

# A ATIVIDADE CONSULTIVA DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO NA PROMOÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

*Lilian Barros de Oliveira Almeida*

*Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público –  
IDP. Advogada da União. Professora universitária.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Evolução histórica e atribuições dos órgãos jurídicos do consultivo da AGU; 2 Teoria Geral dos Direitos Fundamentais; 2.1 Conceito e abrangência; 2.2 Classificação; 2.3 Características; 2.4 Eficácia e aplicabilidade imediata; 2.5 Vinculação dos poderes públicos; 2.6 Perspectiva subjetiva e objetiva; 2.7 Colisão de direitos fundamentais e proteção ao núcleo

essencial; 3 Meios de promoção dos Direitos Fundamentais pela atividade consultiva da AGU; 3.1 Fixação da interpretação da legislação; 3.2 Controle interno da legalidade dos atos administrativos; 3.3 Assessoramento jurídico na elaboração de atos normativos; 3.4 Exame dos textos de edital de licitação, contratos e instrumentos congêneres; 3.5 Envio de subsídios aos órgãos jurídicos do contencioso da AGU; 3.6 Realização de Termos de Ajustamento de Conduta e de Conciliações; Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente artigo objetiva analisar como o desempenho das atividades de consultoria e assessoramento jurídico dos órgãos e entidades do Poder Executivo, através dos órgãos jurídicos do consultivo da Advocacia-Geral da União (AGU), pode contribuir para a promoção dos Direitos Fundamentais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Advocacia-Geral da União. Atividade consultiva. Direitos Fundamentais.

**ABSTRACT:** This article aims to analyze how the activities' performance of legal consultancy and assistance of the Executive, through the Office of the Attorney General of the Union, may contribute to the promotion of fundamental rights.

**KEYWORDS:** Office of the Attorney General of the Union. Legal consultancy. Fundamental rights.

## **INTRODUÇÃO**

A Advocacia-Geral da União (AGU) é a instituição classificada como função essencial à justiça responsável por representar a União, judicial e extrajudicialmente, e por exercer as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Para o exercício de sua atividade consultiva, a AGU conta com diversos órgãos jurídicos, tais como a Consultoria-Geral da União, as Consultorias Jurídicas junto aos Ministérios, as Consultorias Jurídicas da União nos Estados, as Procuradorias Federais especializadas junto às Autarquias e Fundações, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e a Procuradoria-Geral do Banco Central.

Aos referidos órgãos compete, dentre outras atribuições: a fixação da interpretação da legislação; o controle interno da legalidade dos atos administrativos; o exame prévio da legalidade e da constitucionalidade dos textos de edital de licitação, contratos e instrumentos congêneres, bem como dos textos das minutas de atos normativos.

Considerando a relevância da atuação consultiva da AGU e a necessidade de observância e respeito dos Direitos Fundamentais pelo Poder Executivo, propõe-se, através do presente artigo, analisar em que medida o desempenho das atividades de consultoria e assessoramento jurídico aos órgãos e entidades do Poder Executivo pode contribuir para a promoção dos Direitos Fundamentais.

Para tanto, inicialmente, será estudada a evolução histórica da atuação consultiva da AGU e serão identificadas as atribuições dos órgãos jurídicos do consultivo. Em seguida, serão expostos os principais tópicos relacionados à Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. Por fim, serão cotejadas as atividades desempenhadas pelos órgãos jurídicos consultivos da AGU com a observância, proteção e concretização dos direitos fundamentais.

### **1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E ATRIBUIÇÕES DOS ÓRGÃOS JURÍDICOS DO CONSULTIVO DA AGU**

Antes da Constituição de 1988, as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo estavam a cargo da Advocacia Consultiva da União. Nos termos do Decreto n. 93.237/86, a Advocacia Consultiva da União, no Poder Executivo, destinava-se

a zelar pela observância da Constituição, das leis e dos tratados, bem assim dos atos emanados da Administração Federal, e a desempenhar as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos no âmbito da Administração Federal.

A Advocacia Consultiva da União compreendia: a Consultoria Geral da República; a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, no Ministério da Fazenda; as Consultorias Jurídicas dos demais Ministérios, do Estado Maior das Forças Armadas, da Secretaria de Planejamento da Presidência da República e da Secretaria de Administração Pública da Presidência da República; as Procuradorias-Gerais ou os departamentos jurídicos das autarquias; os órgãos jurídicos das empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações sob supervisão ministerial e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pela União.

A Consultoria Geral da República era a instância máxima das atividades de consultoria e assessoramento jurídicos da Administração Federal. Competia-lhe: fixar a interpretação da Constituição e demais atos normativos infraconstitucionais, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal; assistir o Presidente da República no controle interno da legalidade dos atos da Administração; solucionar as divergências entre órgãos jurídicos componentes da Advocacia Consultiva da União; coordenar as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos dos órgãos integrantes da Advocacia Consultiva da União. Às Consultorias Jurídicas e à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional competia realizar as supramencionadas atividades no tocante à estrutura administrativa que integravam, além de cumprir e velar pelo cumprimento da orientação normativa emanada da Consultoria Geral da República.

