelo Supremo Tribunal Federal não foi seguida. Com efeito, ao julgar a apelação cível em mandado de segurança nº 5.267/95, deixou aquela Corte estabelecido que, "em face do inciso XI do art. 37 da Constituição de 1988 devem ser computadas para aplicação do teto de remuneração as vantagens pessoais usufruídas pelo servidor público". No voto condutor do aresto, da lavra do então Desembargador Carlos Alberto Menezes Direito[13], além daquela observação, aqui já traçada, sobre a diferença das matérias cuidadas, de um lado no inciso XI do art. 37, e de outro no art. 39, § 1º, ambos da Constituição, constou a verificação de que o próprio STF, no Julgamento da ADin nº 14-4, diferenciou os contextos em que cada uma dessas normas mereceria aplicação.

Ao interpretar, especificamente, o primeiro desses dispositivos constitucionais, ficou ali consignado o seguinte:

> *"O que a Constituição de 1988 desejou foi impor um teto remuneratório abrangendo a remuneração em espécie, a qualquer título, ou seja, englobando-se todas as parcelas que integram a remuneração do servidor de tal modo que ultrapassado o teto estabelecido seria introduzido um redutor para impedir que a remuneração, ou seja, vencimento mais vantagens de qual-*

[11] Outro não tem sido, a propósito, o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Sirva de exemplo o Julgado assim ementado:
"*A gratificação adicional por tempo de serviço e a de incentivo funcional instituída pela Lei Estadual nº 10.460/88, art. 175, por se consubstanciarem em vantagens pessoais, não devem ser objeto de corte para efeito do teto constitucional previsto no art. 37, XI da Constituição Federal e 92, XII da Constituição do Estado de Goiás, quer se trate de servidor ativo, inativo ou pensionista.*"
(Ac. do Tribunal Pleno, no Mandado de Segurança nº 6.485-2/101, de Goiânia, rel. o Des. Charife Oscar Abrão, j. 28/02/96, *in* DJGO nº 12.329, de 14/06/96, p. 10).

[12] Ob. cit., p. 135.

[13] Inteiro teor desse acórdão *in* "Revista de Direito Administrativo", 203/150.

quer natureza, excedessem o limite fixado.

"As expressões a qualquer título (art. 37, XI), a título nenhum (art. 93, V) não podem significar outra coisa que limite absoluto, isto é, englobando para aferição do teto o vencimento e todas as vantagens recebidas em espécie.

(...)

"Na realidade, não se pode confundir – como não confundiu o Colendo Supremo Tribunal Federal, no pioneiro Acórdão de que foi relator o Ministro Célio Borja, a regra do inciso XI do art. 37 com aquele do § 1º do art. 39....

"Na regra da isonomia entre os Poderes – a do § 1º do art. 39 – existe uma ressalva para as vantagens de caráter individual relativas à natureza ou ao local de trabalho; contudo, na regra do teto remuneratório – a do inciso XI do art. 37 – não há ressalva alguma, mandando a Constituição que seja computada a remuneração, em espécie, a qualquer título. Como pode o intérprete criar uma ressalva que a Constituição não fez? Como fazer interpretação compondo duas regras que regulam contextos diferentes na dicção do próprio Pretório Supremo? Como excluir do limite vantagens pessoais se a regra manda computar os valores percebidos como remuneração, em espécie, a qualquer título?"

Com esses argumentos é que se deve sustentar a tese não abraçada pelo Supremo Tribunal Federal: é ela a mais consentânea com as regras constitucionais – pense-se no princípio da moralidade e no fato de que o dispositivo criador do teto, além de não fazer qualquer ressalva a vantagens ou outras verbas, essa é a verdade a ser dita, expressamente afasta a possibilidade de lei infraconstitucional criar exceção de qualquer espécie.

Não se pode encontrar, portanto, uma única e escassa razão para explicar, do ponto de vista estritamente jurídico, o posicionamento da mais alta Corte do País, injustificável, de resto, face ao que até aqui ficou demonstrado.

A nova redação do inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal

Promulgada a EC nº 19/98, o inciso XI do artigo 37 da Carta recebeu nova redação, assim:

"XI – a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal;".

Algumas novidades merecem relevo. A primeira delas, sobre haver, doravante, paradigma remuneratório único no âmbito dos três Poderes: o teto se vincula à remuneração percebida por Ministro do Supremo Tribunal Federal. O STF já decidiu, administrativamente, que a matéria depende de regulação infraconstitucional em processo legislativo de iniciativa conjunta dos três Poderes (CF, art. 48, XV)[14].

Além disso, excluiu-se desse inciso a expressão "a lei fixará", o que pode dar a entender, pelo menos numa interpretação apressada, que ficou afastada a possibilidade do estabelecimento do chamado sub-teto remuneratório, no âmbito dos Estados-Membros, do Distrito Federal e dos Municípios.

Finalmente, a expressiva alusão a qualquer espécie remuneratória, "incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza", como estando todas elas abrangidas pelo Teto.

Sobre a questão do sub-teto, é interessante notar que, apesar de não haver consenso doutrinário[15], tende-se a afirmar que não está vedado aos entes políticos que compõem o Estado Brasileiro impor limites remuneratórios, no âmbito de suas respectivas competências, inferiores ao máximo estabelecido na Reforma. Não

[14] Lembre-se ainda que a regra da isonomia vencimental, antes contida no § 1º do art. 39, foi suprimida pela Reforma (a esse propósito, a nova redação do inciso XIII do art. 37).

[15] Em publicação recente, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO ("O Que Muda na Remuneração dos Servidores? (Os Subsídios)"; *in* Revista de Direito Administrativo e Constitucional; 2/61, p. 71) afirma que o teto da nova redação do inciso XI vale para todos os níveis de Governo, afastada a possibilidade de estabelecimento de sub-teto. Carmen Lúcia Antunes ROCHA (ob. cit., pp. 319/320), por sua vez, afirma que Estados e Municípios poderão, sim, fixar limites inferiores ao da remuneração de Ministro do STF.

poderia ser de outra forma porque, entre outros argumentos, há um, invencível, baseado no princípio federativo, segundo o qual os entes políticos da Federação não podem ser privados das suas competências administrativa e legislativa. Seria um contra-senso esperar que o Estado de Goiás, por exemplo, estivesse atrelado à política remuneratória da União, o que significa, em outras palavras, atentar contra a sua autonomia.

Cabe agora indagar sobre o significado da introdução, pela Emenda, no texto do inciso XI, da referência que impõe incluir no cálculo do teto toda e qualquer vantagem ou espécie remuneratória. Conforme arguta observação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro[16], "com a inclusão dessa expressão, o objetivo foi o de afastar a interpretação, adotada no âmbito do Poder Judiciário, em face da redação original do art. 37, XI de que as vantagens pessoais e outras (como os honorários advocatícios) ficavam fora do teto".

A aplicação dessa norma, para as hipóteses em que ainda não se possa invocar o direito adquirido, parece carecer de dificuldade. O grande problema está em analisar o conteúdo da Emenda, nessa parte, e, quem sabe, elaborar algo sobre a possibilidade de se modificar a interpretação, até aqui dominante, referente à redação original do inciso XI.

É que, apesar da dicção incisiva do art. 29 da Emenda[17], não parece lícito supor possível obstar o exercício do direito adquirido após a promulgação da Carta com a simples introdução de Emenda Constitucional.

O Poder Constituinte Derivado, na verdade, é poder jurídico, constituído, subordinado às limitações formais e materiais impostas na Carta de 88, entre as quais se encontra a da impossibilidade de se abolir direito fundamental declarado no seu texto. Ora, o direito adquirido, assim o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, são as fórmulas típicas de estabilidade jurídica guindadas à dignidade constitucional como garantia do exercício de direitos fundamentais. Impossível o seu afastamento por Emenda.

Entretanto, o novo Texto parece suscitar uma revisão do entendimento jurisprudencial até aqui mantido, a fim de que seja possível examinar situações

[16] Ob. cit., p. 71.

[17] "Art. 29. Os subsídios, vencimentos, remuneração, proventos da aposentadoria e pensões e quaisquer outras espécies remuneratórias adequar-se-ão, a partir da promulgação desta Emenda, aos limites decorrentes da Constituição Federal, não se admitindo a percepção de excesso a qualquer título."

aparentemente inatingíveis, não em razão de algo somente agora introduzido na Carta, mas em decorrência do que lá sempre esteve.

Conforme se viu em linhas volvidas, a única tese interpretativa coerente com a redação original do inciso XI do artigo 37 é aquela segundo a qual estão incluídas no teto todas as vantagens remuneratórias, sem exceção. A maior contundência com que se elaborou a nova redação somente pode revelar o propósito do legislador constituinte em afastar dúvidas ou atalhos com que se chegue a outras quaisquer interpretações, desde sempre incongruentes com a Constituição, antes ou depois da Reforma.

Essa seria a única forma de garantir a impossibilidade de invocação a direito adquirido, por parte daqueles servidores que percebam remuneração superior ao teto até aqui legalmente estabelecido, em decorrência do acréscimo de vantagens pessoais: evidenciar que aquilo que está agora a dizer a Constituição, no inciso XI do artigo 37, sempre esteve dito, desde outubro de 88 (lembre-se, a propósito, da necessária aplicação correlata do art. 17 do ADCT, pois o Poder Constituinte Originário, esse sim, não respeitará obrigatoriamente o direito adquirido).

Não se pretenderá aqui desenvolver um esforço hermenêutico que resulte a final em alguma tese polêmica[18]. Na verdade, persegue-se propósito muito menos ambicioso – a constatação de que, nada havendo que possa ser considerado verdadeiramente novo na regra que fixa o teto remuneratório após a EC nº 19/98, o erro está em considerar-se que a sua abrangência, anteriormente, não atingia a vantagem pessoal.

Com efeito, a única modificação formal do inciso XI, nessa parte, menciona a obrigatoriedade de se incluir no teto as ditas vantagens pessoais. Ora, isso só se

[18] Exemplo: a interpretação autêntica eventualmente promovida pela Emenda Constitucional nº 19/98. Como se sabe, e segundo as palavras de SERPA LOPES, "interpretação autêntica diz-se a que decorre do legislador. Sentindo que a lei por ele elaborada não se encontra interpretada em correspondência com a sua finalidade, resolve o próprio poder que a ditou dar-lhe a interpretação que julgue mais acomodada aos objetivos visados" (*in* "Curso de Direito Civil"; 1.989: Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 7ª Edição, p. 117). O problema está em que certa parte da doutrina não admite a possibilidade de retroagir a lei interpretativa (v.g., Carlos MAXIMILIANO; "Hermenêutica e Aplicação do Direito"; 1.979: Rio de Janeiro, Forense, 9ª Edição, p. 92). No Direito Constitucional brasileiro, a propósito, a circunstância de haver expressa disposição no texto da Carta de 88, a dispor sobre a inviolabilidade do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada em face das disposições da lei nova, afasta, na opinião de muitos, a possibilidade de aplicação retroativa da interpretação autêntica (BARROSO, "Interpretação", cit., pp. 112/113).

tornou necessário na Reforma em razão da interpretação, injustificada, segundo a qual aquele tipo de verba, na dicção original do dispositivo, estaria excluído do limite. Efetivamente pretendeu-se evitar tal equívoco, daqui em diante.

Mas não se pode admitir que os servidores públicos que até agora venham percebendo remuneração superior ao teto, ou ao sub-teto legalmente estabelecido, estejam imunes à aplicação do limite remuneratório, sob o pálio do direito adquirido. O direito adquirido não lhes pode servir de abrigo à incidência da norma porque, com a promulgação da CF, em 88, ficava estabelecido um teto que englobava toda a remuneração, percebida a qualquer título, sem distinção alguma. O que se viu a partir de outubro de 88 foi o recurso a uma interpretação errônea dos princípios e regras constitucionais, de modo a considerar que as vantagens pessoais a que se referia o § 1º do art. 39 estavam infensas à aplicação do redutor. Como visto, sempre careceu de justificativa razoável essa tese.

A EC nº 19/98 apresenta-se, assim, como uma oportunidade de revisão jurisprudencial, a partir da qual o STF, admitindo equívocos outrora cometidos, reconsidere a sua posição, de maneira a dizer que o teto sempre teve uma amplitude maior, englobando, efetivamente, toda a remuneração percebida pelo servidor público.

Esse novo entendimento permitirá à Administração Pública, em todos os níveis de governo, aplicar adequadamente a legislação infraconstitucional que, desde a promulgação da Lei Maior, disciplina teto e sub-teto, corrigindo os excessos cometidos em nome da proteção ao direito adquirido e às vantagens de caráter individual.

Não parece que se esteja a esperar muito, com isso, do STF. Na verdade, um novo posicionamento sobre o tema, além de se impor do ponto de vista estritamente jurídico, parece recomendável também segundo parâmetros políticos e sociais. É que a tese da vantagem pessoal não abrangida no teto provocou reações contrárias de praticamente todos os setores da sociedade civil. Os únicos que se satisfazem com essa interpretação parecem ser aqueles que com ela se beneficiaram. Os servidores que jamais terão a oportunidade de sofrer corte remuneratório com a aplicação do teto, a imprensa, os trabalhadores da iniciativa privada, os profissionais liberais, a maioria dos estudiosos que analisaram a questão, todos esses grupos sempre viram na linha jurisprudencial aludida um atentado ao Texto da CF.

Assim, a oportunidade que se apresenta deve ser aproveitada, de forma a permitir que o Excelso Pretório possa, ainda uma vez mais, demonstrar que merece, de fato, a responsabilidade que lhe impõe o art. 102, *caput*, do Texto Orgânico – a de ser o último e maior guardião da Constituição.

A Lei Estadual nº 11.793/92, a Emenda nº 20/97 à CE e o Sub-Teto em Goiás

No Estado de Goiás se deu disciplina legal específica para os limites remuneratórios máximos dos seus servidores com a edição da Lei nº 11.793, de 03 de setembro de 1992, fruto de competência autonômica exercida nos termos do inciso XI do art. 37 da Constituição Federal.

Dispõe o art. 1º desse Diploma que os paradigmas do teto, no âmbito dos respectivos Poderes, se estabelecem com a remuneração percebida por membros da Assembléia Legislativa, Secretários de Estado e Desembargadores.

Infelizmente há também nessa Lei, em seu artigo 2º, disposição que potencialmente fere o disposto no art. 37, XI da CF. É que ali ficou estabelecido que as vantagens incorporadas à remuneração do servidor não podem exceder a uma vez o valor do maior vencimento básico ou soldo permitido como teto de cada carreira, excluídas uma série de verbas que especifica, principalmente o adicional de tempo de serviço, os encargos gratificados e as gratificações de representação (de acordo com a redação dada pela Lei Estadual nº 11.865/92).

Isso significa concluir que a regra geral impunha que as vantagens incorporáveis à remuneração não poderiam exceder o valor daquilo que percebesse o servidor, chegado ao ápice da carreira, como vencimento básico. Apesar disso, criava-se uma série de exceções que tornavam praticamente impossível a aplicação do sub-teto, já que quase todas as verbas incorporáveis estavam excluídas da incidência dessa regra geral.

É de se verificar, portanto, que o art. 1º da referida Lei Estadual se encontra em harmonia com o inciso XI do art. 37 da CF, pois o Estado de Goiás exerceu de forma adequada a sua competência para estatuir sub-tetos no âmbito de cada um dos Poderes.

Por outro lado, o art. 2º dessa Lei, estabelecendo exceções que impediam a

incidência do teto, deve ser declarado inconstitucional, seja em face da redação original do inciso XI do art. 37 da Carta Federal, seja, principalmente, quando confrontado com a nova redação desse dispositivo, trazida com a promulgação da EC nº 19/98.

O motivo para tal conclusão, ante o que se veio de expor neste trabalho, é evidente: a regra do teto constitucional jamais admitiu exceções à sua incidência sobre qualquer parcela remuneratória.

O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás já tem precedentes que sinalizam com a modificação do seu entendimento quanto ao sentido da norma que fixa o teto, principalmente após a Reforma Administrativa. Apesar disso, a invocação, em tais precedentes, do artigo 29 do texto da EC nº 19/98 poderá suscitar dúvida quanto à proteção ao direito adquirido[19].

O dilema se enfrentaria com a única interpretação que afasta ofensa a essa garantia constitucional, justamente o tema exposto nestas páginas: o teto existe, sempre existiu, tendo por objeto a remuneração total do servidor público, a qualquer título, sem exceção, mesmo sob a alcunha vantagem pessoal. Contra esse teto, fixado desde a promulgação da CF, não se poderia invocar o direito adquirido.

Entretanto, foi promulgada a Emenda nº 20 à Constituição Estadual, em 10/09/97, editando regra pertinente à matéria. Esse Diploma modificou a redação do parágrafo 8º do artigo 92 da Carta Estadual, estabelecendo o seguinte:

> *"§ 8º - É vedado aos chefes e demais membros dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, aos agentes políticos, aos funcionários, servidores e empregados públicos, civis e militares, ativos e inativos, inclusive pensionistas, no âmbito da administração estadual, direta e indireta, perceber, mensalmente, remuneração, provento ou pensão, a qualquer título, em quantia superior à percebida pelo Governador do Estado.*
>
> *"I – Excluem-se do limite estabelecido neste parágrafo o décimo-terceiro salário, a remuneração de férias e a retribuição em razão de acumulação legítima de cargos ou funções públicas e mandatos eletivos.*

[19] Exemplo disso há no Mandado de Segurança nº 8.689-/101, de Goiânia, julgado pela E. 3ª Câmara Cível daquela Corte, relator o eminente Desembargador Felipe Batista Cordeiro. Eis a ementa:

> *"II – Toda remuneração que estiver sendo percebida além do limite estipulado neste artigo será reduzida ao valor ali estipulado."*

Esse dispositivo foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade, nº 1.674-5, proposta pelo Procurador-Geral da República, baseada em pretenso ferimento aos arts. 37, XI e 39, § 1º da CF. O Supremo Tribunal Federal concedeu, em 24/09/97, a medida cautelar pleiteada no bojo dessa ADin, suspendendo a aplicabilidade da norma impugnada.

Promulgada a EC nº 19/98, o Excelso Pretório, confirmando a sua Jurisprudência e acompanhando voto da lavra do relator, Ministro Sydney Sanches, julgou prejudicada a ADin 1.674, em face da nova redação introduzida para as normas paramétricas, esclarecendo que, dali em diante, somente pela via do controle difuso é que se poderia verificar a recepção, ou não, dos dispositivos então impugnados, pela EC nº 19.

É de se deduzir, portanto, que o novo texto do parágrafo 8º do art. 92 da CE, introduzido com a Emenda nº 20, teve a sua aplicabilidade restaurada, com a extinção, sem julgamento meritório, do processo objetivo de controle que buscou a sua impugnação. Somente pela via do controle concreto é que se poderá inquinar de inconstitucional o seu conteúdo. Mas não se percebe razão para que tanto ocorra.

De acordo com o que já foi dito, assim na sua redação original como na emendada, o inciso XI do artigo 37 da CF impõe o estabelecimento de um teto remuneratório que não pode ser ultrapassado, deixando à competência dos entes políticos federados estatuir limites máximos para a remuneração de seus agentes, desde que não superem aquele teto. Parece consentânea com uma tal disposição aquela outra, contida na Carta Estadual emendada, a impor, como limite remuneratório máximo dos servidores goianos, o paradigma que alude ao cargo de Governador do Estado.

"Mandado de Segurança. Servidor Estadual. Corte-Teto. Legalidade. A Lei Estadual número 11.793/92, que estabelece o teto de remuneração dos servidores públicos do Estado de Goiás, foi recepcionada pela Emenda Constitucional nº 19/98, na parte em que com ela se harmoniza. As vantagens de caráter pessoal devem ser consideradas para efeito do teto, em face do art. 29 da mencionada EC, que derrogou a parte final do inciso II, do art. segundo da referida Lei Estadual."