Com a promulgação da Constituição de 1988, nasceu a Advocacia-Geral da União. Foi criada diante da necessidade de organizar em uma única instituição a representação judicial e extrajudicial da União e as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo. Assim, a Constituição localizou a Advocacia-Geral da União no art. 131 da Seção II (“Da Advocacia-Geral da União”, posteriormente denominada “Da Advocacia Pública” pela Emenda Constitucional 19/98), do Capítulo IV (“Das Funções Essenciais à Justiça”), do Título IV (“Da Organização dos Poderes”). Veja-se:

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e

extrajudicialmente, *cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.* (grifou-se)

Em atendimento ao mandamento constitucional constante no art. 131, foi editada a Lei Complementar 73/93, que instituiu a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União. No que tange à atividade consultiva, foram previstas na mencionada lei a Consultoria-Geral da União, órgão de direção superior da AGU, e as Consultorias Jurídicas, órgãos de execução da AGU.

De acordo com o art. 10 da supramencionada lei, incumbe à Consultoria-Geral da União, principalmente, colaborar com o Advogado-Geral da União em seu assessoramento jurídico ao Presidente da República, produzindo pareceres, informações e demais trabalhos jurídicos que lhe sejam atribuídos. Há de se destacar que, de acordo com o § 1º, do art. 40, da Lei Complementar 73/93, os pareceres aprovados pelo Presidente da República e publicados juntamente com o despacho presidencial vinculam a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento. Já os pareceres aprovados, mas não publicados, consoante o § 2º do mencionado dispositivo, obrigam apenas as repartições interessadas, a partir do momento em que dele tenham ciência.

Nos termos do parágrafo único do art. 10, a Consultoria-Geral da União é composta pelo Consultor-Geral da União e pela Consultoria da União. Destaque-se que o art. 53 da LC 73/93 extinguiu o cargo de Consultor Geral da República.

Em relação às Consultorias Jurídicas, essas já se encontravam estruturadas nos respectivos ministérios e assim foram mantidas. Sua competência ficou estabelecida no art. 11, da LC 73/93, *verbis*:

Art. 11 - Às Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, compete, especialmente:

I - assessorar as autoridades indicadas no caput deste artigo;

II - exercer a coordenação dos órgãos jurídicos dos respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas;

III - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos a ser uniformemente seguida em suas áreas de atuação e coordenação quando não houver orientação normativa do Advogado-Geral da União;

IV - elaborar estudos e preparar informações, por solicitação de autoridade indicada no caput deste artigo;

V - assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica;

VI - examinar, prévia e conclusivamente, no âmbito do Ministério, Secretaria e Estado-Maior das Forças Armadas:

a) os textos de edital de licitação, como os dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados;

b) os atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade, ou decidir a dispensa, de licitação.

Além da atuação das Consultorias Jurídicas no assessoramento jurídico junto aos Ministérios, destaca-se, também, a sua competência para fornecer informações para subsidiar a atuação dos órgãos de representação judicial da União, bem como para subsidiar a atuação da Consultoria-Geral da União no caso das informações prestadas pelo Presidente da República perante o STF.

Importante, também, ressaltar que, nos termos do art. 42 da Lei Complementar 73/93, os pareceres das Consultorias Jurídicas, aprovados pelo Ministro de Estado, pelo Secretário-Geral e pelos titulares das demais Secretarias da Presidência da República ou pelo Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, obrigam, também, os respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas.

Registre-se que, de acordo com o art. 13 da Lei Complementar 73/93, é a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional quem desempenha as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos no âmbito do Ministério da Fazenda e seus órgãos autônomos e entes tutelados, regendo-se no desempenho dessas atividades pela LC 73/93.

Já o desempenho das atividades de consultoria e assessoramento jurídicos nas Autarquias e Fundações incumbe às respectivas Procuradorias que, após a Lei 10.480/2002, passaram a integrar a Procuradoria-Geral Federal, órgão vinculado à Advocacia-Geral da União. No que tange ao Banco Central do Brasil (autarquia de regime especial), tais atividades são desempenhadas pela Procuradoria-Geral do Banco Central. Ressalte-se que as mencionadas procuradorias, em sua atividade consultiva, nos termos do art. 18 da LC 73/93, devem observar, no que couber, as competências estabelecidas no supracitado art. 11 da LC 73/93.

Em 2002, com a edição do Ato Regimentoal n. 1, de 22 de janeiro, iniciou-se a estruturação da Consultoria-Geral da União. O referido ato dispôs sobre a competência, a estrutura e o funcionamento da Consultoria-Geral da União, bem como as atribuições de seu titular e demais dirigentes.

A competência da Consultoria-Geral da União foi estabelecida no art. 3º do Ato Regimentoal n. 1/2002 e se assemelhou bastante à competência da antiga Consultoria Geral da República. Integravam a Consultoria-Geral da União o Gabinete do Consultor-Geral da União, a Consultoria da União e cinco departamentos: Departamento de Assuntos Extrajudiciais, Departamento de Orientação e Coordenação de Órgãos Jurídicos, Departamento de Acompanhamento de Feitos Estratégicos perante o Supremo Tribunal Federal, Departamento de Análise de Atos Normativos e Departamento de Informações Jurídico-Estratégicas.

Posteriormente, em 3 de abril de 2002, em obediência ao disposto no parágrafo 7º do art. 8º-F da Lei 9028/95<sup>1</sup>, acrescentado pela Medida Provisória n. 2180-35 de 2001, foi editado o Ato Regimentoal n. 3, que dispôs sobre a competência, a estrutura e o funcionamento dos Núcleos de Assessoramento Jurídico (NAJs), bem como as atribuições de seus titulares e demais dirigentes.