Essa regra não pode ser contrastada com a redação original do inciso XI, que impunha apenas que a lei estadual observasse, no âmbito de cada Poder, o limite remuneratório máximo na quantia percebida, a qualquer título, pelo Deputado Estadual, Secretário de Estado e Desembargador, correspondentes locais do Deputado Federal, Ministro de Estado e Ministro do STF, respectivamente. Dizer que em cada Poder os servidores não podem ser remunerados com quantia superior àquela percebida pelos membros da sua cúpula coaduna-se perfeitamente com o estabelecimento de um limite máximo e único identificado na remuneração do Chefe do Executivo: nada há de proibido nisso. A regra estadual muito mais se justifica quando é lembrado o teor do inciso XII do art. 37 da CF, a dispor que os vencimentos dos cargos dos Poderes Legislativo e Judiciário não poderão ser superiores aos do Executivo.

Comparado com a nova redação do inciso XI do art. 37, menos motivos ainda poderiam ser encontrados para sustentar a inconstitucionalidade do § 8º do art. 92 da CE, já que um limite que seja único, no âmbito de toda a Federação, poderá ser reduzido, também com a eleição de paradigma único, não necessariamente correspondente, no âmbito da competência dos entes federados.

Last, but not least, resta ainda uma questão a ser enfrentada: saber se a ECE nº 20/97 deixou de recepcionar a Lei nº 11.793/92, ou se há compatibilidade entre as disposições contidas em cada um desses atos normativos.

Ressalte-se que tal problema não infirma nem prejudica a tese até aqui defendida, segundo a qual o limite remuneratório desde 88 estabelecido constitucionalmente para os servidores públicos não encontrou jamais exceção nas vantagens de caráter pessoal e que, no Estado de Goiás, a partir do momento em que exercida a competência legislativa a que se referia o inciso XI do art. 37 da CF, a invocação do direito adquirido contra o sub-teto não poderia ser acolhida, nos termos do art. 17 do ADCT.

Com efeito, em nenhum desses Diplomas, Emenda Constitucional à Carta goiana e Lei Estadual, deixou de ser adequadamente exercida a competência legislativa desse ente político para dispor sobre a remuneração de seus servidores – é por isso também que o art. 2º da Lei 11.793 sempre deveria ter sido considerado inconstitucional, patente a sua incompatibilidade com a regra do teto.

E não parece também desarrazoado supor que, havendo limites remuneratórios máximos no âmbito de cada Poder, fixados em lei ordinária, que outra disposição, essa inserida no Texto Constitucional do Estado por Emenda posterior, venha dizer que esses limites jamais poderão ultrapassar a remuneração do Chefe do Executivo, e que as duas regras possam conviver harmonicamente: constatar-se-ia, assim, que a Constituição Estadual permite a fixação de sub-teto nos três Poderes, mas que esses limites estão agravados pelo necessário respeito à baliza da remuneração de Governador do Estado.

A matéria, apesar dessas considerações superficiais, será enfrentada com o previsível estabelecimento de ampla controvérsia, restando esperar a solução jurisprudencial adequada.

Conclusões

Diante do que se expôs, é permitido enunciar as seguintes conclusões.

1) A redação original do inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal jamais admitiu excluir do teto remuneratório ali mencionado qualquer vantagem percebida pelo servidor, inclusive as de caráter individual ou pessoal.

2) A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, amparando a exclusão dessas vantagens da abrangência do teto, nega vigência ao aludido dispositivo constitucional.

3) O direito adquirido não pode ser invocado contra as normas, contidas no Texto original da Carta de 88, a fixarem regras remuneratórias do servidor público.

4) A nova redação do inciso XI do artigo 37 não impõe o reconhecimento de que, anteriormente à promulgação da EC nº 19/98, o limite remuneratório máximo dos servidores pudesse ser extrapolado com a incorporação de vantagens pessoais.

5) Pelo contrário, evidenciar algo que já estava dito, com todas as letras, recomenda uma revisão da Jurisprudência pátria, a começar daquela produzida pelo próprio Excelso Pretório.

6) O artigo 1º da Lei Estadual nº 11.793/92 está em plena vigência, harmonizado ao disposto no § 8 º do art. 92 da CE, com a redação que lhe deu a ECE nº 20/97, não tendo sido nenhum desses Diplomas revogado pela EC nº 19/98.

7) Já o artigo 2º da Lei 11.793, estabelecendo exceções à aplicação do subteto estadual, deve ser declarado inconstitucional desde a respectiva edição.

Bibliografia

BARBOSA Sobrinho, Osório Silva. "Constituição Federal Vista pelo STF"; 1.999: São Paulo, Juarez de Oliveira, 1ª Edição.

BARROSO, Luís Roberto. "Constituição da República Federativa do Brasil Anotada"; 1.998: São Paulo, Saraiva.

_____. "Interpretação e Aplicação da Constituição"; 1.996: São Paulo, Saraiva.

BASTOS, Celso Ribeiro. "Curso de Direito Constitucional"; 1.999: São Paulo, Saraiva, 20ª Edição.

BONAVIDES, Paulo. "Curso de Direito Constitucional"; 1.999: São Paulo, Malheiros, 8ª Edição.

BULOS, Uadi Lammêgo. "Mutação Constitucional"; 1.997: São Paulo, Saraiva.

CANOTILHO, J. J. Gomes. "Direito Constitucional e Teoria da Constituição"; 1.998: Coimbra, Almedina, 2ª Edição.

HORTA, Raul Machado. "Direito Constitucional"; 1.999: Belo Horizonte, Del Rey, 2ª Edição.

MAXIMILIANO, Carlos. "Hermenêutica e Aplicação do Direito"; 1.979: Rio de Janeiro, Forense, 9ª Edição.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. "O Que Muda na Remuneração dos Servidores? (Os Subsídios)"; *in* Revista de Direito Administrativo e Constitucional; 1.999: Curitiba, Juruá, nº 2.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. "Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos"; 1.999: São Paulo, Saraiva.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. "Curso de Direito Civil"; 1.989: Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 7ª Edição.

Goiânia, Janeiro de 2.000

Aspectos do Direito Criminal Justiça: meio e fim

Édison de Britto Rangel [1]

Os fins da Justiça estão abstratamente contidos no próprio vocábulo. Juízes e Tribunais são apenas o meio pelo qual ela se concretiza.

Obstruir-se a formulação de juízos arrojados, modernos ou modernizantes, será castrar a criatividade e agrilhoar a sociedade.

O questionamento da necessidade de desafogar os Pretórios, deve necessariamente passar pela busca de solução que deixe incólume o exercício da magistratura; sem isto, estar-se-á abrindo espaço irreversível para que proliferem julgamentos automatizados, para que se distribua justiça por atacado e não no varejo, reduzindo-se a jurisdição a mera função burocrática e abrindo-se caminho para que sentenças e acórdãos sejam proferidos por máquinas, não por cérebros sensíveis e responsáveis.

Se o problema consiste na quantidade de feitos por julgar, melhor será adequar-se a esse número o de magistrados aptos a fazê-lo, nunca limitar-se a cidadania, mediante restrições para o acesso à Justiça.

Atrevo-me a classificar como infeliz a idéia do efeito vinculante das súmulas, porque bloqueia, porque limita de modo inexorável o exercício da cidadania, a busca da Justiça e o exercício da atividade dos profissionais do Direito.

Se sabemos que toda enfermidade exige tratamento específico, também sabemos que a medicação correta exige diagnóstico preciso, e que - sempre - a terapia exagerada acaba por agravar a doença.

[1] Integrante da Procuradoria Geral do Estado de Goiás – Advogado Criminalista - Coordenador da Área Criminal da Procuradoria de Assistência Judiciária - PAJ.

Tenho para mim que a implementação dessa idéia consiste exatamente nisto: dosagem exagerada na aplicação da terapia, com grave efeito intoxicante.

Essa reação contra o efeito vinculante das súmulas não é privativa de setores da sociedade, não pode limitar-se a manifestações isoladas ou setorizadas; deve ser produto do exercício da cidadania, que não tem matriz, não possui marca e não se submete ao domínio irrefletido, porque integra o que entendemos por consciência universal.

Os magistrados de primeiro grau podem e devem converter suas sentenças, seus julgamentos, marcadamente atrelados às transformações sociais - cujos efeitos sentem bem de perto - em alerta permanente, constante, firme, para que os Tribunais Superiores não percam de vista a preocupação que não permite o comodismo das fórmulas prontas.

Não foi sem razão que o Presidente da Corte Maior da Justiça Francesa Oswald Baudot, falando a magistrados de seu país, afirmou:

> *" Em suas funções, não deveis dar exagerada importância à lei, e de um modo geral, desprezai os costumes, as circulares, os decretos e as jurisprudências. Deveis ser mais sábios que o Tribunal de Justiça, sempre que se apresentar a ocasião. A justiça não é uma verdade estagnada; é uma criação perpétua. Não espereis um sinal verde de um ministro ou do legislador, ou das reformas sempre esperadas. Fazei vós mesmos as reformas. Consultai o bom senso, a equidade. A lei se interpreta; ela dirá o que quiserdes que ela diga."*

Na mesma trilha, o Ministro Marco Aurélio Mendes da Faria Mello, do STF:

> *"Como julgador, a primeira coisa que faço, ao defrontar-me com uma controvérsia, é idealizar a solução mais justa, de acordo com minha formação humanística, para o fato concreto. Somente após, recorro à legislação, à ordem jurídica, objetivando encontrar o indispensável apoio."*

Formação humanística não é condição inerente e exclusiva de ministros que entregam a inapelável jurisdição, que dizem o Direito, que vivem à margem e

ao largo dos fenômenos corriqueiros, ocorrentes na vida comum, de homens comuns.

Esses ilustres e ilustrados brasileiros que - sem esforço - ostentam e exibem o brilho muitas vezes ofuscante do polimento cultural que provém dos muitos livros e da teorização de notáveis sábios a que tiveram acesso, não podem afastar-se dos demais cidadãos, transformando suas pilhas de livros em trincheira que os separe dos muitos, dos incontáveis (*pois o censo não os conta*) que vivem na contra-mão de todos os caminhos que levam às escolas, às profissões e ao emprego e que - mais do que ninguém - devem ser os destinatários essenciais daquela desejável formação humanística que permita perceber nas diferenças a igualdade, na paciência a pressa, na resignação a ansiedade e no silêncio o clamor.

Clamor de quem nada pode apenas porque não sabe que pode e que há de ser aplacado por quem nada deve porque não sabe que deve.

João Marcelo de Araújo Júnior, em pesquisa realizada no Rio de Janeiro durante o primeiro semestre de 1 995, vinculada à Vitimologia, alerta:

> *"Onde há fome e não há: trabalho, habitação, educação, saúde, assistência social, não pode haver disciplina e o crime e a violência passam a representar um papel de reação inconsciente e irracional a esse estado de coisas. Além disso o sistema penal se apresenta elitista e seletivo orientando-se tão-somente em direção aos comportamentos individuais que importam numa contradição às relações de produção, atuando apenas contra os mais vulneráveis."*

Não é de se discutir acerca da forma ou da cor da embalagem se desconhecemos o conteúdo, se não sabemos bem o que desejamos embalar. É, quando menos surrealista, acreditar ou supor que com a construção de um dique de dimensão imutável, poderemos conter *ad infinitum* a imponderável torrente de anseios emergentes e circunstanciais que se avoluma na busca de conquistas quase sempre modestas, mola propulsora de toda a fenomenologia social e, também, jurídica.

Esta abordagem visa, primacialmente, à análise dos mencionados fenômenos diante de suas conseqüências de índole marcadamente criminal.

A Sociologia Jurídica dedica-se, de modo quase que exclusivo, ao estudo dessas ocorrências, e as explica, quase todas, a partir de aspectos econômicos e culturais, que têm incidência direta sobre os instintos fundamentais do homem, entre os quais o da auto-preservação.

Por certo não serão as súmulas vinculantes os instrumentos adequados para conter esses anseios, que facilmente se transformam em ímpetos.

Melhor ficarmos com aquele notável magistrado, para quem

> *"o que importa não é a lei, mas o direito que vive e vibra na consciência do povo. Fazer justiça não é, em muitos casos, obedecer à lei, e, sim, obedecer ao direito que é a fonte da lei*[2]*."*

Na mesma linha de pensamento, outro magistrado:

> *" O juiz não é um mero aplicador do verniz da lei; mais do que isso, representa o Poder que tem o dever-obrigação de mergulhar na profundidade das questões ao seu exame, a fim de conhecer a verdade real. É o seu encargo social. Não fosse assim, bastaria substituir o juiz pelo computador, que apenas examinaria a relação débito/crédito e, então, o credor, no caso, seria o vencedor da lide.*[2]

Não é preciso ser saudosista para, comparando os tempos atuais com o de algumas poucas décadas atrás, verificar-se o ponderável aumento da criminalidade em nosso País.

Tampouco é necessário um agudo senso de observação, para concluir-se que aquele fenômeno aumenta na razão direta do desemprego, da falta de vagas nas escolas, na decadência do poder aquisitivo e da constatação de impunidade que premia os melhor situados na escala social, em detrimento daqueles que pertencem às categorias economicamente inferiores.

Pode-se afirmar com absoluta convicção que a Justiça serve como instrumento de afirmação, ou melhor, de consolidação da hegemonia de grupos dominantes, mormente aqueles que têm o poder de fazer as leis pela qual a Justiça se manifesta.

[2] ELIÉZER ROSA - A VOZ DA TOGA – 1.ª Ed. – P. 49.
[3] Des. ROBERTO EXPEDITO DA CUNHA MADRID – TJRS – Ap. Cív. 197.190.622

Essa autêntica camisa-de-força submete, via de regra, os juízes mais formalistas, para os quais não se pode discutir se a lei está ou não correta; de toda a forma, para eles, se existe é preciso cumpri-la e respeitá-la.

Não se nega que esta é uma posição respeitável; o que se afirma é que se trata de uma posição confortável para quantos desejam sustentar a hegemonia própria ou alheia (que não escapou ao sarcasmo de Anatole France[4]), que – de resto – vem sempre despojada de qualquer inspiração democrática.

Se nos detivermos no exame do preceito do art. 134 do Código Penal, não teremos dificuldade em concluir que esse diploma legal é discriminatório e se volta essencialmente contra os pobres.

É preciso, de logo, lembrarmos que o Código é de 1.940; naquela época, a condição de mãe solteira produzia uma mancha irremovível na reputação das mulheres. Assim, aquelas que tinham meios livravam-se dos filhos indesejados da maneira como podiam.

Agora voltemos ao Código:

A pena para a infração ao art. 134 é de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dos) anos.

§ 1.º - Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave: detenção de 1 (um) a 3 (três) anos.

§ 2.º - Se resulta a morte, detenção de 2(dos) a 6 (seis) anos.

Explicam os melhores doutrinadores que quando um fato de natureza criminal é passível de ser cometido indistintamente pelos integrantes da classe hegemônica e da outra, as penas são mais brandas para não agravar os primeiros.

[4] "A lei penal, em sua majestade, é igual para os ricos e para os pobres; proíbe tanto ricos como pobres de furtar pão para mitigar a fome; proíbe tanto ricos como pobres de pedir esmolas; proíbe tanto ricos como pobres de dormir embaixo da ponte.

De outro lado, não se pode negar que a índole do Código foi desviada para proteger de modo essencial o patrimônio.

A Sociologia – já foi dito – preocupa-se com essa situação e defende a aplicação de penas alternativas:

Sustenta a tese de que

> *" Um milhão de dólares gastos com prisões, impede sessenta crimes (diversos) por ano. A mesma quantia, aplicada no ensino, evita 258 crimes por ano. Batalhar por verbas para mais e mais presídios chega a ser uma insanidade."*
>
> *Ao abordar a aplicação das penas alternativas dá exemplos que confirmam a tese abraçada neste trabalho e que se amparou nas penas do art. 134:*
>
> *" 1- No presídio Talavera Bruce, uma mulher cumpria pena de 2 anos e 3 meses, porque furtou um pacote de fraldas (essa prisioneira, ao final da pena, terá custado ao contribuinte R$ 16.200,00);"*
>
> *"2- Um homem cumpria pena de 5 anos e 2 meses porque furtou um galo de briga, e – como dois amigos o viram furtar – o juiz entendeu que havia, também, o crime de formação de quadrilha;"*
>
> *"3- No Paraná um homem ficou preso por mais de 2 anos, porque furtou 12 pés de alface e 5 cabeças de repolho."*[5]

Essa constatação nos leva à segura convicção de que Humberto de Campos estava correto quando escreveu " À Sombra das Tamareiras":

> *"Tehuam – Tsi – respondeu Li – Tsing,*
> *Wen – Tchu não diz a verdade,*
> *é fácil a um magistrado da tua sabedoria*

[5] JULITA LEMGRUBER – Socióloga, membro do Centro Internacional de Estudos sobre Prisões - Londres – anterior Superintendente do Sistema Penitenciário do Rio de Janeiro - in Veja – páginas amarelas - Edição de 16.07.97.

> *verificar que ele mente.*
> *A propriedade de Wen – Tchu fica abaixo da que possuo.*
> *O Yang – Tse – Kiang corre para o mar*
> *e não para as montanhas da Keun Lun.*
> *Para que o cesto que encontrei viesse*
> *das águas do Wen Tchu - para as do meu arrozal,*
> *era preciso que ele subisse a correnteza do rio*
> *Li - Tsing respondeu o Juiz,*
> *a experiência dos homens como tu*
> *nada tem como a ciência dos magistrados como eu.*
> *Quando a Justiça quer, os cestos sobem os rios,*
> *os peixes cantam nas árvores*
> *e os pássaros fazem ninho no fundo do mar..."*

Para o notável processualista italiano Francesco Carnelutti, *"o direito evolui aos poucos... aos pouquinhos"*, talvez porque – segundo observou Shimon Peres, *"as pessoas são conservadoras; resistem a mudanças, pois é sempre mais fácil recordar e repetir, do que criar e inovar."*

Em todo caso, parece-me que a posição mais compatível com os operadores do Direito, de caráter científico, porém humanista, fica mesmo com Roberto Lyra:

> *"Luto em favor de homens e mulheres excomungados e estigmatizados, sem presente e sem futuro, sem voto para atrair a cobiça eleitoral, sem dinheiro e sem poder para a praça dos privilégios.*[6]*"*

O crescente problema em que consiste a criminalidade, isto sob o ponto de vista eminentemente técnico, não deve resultar na tolerância às respostas truculentas da polícia, pois os policiais, integrantes do Poder Executivo, não são juízes, sendo-lhes vedado julgar, tampouco executar as "sentenças", muitas vezes de morte, pena que sequer existe neste País.

Percebe-se presentemente - e em muitos juristas - a preocupação em buscar, nas fórmulas antigas, novos significados.

[6] ROBERTO LYRA – *"Atualidade de minhas posições e propostas em Direito Penal e Criminologia" Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal* n.º 13, ABRIL/JUNHO 1 966

É a moderna exegese, é a interpretação arejada, desprovida do radicalismo da dogmática jurídica, que busca libertar-se do intransigente apego ao texto frio da lei.

E aqui tem espaço o eminente Ranulfo de Melo Freire:

> *"O juiz atual deve perder sua incontaminada inocência, imiscuindo-se nas impurezas do social, e deve tomar consciência de que o apego literal à norma pode, não poucas vezes, torná-lo mero instrumento de interesses menos legítimos."*

Nesta batalha, todos nós, operadores do Direito, somos soldados.

Com razão o poeta turco Nazim Hicmet:

Se eu não me queimo,
Se tu não te queimas,
Se não nos queimamos,
Como haveremos
de produzir o grande incêndio
Que iluminará
o futuro da humanidade?

A contratação direta de advogados pela Administração Pública

Marcelo Marques Siqueira [1]

No Estado de Direito, que reflete a confiança dos cidadãos depositada nos governantes como executores das garantias constitucionais, o uso do poder pelo administrador público deve obedecer a lei em todas as situações. O poder da autoridade pública tem limites e forma legal de utilização, não podendo ser desvirtuado para o arbítrio e o favoritismo, numa afronta aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

O poder, como prerrogativa da autoridade, deve ser usado sem abuso, segundo as normas legais, de acordo com a moralidade e a supremacia do interesse público. O abuso do poder pode se dar de maneira dissimulada, como quando a autoridade se desvia da finalidade do ato ou quando ela distorce preceitos legais. Neste caso, o agente administrativo interpreta uma norma não no sentido correto, mas da maneira que lhe é mais conveniente, para atingir interesses escusos.

O que pretendemos no presente artigo é discutir um caso bastante controvertido na Administração Pública, onde a má interpretação da norma constitucional e da lei posterior, tem levado à contratações irregulares por parte de alguns agentes. Trata-se de uma forma disfarçada de abuso da autoridade, uma afronta ao interesse e ao patrimônio público.

Vamos tratar do estatuto licitatório e da sua utilização desvirtuada quando da contratação de assessoria jurídica pela administração pública.

[1] Procurador do Estado de Goiás, Professor de Direito Administrativo na Faculdade de Direito de Anápolis e especializando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás.

Da licitação

Preceitua o Artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, com relação à Administração Pública, que *"ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei..."*.

Depreende-se do exposto, o dever geral de licitação para todas as esferas de governo, onde a finalidade maior é assegurar a igualdade de condições para todos os interessados e obter a melhor proposta para o Poder Público.

Nesses termos, pode-se conceituar a licitação como um procedimento administrativo pelo qual a Administração Pública dá igual oportunidade a todos os interessados e seleciona a proposta mais conveniente para a celebração do contrato de seu interesse.

No entanto, da expressão *"ressalvados os casos especificados na legislação"* percebe-se que lei posterior poderá dizer quais os casos em que a licitação é dispensável ou inexigível. Esta determinação constitucional é obviamente essencial, pois nem sempre a licitação é necessária, conveniente ou possível. Mas desta determinação, que deveria ser para exceções, surgem as oportunidades para que alguns agentes públicos possam burlar o dever geral de licitação, distorcendo a lei para que, onde a licitação é obrigatória, possa parecer que ela é inexigível ou dispensável.

A lei federal nº 8.666, de 21/06/93, regulamenta o artigo constitucional acima citado e institui normas para as licitações e contratos da Administração Pública no âmbito dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Os artigos 24 e 25 da referida lei federal relacionam os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, especificando os casos ressalvados na legislação.

Da inexigibilidade de licitação

Inexigibilidade de licitação é a impossibilidade jurídica de competição entre os interessados, por circunstância relativa ao bem que se quer adquirir ou à pessoa que se deseja contratar.

O inciso II do artigo 25 da lei federal nº 8.666/93, que dispõe sobre uma das hipóteses de inexigibilidade de licitação, em alguns casos, vem sendo distorcido por agentes administrativos.

O citado artigo 25 prevê:

> *"Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:*
>
> ...
>
> *II – para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta lei, de natureza singular, com profissionais de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;"*

Interpretações distorcidas deste artigo podem permitir que alguns entes da Administração Pública realizem contratações sob o manto de suposta inexigibilidade de licitação, mesmo quando esta não é cabível.

Essa exceção ao dever geral de licitação pode ser bastante "ampliada" para que a contratação se dê sem a devida licitação, num claro afrontamento aos princípios da moralidade e da legalidade. Assim tem sido na contratação de advogados ou escritórios de advocacia pela Administração Pública sem o devido processo licitatório, quando este é obrigatório.

Do artigo 25, inciso II, ou da contratação de serviços técnicos profissionais especializados

O artigo 25, II, combinado com o artigo 13 da Lei 8.666/93, como exceção à regra geral da obrigatoriedade da licitação, permite a inexigibilidade do procedimento licitatório para a contratação de serviços técnicos profissionais especializados com profissionais ou empresas de notória especialização, desde que cumpridas as formalidades da lei (justificativa, ratificação da autoridade superior, publicação na imprensa oficial). São serviços que exigem do contratado um profundo conhecimento na área de atuação.

Sendo assim, para que se dê a inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos, exige-se a existência concomitante de dois requisitos:

singularidade do serviço (singularidade objetiva) e notória especialização (singularidade subjetiva). A inexistência de um desses dois requisitos implica em impossibilidade de contratação direta ou em sua anulação, caso já tenha sido feita.

Da singularidade

O serviço contínuo e corriqueiro da Administração Pública não se confunde com o serviço singular, que é aquele cuja complexidade o diferencia dos demais serviços habituais. Portanto, antes de adentrar na capacidade notória do executor, cumpre verificar se o serviço de que se necessita é singular. Não sendo de natureza singular, qualquer discussão acerca da notória especialização do causídico contratado torna-se despicienda.

Serviço de natureza singular é aquele de complexidade tal que o torne diferente dos da mesma espécie e que exige, para sua execução, a contratação de profissional ou empresa de especial qualificação.

O acompanhamento de uma ação direta de inconstitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal ou a emissão de um parecer jurídico sobre um assunto notadamente complexo podem ter natureza singular, mesmo para profissionais do direito. Já o acompanhamento de ações trabalhistas em fase de execução não tem característica de singularidade.

Os serviços advocatícios prestados em série, incluídos em "pacotes", rotineiros, podem ser perfeitamente objeto de licitação, não sendo hipótese de inexigibilidade (impossibilidade).

Se o objeto do contrato não se reveste de singularidade a ponto de exigir os serviços de um profissional de notório saber, basta ser exigida capacitação na área e empenho nos objetivos para que os fins sejam atingidos. Caso o serviço possa ser desempenhado por outros profissionais com dedicação e capacidade, não há inviabilidade de competição.

Da notória especialização

Profissional de notória especialização é tema de menor controvérsia, visto que está definido no § 1º do artigo 25 do Estatuto Federal Licitatório: *"Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permitam inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato".*

Como nos ensina o insuperável mestre Hely Lopes Meirelles, notória especialização *"é a fama consagradora do profissional ou empresa no campo de sua especialidade, o reconhecimento público de sua alta capacidade profissional".*

Não basta o preenchimento de um dos requisitos do § 1º do citado artigo para que se caracterize a notória especialização. A notoriedade é resultado do preenchimento de um conjunto desses requisitos. Não basta, por exemplo, a comprovação de experiência para que alguém seja considerado de notória especialização na área.

Não se pode confundir a singularidade e a notória especialização com a existência de apenas um prestador do serviço na área. Isto seria a licitação impossível. Não é isso o que se pretende. O que defendemos é que, para a contratação de serviços técnicos profissionais especializados, faz-se necessária a presença simultânea dos requisitos da singularidade e da notória especialização.

O exemplo do conceituado administrativista Diógenes Gasparini é bastante claro para ilustrar a exigência da coexistência de ambos os requisitos para que a contratação direta se concretize: *"Desse modo, não será legal a contratação de Celso Antônio Bandeira de Mello, advogado de notória especialização, para promover as ações de execução fiscal de um dado Município, visto que este tipo de serviço, embora consignado no inc. V do art. 13 do Estatuto Federal Licitatório (patrocínio de causas judiciais), não é de natureza singular, isto é, não é de tal complexidade que o individualiza, e, por essa razão, não exige um profissional desse gabarito".*

Da contratação direta de advogados ou escritórios de advocacia pela Administração Pública

Os casos em que a Administração Pública pretende contratar serviços advocatícios de terceiros merecem ser analisados com cuidado e individualmente.

Em primeiro lugar, precisa ser analisado se o serviço a ser prestado pelo profissional é realmente de natureza singular. Se o serviço não é de natureza complexa, se é serviço corriqueiro e inerente ao órgão que está realizando a contratação, não há que se falar em singularidade, o que já afasta a contratação através de inexigibilidade de licitação. Não é suficiente que seja serviço jurídico para que se justifique a contratação direta.

Em regra, os órgãos da Administração Pública possuem, entre seus servidores, advogados e assessoria jurídica. Portanto, não justifica a contratação externa sempre que se necessitar de serviços jurídicos.

A título de exemplo, a Secretaria do Planejamento e Desenvolvimento do Estado de Goiás não pode contratar assessoria ou consultoria jurídica externa para prestar serviços inerentes ao órgão, qual seja, o planejamento e desenvolvimento de programas em prol da sociedade goiana. É para isto que seus servidores estão lá. Se os próprios servidores da pasta, integrantes dos quadros da Administração, não são competentes para prestar serviços a ela inerentes, deve ser aberto concurso público para contratação de profissionais capacitados, nos termos do artigo 37, inciso II, da Constituição Federal.

A segunda opção para a busca de profissionais qualificados, em respeito à nossa Carta Magna, seria a realização de licitação, como regra geral, para a contratação de serviços que fujam à rotina do órgão público. Seriam selecionados os escritórios de advocacia interessados. Só excepcionalmente, comprovada a alta complexidade e singularidade do serviço técnico profissional, é que se poderia partir para a análise da notória especialização do profissional a ser contratado.

Sendo assim, atendido o binômio singularidade e notória especialização, é que poderia ser feita a contratação direta, através da inexigibilidade de licitação, no termos da Lei federal nº 8.666/93 e suas alterações. Isto quando a contratação não fosse para serviços inerentes ao órgão, caso em que não cabe a contratação direta.

A contratação direta de juristas por parte da Administração Pública caberia em poucos e isolados casos, como exceção à regra geral do dever constitucional de licitação, desde que esta contratação não fosse feita pela União, pelos Estados e pelo Distrito Federal, como veremos a seguir.

Dos Procuradores de Estado e a contratação direta de assessoria jurídica

Preceitua o artigo 132 da Constituição da República Federativa do Brasil:

> *"Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá do concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases,* ***exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas"*** *(grifo nosso).*

O Procurador do Estado é responsável pela advocacia da unidade da federação, que, no Estado democrático de Direito, não se submete a interesses pessoais do governante do momento ou a condições de determinada gestão. É o profissional que assegura os direitos dos cidadãos, enobrecendo o direito e garantindo que outros o respeitem. Representa em juízo, com autonomia constitucional, os interesses do Estado à realização da justiça e controla internamente a legalidade dos atos do Poder Executivo.

Estado é muito mais que o governo ou os governantes. O Estado abrange a sociedade, uma união de seres humanos com fins comuns. Nestes termos, o Procurador do Estado representa e defende os interesses de toda a sociedade, exigindo o respeito aos limites e preceitos da lei por parte do Poder Público.

A advocacia pública é atividade exclusiva do Estado, desempenhada por um de seus órgãos. A Procuradoria Geral do Estado é o órgão responsável pela advocacia pública no âmbito estadual, daí o Procurador do Estado ser o agente competente para exercer uma atividade exclusiva do Estado, nos termos da Constituição Federal.

Somente aqueles que compõem a carreira de Procurador, função constitucional, única e permanente, é que são competentes para desempenhar as funções de representação judicial e de consultoria jurídica da unidade federada da qual fazem parte.

A Constituição Federal, de maneira expressa, preceitua a carreira organizada dos Procuradores do Estado, estabelecendo sua competência. Desnecessá-

ria é a palavra "exclusiva" no texto constitucional. A Constituição do Brasil, como um sistema uno, quando estabelece uma competência, está determinando quem detém uma atribuição legalmente descrita. Somente quem detém determinada competência constitucional pode agir naquela esfera. Da mesma forma, quando nossa Lei Maior estabelece a competência dos juízes e tribunais, desnecessário é dizer que esta competência de julgar é exclusiva do Poder Judiciário. As exceções não podem ser ampliadas, devem ser taxativamente previstas também na Carta Magna.

Depreende-se do exposto que é vedada, no âmbito interno da Administração Pública direta estadual, a contratação de assessoria jurídica privada para defesa judicial de interesses do Estado ou para a consultoria jurídica, atos que competem aos advogados públicos.

Os órgãos do Poder Executivo estadual são constitucionalmente impedidos de contratar advogados particulares, através de licitação ou contratação direta, para desempenhar serviços específicos da Procuradoria Geral do Estado.

Considerações finais

O artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil institui, como princípio máximo entre seus direitos fundamentais, o princípio da isonomia. Este princípio, combinado com os demais princípios norteadores da Administração Pública, erigiu a regra geral da obrigatoriedade da licitação como antecedente das contratações.

Ainda nos artigos 131 e 132 de nossa Constituição, que estabelecem a advocacia pública, fica claro que compete (competência exclusiva, posto que esta é a regra do nosso sistema constitucional atual) à Advocacia-Geral da União e às Procuradorias Gerais dos Estados e Distrito Federal a representação judicial e a consultoria jurídica dos citados entes. Fica descartada a contratação de advogados ou escritórios de advocacia para serviços jurídicos no âmbito da União e das unidades da federação, seja da forma direta ou através da licitação.

Resta, portanto, a contratação de assessoria jurídica para os Municípios ou órgãos da Administração Publica indireta (autarquias, fundações e empresas públicas ou sociedades de economia mista). Para tais entes, a regra geral constitucional é a contratação através de licitação, para serviços que não lhes sejam inerentes, pois estes devem ser prestados por seu próprio pessoal.

Somente em casos excepcionais, de alta complexidade, eventuais, os entes acima citados poderão realizar a contratação através de inexigibilidade de licitação, existindo a presença simultânea dos requisitos da singularidade e da notória especialização, como determina a Lei federal nº 8.666, de 21/06/93.

Qualquer ato da autoridade administrativa competente em desconformidade com as hipóteses previstas em lei, além de ser ato nulo, levará à abertura de processo para a imputação das responsabilidades administrativas, civis e criminais.

O que se pretende é defender a legalidade e a moralidade administrativa, visando rechaçar a utilização desvirtuada do patrimônio do Estado, que deve atender a supremacia do interesse público.

Referências bibliográficas

1 BASTOS, Celso Ribeiro. "Curso de Direito Administrativo". Ed. Saraiva, 3ª edição, 1999.

2 BONAVIDES, Paulo. "Teoria do Estado". Malheiros Editores, 3ª edição, 1995.

3 CRETELLA JÚNIOR, José. "Comentários à Constituição Brasileira" de 1988. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1989.

4 Constituição da República Federativa do Brasil.

5 Constituição do Estado de Goiás.

6 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. "Direito Administrativo". Ed. Atlas, 11ª edição, 1999.

7 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. "Curso de Direito Administrativo". São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

8 GASPARINI, Diógenes. "Direito Administrativo", Ed. Saraiva, 1995.

9 MALUF, Sahid. "Teoria Geral do Estado". Ed. Saraiva, 17ª edição, 1989.

10 MEIRELLES, Hely Lopes. "Direito Administrativo Brasileiro". Ed. RT, 24ª edição, 1999.

11 SILVA, José Afonso da. "Curso de Direito Constitucional Positivo". Malheiros Editores, 15ª edição, 1998.

Aspectos do incidente de uniformização de jurisprudência

Márcio Alessandro de San'Tiago Potenciano [1]

Sumário: 1- Introdução. 2- Natureza Jurídica. 3- Pressupostos. 4- Suscitação pelo Julgador. 5- Legitimação das partes. 6- Ministério Público. 7- Procedimento. 8- Conclusão.

São por demais conhecidos os objetivos do Recurso Especial, sendo que dentre eles podemos destacar o previsto na alínea "c" do art. 105, da Carta da República, qual seja o que visa uniformizar a jurisprudência dos Tribunais Pátrios. Visa-se a unificação do entendimento jurisprudencial entre os Pretórios Nacionais, para que o Direito seja interpretado de uma só forma em todo o Território Nacional. É cediço o não cabimento deste recurso extremo quando a divergência jurisprudencial ocorre no âmbito do próprio Tribunal de onde emanou a decisão objurgada. Sintetizando, a discrepância jurisprudencial, para o REsp, há de ocorrer entre Tribunais.

Pois bem, com o fito de unificar a divergência jurisprudencial no âmbito do próprio Tribunal, prevê o Código de Processo Civil, no Capítulo I, Título IX, Livro I, o incidente de "Uniformização da Jurisprudência".

É certo que não objetiva o incidente de Uniformização da Jurisprudência tornar eternamente imutável o entendimento do Tribunal num determinado sentido, paralisá-lo no tempo e no espaço, indiferente às mutações sociais, ou ao processo histórico social.

Ensina Calamandrei que "seria absurdo desejar que a jurisprudência, que por sua mutabilidade no tempo é a mais sensível e a mais preciosa registradora

[1] Advogado e Procurador do Estado

das oscilações mesmo leves da consciência jurídica nacional, fosse cristalizada e contida em sua liberdade de movimento e expansão"[2].

Com o instituto estudado, busca-se "alcançar uma uniformidade contemporânea de jurisprudência, o que não exclui um diversidade sucessiva"[3]. É destinado a fazer com que se unifique a divergência jurisprudencial de determinado Tribunal. Busca-se a unidade da interpretação do Direito em relação ao espaço, não em relação ao tempo, já que a unificação realizada pode ser revista pelo próprio Tribunal.

Natureza jurídica

Assinala Barbosa Moreira que o instituto em exame não tem a natureza de recurso.

Quando do Código de 1939, poder-se-ia pensar que o antecessor do incidente de uniformização da jurisprudência, o chamado "prejulgado", seria recurso porque o legislador de antanho o inseriu no Livro VII, e no Título dedicado ao recurso de revista. Todavia, ainda assim restou consolidado entendimento doutrinário que o "prejulgado" não era recurso.

Hoje, no Código Buzaid, indubitavelmente ficou melhor organizada fisicamente a matéria, pois que não foi inserido no Título X, relativo aos recursos.

O Professor Nelson Nery Junior assinala que não se trata de recurso e nem faz as vezes dele. Isto porque faltam "ao incidente de uniformização de jurisprudência a voluntariedade, a tipicidade, o efeito devolutivo e, principalmente, a finalidade recursal."[4] Pode ser suscitado de ofício pelo julgador. Não é tratado como recurso pelo C.P.C. Não há o efeito devolutivo. E não tem a finalidade de reformar ou cassar decisão anterior.

Pois bem. Estamos então diante de um *incidente* suscetível de ocorrer em julgamento a ser realizado por Tribunal, seja por competência recursal ou originária. Levantado o incidente, o Tribunal, através do órgão competente, se pronunciará previamente ao julgamento originário, adotando determinada tese jurídica em abstrato, que posteriormente será observada pelo órgão fracionário originário. É, pois, um incidente prévio ao julgamento.

[2] CALAMANDREI, *La Casación Civil*, t. II, pág. 83, *apud* Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 5.
[3] RESTIFFE Neto, Paulo, *A uniformização da jurisprudência nos Tribunais*, RT 476/279.
[4] NERY Junior, Nelson, Os princípios fundamentais dos recursos civis, RT, 5ª edição, p. 87.

Pressupostos do incidente

O incidente tem lugar quando há julgamento em curso perante Tribunal. Todavia, o julgamento deve estar em curso perante órgão fracionário do Tribunal, isto é, turma, câmara ou grupo de câmaras. Isto porque o que se almeja com o incidente de uniformização de jurisprudência é a manifestação do Tribunal a respeito de determinada discrepância de entendimento, o que já ocorre quando o julgamento se dá junto ao Tribunal Pleno ou às Câmaras Cíveis Reunidas.

Por conseguinte, o julgamento deve estar em curso; se já tiver ocorrido o julgamento, cabe recurso, e não o presente incidente.

Ainda, é de se ver que a questão originadora do pedido de uniformização de jurisprudência há de ser relevante para o deslinde da perlenga, sendo irrelevante se se trata do mérito ou de regra de processo, ou seja, tanto direito material quanto formal. O dissídio paradigma há de ter sido a última palavra do Tribunal no feito, isto é, a decisão modelo não pode ter sido reformada.