Estabeleceu-se que os Núcleos de Assessoramento Jurídico eram órgãos integrantes da Consultoria-Geral da União, coordenados pelo

---

1 Art. 8º-F. O Advogado-Geral da União poderá instalar Núcleos de Assessoramento Jurídico nas Capitais dos Estados e, quando o interesse do serviço recomendar, em outras cidades.

§ 7º O Advogado-Geral da União editará ato, nos termos do art. 45 da Lei Complementar no 73, de 1993, dispondo sobre os Núcleos de Assessoramento Jurídico de que trata este artigo. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001)

Departamento de Orientação e Coordenação de Órgãos Jurídicos, e tinham como titular um Coordenador-Geral.

Competia aos Núcleos de Assessoramento Jurídico assessorar os órgãos e autoridades da Administração Federal Direta, localizados fora do Distrito Federal, quanto às matérias de competência legal ou regulamentar dos órgãos e autoridades assessorados, sem prejuízo das competências das Consultorias Jurídicas dos respectivos Ministérios, além de outras competências fixadas no art. 3º do Ato Regimental n. 3/2002.

Importa ressaltar que nesse mesmo ano de 2002 a CGU iniciou a implantação dos NAJs. Os primeiros a entrar em funcionamento foram os de Goiânia, Fortaleza, Porto Alegre, Recife e Salvador. Nos anos seguintes a CGU inaugurou NAJs em todas as capitais dos Estados do Brasil e no município de São José dos Campos/SP.

Em 27 de setembro de 2007 foi editado o Ato Regimental n. 5, que revogou o Ato Regimental n. 1/2002. Foi estabelecida nova estrutura organizacional da Consultoria-Geral da União. Agregaram-se à antiga estrutura a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF) e os Núcleos de Assessoramento Jurídico (NAJs), tendo sido estabelecidas as suas competências. O antigo Departamento de Acompanhamento de Feitos Estratégicos perante o Supremo Tribunal Federal foi extinto.

Em 17 de dezembro de 2010 entrou em vigor o Decreto n. 7392/2010 que aprovou a estrutura regimental e o quadro demonstrativo dos cargos em comissão da Advocacia-Geral da União. O capítulo primeiro do Decreto estabeleceu as competências dos órgãos integrantes da AGU, dentre os quais a Consultoria-Geral da União. A propósito, veja-se o teor do art. 12 do Decreto:

Art. 12. À Consultoria-Geral da União compete:

I - colaborar com o Advogado-Geral da União em seu assessoramento jurídico ao Presidente da República;

II - subsidiar as informações a serem prestadas pelo Presidente da República ao Supremo Tribunal Federal;

III - atuar na representação extrajudicial da União, suas autarquias e fundações, nos termos do regimento interno;

IV - assistir o Advogado-Geral da União no controle interno da legalidade dos atos da administração pública federal;

V - produzir manifestações jurídicas e submeter ao Advogado-Geral da União proposta de solução de controvérsias entre os órgãos consultivos que lhe são subordinados e os órgãos consultivos integrantes da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, da Procuradoria-Geral Federal e da Procuradoria-Geral do Banco Central;

VI - promover, por meio de conciliação, mediação e outras técnicas de autocomposição, a solução dos conflitos, judicializados ou não, de interesse da Administração Federal; e

VII - assistir o Advogado-Geral da União no exame de anteprojetos de lei e de projetos de medidas provisórias, de decretos e demais atos normativos e na análise dos atos encaminhados à sanção do Presidente da República, submetidos à Advocacia-Geral da União.

Foram, também, fixadas no Decreto as competências dos departamentos integrantes da Consultoria-Geral da União e da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal, em consonância com o já disposto no Ato Regimental n. 5/2007, do Advogado-Geral da União. Importa destacar sucintamente abaixo as competências dos departamentos da CGU.

Ao Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos (DECOR) incumbe precipuamente orientar e coordenar os trabalhos das Consultorias Jurídicas ou órgãos equivalentes, especialmente no que se refere à uniformização da jurisprudência administrativa, à correta aplicação das leis e observância das manifestações da AGU e à prevenção de litígios de natureza jurídica. Cabe, também, ao DECOR articular-se com os órgãos de representação judicial da União para a uniformização das teses adotadas no consultivo e no contencioso, promovendo integração e dirimir as controvérsias de interpretação entre os NAJs, entre eles e as CONJURs ou entre esses e as demais unidades da AGU.

O Departamento de Análise de Atos Normativos (DENOR) tem como atribuições a análise de anteprojetos de atos normativos, bem como propostas legislativas em tramitação no Congresso Nacional. Analisa, também, o DENOR projetos de lei submetidos à sanção do Presidente da República.

Ao Departamento de Assuntos Extrajudiciais (DEAEX) compete planejar, supervisionar, coordenar orientar e atuar na representação extrajudicial da União perante o Tribunal de Contas da União, o Conselho Nacional de Justiça, o Conselho Nacional do Ministério Público, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e outros órgãos ou entidades federais por determinação do Consultor-Geral da União. Cabe-lhe, também, acompanhar e orientar, em articulação com as Consultorias Jurídicas, a celebração de Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta pelos órgãos da Administração Pública Federal direta, em matéria não judicializada, além de outras competências previstas no art. 16 do Decreto.