Verifica-se ser indiferente tratar-se de julgamento de recurso ou causa de competência originária. O Código Buzaid não faz discriminação, facultando a instauração do incidente inclusive em sede de Agravo de Instrumento, Ação Rescisória ou Mandado de Segurança. O interesse público, pela adoção de determinado posicionamento em casos correlatos, possibilita a flexibilidade do rol de julgamentos onde pode-se suscitar o incidente, não se tratando de números clausos.

Quanto ao momento da suscitação tem-se que a divergência pode se consubstanciar ainda antes do julgamento ou mesmo no seu curso, quando se verifica, pelos votos já colhidos, que a tese a ser vencedora divergirá de outra (emanada de órgão diverso).

Suscitação por membro do órgão julgador

O incidente pode ser suscitado por qualquer dos juízes que hajam de votar no julgamento, no momento em que devam proferir o voto. A doutrina ensina que se o juiz já votou, somente poderia suscitar o incidente se reconsiderasse seu voto, se tanto lhe fosse permitido. Por outro lado, o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, no § 2° do art. 378, faculta a suscitação do incidente antes ou depois do voto.

Ademais, pode surgir na causa mais de um motivo ensejador da instauração

do incidente, e se acaso a Turma não acatar o primeiro, tal não impede o julgamento das demais solicitações, se referentes a outro ponto.

Pode-se redargüir sobre a possibilidade de sanção ao magistrado pela inobservância da questão, deixando de suscitar o incidente. É ponto controvertido. Para alguns seria obrigatória a suscitação do incidente pelo magistrado, diante do interesse da coletividade. Todavia, o entendimento dos Tribunais vem se firmando no sentido de ser mera faculdade do magistrado a suscitação do incidente. Em que pese o interesse público no tratamento igualitário de questões iguais, não se pode exigir do magistrado o que nem as partes, em última análise as maiores interessadas, trouxeram aos autos. Oportuna a parêmia "o que não está no processo não está no mundo".

E se o magistrado suscita o incidente, está apenas a demonstrar aos seus pares sua visão da matéria. O magistrado nada requer, mas propõe a instauração, o que vai depender do julgamento dos demais integrantes da Turma, já que a apreciação da propositura também é colegiada.

Legitimação das partes para suscitar o incidente

O antigo Código de 39 só previa a possibilidade de suscitação pelo juiz. Inovando, o Código de 73 criou a possibilidade de suscitação do incidente também pelas partes.

De início, a inovação da possibilidade de suscitação do incidente de uniformização da jurisprudência pelas partes, causou dúvidas, entendendo alguns que era mera sugestão aos julgadores. Aclarando a controvérsia, ensina Barbosa Moreira que "Não autoriza a dicção da Lei, ao nosso ver, o entendimento de que à parte seria apenas lícito "sugerir" a suscitação do incidente, privativa dos membros do colégio judicante". No mesmo diapasão leciona Rogério Lauria Tucci.

A Lei de Ritos fala em "parte" (§ ún., art. 276), sendo irrelevante que o suscitante já fosse parte ou tenha se tornado no curso do processo, como por exemplo terceiro prejudicado, Assistente ou Ministério Público.

A legitimação do Ministério Público

Também neste particular houve discussões, sendo que para alguns o Ministério Público, quando *custus legis*, não poderia suscitar o incidente, já que a Lei de Ritos fala de "parte".

Contudo, surgiram posições de mestres mais abalizados, sendo relevantes os debates travados em 23/08/75, no V Curso de Especialização em Direito Processual Civil da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, coordenado pelo Prof. Arruda Alvim, onde se concluiu: "Pode o Ministério Público suscitar o incidente, tenha recorrido ou não, em primeiro ou segundo grau, na medida em que tal providência esteja na linha do interesse público que defende."

Dentre os argumentos favoráveis levantados naquela oportunidade, o mais relevante é que a uniformização da jurisprudência é questão de ordem pública. A interpretação correta e exata da lei remete à segurança jurídica esperada pela sociedade. O Ministério Público, pois, no seu mister de fiscalizar a lei, há de poder suscitar o incidente, sob pena de restar manietado, num papel meramente contemplativo.

Procedimento

Prevê a lei que a parte poderá suscitar o incidente quando arrazoar o seu recurso ou mesmo quando na resposta ao recurso interposto.

Bem como em petição avulsa, enquanto pendente o julgamento da causa pelo Tribunal. E isto porque o dissídio pode configurar-se após o oferecimento das razões, pelo advento de julgamento divergente por outras Turmas. Daí porque se facultar a suscitação do incidente até em sustentação oral.

Tem-se que o requerimento, oral ou escrito, há de ser fundamentado e devidamente instruído com as decisões paradigmas, possibilitando de pronto a análise da questão.

Assim, quando do julgamento, se já consta dos autos a suscitação ou mesmo quando o próprio relator do feito propõe a instauração do incidente, este participa do incidente os seus pares e vota, como questão preliminar.

Acatada a suscitação do incidente pela Turma, o julgamento do feito é suspenso e os autos são dirigidos ao órgão competente para a apreciação, sendo que no caso do Tribunal de Justiça de Goiás é o seu Tribunal Pleno. Neste, o incidente é apreciado em prévio juízo de admissibilidade e ouvido o representante do Ministério Público. Se determinada orientação jurisprudencial for acatada por maioria absoluta de votos, poderá ser lavrada súmula, que daí em diante será aplicada por todo o Tribunal. Mas se o Tribunal Pleno não decidir por determinada orientação jurisprudencial por maioria absoluta, a decisão servirá apenas para aquele caso concreto.

Algumas ponderações sobre os recursos de natureza extraordinária

Os recursos de natureza extraordinária possuem um sentido peculiar, o qual os distingue significativamente daqueles inerentes à esfera recursal ordinária. Assim, destaca-se que tais mecanismos processuais não têm o papel de fazer justiça, pois possuem como finalidade a padronização da aplicação e interpretação da Magna Carta e da legislação federal no território nacional.

Neste sentido observa-se a lição de Humberto Theodoro Júnior :

"Cabe-lhes, porém, em princípio, o exame não dos fatos controvertidos, nem tampouco das provas existentes no processo, nem mesmo da justiça ou injustiça do julgado recorrido, mas apenas e tão somente a revisão das teses jurídicas federais envolvidas no julgamento impugnado.".[4]

Considerando estas definições, cumpre ressaltar que os recursos de natureza extraordinária consistem numa necessidade do sistema federativo. Assim, como a União reservou para si grande parte da competência legislativa, não cabe aos Estados interpretar e garantir homogeneidade na aplicação de textos legais alheios às suas atribuições de legislar.

Desta forma, diante de tal sistema de organização política, subsiste a necessidade de um órgão jurisdicional que garanta a aplicação, de forma homogênea, da Constituição e dos textos legislativos federais. Para tanto, existem os recursos de natureza extraordinária, de competência das Cortes Superiores.

As controvérsias decorrentes da nova redação do art. 544, § § 3º, 4º e 545 do CPC

Conforme mencionado, a Lei nº 9756/98 alterou a redação dos presentes dispositivos, de modo a permitir que o relator do Agravo de Instrumento, interposto em face da denegação de seguimento de RESP ou RE, dê provimento a estes recursos, de maneira monocrática, estando a decisão do Tribunal local em confronto com a Súmula ou jurisprudência dominante na Corte Superior (§§ 3º. e 4º. art 544, CPC).

3 "O Relator a Jurisprudência e os Recursos"; *in* "Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de Acordo com a Lei 9.756"; Coord. Teresa Arruda Alvim Wanbier e Nelson Nery Jr.; Ed. RT; pag.133.

4 4 "Curso de Direito Processual Civil"; Vol I; Ed. Forense; 18a. ed.; pag. 593.

Segundo o art. 545 do mesmo diploma processual, desta decisão de relator cabe "agravo ao órgão competente para o julgamento do recurso". Assim, surge contundente controvérsia acerca do objeto e fundamentos cabíveis para o mencionado recurso de agravo.

O corrente tema não conta ainda com posicionamento pacífico, estando em fase de amadurecimento no campo acadêmico e jurisprudencial, em face da ausência de disciplinamento legal. Neste sentido reconhece Barbosa Moreira, em artigo sobre aspectos envolvendo a reforma ora discutida:

"A lei 9.756, todavia, não cuidou de disciplinar minuciosamente o procedimento desse agravo, ao qual se deve reconhecer o efeito suspensivo"[5]

Não obstante, destaca-se que o tema foi amplamente discutido em recente Seminário sobre "Aspectos Polêmicos do Recurso Especial", promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, realizado em Brasília, em Dezembro de 1999. Nesta oportunidade, participaram como palestrantes respeitáveis autoridades no campo do Direito Processual, como o Min. Ruy Rosado, Prof. Nelson Luiz Pinto e Prof. Carlos Alberto Carmona. Das discussões desenvolvidas, percebeu-se existir cerca de três posicionamentos sobre o tema.

Um primeiro entendimento sustenta que o Agravo Interno[6], ora discutido, deveria ter por objeto a impugnação da decisão do relator, bem como abranger o mérito do RESP ou RE, pois os mesmos seriam julgados na ocasião de julgamento do próprio recurso de agravo.

No entanto, existem questionamentos à presente posição, pois implicaria em violação ao princípio da ampla defesa, vez que no julgamento de agravo não se admite sustentação oral, não há marcação de pauta, não cabe do mesmo Embargos Infringentes, bem como a parte contrária não tem oportunidade de apresentar contra-razões.

Outra posição sustenta que o presente recurso deve ter por objeto, além da impugnação da decisão do relator, a busca pelo processamento normal do RESP ou

5 Algumas Inovações da Lei 9.756 em Matéria de Recusos Civis"; *in* "Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de Acordo com a Lei 9.756"; Coord. Teresa Arruda Alvim Wanbier e Nelson Nery Jr.;

6 A presente terminologia ainda se encontra em fase de amadurecimento. Destaca-se haver entendimentos no sentido que o termo correto seria "Agravo Regimental". Todavia, em que pese a observância do processamento deste, tal denominação não seria correta, pois se o CPC estabeleceu a previsão do corrente recurso, não seria possível qualificá-lo de Regimental. Desta forma, alguns doutrinadores estão sustentando a terminologia de "Agravo Interno".

RE, o que não acarretaria em violação à ampla defesa. Barbosa Moreira, aparentemente aproximando-se desta tese, tece algumas ponderações neste sentido:

"...Se se apresenta o feito "em mesa", sem inclusão em pauta, e por conseguinte sem cientificação oficial das partes, poderia em tese acontecer que, provido o agravo, viesse o agravado a receber com total surpresa, e talvez até sem a possibilidade de reação...Ao nosso ver, semelhante eventualidade mal se compadece com a garantia constitucional do contraditório"[7].

Todavia, existem questionamentos ao entendimento em epígrafe, pois o mesmo implicaria em afronta aos princípios da instrumentalidade e efetividade, os quais orientaram o espírito da presente reforma na legislação processual.

Um terceiro posicionamento sustenta que o objeto do agravo seria o ataque à decisão do relator, abrangendo também o mérito do RESP ou RE. Não obstante, de modo peculiar, os defensores desta terceira tese sustentam que dever-se-ia dar ao agravo o processamento de RESP ou RE, de modo a não se violar a ampla defesa, ou seja, admitir-se-ia no julgamento deste agravo marcação de pauta, intimação da parte contrária para apresentar contra-razões, sustentação oral[8], bem como embargos infringentes. Destaca-se que a tese em epígrafe estaria de acordo com o espírito da lei, orientando-se pelo princípio da instrumentalidade e, por outro lado, não implica em afronta à ampla defesa. No entanto, não há previsão legal ou regimental que permita dar a presente forma de processamento ao agravo.

Outrossim, em que pese o mencionado óbice, a presente construção apresenta-se mais plausível, na medida em que concilia a efetividade e a instrumentalidade processual, orientadora da vontade da lei, sem comprometer o princípio do devido processo legal e da ampla defesa.

Cabe ainda ressaltar haver controvérsia sobre o conceito da "jurisprudência dominante", a que se refere o texto do § 3º do art. 544 do CPC. Destaca-se não ter a lei estabelecido tal definição, ensejando discussões sobre a mesma.

Nestes termos, considerando tais ponderações, cumpre salientar que o tema encontra-se em ebulição, contando com respeitáveis posicionamentos, não havendo, porém, nenhum posicionamento preponderante ou conclusivo.

Superados estes aspectos, urge tecer alguns esclarecimentos sobre a aplicabilidade dos dispositivos ora discutidos no processo do trabalho, tratando-se de Agravo de Instrumento interposto em face da denegação de seguimento de Recurso de Revista.

7 idem; pag. 327.

Da aplicabilidade do art. 544 e 545 do CPC no processo do trabalho

O cabimento da aplicação dos dispositivos em tela ao processo laboral, em sede de Agravo de Instrumento interposto pela denegação de seguimento de Recurso de Revista, trata-se de outro tema significativamente controvertido. Destaca-se que um dos aspectos ensejadores desta controvérsia decorre da Lei 9756/98 ter alterado a CLT, não tendo, todavia, promovido modificações estabelecendo previsão semelhante no texto consolidado.

Assim, subsistem dois posicionamentos sobre o tema, os quais contam com respeitáveis defensores no campo acadêmico e dentre os integrantes do Colendo Tribunal Superior do Trabalho.

Segundo um primeiro entendimento, não caberia a aplicação do art. 544 e 545 do CPC ao processo do Trabalho, pois a Lei nº 9756/98 alterou o presente Código de Processo e a CLT, não dispondo nada no sentido dos mencionados dispositivos sobre as alterações do texto Consolidado. Nestes termos, sustentam que se o legislador tivesse tal intenção, já o teria feito.

Ressalte-se, ainda, que no TST atuam juízes convocados dos TRTs, bem como ministros-classistas, não cabendo conferir a estes julgadores poderes jurisdicionais, para proferir decisões monocráticas, dando provimento a Recurso de Revista, nos termos do disposto no art. 544 do CPC. Cabe, contudo, esclarecer que a questão dos classistas encontra-se prejudicada, em face da Emenda Constitucional 24.

Por outro lado, subsiste entendimento em sentido contrário, sustentando caber a aplicação dos art. 544 e 545 do CPC ao Processo do Trabalho. Segundo os defensores desta tese, em que pese a Lei nº 9756 não ter alterado a CLT neste sentido, o art. 769 do texto consolidado admite a aplicação subsidiária do CPC ao processo laboral, diante de omissão e compatibilidade.

Desta maneira, sustentam ser a CLT omissa, bem como ser totalmente compatível com o processo de trabalho os dispositivos em epígrafe, considerando os princípios da instrumentalidade e economia processual.

8 A Segunda Turma do STF, recentemente, deliberou no sentido de que caberia ao Pleno decidir sobre a possibilidade de sustentação oral e prévia publicação em pauta do julgamento do presente agravo. Segundo a decisão em epígrafe, proferida no RE(AgRg)247.520, 07/12/99, entendeu-se que a matéria envolvia modificação do Regimento Interno.

Neste sentido, cabe destacar a possibilidade do TST adotar tal entendimento, considerando recente decisão proferida pela Seção de Dissídios Coletivos, relatada pelo Ministro Armando de Brito, ao tratar da aplicação do art. 577 do CPC, o qual também confere ao relator poderes de decidir monocraticamente:

"***COMPETÊNCIA - ART. 577 DO CPC -REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI No. 9756/98 - APLICABILIDADE AO PROCESSO TRABALHISTA - O art. 577, § 1º. do CPC, que confere ao Relator do processo a faculdade de, monocraticamente, dar provimento a recurso que objetive a adequação do julgado à jurisprudência pacificada nos Tribunais superiores, constitui ferramenta simplificadora e agilizadora do feito e por isso mesmo compatível com os princípios norteadores do processo trabalhista...***"(TST - RR 511.608/1999-1 - SDC/99 - DJU 28/05/1999).

Não obstante, em que pese se observar a tendência daquela Corte em admitir o último posicionamento, ainda não se pode conceber qualquer das teses como unânimes ou majoritárias.

Conclusão

Considerando os aspectos ora expostos, cumpre concluir no sentido de não haver um entendimento capaz de encerrar a discussão. Assim, cabe destacar que o objetivo do presente artigo foi o de contribuir para o debate, de modo a aprofundar no estudo do tema.

Bibliografia

JÚNIOR, Humberto Theodoro; *Curso de Direito Processual Civil;*Rio de Janeiro; Ed. Forense; 18 ed.; 1996.
MOREIRA, José Carlos Barbosa; *Novo Processo Civil Brasileiro;* Rio de Janeiro; Ed. Forense; 20 ed.; 1999.
SILVA, José Afonso da; *Curso de Direito Constitucional Pisitivo;* São Paulo; Ed. Malheiros; 12 ed.; 1996.
Jr.; Nelson Nery; *Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos;* São Paulo; Ed. RT; 5ª. ed; 1999.
GIGLIO, Wagner D.; *Direito Processual do Trabalho*; São Paulo; Ed. Saraiva; 10ª. ed; 1998.
ALMEIDA, Ísis; *Manual de Direito Processual do Trabalho;* São Paulo; Ed. LTr; 9ª. ed.; 1998.
WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e JÚNIOR, Nelson Nery; *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de Acordo com a Lei 9.756* ; São Paulo; Ed. RT.

Questões fiscais do Estado

Tomaz de Aquino Petraglia [1]

SUMÁRIO: 1. A rapidez da causa forense, especialmente, da execução fiscal. 2. Falta de bens, circunstância que afeta as execuções. 3. A situação fiscal favorável aos devedores. 4. Um aspecto da controvérsia entre o fisco e o contribuinte. 5. Validade da lei de execução fiscal e uma ressalva. 6. Crime contra a ordem tributária. 7. Necessidade de investigação. 8. Medidas fiscais. 9. Execuções apenas contra devedores que tenham bens.

Quanto às causas fiscais do Estado, qualquer um se mete a entendido e se põe a dar palpites, publicamente, para censurar e para defender, uns clamando que a execução fiscal não produz arrecadação e culpando a Procuradoria Fiscal, etc., outros se desculpando com o argumento de que a celeridade depende de criação de mais uma vara, só para execução fiscal.

É o cúmulo do absurdo. Vê-se, nas falas de um e de outro lado, que críticos afoitos e defensores improvisados estão desligados da realidade, fora da teoria e da prática.

Seria de se lembrar o exemplo de COUTURE que disse: "Só depois de haver, durante vinte anos, estudado e pensado sobre as mesmas coisas creio ter começado a entendê-las um pouco. " (Introdução ao Estudo do Processo Civil, Rio de Janeiro, José Konfino, ed., 3a ed., trad. br.).

Veja-se a questão da celeridade. Dá o que pensar, pois é geral o clamor contra a lentidão da causa forense e a matéria é própria a gerar solução para todos os gostos.

[1] Advogado e Procurador do Estado

A rapidez é um objetivo desejável, no processo.

ALÍPIO SILVEIRA observa: "E SHAKESPEARE, com razão, no monólogo de "Hamlet", incluiu as intermináveis delongas forenses, as dilações da lei, entre os mais fortes motivos que podem levar um homem ao suicídio" (Os Métodos de Interpretação da Lei em nosso Supremo Tribunal, Revista Forense, 189,p. 18).

Acontece que a rapidez não depende dos Procuradores e, às vezes, não prejudica o Estado. Interessa a rapidez no caso de execução proposta pela Fazenda Pública Estadual. Não interessa, em regra, no caso, de execução ou qualquer ação em sentido contrário.

Além do mais, há que observar a lei, pois dela é que resulta a rapidez ou a lentidão do processo.

O Código de Processo Civil, no art. 125, registra :"o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: II- velar pela rápida solução do litígio".

Como lembra o professor da USP, ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA: " (...) a regra é o impulso oficial e não o impulso das partes". (Abandono da causa no novo Código de Processo Civil, Revista Forense 254/171)

CHIOVENDA ensina :"Chama-se "impulso processual" a atividade que visa somente a obter o movimento progressivo da relação processual para o fim.

Pode-se conceber o impulso processual cometido ao órgão jurisdicional (impulso oficial) ou às partes (impulso das partes).

Inspira-se o princípio do impulso oficial na idéia de que o Estado é interessado na rápida definição das lides uma vez iniciadas, e por essa razão seus órgãos devem tomar a iniciativa de seu presto desenlace.

Já o princípio oposto move-se da idéia de que o processo civil é assunto das partes, e cabe a estas o direito de dispor sobre o tempo de seu desenvolvimento e, ao mesmo tempo, o ônus de diligenciar o seu andamento" (Instituições de Direito Processual Civil, São Paulo, Saraiva, 1969, trad. brasileira, tomo II, n. 266, p. 359, 360).

Havendo embargos, quer dizer, agindo o devedor de forma ativa, passando

a Fazenda Pública a atuar na defesa, a situação muda, pois nesse caso há maiores discussões, que podem dar margem a provas e outros incidentes, que podem retardar a decisão.

A Fazenda Pública tem necessidade de apresentar documentos e tomar outras diligências para sua defesa.

Como adverte VICENTE GRECO FILHO: " a Fazenda Pública tem dificuldades burocráticas na formulação de sua defesa, merecendo atenção especial, porque sua derrota pode prejudicar, eventualmente, toda a coletividade" (Tutela Constitucional das Liberdades, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 138).

Leia-se a Lei 6.830/80 para se certificar disso.

A questão da celeridade da causa fiscal tem sido mal colocada.

Nem os cartórios são culpados pela lentidão sob o pretexto de excesso de causas fiscais. Os cartórios podem ser culpados por outro motivo, mas não por esse, o do excesso de causas.

Veja-se, a título de exemplo, o que ocorre com uma só execução fiscal, para se poder entender o caso.

O que acontece é o seguinte: a Fazenda Pública propõe uma execução fiscal. O juiz manda citar o executado. O oficial de justiça, ("ad hoc", funcionário da própria Fazenda Pública), procura o citando e não o encontra. Investiga bens do executado e não os localiza.

Verifica-se no DETRAN que o executado e sócios da sociedade executada, não têm veículo lá registrado. Os Cartórios de Registro de Imóveis certificam que o executado não possui imóvel registrado. Oficia-se à Delegacia da Receita Federal e vem a informação de que não se tem notícia do devedor nem de seus bens. Esta é a realidade.

Agora, diante disso, multiplique-se, por um certo número, o exemplo dado, e se terá o retrato exato da situação das execuções fiscais.

A maioria mais que absoluta das execuções fiscais segue o esquema do exemplo acima, desenhado com base na realidade.

Daí o fato de as execuções fiscais serem, na sua maior parte, infrutíferas, fenômeno que se dá não só em Goiás, mas, com certeza, em todo o Brasil, e que é a única causa para a existência de um grande número de cobranças sem êxito.

Diante de tal modalidade de execução não adianta vir alguém falar em tornar o feito mais célere. Isto é ridículo. É um despropósito, pois que adianta tornar rapidíssima uma execução fiscal se foi verificado logo no começo, por certidão do oficial de justiça, que o devedor não tem bens?

Quem se abalançou a fazer crítica e até defesa dos Procuradores pela lentidão das execuções fiscais, sem ter qualificação para isso, deveria ter pousado sua vista sobre o dia a dia forense, antes de emitir seus pronunciamentos, e não vir propor medidas descabidas, sem nada de concreto para justificá-las.

Não se perca de vista que causa fiscal, em especial, a tributária, é em regra de muito relevo, pois cuida de interesse público da maior grandeza, ligado à arrecadação, de que depende o Estado.

Basta ver o que ensina RUBENS GOMES DE SOUSA que escreveu: "de todas as relações jurídicas em que o Estado é parte, a mais importante, pelo número de vezes em que ocorre e pela magnitude financeira de que se reveste, é sem dúvida a obrigação tributária" (O ensino do Direito Tributário nos cursos jurídicos, Revista Forense 165/403).

Falta de bens, circunstância que afeta as execuções

Se apesar das disposições legais, que garantem a execução, a Fazenda Pública não logra seu objetivo, tal se dá em razão de uma circunstância pela qual a Procuradoria Fiscal não tem culpa.

Não se pode culpar a Procuradoria pelo fato de o devedor desaparecer e não deixar bens.

Esse fato ocorre, antes da propositura da ação ...

Não é após o ajuizamento da execução fiscal que os devedores desaparecem. Logo no começo se dá pela sua ausência. Isso prova contra a tese de que a Procuradoria Fiscal é responsável pelo calote. Seria responsável, se podendo ajuizar a execução, não o fizesse, e nesse intervalo o devedor desaparecesse. Não se

verificou essa hipótese.

A situação fiscal favorável aos devedores

As execuções fiscais continuarão suspensas, na maior parte dos casos, por falta de bens, porque o que ocasiona e ocasionará certamente esse fenômeno não é a ação ou omissão do Procurador do Estado.

GANGEMI, tratando da tributação seguida pelos Estados Unidos, diz que a "a finança está ligada à estrutura econômica ", acrescentando "che influenza rimanendone influenzata" (Sistemi Finanziari Comparati, Turim, Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1967, tomo II, p. 345).

No Brasil, economia e finanças, com que se ligam as normas tributárias, também se entrelaçam.

Não poucos, ao invés de entregarem o dinheiro ao fisco, preferem pagar um empréstimo ou investir no seu negócio, para, noutra ocasião, quando chamados a prestar contas, fecharem seu estabelecimento e deixarem, definitivamente, de recolher o imposto.

Em casos semelhantes, salvo engano, há um ilícito tributário e penal. Daí é que resultam as execuções fiscais infrutíferas.

Apesar disso, ERIMÁ CARNEIRO escreve: "Autores têm mostrado que a fraude fiscal tem tido, em todos os povos, sobretudo latinos, um tratamento mais simpático e tolerante que aquele com que são distinguidos os demais delitos, tendo um especialista nestes estudos chamado a fraude fiscal de "delito dos homens honestos". (Alterações no regulamento do imposto de renda de 1965, comentários à Lei n. 4.729, Rio de Janeiro, Edições Financeiras, 1965, p132)

O tributarista alemão HENSEL mostra, porém, que, hoje, não se está inclinado a ver na evasão dos tributos uma simples falta formal e que a lei cedeu muito amplamente à mais severa tendência de avaliação.

Diz HENSEL: "Oggi (...) non si è più inclini a vedere nell'evasione dei tributi a danno della collettività una semplice mancanza formale, il "delittto dell'uomo onesto. La legge há ceduto molto ampiamente a queste più severe tendenze di valutazione" (Diritto Tributario, Milão, Dott. A Giuffrè-Ed, trad.italiana, 1956, p. 309).

A situação com que se debate o fisco é proveniente de fatores vários, para a qual pode concorrer até uma legislação que favorece a lentidão no andamento do procedimento fiscal, com a conseqüente lentidão na inscrição do débito em dívida ativa. Mas, que fazer ?

Sem inscrição do débito na dívida ativa não é possível a execução fiscal (Cf. o que diz o parágrafo 1º, do art. 6º, da Lei n, 6.830, de 22.09.80, que "dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública").

Temos pois o seguinte: até que se faça a inscrição, que é atribuição da Secretaria da Fazenda, ou até o ajuizamento da execução, o que é muito simples e pode ser bem rápido, que é atribuição da Procuradoria Fiscal, é que o devedor pode desaparecer e não deixar bens.

Não haveria o problema se a Procuradoria pudesse propor a execução fiscal sem a certidão de dívida ativa, quando o devedor é descoberto ou apanhado pelo fisco. A inscrição, ato final do procedimento administrativo fiscal, é que retarda o processo.

Disso que resulta um grande número de execuções fiscais infrutíferas.

Um aspecto da controvérsia entre o fisco e o contribuinte

Resistências a medidas que possam fortalecer o fisco podem ser antevistas. Há, de fato, ao que se percebe, uma situação de conflito, quase constante, entre o fisco e o contribuinte, que se reflete na legislação.

FÁBIO FANUCCHI observou: "Enquanto o sujeito passivo trata de descobrir os meios através dos quais evite a imposição ou reduza os seus efeitos, o sujeito ativo trata de, através da lei, estancar ou diminuir as práticas evasivas de sua receita, reduzindo as brechas legais que as propiciam." (Curso de Direito Tributário Brasileiro, São Paulo, Editora Resenha Tributária Ltda, 1971, vol. 1, n. 88, p. 161)

A existência dos dois sujeitos opostos se reflete, inclusive, na interpretação da lei tributária. Como mostra HUGO DE BRITO MACHADO: "Alguns estudiosos sustentaram que a lei tributária devia ser interpretada de modo a que as dúvidas fossem resolvidas a favor do fisco, considerando a prevalência na tributação. Outros sustentaram a tese oposta, isto é, sustentaram que a lei tributária devia ser interpretada de sorte a que as dúvidas fossem sempre resolvidas a favor do contribuinte, considerando que a tributação era odiosa e restritiva da liberdade e da propriedade." (Curso de Direito Tributário, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1992, p. 65).

Sob certo ângulo de que se vê a tributação, o fisco sempre parece ostentar as armas mais poderosas, repleto de poderes e privilégios sem fim, bem maiores que, realmente, são.

RUY BARBOSA NOGUEIRA cita trecho do pensamento do ministro do STF, o acatado jurista CASTRO NUNES, que dizia, décadas atrás: "o fisco dispõe de meios eficientes, rápidos, para cobrar do negociante faltoso..." (Curso de Direito Tributário, 9ª ed., São Paulo, Saraiva, 1989, n. 37, p. 209).

Ora, atualmente, a execução fiscal não tem logrado seus fins em vista da falta de instrumentos de que dispõe o fisco.

Validade da lei de execução fiscal e uma ressalva

Sobre a Lei 6.830/80, esclarece o eminente mestre HUMBERTO THEODORO JR. que "foi editada com o claro e expresso propósito de agilizar a execução fiscal, criando um procedimento especial diverso do da execução forçada comum de quantia certa, regulado pelo Código de Processo Civil" (ob. cit., p. 3-4).

Tome-se uma execução fiscal só e se examine o caso em que o oficial de justiça certificou que não localizou bens penhoráveis.

Qualquer mudança da administração ou da lei em nada virá melhorar a execução, se não atacar o problema da causa da falta de bens descrita. Pode-se dizer que a lei de execução fiscal existente não padece de vício, sendo válida para o fim a que se propôs.

O problema que atinge a lei e a torna estéril, em tantos casos, resulta de sua omissão no trato da causa da falta de bens, deixando de disciplinar medidas para sua supressão, como, v. g., as propostas acima.

Uma medida legal a ser adotada seria a propositura de execução apenas

contra devedores que possuam bens, outra a adoção de providências a favor do fisco, como a garantia de instância, no começo da autuação, ou a implantação da execução fiscal no limiar do procedimento administrativo.

A origem do problema, porém, deve residir na ordem econômica e financeira, que, por vários motivos, conspira contra a estabilidade dos empreendimentos privados, talvez pela situação recessiva, pela alta de juros, pela carga tributária, ou por outro motivo dessa natureza.

Há que lutar contra um estado de coisas que não condiz com a conservação da sociedade, dada pelo sobressalto de que é vítima quem se dedica à iniciativa privada, acossado por medidas contrárias de toda ordem.

MIGUEL LINS e CÉLIO LOUREIRO fizeram as seguintes ponderações: "Compreender as regras positivas para bem aplicá-las é o meio seguro de atingir o entendimento e respeito mútuo entre o contribuinte e o fisco. Harmonizar-lhes as motivações, visando preservar a iniciativa privada, sem prejuízo das diretrizes política, econômica e financeira traçadas, vale como mandamento de hígida justiça tributária, ou seja, da que deve ser necessariamente animada pelo sentido democrático e social que vivifica as instituições contemporâneas" (Teoria e Prática do Direito Tributário, Rio de Janeiro, Forense,1961,p. 27).

Crime contra a ordem tributária no caso de falta de bens e desaparecimento do devedor

As execuções fiscais em que os devedores não são encontrados, ou ainda que encontrados, não apresentam bens, podem configurar ilícito penal.

O art. 1, da Lei 8.137/90, diz que "constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo...", enquanto o art. 2º registra: "constitui crime da mesma natureza: II- deixar de recolher no prazo legal, valor do tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos"

Embora todos os elementos da definição legal do crime, sejam igualmente importantes ou essenciais, grifaram-se as palavras acima, por serem as que mais, expressivamente, servem para qualificar como criminosa a conduta de quem, por exemplo, vende uma mercadoria, inclui o tributo no preço, não recolhe ao Erário o

quanto relativo ao tributo e, ainda, fecha seu estabelecimento, sem comunicação ao fisco, desaparecendo, sem deixar bens. Casos como esse abarrotam os cartórios, salvo engano.

Diante da conduta do agente, tipificada no art. 2º,II, da Lei 8.137/90, dada pela falta de recolhimento do ICMS, por exemplo, cobrado e recebido do contribuinte de fato, o que sucede?

Aparentemente, pelo menos, desponta no ato previsto a intenção de suprimir o tributo, já que não se pode pensar noutra hipótese, no caso.

A questão, entretanto, está longe de ser pacífica, como resulta de pareceres de renomados juristas.

RUY BARBOSA NOGUEIRA assevera: " A consciência popular reluta em admitir que as infrações fiscais possam configurar um ilícito criminoso, vendo antes na ação ou omissão contrária ás leis fiscais uma forma de defesa da liberdade natural contra as coações fiscais" (Curso de Direito Tributário, 9ª ed., São Paulo, Saraiva, 1989, nº 38, p.210).

Examinem-se algumas orientações doutrinárias sobre a lei atual.

O eminente GANDRA expõe:" O art. 2º, inc. II, ao contrário, revela um contribuinte que nada esconde do fisco, dizendo-lhe o que deve e que, portanto, não se confunde com aqueles que, deliberadamente, pretendem manipular operações tributáveis". (Crimes contra a ordem tributária, obra coletiva sob a coordenação de Ives Gandra da Silva Martins, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, p.45).

" Data venia", não se pode concordar com esse argumento.

Com efeito, pouco importa se o agente do crime o pratica sem disfarce ou com ardil, às escâncaras ou às escondidas . O modo de praticá-lo não o desfigura.

Permanece a conduta típica, denunciadora da intenção de cometer o crime, uma vez que de outra intenção não se pode cogitar só pelo "modus operandi". Seria muito fácil burlar a lei se o caráter criminoso do fato pudesse ser apagado por uma atuação particular do agente, como a aventada, inclusive, " ex post facto", em que, apenas, marca presença a desfaçatez, dada pela confissão de agir contra a norma legal.

O contribuinte, na hipótese, age como um cínico, e não como um hipócrita, o que não modifica a situação. Num e noutro caso, patente está o caráter delituoso do fato.

Outro argumento do insigne GANDRA é, " data venia", menos consistente ainda, porque voltado contra a moralidade do dispositivo, como se vê do seguinte trecho de sua douta exposição: "Levando-se em consideração que, muitas vezes, é o próprio Estado que, sem respeitar o princípio da moralidade, esculpido no art. 37 da Constituição Federal, exige tributos sobre operações que o próprio Poder Público realizou com o contribuinte aplicando-lhe o "calote oficial", há de se convir que a generalidade do dispositivo (descontado ou cobrado) é imoral, principalmente quando o art. principia com o discurso " constitui crime da mesma natureza" (ob. cit., p. 45-46).

Separando-se, no afirmado acima, a parte expositiva do argumento de sua parte conclusiva, tem-se: concluiu o autor que " a generalidade do dispositivo (...) é imoral".

Por que imoral?

Um dispositivo legal independe, (para sua qualificação como moral ou imoral, legal ou ilegal, constitucional ou inconstitucional), do que fazem os dirigentes eventuais de algum ente estatal, federal, estadual ou municipal (Poder Público).

O preceito legal não se desfigura pela má atuação de alguns dirigentes ou dirigidos. Isso não pode macular a norma, a não ser que tais dirigentes, legislando em causa própria, (o que seria concebível se vivêssemos numa selva), tivessem feito o dispositivo, para seu uso e abuso, o que não ficou provado e nem se alegou.

Se houvesse um atentado contra o princípio da moralidade na norma examinada, muito fácil seria resolver o caso: bastaria a propositura de uma ação direta de inconstitucionalidade . Não se tentou, ao que se tem notícia, tal ação.

Não se depara com um vestígio sequer de inconstitucionalidade no dispositivo em questão, com base no argumento sob exame.

O preclaro GANDRA, no mais, apenas, figura casos de suposta aplicação do preceito, em que mostra suas conclusões contrárias, o que não se afigura muito apropriado para uma exegese da lei " in abstracto" e que se deixa de examinar,

agora, para não se alongar, inutilmente, num assunto já analisado suficientemente.

GILBERTO DE ULHOA CANTO e LUIZ FELIPE G. DE CARVALHO concluem pela existência de crime, no caso examinado, sem maiores comentários, escrevendo :"O que caracteriza o crime previsto no art. 2.°, II, da Lei 8.137/90, no caso que a questão figura, é o contribuinte embolsar, como parcela do preço dos produtos, cuja saída promove, o montante do ICMS que receber do comprador. Só nessa hipótese é que ele deixa de recolher, no prazo legal, valor de tributo que, na condição de sujeito passivo da obrigação, cobrou de terceiro e que tem a obrigação de recolher aos cofres públicos" (ob. cit., n° 4.5, p.82).

G.M. DE MELO, J. MESTIERI, G.L.TROIANELLI e R.A. MEDINA, admitem a ocorrência do crime na hipótese de o contribuinte "vender mercadoria por preço acima daquele de compra (...) e não-recolhimento na forma e prazo legais" do ICMS (ob. cit., p. 110).

O douto HUGO DE BRITO MACHADO, em trabalho publicado na obra citada e na Revista Forense, começa por ver uma inconstitucionalidade no caso, dizendo:" Não se diga que a vedação constitucional, porque se reporta apenas à prisão civil, não se opõe à lei ordinária que define como crime o inadimplemento de dívida, para reprimi-lo com pena prisional. Não é assim. A lei ordinária que define como crime o simples inadimplemento de uma dívida, e comina para o que nele incorre pena prisional, conflita com a norma da Constituição que proíbe prisão por dívida" (ob.. cit., n° 8, p.128-129 e Revista Forense, n° 344/38)

Não tem fundamento, " data venia", essa alegação.

A Constituição Federal, no art. 5,LXVII, estatui que " não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel".

CELSO BASTOS doutrina:" A prisão de que trata a Constituição é de natureza civil. Com isto quer-se significar que ela não visa a aplicação de uma pena (...)". (Comentários à Constituição do Brasil, São Paulo, Saraiva, 1989, 2° v., p.306).

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO expõe: "Chama-se de prisão civil aquela que não decorre da prática de um ilícito definido na lei como delito" (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, São Paulo, Saraiva, 1990, v. 1, p. 74).

Evidentemente, a prisão de que se trata não é civil e sim penal, porque a lei visa a aplicação de pena.

A prisão penal pode ter por objeto o não-pagamento de dívida. A norma constitucional não a proíbe.

Outro argumento de HUGO DE BRITO MACHADO não teve em vista, especificamente, o ICMS, e se refere ao IPI e Imposto de Renda na fonte. Fica sem exame esse argumento, uma vez que o que, aqui, interessa é a questão da falta de recolhimento do tributo estadual.

YOSHIAKI ICHIHARA, Juiz de Direito e professor em São Paulo, entende que "a falta de recolhimento do ICMS oportunamente declarado nas guias adequadas e relativo à dívida por operações próprias do contribuinte configura o crime capitulado no art. 2º,II, da Lei 8.137/90" (Crimes contra a ordem tributária, obra coletiva sob a coordenação de Ives Gandra da Silva Martins, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, p.149).