O Departamento de Informações Jurídico-Estratégicas (DEINF) é responsável por assistir o Consultor-Geral da União no planejamento e gestão da atuação finalística da Consultoria-Geral da União e de suas unidades de execução, além de registrar, classificar, processar e tratar tecnicamente as manifestações jurídicas produzidas na Consultoria-Geral da União.

À Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF) incumbe dirimir, por meio de conciliação, as controvérsias entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal, bem como entre esses e a Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Compete-lhe, também, promover, quando cabível, a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta nos casos submetidos a procedimento conciliatório, bem como propor ao Consultor-Geral da União o arbitramento das controvérsias não solucionadas por conciliação.

No que tange, ainda, ao Decreto n. 7392/2010, insta salientar que ele passou a denominar os Núcleos de Assessoramento Jurídico de “Consultorias Jurídicas da União nos Estados”. Em relação às Consultorias Jurídicas junto aos Ministérios, inovou o Decreto ao dispor expressamente que esses órgãos são subordinados, técnica e juridicamente, ao Advogado-Geral da União.

No âmbito da atividade consultiva da AGU, devem também ser destacadas as atividades desempenhadas pela Consultoria da União e pelo Colégio de Consultoria. Nos termos do art. 13 do Decreto n. 7392/2010 e do art. 8º do Ato Regimental n. 5/2007, à Consultoria da União, integrada pelos Consultores da União, compete auxiliar o Consultor-Geral da União nas informações a serem prestadas pelo

Presidente da República ao Supremo Tribunal Federal e elaborar pareceres, notas, informações, pesquisas e outros trabalhos jurídicos que lhe sejam por ele atribuídos.

O Colégio de Consultoria da Advocacia-Geral da União foi criado com a publicação do Ato Regimental n. 1/2007. Tem a finalidade de discutir temas relevantes de consultoria e assessoramento jurídico e propor ao Advogado-Geral da União a adoção de medidas visando à uniformização de interpretações e de procedimentos no âmbito dos órgãos jurídicos da Administração Pública Federal.

Esclarecidas as atividades desempenhadas pelos órgãos jurídicos do consultivo da Advocacia-Geral da União, incumbe, no próximo item, discorrer sucintamente sobre os Direitos Fundamentais para, em seguida, cotejar as atribuições de consultoria e assessoramento jurídico da AGU com a promoção dos Direitos Fundamentais.

## 2 TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 2.1 CONCEITO E ABRANGÊNCIA

Tanto na doutrina quanto na jurisprudência e mesmo no direito positivo (constitucional ou internacional), é possível encontrar o uso de diferentes expressões associadas à idéia de direitos fundamentais. Nesse sentido, são largamente utilizadas as expressões “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais” e “direitos humanos fundamentais”, apenas para se referir a algumas das mais importantes expressões.<sup>2</sup>

A exemplo do que ocorre em outros textos constitucionais, também a Constituição de 1988 se caracteriza por apresentar uma diversidade semântica ao utilizar termos diversos para se referir aos direitos fundamentais. A título ilustrativo, encontram-se em nossa Carta Magna expressões como: “direitos humanos” (art. 4º, II); “direitos e garantias fundamentais” (epígrafe do Título II, e art. 5º, p. 1º); “direitos e liberdades constitucionais” (art. 5º, LXXI) e “direitos e garantias individuais” (art. 60, p. 4º, IV).<sup>3</sup>

2 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 27.

3 *Ibidem*.

Assume especial relevância a distinção entre as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”. De acordo com os ensinamentos do jurista hispânico Pérez Luño<sup>4</sup>, os direitos humanos devem ser entendidos como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas. Já os direitos fundamentais constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito.

No que tange à abrangência dos direitos fundamentais, Konrad Hesse<sup>5</sup> diferencia os direitos fundamentais em sentido formal e em sentido material. Direitos fundamentais em sentido formal seriam aqueles que, por decisão do legislador constituinte, foram expressamente consagrados como tais na Constituição, no catálogo dos direitos fundamentais. Direitos fundamentais em sentido material seriam os que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e por sua importância, podem ser equiparados aos direitos formalmente fundamentais.

Robert Alexy<sup>6</sup>, na mesma linha de Hesse, dividiu as normas de direito fundamental em dois grupos: as normas de direito fundamental estabelecidas diretamente pelo texto constitucional e as normas de direito fundamental atribuídas. Concluiu que normas de direitos fundamentais são todas as normas para as quais existe a possibilidade de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais.

É de se notar que o constituinte brasileiro adotou tanto a concepção formal como a material dos direitos fundamentais. Trouxe o Título II, denominado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, com os seguintes capítulos: capítulo I- Dos direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º); capítulo II- Dos direitos sociais (arts. 6º a 11); capítulo III- Da nacionalidade (arts. 12 e 13); capítulo IV- Dos direitos políticos (arts. 14 a 16); capítulo V- Dos partidos políticos (art. 17).

---

4 PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2007, p. 46-47.

5 HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998. p. 125.

6 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 66-76.