O professor JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELO diz, secamente, que não haverá crime no caso de "ICMS declarado e não pago", sem apresentar qualquer argumento digno de nota, citando apenas opiniões outras, como a de HUGO DE BRITO MACHADO baseada no dispositivo constitucional que proíbe prisão civil por dívida (ob. cit. p. 208-210).

DEJALMA DE CAMPOS e PEDRO L. DO AMARAL MARINO também pensam como o autor anteriormente citado, acabando por se apoiar em HUGO DE BRITO MACHADO (ob. cit., p.217-218).

CECÍLIA MARIA MARCONDES HAMATI, Procuradora da República em São Paulo, tendo em vista o ICMS, diz que "a declaração do débito para com o fisco importa o fato de o contribuinte não ter o desiderato de apropriação da quantia" (ob.cit.,p.271), fazendo uma afirmativa sem demonstração.

Por que tal declaração não importa o desiderato da apropriação referida?

A declaração verificada depois do fato não dispõe sobre a intenção, que existiu antes, no momento da ação.

É muito fácil, assim, para o agente do crime mascarar sua intenção criminosa, bastando-lhe depois do fato dizer qualquer coisa no sentido de se acomodar com a lei.

"Data venia", isso é uma justificativa inadmissível.

Outros autores se debruçaram sobre o tema, que ainda é novo, surgido com a Lei de 8.137, de 27 .12.90, que teria revogado a Lei nº 4.729,de 14.07.65.

RUI STOCO fala na "derrogada" Lei nº 4.729/65" (Leis Especiais e sua interpretação jurisprudencial, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p.1483).

O preclaro ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA, ex- Procurador-Geral da República, depois de percuciente análise, conclui :"Tais constatações estão a demonstrar que todos os tipos definidos na Lei 4.729/65 foram objeto de novo tratamento pela Lei 8.137/90, restando daquela apenas o artigo que deu nova redação aos §§ do art. 334 do CP, concernentes aos crimes de contrabando e descaminho" (Crimes contra a ordem tributária, obra coletiva sob a coordenação de Ives Gandra da Silva Martins, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais,p.56).

Eis aí uma questão sobre que se deve voltar a vista dos agentes fiscais e demais autoridades, no sentido de combater a sonegação fiscal.

Necessidade de investigação

A ação penal, ou, pelo menos, a investigação policial, poderia ser tentada.

O art. 7º da Lei 4.729, de 14.7.65, dispôs, no "caput", que as autoridades administrativas que tiverem conhecimento de crime previsto nesta Lei, inclusive em autos e papéis que conhecerem, sob pena de responsabilidade, remeterão ao Ministério Público os elementos comprobatórios da infração, para instrução do procedimento criminal cabível"

A Lei 4. 729, de 14.7.65, sobre a sonegação fiscal, teria sido "parcialmente revogada", conforme RUI STOCO, (ob. cit., Sonegação Fiscal,, p. 1480).

Apesar dessa douta afirmativa, de que, com a devida vênia, ousa-se discordar, sustenta-se aqui que o art. 7º. da lei referida poderia ser utilizado para a repressão do crime em questão.

Não se vê como concordar com o jurista citado na parte em que diz haver sido revogado o art. 7º, apenas porque não foi reproduzido pela nova lei.

A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, que é lei de introdução a todo o Direito brasileiro como ensinam os juristas, tratando da questão da revogação de lei, diz, no art. 2º, §1º, que "a lei posterior revoga a anterior, quando expressamente o declare (não é o que ocorreu, pois a L.8.137/90 silenciou sobre a L. 4.729/65), quando seja com ela incompatível (não há incompatibilidade, evidentemente, eis que a lei posterior nem tratou da questão), ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior (hipótese que também não ocorreu, uma vez que exatamente a matéria do art. 7º da L. 4.729/65 ficou sem referência na lei posterior).

O art. 40 do Código de Processo Penal, que STOCO sustenta bastar para o caso do art. 7º questionado, estabelece que "quando, em crimes ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia".

O eminente mestre FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO ensina:" A lei confere aos Juízes e Tribunais pouco importando se criminais ou civis, o dever de dar a notitia criminis ao Ministério Público sempre que, ao apreciarem autos ou papéis, constatarem a existência de algum fato que constitua crime de ação pública incondicionada. Havendo na Comarca mais de uma Vara, essa notitia, instruída com cópias das peças extraídas dos autos ou dos papéis e outros documentos, deverá ser distribuída, para saber qual dos Promotores terá atribuição para apreciá-la. (Código de Processo Penal Comentado, São Paulo, Saraiva, 1996, vol.1, p. 91).

Quanto ao crime, no Brasil, expressivas as palavras de RUI STOCO: "O legislador demonstrou ser muito mais lento do que os sonegadores" (ob. cit., p. 1485).

Execuções infrutíferas, porque o devedor desapareceu e, sobretudo, porque não se encontram bens penhoráveis, impedem que se leve uma grande quantia para o Erário (falou-se em bilhões de reais a esse título).

Pode haver, no caso, a fraude fiscal, ou seja, o crime contra a ordem tributária acima examinado.

BECKER escreveu há tempos: "o caso mais freqüente de fraude fiscal é o da violação da eficácia jurídica tributária, isto é, dos efeitos jurídicos (ex.: obrigação jurídica de prestar o tributo) decorrentes da incidência da regra jurídica tributária sobre a incidência ("fato gerador") (Teoria Geral do Direito Tributário, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1972, p. 123).

RUBENS GOMES DE SOUSA define a fraude fiscal como " toda ação ou omissão destinada a evitar ou retardar o pagamento de um tributo devido, ou a pagar tributo menor que o devido" ("Compêndio de Legislação Tributária, São Paulo, Ed. Resenha Tributária Ltda., 1975, p. 137).

Veja-se, agora, o que diz DUVERGER sobre "la répression de la fraude": "A repressão de fraude é um meio, não somente de punir o fraudador, mas de intimidar seus imitadores: a repressão pode servir assim à prevenção. Em alguns países, esse caráter é muito desenvolvido: nos Estados Unidos, as penas muito severas infligidas aos fraudadores (podendo atingir vários anos de prisão) contribuem muito para reduzir a fraude ao imposto sobre a renda. Na França, esse papel é muito atenuado; a repressão fiscal é geralmente bastante leve, em proporção das vantagens que o fraudador retira da fraude." (ob. cit., p. 406)

É preciso que se combata a fraude fiscal com todas as armas de que dispõe o fisco. O notável sociólogo francês DURKHEIM disse a respeito: "Une fraude commerciale, une grave escroquerie, para les maux quelles causent, font souvent d¨un seul coup plus de malheurs qu¨un meurtre isolé" (Leçons de Sociologie, Physique des Moeurs et du Droit, Parfis, Presses Universitaires de France, 1950, p. 136).

O eminente jurista FERNANDO WHITACKER DA CUNHA observou: " Uma das razões do progresso dos Estados Unidos, a par de seu programa educacional, como o notou o presidente Coolidge, é penso eu, o seu rigorismo tributário, sem que isso seja tido como antidemocrático. No Brasil, o desamor, quando não o desinteresse pela coisa pública, tem atravancado, inclusive, a nossa evolução pelo détournement das rendas que o Estado deveria legitimamente auferir" (Fraude contra o Fisco, "in" Revista Forense 243/382).

Medidas fiscais

Ações cautelares têm sido propostas pela Procuradoria Fiscal.

Não há, porém, meio capaz de impedir o devedor de fechar seu estabelecimento e mudar de localidade. Ele sempre poderá fazer isso. Talvez sábios assessores fazendários pensem naquelas medidas que o Judiciário tem repelido e que a Procuradoria Fiscal não consegue fazer valer, como as apreensões de mercadorias, a proibição de defesa administrativa, a recusa em autenticar documentos fiscais, etc. Devem ser evitadas semelhantes providências.

Com efeito, como ensina JOSÉ AFONSO DA SILVA: "Se o Estado é assim submetido à lei e, como pessoa jurídica, suas relações de crédito e débito se subordinam aos ditames das normas legais, significa que não pode, por si, executar suas dívidas, manu militari, pois também ao Estado-Administração, ao Estado-Fisco, à Fazenda Pública, está vedado fazer justiça pelas próprias mãos." (Execução Fiscal, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975, p. 11).

Podemos pensar na cautelar fiscal prevista pela Lei n. 8.397, de 06.01.92.

A Procuradoria Fiscal pode propor tal ação. Basta que o fisco, ou seja, a Secretaria da Fazenda, os órgãos do Estado, os fiscais, queiram agir em estreita sintonia com a Procuradoria Fiscal, deixando de lado a burocracia e o formalismo.

É o que deve acontecer, por exemplo, na hipótese em que um agente fiscal apura, na pendência do processo administrativo ou por ocasião de suas diligências, a ocorrência de uma alienação ou tentativa de alienação de bens de um devedor insolvente.

Em contato com o agente fiscal e de posse dos documentos, o Procurador do Estado não teria dificuldade nenhuma em propor a ação em pouco tempo, podendo acalentar a convicção de obter uma liminar de interesse da Fazenda Pública.

Meio apropriado à defesa do Estado, na falta de propositura de execução contra devedores insolventes ou sem bens, é dado pela ação cautelar fiscal regida pela Lei n. 8.397, de 06.01. 92.

Segundo essa lei, um dos fatos que autoriza o aforamento da cautelar fiscal é dado pela alienação de bens por parte do devedor, em prejuízo da Fazenda Pública (art. 2, inc.III).

Assim, embora não se propondo a execução, mas com documentos sobre o

fato e com a prova da constituição do crédito fiscal, dado pelo procedimento administrativo tributário, pode a Fazenda Pública propor ação para obter "a indisponibilidade dos bens" do devedor (art. 4º da Lei citada) "até o limite da obrigação".

No curso do processo administrativo tributário pode ser proposta a cautelar. A lei não exige prova da constituição do título de dívida, mas "prova literal da constituição do crédito fiscal" (art. 3º, inc.I), o que é bem diferente e se dá pelo lançamento, como se deduz dos arts. 142 e seguintes do Código Tributário Nacional, que tratam da "constituição do crédito tributário", em que se diz que "compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo... ".

MILTON FLAKS lembra: "Em primeiro lugar, como várias vezes já assinalado, o ato declarativo da dívida é o lançamento e não a inscrição" (Comentários à Lei de Execução Fiscal, Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 341).

Execuções apenas contra devedores que tenham bens

Processos há que nem deveriam existir, como acontece com as execuções fiscais em que os devedores não têm bens.

Como ensinou LIEBMAN:"O patrimônio do devedor representa para o credor a garantia de poder conseguir, em caso de inadimplemento, satisfação coativa pelos meios executivos. Toda alienação dos bens do devedor é, pois, potencialmente um prejuízo para o credor, que corre o perigo de não poder realizar execução frutífera por falta de objeto. Não obstante isso, a lei reconhece ao devedor plena liberdade de contratar e, por conseguinte, de alienar seus bens, com o único limite de não serem as alienações feitas com conhecimento do prejuízo que se vai causar aos credores por falta de outros bens capazes de garantir-lhes a satisfação de seus direitos". (Processo de Execução, São Paulo, Saraiva, 3ª ed., 1968, p.83).

Um advogado , por exemplo, não aceita uma promissória para executar um devedor que não tem bens.

Nem o credor, em tal caso, se interessa em propor execução. "De lege ferenda", o ente público deveria adotar medida semelhante, propondo execução fiscal apenas contra devedores que tenham bens.

Adotando-se a medida sugerida, sem dúvida nenhuma, não se teria motivo para queixa contra a Procuradoria Fiscal: dificilmente haveria execução infrutífera. Aí, sim, se poderia julgar, com acerto, a condução da causa.

A solução, porém, esbarra em muitos obstáculos, inclusive, de ordem legal. Reclama-se, pois, uma mudança legislativa de profundidade, a começar da esfera federal, assunto da maior relevância, sobre que se deve meditar, longamente, com as maiores cautelas.

Dificuldade de ordem prática já se pode indicar : vai dar um trabalho enorme, talvez com retardamento da propositura das ações, fazer a triagem, para se saber quem tem bens e quem não tem, antes da propositura da execução.

Pode-se adiantar sobre a matéria, que sem o ajuizamento da cobrança, o devedor poderá se livrar em virtude da prescrição que , em tal caso , deixaria de se interromper ,uma vez que várias causas interruptivas pressupõem a ação , como prevê o parágrafo único do art. 174 do Código Tributário Nacional(citação, protesto judicial, ato judicial que constitua em mora o devedor, ato inequívoco, ainda que extrajudicial, pelo qual o devedor reconheça o débito).

De acordo com a Lei 6.830, de 20.09.80, suspenso o curso da execução, por falta de bens, "não correrá o prazo da prescrição".

Não se propondo a ação, a prescrição pode, pois, se verificar.

É o risco que se corre pela falta de ajuizamento da execução, risco que deve correr o Estado, uma vez que não tem cabimento a propositura de a ação na hipótese examinada.

Entretanto, desde já se pode apontar dispositivo legal que veda a proposta como o art. 141 do Código Tributário Nacional, segundo o qual "não podem ser dispensadas, fora dos casos legais, "a efetivação ou as respectivas garantias do crédito tributário regularmente constituído.

Ensina BERNARDO RIBEIRO DE MORAES: "O crédito tributário, desde que regularmente constituído (formalizado como tal), em princípio, é inalterável e deve ser exigido como tal... " (Compêndio de Direito Tributário, Rio de Janeiro, Forense, 1995, 3ª ed., vol.2, p. 395).

Não se propondo a execução, o devedor poderá também alienar seus bens, sem fraude à execução, com que ficará livre do débito, eis que o art. 185 do Código Tributário Nacional, diz: "presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução".

Aí também se deveria fazer uma alteração.

O trecho final do artigo citado fala "em fase de execução".

É o ponto que pode ser alterado.

Com efeito, se o débito não for objeto de execução fiscal não estará na fase referida pelo preceito tributário e, consequentemente, o devedor poderia alienar bens imóveis, por exemplo, sem as sanções que a lei reserva à fraude de execução. Que se faça uma alteração do art. 185.

Parece que era a solução do Direito anterior, como se deduz do seguinte trecho da obra do saudoso tributarista e ministro do STF, ALIOMAR BALEEIRO: "A fonte do art. 185 foi o art. 2. Do Dec. n. 22.866, de 28-6-33, editado pelo Governo Provisório de 1930-4: "Consideram-se feitas em fraude da Fazenda Pública as alienações ou seu começo, realizadas pelo **contribuinte em débito ".O texto era ainda mais drástico do que o do C.T.N**." (Direito Tributário Brasileiro, Rio de Janeiro, Forense, 1 ed., 1970, p. 537; grifos nossos).

Dever- se- ia, para reforço, salvo engano, alterar o parágrafo único do art. 677 e o art. 1.137, do Código Civil, que estabelecem uma providência **insuficiente** sobre os impostos, no caso de alienações.

Como os dois preceitos dizem a mesma coisa, fiquemos com o artigo 1.137 que enuncia: "em toda escritura de transferência de imóveis, serão transcritas as certidões de se acharem eles quites com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal, de quaisquer impostos a que possam estar sujeitos. Parágrafo único. A certidão negativa exonera o imóvel e isenta o adquirente de toda responsabilidade".

Refere-se o dispositivo a impostos que gravam os imóveis, como o IPTU, da órbita municipal. Não se refere a impostos que não têm em vista os imóveis, como o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).

Uma alteração do texto legal pode ser feita, para incluir, expressamente, o ICMS ou outro tributo que acaso venha substituí-lo no rol dos impostos previstos no parágrafo único do art. 677 e no art. 1.137 do Código Civil.

Poder-se-ia quem sabe adotar a seguinte fórmula: junto à referência a certidões de se acharem os imóveis quites, alterar-se-ia o texto, mediante um acréscimo para que a redação se refira também a certidões de se acharem os **devedores** quites.

Como se acham redigidos, atualmente, os dispositivos citados, a conclusão a que se chega é a de que não se exige a quitação do ICMS para a transferência de imóvel. Assim, o devedor pode vender seus bens e nada deixar para o Erário, o que, obviamente, não é correto e deve ser combatido.

Bibliografia

ALVARENGA, Aristides Junqueira, *Crimes contra a ordem tributária*, obra coletiva, sob a coordenação de Ives Gandra da Silva Martins, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais.

BALEEIRO, Aliomar, *Direito Tributário Brasileiro*, 1ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1970.

BASTOS, Celso Ribeiro, *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo, Saraiva, 1989, 2º v.

BECKER, Alfredo Augusto, *Teoria Geral do Direito Tributário*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1972.

CAMPOS, Dejalma de, *Crimes contra a ordem tributária*, obra coletiva, sob a coordenação de Ives Gandra da Silva Martins, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais.

CANTO, Gilberto de Ulhoa, *Crimes contra a ordem tributária*, obra coletiva, sob a coordenação de Ives Gandra da Silva Martins, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais.

CARNEIRO, Erymá, *Alterações no Regulamento do Imposto de Renda de 1965*, Rio de Janeiro, Edições Financeiras S.A, 1965.

CARVALHO, Luiz Felipe Gonçalves de, *Crimes contra a ordem tributária*, obra coletiva, sob a coordenação de Ives Gandra da Silva Martins, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais.

CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições de Direito Processual Civil*, São Paulo, Saraiva, trad. bras., 1969, vol. II.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, *O abandono da causa no novo Código de Processo Civil*, Revista Forense 254.

COUTURE, Eduardo J., *Introdução ao Estudo do Processo Civil*, 3ª ed., Rio de Janeiro, José Konfino, s.d.p.

CUNHA, Fernando Whitacker da, *Fraude contra o Fisco*, Revista Forense 243.

DURKHEIM, Émile, *Leçons de Sociologie, Physique des Moeurs et du Droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1950

DUVERGER, Maurice, *Finances Publiques*, 7ª ed., Paris, Presses Universitaires de France, 1971.

FANUCCHI, Fábio, *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, São Paulo, Editora Resenha Tributária Ltda, 1971, vol. 1.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*.

FLAKS, Milton, *Comentários à Lei de Execução Fiscal*, Rio de Janeiro, Forense, 1981.

GANGEMI, Lello, *Sistemi Finanziari Comparati*, Turim, UTET, tomo II, 1967.

GRECO FILHO, Vicente, São Paulo, Saraiva, *Tutela Constitucional das Liberdades*, São Paulo, Saraiva, 1989, 1990, v. 1.

HAMATI, Cecília Maria Marcondes, *Crimes contra a ordem tributária*, obra coletiva, sob a coordenação de Ives Gandra da Silva Martins, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais.

HENSEL, Albert, *Diritto Tributario*, Milão, Giuffrè, 1956, trad.italiana.

ICHIHARA, Yoshiaki, *Crimes contra a ordem tributária*, obra coletiva, sob a coordenação de Ives Gandra da Silva Martins, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais.

LIEBMAN, Enrico Tullio, *Processo de Execução*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva,1968.

LINS, Miguel e LOUREIRO, Célio, *Teoria e Prática do Direito Tributário*, Rio de Janeiro, Forense,1961.

MACHADO, Hugo de Brito, *Curso de Direito Tributário*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1992.

_____, *Crimes contra a ordem tributária*, obra coletiva, sob a coordenação de Ives Gandra da Silva Martins, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais.