Contudo, no art. 5º, §§ 2º e 3º, trouxe a noção da fundamentalidade material ao permitir a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes no catálogo, mas integrantes da Constituição, e até a outros direitos fundamentais não constantes de seu texto. Conclui-se, assim, que a enumeração dos direitos fundamentais no Título II da Constituição não é taxativa. Veja-se o texto dos dispositivos constitucionais citados:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Diversos são os exemplos de direitos fundamentais que se encontram dispersos na Constituição, fora do catálogo. No campo dos direitos de defesa (direitos de liberdade e igualdade, bem como os demais direitos de cunho preponderantemente negativo), tem-se o direito de igual acesso aos cargos públicos (art. 37, I), os direitos de associação sindical e de greve dos servidores públicos (art. 37, VI e VII), assim como o direito dos servidores públicos à estabilidade no cargo (art. 41). Há também a garantia da publicidade e fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX), bem como as limitações constitucionais ao poder de tributar (art. 150, I a VI) e o direito à manifestação do pensamento, criação, expressão e informação (art. 220)<sup>7</sup>.

Na esfera dos direitos sociais, observa-se sua extensão no art. 144 (segurança pública) e nos arts. 193 a 217 (seguridade social, saúde,

7 SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit, p. 116-117.

previdência social, assistência social, educação, cultura e desporto)<sup>8</sup>. No Título VII, da CF/88, que dispõe sobre a ordem econômica e financeira (arts. 170 a 192), existem dispositivos que podem também ser levados em conta como direitos fundamentais de cunho social<sup>9</sup>.

Podem, também, ser considerados direitos fundamentais a proteção ao meio ambiente (art. 225) e os direitos ligados a comunidades e grupos vulneráveis, como a proteção especial à criança, ao idoso e ao índio (arts. 227, 230 e 231)<sup>10</sup>.

Importa destacar que a afirmação pela adoção de um sistema aberto de direitos fundamentais no Brasil encontra abrigo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), que não considera taxativa a enumeração dos direitos fundamentais no Título II, da CF. No julgamento da ADI-MC 939<sup>11</sup>, por exemplo, o STF entendeu que o princípio da anterioridade, ligado ao poder de tributar, embora constando fora do catálogo do Título II, consubstancia um direito fundamental (uma garantia individual), sendo, por isso, cláusula pétrea.

Por derradeiro, cumpre transcrever a definição de direitos fundamentais que parece ser a mais adequada ao sistema da Constituição brasileira de 1988, trazido por Ingo Wolfgang Sarlet:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).

---

8 VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 41.

9 SARLET, Ingo Wolfgang, *op. cit.*, p. 118.

10 VIEIRA, Oscar Vilhena, *op. cit.*, p. 41.

11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI-MC 939. Relator: Ministro Sydney Sanches. DJ de 17/12/1993.

## 2.2 CLASSIFICAÇÃO

Um critério bastante difundido para a classificação dos direitos fundamentais é a teoria dos quatro *status* em que o indivíduo pode encontrar-se em face do Estado, de Georg Jellinek<sup>12</sup>, desenvolvida no final do século XIX.

Segundo Jellinek, pelo fato de ser membro do Estado, o indivíduo trava como ele uma pluralidade de relações denominadas *status*.

A primeira relação em que se encontra o indivíduo é a de subordinação aos Poderes Públicos, caracterizando-se como detentor de deveres para com o Estado. Ele tem a competência para vincular o indivíduo, através de mandamentos e proibições. Essa relação corresponde ao *status passivo* ou *status subjectionis*.

A segunda relação é estabelecida pela afirmação constante do valor da pessoa humana, o que conduz à redução da extensão do *status passivo* e, com isso, à limitação do Poder Estatal pelos cidadãos. Uma esfera livre do Estado, uma esfera que exclui o *imperium*. Essa esfera de liberdade individual corresponde ao *status negativus* ou *status libertatis*.

A terceira relação advém do fato de que a atividade estatal é realizada no interesse dos cidadãos. Para o cumprimento de suas tarefas, o Estado reconhece ao indivíduo a capacidade jurídica de pretender que o poder estatal seja adotado em seus interesses e concede-lhe prestações jurídicas positivas. Essa esfera equivale ao *status positivus* ou *status civitatis*.

A quarta relação decorre da circunstância de a atividade estatal só tornar-se possível através da ação dos cidadãos. O Estado reconhece ao indivíduo a capacidade de agir por conta do Estado, promovendo-o a uma condição mais elevada, mais qualificada à cidadania ativa. Nessa esfera, é reconhecido ao cidadão o direito de participar na formação da vontade política do Estado e diz respeito ao *status activus* ou *status activae civitatis*.

Com fundamento na teoria de Jellinek, os direitos fundamentais são classificados em direitos de defesa (ou direitos de liberdade), direitos à prestação e direitos de participação, correspondendo, respectivamente, aos *status* negativo, positivo e ativo.

---

12 JELLINEK, Georg. *Teoría general Del estado*. Buenos Aires: B de F, 2005, p. 96 e ss.

Os direitos de defesa caracterizam-se por impor ao Estado um dever de abstenção, um dever de não interferência, de não intromissão no espaço de autodeterminação do indivíduo.<sup>13</sup> Objetivam a limitação da ação do Estado. Destinam-se a evitar a ingerência do Estado sobre os bens protegidos e fundamentam pretensão de reparo pelas agressões eventualmente consumadas. Enquadram-se, por exemplo, nessa categoria o princípio da legalidade (art. 5º, II), o direito de não ser submetido à tortura, nem a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), a inviolabilidade da vida privada e da intimidade (art. 5º, X), o sigilo das comunicações (art. 5º, XII) e a liberdade de locomoção (art. 5º, XV).