_____, *Algumas questões relativas aos crimes contra a ordem tributária*, Revista Forense 344.
MARINO, Pedro Luís do Amaral, *Crimes contra a ordem tributária*, obra coletiva, sob a coordenação de Ives Gandra da Silva Martins, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais.
MARTINS, Ives Gandra da Silva, *Crimes contra a ordem tributária*, obra coletiva, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais
MELO, José Eduardo Soares de, *Crimes contra a ordem tributária*, obra coletiva, sob a coordenação de Ives Gandra da Silva Martins.
MELLO, Gustavo Miguez de, Crimes contra a ordem tributária, obra coletiva, sob a coordenação de Ives Gandra da Silva Martins.
MESTIERI, João, *Crimes contra a ordem tributária*, obra coletiva, sob a coordenação de Ives Gandra da Silva Martins.
MORAES, Bernardo Ribeiro de, *Compêndio de Direito Tributário*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995, vol.2.
NOGUEIRA, Ruy Barbosa, *Curso de Direito Tributário*, 9ª ed., São Paulo, Saraiva, 1989.
SILVA, José Afonso da, *Comentários à Lei de Execução Fiscal*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996.
SILVEIRA, Alípio, *Os Métodos de Interpretação da Lei em nosso Supremo Tribunal*, Revista Forense, 189.
SOUSA, Rubens Gomes de, *O ensino do Direito Tributário nos cursos jurídicos*, Revista Forense 165.
_____, *Compêndio de Legislação Tributária*, São Paulo, Ed. Resenha Tributária Ltda., 1975.
STOCO, Rui, *Leis Penais e sua Interpretação Jurisprudencial*, obra coletiva, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.
THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Lei de Execução Fiscal*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995.
TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Código de Processo Penal Comentado*, São Paulo, Saraiva, vol. 1, 1996.

O dever legal de delação

Cleuler Barbosa das Neves *

A CF/88, dentre os direitos individuais, apresenta a norma de clausura insculpida no inciso II do seu art. 5º:

"ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algumas coisa senão em virtude de lei."

Apesar da conotação pejorativa[1] associada à palavra delação em nossa língua portuguesa, casos há em que tal conduta é regrada pelo sistema jurídico brasileiro, mormente quando este expressamente veda a sua omissão.

Assim é que se depara com o art. 66, I da Lei de Contravenções Penais (LCP), Decreto-lei 3.688, de 03 de outubro de 1941, inserido em seu Capítulo VIII que trata das contravenções referentes à Administração Pública:

"OMISSÃO DE COMUNICAÇÃO DE CRIME

Art. 66. Deixar de comunicar à autoridade competente:

I – crime de ação pública, de que teve conhecimento no exercício de função pública, desde que a ação penal não dependa de representação;

II – (...)

Pena – multa."

O objeto deste artigo é estudar o alcance desta norma de conduta (acom-

* Advogado, Professor e Procurador do Estado.
[1] SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Forense, 1999. p. 247.

panhada de sanção penal), mormente em relação à figura do Procurador do Estado, que, cediço, é um funcionário público por excelência.

Os elementos do tipo

Para uma melhor percepção do alcance da regra, melhor é a análise dissecada dos elementos constituintes do tipo penal subóculis.

Objetividade jurídica

Segundo Damásio[2] é "o normal funcionamento da Administração Pública".

De fato, se todo funcionário público provocar a autoridade competente para iniciar a persecução penal sempre que, no exercício de sua função pública, tiver ciência da ocorrência de crime de ação penal pública incondicionada, certamente se estaria concorrendo para o normal funcionamento da Administração Pública, vez que vedada a tolerância com o fato acoimado de crime.

Não se olvide que o Procurador do Estado, pela sua natural condição, mesmo no trato de processos civis e na emissão de pareceres em procedimentos administrativos, não raro encontra-se diante de situações que tais.

Sujeito ativo

Trata-se de contravenção própria, ou seja, só pode ser praticada por funcionário público. Eis a interpretação dada ao excerto "no exercício da função pública" contido na regra proibitiva.

E o conceito de funcionário público para fins penais é aquele preconizado no art. 327 do CP[3] (portanto, bem mais amplo que aquele outro adotado pelo Direito Administrativo), pois as regras gerais do CP são de aplicação subsidiária às contravenções penais, por força do art. 1º da LCP.

In casu, funcionário público é aquele que exerça cargo público (criado por

[2] JESUS, Damásio Evangelista de. Lei das contravenções penais anotada. 6. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 1998. p. 219.

[3] Idem. Ibidem. p. 219.a

lei), emprego público (seja contratado em regime especial – art. 37, IX, CF 88 – ou celetista – art. 39, CF 88) ou função pública (jurados – 438 CPP – mesários, escrutinadores etc.), mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, pois pode haver função sem cargo público. Ressalta-se que a jurisprudência não considera o síndico de falência nem o defensor dativo como funcionário público para fins penais[4].

No tocante ao conceito de funcionário público por equiparação para fins penais (§1º do art. 327 do CP), apesar da posição restritiva de Damásio[5] que o entende alcançado apenas aos funcionários das autarquias, prevalece a corrente ampliativa, defendida por Mirabete[6] , que leva o alcance da norma aos funcionários das autarquias (BACEN, INSS, AGTOP etc.) e fundações públicas bem como aos empregados de sociedades de economia mista (Banco do Brasil S.A., CELG S.A. etc.) e empresas públicas (ECT, CEF etc.).

Neste passo, para bem entender-se o alcance da expressão "entidade paraestatal" contida no §1º art. 327 do CP, basta ficar com Hely[7], que ensina com mestria:

> *"O paraestatal não é o estatal, nem é o particular; é o meio termo entre o público e o privado. Justapõe-se ao Estado, sem o integrar, como o autárquico, ou alhear-se, como o particular."*

Logo, preferível é o conceito de Mirabete, pois que Damásio restringe o conceito de paraestatal ao de autarquia, o que não coaduna com a melhor doutrina, ainda quando esteja em baila interpretação de norma penal, pois não se está recorrendo a critério de interpretação extensivo mas ao meramente declarativo.

Alberto Silva Franco, Rui Stocco et al[8] sintetizam a questão:

"Para todos efeitos, consideram-se funcionários públicos,

[4] DELMANTO, Celso et al. Código penal comentado. 4. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 553

[5] Apud SARAIVA, Denise Cardia. Direito penal Ilustrado: parte especial. Rio de Janeiro: Destaque, 1998. p. 313.

[6] Idem. Ibidem.

[7] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 19. ed. atual. São Paulo : Malheiros, 1994. p. 318.

independentemente da forma de admissão, regime jurídico ou remuneração (ainda que não haja remuneração por parte da Administração direta ou indireta), as pessoas físicas que exerçam cargos ou funções, em caráter permanente ou transitório, na Administração Direta, Indireta (autarquias, entidades paraestatais – de que são espécies a empresa pública, sociedade de economia mista e serviços sociais autônomos) e fundacional da União, Estados e Municípios."

Veja-se a respeito os seguintes julgados:

"O empregado de empresa pública está equiparado, para os efeitos penais, ao funcionário público" (STF – RE – Rel. Alfredo Buzaid – DJU 20.8.92, p.7.874)

"O empregado de empresa de economia mista somente é equiparado ao funcionário público, para efeitos penais, quando é sujeito ativo e não passivo do delito"(TJSP – RHC – Rel. Cavalcanti Silva – RT 409/70).

Ressalte-se que a causa de aumento de pena do §2° do art. 327 do CP só se aplica aos crimes previstos no Capítulo I do Título XI do CP, a saber: dos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral (arts. 312 ao 326 do CP). Logo, não alcança as contravenções próprias, ainda que só praticáveis por funcionário público.

Não se olvide, ainda, da inadmissibilidade de aplicação, no caso da contravenção penal do art. 66, I, LCP, dos efeitos extrapenais específicos da condenação penal previstos no art. 92, I, "a" ou "b" do CP consistente na perda do cargo, função pública ou mandato eletivo, pois que reservada apenas aos casos de cometimento de crime, nunca de contravenção.

Induvidoza, assim, a condição de funcionário público para fins penais de que se reveste o Procurador do Estado.

Como a condição de ser funcionário público (que é uma condição pessoal)

[8] In **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**: parte especial. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo : RT, 1997. v. 1, t. 2, p. 3658.

constitui elementar do tipo contravencional do art. 66, I da LCP, ela comunica-se ao participe (art. 30 do CP) que sabia desta qualidade. Ou seja, admite-se o concurso de agentes (art. 29 CP c/c art. 1° LCP) que não sejam funcionários públicos, para fins penais, na prática desta contravenção, desde que esteja na esfera de consciência dos mesmos a condição de funcionário público do sujeito ativo. Cite-se a instigação e o auxílio como formas de participação.

Elementos normativos do tipo

Contidos na expressão "crime", "função pública", "ação pública" e "representação"[9]. Engloba ainda "autoridade competente".

A contravenção subóculis perfaz-se com a omissão de comunicação de crime. Logo, a omissão de comunicação de contravenção é fato atípico, apesar de serem todas as contravenções sujeitas à ação penal pública incondicionada (art. 17, LCP).

No exercício de função pública estão todos os funcionários públicos, assim entendidos, para fins penais, os definidos no art. 327 e §1° do CP, consoante já abordado. Veja-se o seguinte julgado:

"Só podem ser sujeitos ativos da contravenção prevista pelo art. 66 da LCP os funcionários públicos" (TACRIM – SP – AC – RT 159/573)[10].

Quando a norma incriminadora fala em ação pública que não dependa de representação quer referir-se aos crimes de ação penal pública incondicionada, ou seja, aqueles em que o Ministério Público (art. 129, I, CF 88) pode denunciar independentemente de manifestação prévia da vontade (representação) do ofendido ou quem tenha qualidade para representá-lo.

Pelo princípio da excepcionalidade expressa, são de ação penal privada (queixa) ou pública condicionada à representação somente os crimes cuja norma incriminadora assim o declarem (art. 100 do CP e 24 do CPP). No silêncio da norma penal, o crime será de ação penal pública incondicionada.

São exemplos de crimes de ação penal pública incondicionada todos os

[9] JESUS, Damásio E. de. Op. cit. p. 219.
[10] Apud FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui et al. Op. cit. v. 2, p. 368.

praticados por funcionário público contra a administração em geral (arts. 312 a 326 do CP), como por exemplo, o crime de emprego irregular de verbas ou rendas públicas, *verbis*:

> *"Art. 315. Dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei:*
>
> Pena – detenção de um a três meses, ou multa."

Já autoridade competente quer dizer aquela que pode atuar na persecução penal, seja judicial ou extrajudicial (inquérito), pois a intenção da norma do art. 66, I é propiciar ao Estado a apuração dos crimes. Damásio[11] enumera: Juiz de Direito, Promotor de Justiça, Delegado de Política etc. Apesar do Juiz de Direito não poder iniciar a ação penal, em razão do princípio da inércia da jurisdição, faz sentido arrolá-lo como autoridade competente para receber a comunicação do crime, pois à luz do CPP:

> *"Art. 40. Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia."*

A forma de comunicação à autoridade competente poderá ser escrita ou oral, devendo nesta última modalidade ser, incontinenti, reduzida a termo pela autoridade comunicada.

Elemento subjetivo do tipo

Para Damásio[12] é o dolo.

Apesar da aparente simplicidade, não se pode duvidar que a LCP refere-se apenas à mera voluntariedade da conduta humana:

> *"Art. 3º. Para a existência da contravenção, basta a ação ou omissão voluntária. Deve-se, todavia, ter em conta o dolo ou a culpa, se a lei faz depender, de um ou de outra, qualquer efeito jurídico."*

[11] Op. cit. p. 219.
[12] Op. cit. p. 220.

Está na Exposição de Motivos da LCP[13]:

> *"o elemento moral da contravenção é a simples voluntariedade da ação ou omissão, i. e., para o reconhecimento do fato contravencional prescinde-se de dolo ou culpa" (n.1).*

Veja-se a respeito os seguintes julgados[14]:

> *"Contravenção penal – Elemento subjetivo – Inteligência do art. 3º da LCP – Nas contravenções penais o exame do elemento subjetivo está centrado na voluntariedade da conduta do agente, não se discutindo culpa ou dolo, salvo exceções expressamente previstas em lei" (TACRIM – SP – AC – Rel. Marrey Neto – RJD 2/77).*
>
> *"A contravenção é constituída pelo fato material da desobediência às prescrições legais, independentemente da intenção criminosa..." (TJMG – AC – Rel. Américo Macedo – RF 191/285).*

A doutrina, no entanto, buscando prestigiar o Direito Penal da culpa, nas palavras de Paulo José da Costa Jr.[15] prega:

> *"Vale dizer: inspirada e norteada no moderno direito penal da culpa, no qual se integra para não discrepar da harmonia de todo o sistema, a contravenção reivindica, igualmente, tanto quanto o delito, o exame da culpabilidade. Não constatada a culpa, estará impune a conduta, ainda que voluntária" (In Elemento subjetivo da contravenção penal em Homenagem a Anibal Bruno, p.73, 1978).*

Diferentemente da sistemática do CP (onde a culpa inexiste se não vem expressa nos tipos penais), na LCP é admitida nos tipos segundo os termos empregados na norma. Damásio[16] exemplifica: dar causa a desabamento "por erro no projeto" (art.29); "não guardar com a devida cautela animal perigoso" (art. 31, *caput*).

[13] Apud Idem. Ibidem. p. 26.
[14] Apud FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui et al. Op. cit. v. 2, p. 81-2.
[15] Idem. Ibidem. p. 81.

Como o tipo do art. 66, I da LCP não faz referência a alguma conduta tida com culposa e prestigiando o direito penal da culpa é que se chega à conclusão de Damásio: dolo é o seu elemento subjetivo.

Ressalte-se, porém, que a norma incriminadora não faz referência a qualquer elemento subjetivo específico do tipo, como por exemplo: com a finalidade de beneficiar o autor do crime; no intuito de prejudicar a Administração etc.

Logo, basta que o sujeito ativo (funcionário público) tenha a vontade livre e consciente de praticar a conduta omissiva descrita no art. 66, I da LCP, já que este tipo não exige resultado material nem mesmo o descreve. É contravenção de mera conduta. Diante desta peculiaridade, mesmo que se exija o dolo como elemento do tipo contravencional, neste caso, praticamente, resta-se conduzido à mera voluntariedade.

A questão é ainda mais complexa porque se trata de tipo omissivo. Mas Paulo José da Costa Jr.[17] traça bem a relevância penal da causalidade omissiva. lecionando sobre os limites do dever de agir (art. 13, §2°, CP):

> *"Observe-se: só será legítimo exigir do omitente uma ação dentro dos limites exatos da obrigação que lhe foi imposta. Outrossim, só se pode forçá-lo a cumprir aquilo que esteja dentro de suas possibilidades (*ultra posse nemo tenetur *= além daquilo que pode, ninguém é obrigado). A norma estabelece, por sinal: a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir. Daí a afirmação dos franceses:* qui peut et n'empêche pèche *(quem pode e não impede peca). Se o omitente podia executar a ação e não o fez, desatendeu a ordem que lhe fora imposta e deu causa ao evento (hipoteticamente)."*

E quando um Procurador do Estado, no exercício de sua função pública, depara-se com um crime de ação penal pública condicionada, em regra, detem todas as condições para comunicá-lo à autoridade competente.

Se não o fizer, até poderá pretender invocar a negligência ou imperícia para eximir-se da prática contravencional dolosa (art. 18, parágrafo único, CP), ou até

[16] Op. cit. p. 26.
[17] In **Direito penal**: curso completo. 6. ed. rev. e consolidada em um único volume. São Paulo : Saraiva, 1999. p. 69-70.

mesmo erro de proibição escusável (art. 21 do CP e art. 8° da LCP) visando a extinção da punibilidade (Súmula 18 do STJ). Num ou noutro caso, não há como procurar esquivar-se sem passar pela ignorância do direito, apesar de ser inescusável o desconhecimento da lei (art. 21, 1ª parte, do CP).

Ressalta-se que eventual prova do dolo dar-se-á no curso da instrução processual penal, ou seja, quando o acusado já estiver sofrendo o ônus de suportar um processo penal, por si só, claudicante.

Momento consumativo

Há lacuna na lei ao não fixar prazo para a comunicação.

Para Damásio[18] consuma-se a contravenção com a omissão de comunicação por tempo juridicamente relevante, porém não define o que seja isto.

Veja-se o julgado colacionado por Alberto Silva Franco, Rui Stoco et al[19]:

> *"O lapso de dois dias entre o conhecimento por parte do acusado, de crime de ação pública e a instauração de inquérito a respeito, não caracteriza, em determinadas circunstâncias, omissão voluntária de comunicação do delito à autoridade, contravenção prevista no art. 66 da respectiva lei" (TACRIM – SP. Maldonado Loureiro – RT 316/319)*
>
> *Nota: na RT 291/590 há julgado entendendo inexistir demora estranhável entre o fato de que tivera o réu conhecimento e a notícia que ele deu ao Dr. Promotor eis que "tal demora teria sido de menos de um mês".*

Em prestígio à moderna pregação do direito penal mínimo, sem dúvida que 30 dias é um bom critério de seletividade para distinguir entre a prática ou não da contravenção, ou seja, para estabelecer o tempo juridicamente relevante.

O que não se pode admitir é pretender que a norma em comento seja penalmente ineficaz porque careceria de uma circunstância elementar indispensável e

[18] Op. cit. p. 220.
[19] Op. cit. v. 2, p. 368.

integradora do tipo consistente na definição legal do prazo para a comunicação.

Mais contundente é a lição de Orlando Fida et al[20] ao referir-se a esta norma de assepsia administrativa:

> *"No nosso entendimento, dado o silêncio do legislador, a comunicação deverá ser feita, ato contínuo, àquele conhecimento, a fim de evitar prescrição e principalmente a apuração de responsabilidade enquanto possíveis provas se achem fáceis de ser colhidas.*
>
> *Se deixar ao arbítrio ou à vontade daquelas pessoas, para quando bem o entenderem, fazerem a devida comunicação, não veríamos a utilidade de se legislar sobre tema de realce e alcance tão importante e necessários à preservação da administração pública."*

Por se tratar de contravenção omissiva própria, a tentativa é tecnicamente impossível[21].

Procedimento da Comunicação pelo Procurador do Estado

Por uma questão de hierarquia e equipolência entre os diversos órgãos públicos, é recomendável que o Procurador do Estado indique a autoridade que deva receber a comunicação do crime de ação penal pública incondicionada de que teve ciência e repasse termo, escrito, para seu chefe imediato, que deverá, incontinenti, repassá-lo ao Procurador Geral do Estado. Este, então, oficiará ao Procurador Geral de Justiça para as providências legais.

Tal recomendação tem a vantagem de dar a necessária divulgação interna a respeito da atuação do Procurador do Estado, mas nada o impede de comunicar diretamente, ainda que verbalmente, a autoridade competente.

Ressalte-se que, acaso comunicado o chefe hierarquicamente superior ou o Procurador Geral do Estado e algum destes não dê seqüência ao procedimento

[20] FIDA, Orlando; GUIMARÃES, Carlos A. M.; PIASOLI, Angelo. **Comentários à lei das contravenções penais**: jurisprudência, teoria e legislação. São Paulo : LEUD, 1974. p. 124.

[21] JESUS, Damásio E. de. Op. cit. p. 220.

por tempo juridicamente relevante, então esta conduta colocará o seu agente sob o julgo das cominações previstas na norma contravencional do art. 66, I da LCP.

Infração penal de menor potencial ofensivo

A contravenção em estudo encaixa-se no conceito do art. 61 da Lei dos Juizados Especiais (LJE), Lei 9.099/95 (prevista pelo art. 98, I da CF/88), que define as infrações penais de menor potencial ofensivo: as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 1 (um) ano.

Logo, é admissível nestes processos penais a transação penal (arts. 72 e 76 da LJE), pela aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa ou ainda o *sursis* processual (art. 89, LJE), ou seja, a suspensão condicional do processo penal por 2 a 4 anos.

Ressalte-se que o benefício da transação penal não pode ser aplicado dentro no período dos 5 anos subsequente à sua anterior concessão (art. 76, §4°), ou seja, em caso de repetição do fato contravencional dentro deste lapso temporal. Também o *sursis* processual cessa acaso, no curso do seu prazo (de 2 a 4 anos), vier o beneficiado a cometer outra contravenção (art. 89, §4°, LJE), inclusive a mesma do art. 66, I da LCP.