Os direitos à prestação são direitos que se realizam por intermédio do Estado e exigem que esse aja para atenuar desigualdades. Direitos que partem do pressuposto de que o Estado deve agir para libertar os indivíduos das necessidades, exigem uma prestação positiva do Estado. Como exemplo há os direitos sociais enumerados no art. 6º, da CF: direito à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção, à maternidade, à infância, à assistência. A maioria dos direitos à prestação depende da interposição do legislador para produzir efeitos plenos. Afirma-se, também, que esses direitos estão submetidos à reserva do possível, ou seja, são traduzidos em medidas práticas tanto quanto permitam as disponibilidades materiais do Estado<sup>14</sup>.

Já os direitos fundamentais de participação possuem as características mistas dos direitos de defesa e dos direitos a prestação e visam garantir a participação dos cidadãos na vida política do país, na formação da vontade política da Nação. Estão ligados à formação política do Estado Democrático representativo e implicam uma liberdade ativa, uma participação dos cidadãos na determinação dos objetivos do Estado. Esses direitos encontram-se, na CF/88, nos Capítulos IV (Dos direitos políticos) e V (Dos partidos políticos)<sup>15</sup>.

Importante, também, expor sucintamente a classificação dos direitos fundamentais em dimensões<sup>16</sup>. Os direitos fundamentais de

---

13 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 192.

14 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 180-183.

15 FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000, p. 115-116.

16 SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 46-52. Optou-se em seguir o citado autor no que tange à divisão dos direitos fundamentais em quatro dimensões. Contudo, há autores, como Paulo Bonavides, que consideram

primeira dimensão correspondem aos direitos de defesa, sendo os direitos do indivíduo frente ao Estado. Os direitos fundamentais de segunda dimensão outorgam ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, correspondendo, portanto, aos direitos à prestação.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão, usualmente denominados direitos de solidariedade ou fraternidade, são aqueles de titularidade coletiva ou difusa. Como exemplos, pode-se citar o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural, e o direito de comunicação.

Por fim, os direitos de quarta dimensão são o resultado da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional, que corresponde à fase de institucionalização do Estado Social. Essa quarta dimensão é composta pelos direitos à democracia e à informação, assim como pelo direito ao pluralismo.

### 2.3 CARACTERÍSTICAS

Cumprе apontar as características associadas com maior frequência aos direitos fundamentais<sup>17</sup>.

*Direitos universais:* a universalidade dos direitos fundamentais está relacionada ao fato de todas as pessoas serem titulares de direitos fundamentais e de a qualidade de ser humano constituir condição suficiente para os titulares desses direitos.

Contudo, há de se frisar que alguns direitos fundamentais específicos não se estendem a toda e qualquer pessoa. Na Constituição de 1988, há direitos de todos os homens, como o direito à vida, mas há também direitos que se referem a apenas alguns indivíduos, como os direitos dos trabalhadores.

*Historicidade:* os direitos fundamentais são um conjunto de faculdades e instituições que somente faz sentido em um determinado contexto histórico. O caráter da historicidade justifica o fato de os

---

existir uma quinta dimensão, consubstanciada no direito à paz. De acordo com Bonavides, a paz é o direito fundamental que legitima o estabelecimento da ordem, da liberdade e do bem comum na convivência dos povos. Ver, a propósito, BONAVIDES, Paulo. *A quinta geração de direitos fundamentais*. Direitos fundamentais e justiça, v. 2, n. 3, p. 82-93, abril/junho, 2008.

17 MENDES; BRANCO; op. cit., p. 161-167.

direitos poderem ser proclamados em certa época e desaparecer em outras, ou, ainda, se modificar no tempo.

*Inalienabilidade/indisponibilidade:* não se pode dispor juridicamente (renúncia, compra e venda, doação, permuta), nem materialmente (destruição material) dos direitos fundamentais. Destaque-se que a inalienabilidade traz a consequência de a preterição de um direito fundamental não poder ser justificada pelo mero fato de o titular do direito nela consentir.

Nesse sentido, por exemplo, o direito à integridade física é inalienável, não podendo o indivíduo vender uma parte do seu corpo ou uma função vital, nem tampouco se mutilar voluntariamente. Entretanto, nada impede que o exercício de certos direitos fundamentais seja restringido em prol de uma finalidade acolhida ou tolerada pela ordem constitucional.

*Constitucionalização:* os direitos fundamentais peculiarizam-se por estarem recepcionados por algum preceito de direito positivo, por estarem inscritos em diplomas normativos de cada Estado e por serem direitos que vigem numa ordem jurídica concreta.

No caso do direito brasileiro, os direitos fundamentais são definidos como direitos constitucionais. Impende registrar, inclusive, que a Constituição brasileira de 1988 caracterizou os direitos fundamentais como direitos péticos ao dispor no inciso IV, do § 4º, do art. 60, que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais.

## 2.4 EFICÁCIA E APLICABILIDADE IMEDIATA

O § 1º do art. 5º, da Constituição de 1988, dispõe que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Tal previsão em nossa Constituição deve-se à influência de outros textos constitucionais, tais como a Constituição portuguesa, a do Uruguai e a Lei Fundamental da Alemanha.

O art. 18, item 1, da Constituição de Portugal, por exemplo, assim reza: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”. O jurista português Vieira de Andrade<sup>18</sup>, ao comentar o citado dispositivo, assim defendeu:

---

18 ANDRADE, op. cit., p. 200.

Já não é possível sustentar que os direitos fundamentais só têm real existência jurídica por força da lei (em virtude de uma transposição legal), ou que valem apenas com o conteúdo que por estas lhe é dado (por interpretação autêntica ou por delegação constitucional), porque a Constituição vale por si, prevalece e vincula positivamente o legislador, de modo que uma lei só terá valor jurídico se estiver conforme com a norma constitucional que consagra um direito.

Depreende-se, assim, que as normas definidoras dos direitos fundamentais são normas de caráter preceptivo e não meramente programáticas. Os direitos fundamentais se fundam na Constituição, e não na lei, devendo esta ter conformidade com o que diz a Constituição acerca dos direitos fundamentais. Os operadores do direito devem aplicar diretamente as normas constitucionais para resolver os casos sob sua apreciação, não sendo necessário que o legislador esclareça o conteúdo da norma para que ela possa ser aplicada<sup>19</sup>.

Questão que também merece destaque é a abrangência do § 1º do art. 5º da CF/88. Entende-se que a melhor interpretação é aquela segundo a qual a aplicabilidade imediata abrange todos os direitos fundamentais constantes do catálogo (arts. 5º a 17), bem como os localizados em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais.

A aplicabilidade imediata não significa, contudo, que, sempre, de forma automática, os direitos fundamentais geram direitos subjetivos, concretos e definitivos<sup>20</sup>. Há normas constitucionais relativas a alguns direitos fundamentais que necessitam da interposição do legislador para serem concretizados. É o que ocorre, por exemplo, com o direito à educação (art. 205), com o direito ao lazer (art. 6º) e com a garantia do acesso ao judiciário (art. 5º, XXXV). Quanto a essa última, exige-se que a lei disponha sobre o direito processual que viabilize a atuação do Estado na resolução de conflitos.

Ademais, no que concerne aos direitos fundamentais sociais de natureza prestacional, verifica-se que os limites da reserva do possível, da falta de qualificação e/ou legitimação dos tribunais para a implementação de determinados programas socioeconômicos, bem

---

19 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 500.

20 *Ibidem*.

como a colisão com outros direitos fundamentais podem, dentre outros aspectos, não alcançar sua plena eficácia imediatamente.

Logo, entende-se que a melhor exegese do art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988 é a apresentada por Ingo Wolfgang Sarlet<sup>21</sup>, segundo a qual a referida norma possui cunho inequivocamente principiológico, devendo ser considerada, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais.

Assim, há uma presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, de tal sorte que eventual recusa de sua aplicação, em virtude da ausência de ato concretizador, deverá ser necessariamente fundamentada e justificada. Isso significa que, no concernente aos direitos fundamentais, a aplicabilidade imediata e eficácia plena assumem a condição de regra geral, ressalvadas exceções que, para serem legítimas, dependem de convincente justificação à luz do caso concreto.

Se todas as normas de direitos fundamentais são dotadas de um mínimo de eficácia, pode-se afirmar que aos poderes públicos incumbe a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram a maior eficácia possível, outorgando-lhes efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção da aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, na verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição.

## 2.5 VINCULAÇÃO DOS PODERES PÚBLICOS

Diversamente das Constituições de Portugal e da Espanha e da Lei Fundamental da Alemanha, que prevêem expressamente a vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais, a Constituição de 1988 foi omissa nesse aspecto, limitando-se a proclamar, conforme estudado acima, a imediata aplicabilidade das normas de direitos fundamentais no § 1º do art. 5º. Contudo, tal omissão não significa que os poderes públicos não estejam vinculados pelos direitos fundamentais.

---

21 SARLET, op. cit., p. 270-273.

Se de acordo com um critério institucional os detentores do poder estatal formalmente considerados (órgãos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário) se encontram obrigados pelos direitos fundamentais, também num sentido material e funcional todas as funções exercidas pelos órgãos estatais também se encontram obrigadas por esses direitos<sup>22</sup>.

No âmbito da vinculação do Poder Legislativo aos direitos fundamentais, há de se destacar os ensinamentos de Canotilho<sup>23</sup> sobre a dupla dimensão da vinculação do legislador aos direitos fundamentais (dimensão negativa e positiva). Na dimensão negativa, está a proibição de edição de atos legislativos contrários às normas de direitos fundamentais. Significa também que, mesmo quando a Constituição entrega ao legislador a tarefa de restringir certos direitos, há de ser respeitado o núcleo essencial do direito, não sendo legítima a criação de condições desarrazoadas ou que tornem impraticável o direito previsto pelo constituinte.

Na dimensão positiva está o dever do legislador de conformação aos parâmetros fornecidos pelas normas de direitos fundamentais e, nesse sentido, também um dever de edição de normas que dêem regulamentação aos direitos fundamentais dependentes de concretização normativa. A inércia do legislador em satisfazer uma imposição de concretização de um direito fundamental pode ensejar, inclusive, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou o mandado de injunção.