Apesar da contravenção em análise não levar ao encarceramento (só prevê pena de multa), é ver-se que não é difícil de ser cometida mais de uma vez, mormente por um Procurado do Estado, que lida diuturnamente com uma variada gama de situações envolvendo o administrador público, useiro em invadir a zona penal proibitiva. Tal circunstância, poderia levá-lo à condição de perda dos benefícios despenalizantes da LJE.

Em qualquer hipótese será inadmissível o encarceramento, pois mesmo tratando-se de flagrante, o caso é daqueles em que o autor do fato livra-se solto, ou seja, tem direito à liberdade provisória sem fiança, salvo se for vadio (art. 321, I, CPP).

Ainda que reste condenado pela prática da contravenção, com a comina-ção da pena de multa, esta é considerada hoje como dívida de valor, que, não cumprida, sujeita-se à execução fiscal relativa à dívida ativa da Fazenda Pública (art. 51 do CP com a redação da Lei 9.268/96), e não mais à conversão em outra espécie de pena.

Muito além do dever de delação

Se por um lado o Procurador do Estado sujeita-se (conduta obrigatória), como todo funcionário público no exercício de sua função, ao dever jurídico de delação dos crimes de ação penal pública incondicionada de que venha ter ciência, consoante já abordado, por outro é ver-se que a CF/88 abre-lhe a prerrogativa (conduta facultativa) de acusador penal acaso o Ministério Público não oferte, no prazo legal, a correspondente denúncia (art. 5º, LIX, CF/88), *verbis*:

> *"LIX – será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal."*

Assim, nos crimes em que o Estado seja sujeito passivo direto, como sói acontecer com o emprego irregular de verbas ou rendas públicas[22] (art. 315, CP). de prática nada incomum dentre os administradores da coisa pública, ao Procurador do Estado, na condição de representante legal do mesmo (art. 132, *caput* da CF/88 e art. 3º, I da LC do Estado de Goiás nº 24, de 08/06/1998), é facultado ofertar a queixa substitutiva da denúncia não oferecida no prazo legal.

Portanto, muito além do dever legal de delação, põe-se ao Procurador do Estado a prerrogativa de iniciar a persecução penal em juízo acaso o Ministério Público, regularmente notificado, não denuncie no prazo legal (5 dias se acusado preso ou 15 dias se solto, art. 46 do CPP).

Espaço jurídico que se põe a ser ocupado pelo Procurador do Estado segundo ideais de justiça e justos critérios de seletividade, em harmonia com um direito penal mínimo e garantista, mas certamente valioso instrumento jurídico que merece ser usado na defesa do interesse público e da moralidade administrativa.

Goiânia, fevereiro de 2000.

Cleuler Barbosa das Neves
Procurador do Estado de Goiás.

22 DELMANTO, Celso et al. Op. cit. p. 534.

O constitucionalismo nas novas comunidades diante do fenômeno da globalização

* *Weiler Jorge Cintra*
** *Évelyn Cintra*

Para o desenvolvimento do tema proposto, importa registrar inicialmente o sentido jurídico de constitucionalismo, para em seguida enfocá-lo sob o prisma das novas comunidades a caminho da globalização.

Considerando-o como a idéia central do tema, constitucionalismo pode ser entendido como a própria evolução constitucional, conforme se extrai das palavras de Kildare Gonçalves Carvalho:[1]

> *"A constituição política, tal como a entendemos hoje, resulta de um movimento ocorrido na transição da monarquia absoluta para o Estado Liberal de Direito (final do século XVIII), conhecido por constitucionalismo, pelo qual os Estados passaram a adotar leis fundamentais ou cartas constitucionais, reunindo, num documento escrito, sua organização política."*

A propósito do significado de constituição política, oportuna a lição de Alexandre de Moraes[2]:

> *"Tem, pois, por objeto a constituição política do Estado, no sentido amplo de estabelecer sua estrutura, a organização de*

* **Weiler Jorge Cintra** é procurador do Estado de Goiás. Professor de Direito Processual Civil e Prática Forense Cível na Universidade Católica de Goiás. Mestrando pela Universidade de Franca, São Paulo. Doutorando em Ciências Jurídicas pela *Universidad Del Museo Social Argentino*, Cidade de Buenos Aires, Argentina. Membro da Comissão de Ensino Jurídico da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de Goiás.
** **Évelyn Cintra** é acadêmica do Curso de Direito da Universidade Católica de Goiás.
1. Direito Constitucional Didático. Del Rey Editora : Belo Horizonte, 1996.
2. Direito Constitucional. Editora Atlas : São Paulo, 1999.

suas instituições e órgãos, o modo de aquisição e limitação do poder, através, inclusive, da previsão de diversos direitos e garantias fundamentais."

Nesse diapasão, tem-se o constitucionalismo como um tipo de Constituição, independentemente se escrita ou não, sendo exemplo deste último caso a adotada pela Inglaterra, cuja idéia remonta à antigüidade com os estudos de Platão e Aristóteles, para quem a limitação ou delimitação dos Poderes exercidos pelos governantes já deveria ser objeto de uma lei suprema.

No entanto, conveniente torna-se recordar a teoria da tripartição dos Poderes de Montesquieu, de 1748, consistente na separação das funções do Estado em Executiva, Legislativa e Judiciária, independentes e harmônicas entre si, hoje consagrada e adotada pela maioria absoluta das constituições democráticas. É o caso do Brasil, como se depreende do art. 2º da Constituição da República da Federativa do Brasil, *in verbis*:

Art. 2º. "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário."

Contudo, os primeiros indícios de constitucionalismo surgem nos Estados Unidos da América, com os chamados "contratos de colonização", situando-se no *Declaration of Rigths* do Estado de Virgínia (1776) a sua afirmação.

Em complemento, proposital o pensamento de Emmanuel Syiés sobre o tema constitucionalismo, cuja manifestação deu-se em época próxima à da Revolução Francesa de 1789, para quem o Estado apresentava a seguinte estrutura: povo, nobreza e clero.

O povo, que representava a maioria expressiva, exercia praticamente as atividades privada e pública, porém não detinha nenhuma força dentro do Estado; ao contrário do restante, ou seja, a nobreza e o clero, que exerciam o domínio, todo o poder.

Já na França, com a Revolução Francesa de 1789, a expressão maior do constitucionalismo na época, surgindo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Mas a idéia de constitucionalismo firma-se mesmo no fim do século XVIII com a teoria da separação dos Poderes - lembrada no presente texto - e com a

garantia dos direitos dos cidadãos, além de uma democracia representativa; a partir de então, o constitucionalismo sofre, ao longo do tempo, profunda alteração, segundo preleciona Kildare Gonçalves Carvalho[3]:

"... as Constituições de sintéticas passam a analíticas, consagrando nos seus textos os chamados direitos econômicos e sociais; a democracia liberal-econômica dá lugar à democracia social, mediante a intervenção do Estado na ordem econômica e social, sendo exemplos desse fenômeno as Constituições do México, de 1917, a de Weimar de 1919 e, no Brasil, a Consituição de 1934."

Em complemento ao exposto, sustenta aquele mestre[4]:

"As constituições do 2º pós-Guerra (1939-1945) prosseguiram na linha das anteriores, notando-se como significativo o surgimento de uma chamada terceira geração de direitos, no âmbito dos direitos fundamentais do homem, caracterizada pela previsão, nas declarações internacionais e até mesmo nos textos constitucionais, do direito à paz, ao meio ambiente, à co-propriedade do patrimônio comum do gênero humano..."

Hodiernamente, a doutrina apresenta uma classificação sobre os direitos fundamentais como sendo direitos de primeira, segunda e terceira gerações.

De primeira geração são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos, como as liberdades públicas; de segunda geração, os direitos sociais, econômicos e culturais; por fim, os de terceira geração, os direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam o meio ambiente, além de uma saudável qualidade de vida dentre outros direitos difusos.[5]

Kildare Gonçalves Carvalho, vê a constituição política como o resultado de um fenômeno conhecido por constitucionalismo, e que permite aos Estados adota-

3. Direito Constitucional Didático. Del Rey Editora : Belo Horizonte, 1996.
4. Op. cit.
5. Manoel Gonçalves Ferreira Filho fala em "... a primeira geração seria a dos direitos da liberdade, a segunda, dos direitos da igualdade, a terceira, assim, completaria o lema da Revolução Francesa: *liberdade, igualdade e fraternidade.*" Apud (Alexandre de Moraes, op. cit.).

rem leis fundamentais, normalmente reunidas num documento escrito; "... produto legislativo máximo do Direito Constitucional, segundo Alexandre de Moraes[6].

Como conclusão parcial, eis o pensamento de Jorge Miranda (apud Alexandre de Moraes)[7] sobre o Direito Constitucional, conceito que se torna importante para o desenvolvimento do tema em evidência:

> *"a parcela da ordem jurídica que rege o próprio Estado, enquanto comunidade e enquanto poder. É o conjunto de normas (disposições e princípios) que recordam o contexto jurídico correspondente à comunidade política como um todo e aí situam os indivíduos e os grupos uns em face dos outros e frente ao Estado-poder e que, ao mesmo tempo, definem a titularidade do poder, os modos de formação e manifestação da vontade política, os órgãos de que esta carece e os actos em que se concretiza."*

Em continuação ao objetivo proposto, cumpre destacar agora o sentido que se deve dar ao fenômeno conhecido como "globalização".

Nesse sentido, globalização pode ser vista como uma nova situação que demarca a dissensão das etapas precedentes da economia internacional, visto que, num momento precedente, essa mesma economia era "inter-nacional" com a sua evolução determinada pela interação de processos operacionais fundamentalmente em nível de Estados-nação.

Por essa ótica, surge uma economia globalizada, na qual as economias nacionais são fragmentadas, quebradas e posteriormente rearticuladas diante de um sistema de transações e de processos que operam em nível internacional.

Os Estados-nação perdem toda a sua capacidade de influenciar as evoluções econômicas nacionais, ao ponto de as instituições centralizadas acabarem por ceder lugar às entidades regionais ou urbanas, marco de apoio necessário e fundamental da rede comandada pelas multinacionais.

A conseqüência mais imediata, sob o ponto de vista dos territórios sujeitos a este novo modelo, é que eles passam a ficar fortemente interdependentes ao ponto de manifestar evoluções sincronizadas, dando por maculado o compromisso político nacional e a noção de conjuntura local.

6. Op. cit.
7. Op. cit.

O fenômeno globalização gera algumas conseqüências para o Direito, como a própria sobrevivência da organização estatal, fazendo surgir uma soberania limitada, com ingerências marcantes de um país para outro, como vem acontecendo com a Floresta Amazônica.

Contudo, o Estado nacional, mesmo diante de um enfraquecimento, tem uma importância capital, pois, num sistema globalizado, pode reagir sempre em face de mudanças que estão fora dos limites estabelecidos pelo capital transnacional, buscando a conservação do modelo existente e de seus interesses próprios.

Com efeito, mister se faz a necessidade de seu fortalecimento no contexto mundial, fazendo surgir novas alternativas, como a criação da União Européia, que sob a ótica do Direito "... não é um Estado, não porque ela ainda não é, mas pela simples razão que ela é de outra natureza, ela é outra coisa."[8]

Daí, a importância da construção de uma nova fase evolutiva do Estado, como forma de se promover uma alternativa de uma democracia participativa construída, inobstante a exigência de se encontrar solução para algumas questões que com certeza ficariam vulneráveis, como, v. g., a sobrevivência da Soberania Estatal, o povo etc..

Apoiado nessa linha de raciocínio, "... a integração européia seria a ultrapassagem do Estado-nação, porque o seu objetivo não seria a criação de um Estado-nação na escala européia, que seja federal ou confederal, mas alguma coisa nova. (...) Na realidade, estamos aprendendo lentamente a viver num sistema de círculos concêntricos, ao invés dum sistema piramidal e fortemente hierarquizado."[9]

Ocorre, como já mencionado alhures, que todos os tipos de Estados, nas suas mais variadas formas e distintas fases evolutivas, apresentam um ponto comum e de fundamental importância: o estabelecimento de uma Constituição. Sendo o seu papel estabelecer as margens e os limites dentro de uma sociedade, e,

8. Texto extraído da obra Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho, p. 263.
9. Op. cit.

embora os mesmos possam ser cada vez mais largos, eles continuam a existir como requisito, condição e razão de ser do próprio Estado.

Afere-se com isso que "A União européia não é mais a nosso ver uma pura organização internacional especializada nas questões econômicas. Ela deve, desde já, também colocar em prática de maneira explícita uma ação política unificada, muito além das 'posições comuns' e das 'ações comuns' até então tomadas para colocação em prática dos segundo e terceiro pilares.[10] É por isso que a União européia não interessa somente ao jurista de direito internacional, mas também ao jurista constitucionalista."[11]

Com os olhos voltados para esse pensamento, crucial vislumbrar a natureza jurídica dessas comunidades, registrando de imediato o pensamento de J. Weiler[12], para quem tratar-se-ia de uma "supranacionalidade".

"Visto do interior dos Estados membros, a causa seria também entendida; a perspectiva seria aquela do direito internacional público, que, no ponto de vista constitucional, faria oposição a criação de um super-Estado, sem revisão total das Constituições nacionais."[13]

No momento, diante do fato de que a União européia interessa também ao jurista constitucionalista, importante se torna abordar nesse estudo a questão do federalismo.

O Estado federado, sob o prisma internacional, se apresenta como uma pessoa jurídica de direito público, sendo no âmbito interno dividido em unidades autônomas, não soberanas, cuja autonomia está limitada a uma capacidade de autoadministrar-se financeira, política e administrativamente.

E mais. Tem o federalismo as seguintes características: 1) dois planos de governos, sendo um geral e um regional; 2) composição bicameral do Legislativo; 3) imutabilidade dos princípios federativos; 4) Estados-membros com autonomia

10. A propósito, deve-se entender por "primeiro pilar" as três comunidades iniciais [CEE (comunidade econômica européia), CECA (comunidade européia do carvão e do aço) e CEEA (comunidade européia da energia atômica)]; por "segundo pilar", PESC (política estrangeira e a segurança comum da União européia); por "terceiro pilar", JAI (justiça dos assuntos internos).
11. Op. cit.
12. Apud Op. cit.
13. Op. cit.

apenas administrativa, financeira e política, sendo que a União detém a soberania; 5) reconhecimento internacional apenas da União.

Eis o que Alexandre de Moraes[14] observa sobre federalismo:

> *"A adoção da espécie federal de Estado gravita em torno do princípio da autonomia e da participação política e pressupõe a consagração de certas regras constitucionais, tendentes não somente à sua configuração, mas também à sua manutenção e indissolubilidade, pois como aponta José Roberto Dromi, analisando a federação argentina, a simples federação pura é tão irrealizável quanto um sistema unitário, pois é uma aliança e as alianças não perduram."*

Em contrapartida, Jellinek entende que o Estado "... é a corporação de um povo, assentada num determinado território e dotado de um Poder originário de mando." Extrai-se do texto, portanto, três elementos: território, povo e soberania.

Considerar a União européia (como poderia ser o Mercosul ou qualquer outra nova comunidade) como se um Estado federal fosse, admitindo-se até mesmo a construção de uma nova fase evolutiva do Estado, não se poderia excluir aqueles elementos para tal mister, situação que ensejaria problemas diversos sob o ângulo do Direito Constitucional, devido a necessidade de se estabelecer regras comuns aos seus integrantes por via de uma Constituição.

Para tanto, é imprescindível tecer um paralelo entre o sistema federado e as comunidades que formam o todo globalizado, pois enquanto "as Constituições federais têm esse ponto comum de efetuar uma verdadeira repartição das competências normativas entre o que é relativo a Federação e o que é relativo ao domínio dos Estados federados"[15], "... os Tratados comunitários que enunciam as competências comunitárias mantêm o silêncio no que diz respeito ao conteúdo das competências dos Estados membros..."[16]

Uma Constituição, por óbvio, deve observar a três objetivos básicos, quais sejam: garantia da separação dos Poderes, hierarquia das normas e proteção dos direitos fundamentais.

14. Direito Constitucional. Editora Atlas : São Paulo, 1999.
15. Texto extraído da obra Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho, p. 263.
16. Op. cit.

Especificamente quanto à garantia da separação dos Poderes, com o intuito de se evitar arbitrariedades, no sistema federal, o Executivo é designado diretamente pelo povo ou pelo parlamento. Porém, no modelo comunitário europeu o Executivo é bicéfalo.

Quanto à função legislativa, o modelo clássico, sob o ponto de vista do direito internacional federal, demonstra que o Estado federal está fundado em dupla legitimidade, ou seja, uma inerente ao povo e outra aos Estados federados, situação não configurada no esquema das comunidades, pois o Conselho de Ministros constitui o órgão de representação dos Estados e o Parlamento Europeu dos povos.

Essa "... representação não é proporcional, não só pela ausência de um modo de eleição idêntico para todos os Estados membros, mas também, principalmente provocada pela ponderação (corretivos), decidida em favor dos Estados membros de pequeno tamanho: Luxemburgo..."[17]

A função legislativa no sistema das comunidades, especialmente na européia, "... atualmente, é mais do direito do que da política, a Corte usando amplamente seu poder de interpretação, preenchendo o vazio ou a paralisia política com uma apreciação política."[18]

Sobre a hierarquia das normas, o sistema comunitário, diferentemente do federal, não existe como uma unidade de fonte normativa, uma vez que a mesma é dividida entre o Conselho, a Comissão e o Parlamento europeu, gerando uma imperfeição na participação dos representantes de seus povos.

Munidos dos elementos acima destacados, embora hajam outros também merecedores de uma análise comparativa entre o fenômeno "constitucionalismo" e as comunidades, pode-se ter em mente uma idéia conclusiva acerca do tema proposto, qual seja, a de que a "globalização" gera algumas conseqüências para o Direito, como, v. g., a própria sobrevivência da organização estatal, fazendo surgir uma soberania limitada, com ingerências marcantes de um para outro país, difícil às vezes de sustentar-se.

17. Op. cit.
18. Op. cit.

Impera, *in casu*, a necessidade da construção de uma nova fase evolutiva do Estado, objetivando promover-se uma alternativa que permita a busca de uma democracia participativa, bem como de se encontrar soluções para certas questões, as quais, com certeza, num modelo comunitário tornar-se-iam extremamente vulneráveis, como a sobrevivência da Soberania Estatal, o povo e, até mesmo. o próprio território.

Reiterando o pensamento de J. Weiler[19] sobre a natureza jurídica dessas comunidades, para quem tratar-se-ia de uma "supranacionalidade", eis a conclusão final que parece fundada em uma clareza meridiana:

> *"Falar nessas condições de uma Europa supranacional e federal leva a pensar numa utopia: a pergunta é se ainda merece a qualificação de 'federalismo' aquele que se exerce 'sob reserva de reciprocidade' dos outros Estados membros e se encontra limitado dentro de tão estreitos limites que aqueles fixados pelos termos de um único tratado internacional nominalmente citado?"*

Em virtude de tais considerações, conclui-se que se torna fundamental que o assunto em questão seja amplamente debatido, pois somente assim evitar-se-ia que tantos valores já conquistados pelo povo (os direitos fundamentais etc.) sejam relegados a segundo plano em nome de um fenômeno do século XX chamado "Globalização".

Goiânia, fevereiro de 2000.

19. Op. cit.

Referências Bibliográficas

BASTOS, C. R. *Curso de direito constitucional*. São Paulo : Saraiva, 1990.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 : organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito constitucional*. Editora Saraiva : São Paulo, 1998

GONÇALVES, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional didático*. Del Rey Editora : Belo Horizonte, 1996.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. Editora Atlas : São Paulo, 1999.

SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1993.

Pareceres