No que tange aos atos normativos, sabe-se que esses podem ser praticados também por membros do Poder Executivo (ex: portarias, resoluções e decretos) e do Poder Judiciário (ex: regimentos internos). Assim, entende-se que também os atos normativos editados por membros desses dois poderes devem observar os direitos fundamentais.

Em relação à vinculação do Poder Executivo aos direitos fundamentais, tem-se que os órgãos e entidades da administração pública, bem como as pessoas jurídicas de direito privado que disponham de poderes públicos, devem interpretar e aplicar as leis em conformidade com os direitos fundamentais.

Nesse sentido, são nulos os atos administrativos praticados em ofensa aos direitos fundamentais. A não observância pode levar à sua invalidação judicial. A atividade discricionária da administração pública deve, assim, respeitar os limites fixados pelos direitos fundamentais.

<sup>22</sup> SARLET, op. cit., p. 365-366.

<sup>23</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 592.

Questão que tem gerado ampla discussão é definir se pode a administração se recusar a aplicar normas que entenda ser inconstitucionais, por ofender os direitos fundamentais. A esse respeito, há um consenso doutrinário no sentido de que, em princípio, os agentes administrativos não possuem competência para apreciar a lei e declará-la constitucional ou não. Devem, no caso em que entendam existir inconstitucionalidade, provocar a autoridade hierarquicamente superior a respeito, demonstrando-lhe as conseqüências resultantes de uma aplicação da lei inconstitucional, permanecendo, contudo, vinculados a essa lei até que sobrevenha decisão judicial a respeito do caso<sup>24</sup>.

No que concerne à vinculação do Poder Judiciário aos direitos fundamentais, ensina Canotilho<sup>25</sup> que essa vinculação se manifesta, por um lado, através de uma constitucionalização da organização dos tribunais e do procedimento judicial que, além de deverem ser compreendidos à luz dos direitos fundamentais, por esses são influenciados e se expressam na vinculação do conteúdo dos atos jurisdicionais aos direitos fundamentais.

Ademais, exerce o Poder Judiciário o controle de constitucionalidade dos atos dos demais órgãos estatais, dispondo os tribunais simultaneamente do poder e do dever de não aplicar leis contrárias à Constituição e, mais especificamente, leis ofensivas aos direitos fundamentais, podendo declarar-lhes a inconstitucionalidade.

Impende, ainda, ressaltar que, em razão da natureza aberta e da imprecisão conceitual dos direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal acaba exercendo papel importantíssimo na fixação e delimitação do conteúdo e do núcleo essencial dos direitos fundamentais, quando da prolação de seus acórdãos nos casos concretos.<sup>26</sup>

## 2.6 PERSPECTIVA SUBJETIVA E OBJETIVA

A perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais corresponde à característica desses direitos de, em maior ou menor escala, ensejarem

<sup>24</sup> SARLET, op. cit., p. 369-372.

<sup>25</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 598.

<sup>26</sup> ALMEIDA, Lilian Barros de Oliveira. *Direito adquirido: uma questão em aberto*. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2009. 190 p. p.148-172. (Dissertação, Mestrado em Direito Constitucional). Trata-se de dissertação de Mestrado em que se concluiu que o núcleo essencial do direito fundamental constante na proteção ao direito adquirido é aquele definido pelo STF em cada caso concreto. Concluiu-se, também, ser o direito adquirido uma questão em aberto, uma vez que a busca de premissas, no caso do direito adquirido, é infinita, e sempre surgirão situações novas que exigirão uma nova verificação da existência ou não do direito adquirido.

uma pretensão a que se adote um dado comportamento e se expressa no poder da vontade de produzir efeitos sobre certas relações jurídicas<sup>27</sup>.

Nessa dimensão, os direitos fundamentais correspondem à exigência de uma ação negativa (de respeito ao espaço de liberdade do indivíduo) ou positiva de outrem e, também, correspondem a competências, em que não se cogita de exigir comportamento ativo ou omissivo de outrem, mas do poder de modificar-lhes as posições jurídicas.

Nesse contexto, quando, no âmbito da perspectiva subjetiva, fala-se de direitos fundamentais subjetivos. Refere-se à possibilidade que tem o seu titular (considerado como tal a pessoa individual ou ente coletivo a quem é atribuído) de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão<sup>28</sup>.

Apesar de a perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais ter maior realce, ela convive com a perspectiva objetiva e ambas mantêm uma relação de complemento recíproco. Esse processo de valorização dos direitos fundamentais na condição de normas de direito objetivo se enquadra naquilo que foi denominado de uma autêntica mutação dos direitos fundamentais; mutação essa provocada não só pela transição do modelo de Estado Liberal para o do Estado Social e Democrático de Direito, mas também pela conscientização da insuficiência de uma concepção dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa para a garantia de uma liberdade efetiva<sup>29</sup>.

No que tange à perspectiva objetiva, Perez Luño<sup>30</sup> ensina que os direitos fundamentais passaram a apresentar-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos, diretos da ação positiva dos poderes públicos.

A perspectiva objetiva resulta, assim, do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional, por participarem da essência do Estado Democrático de Direito, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação. As constituições democráticas assumem um sistema de valores que os direitos

27 MENDES; BRANCO, op. cit., p. 189.

28 SARLET, op. cit., p. 154.

29 Ibidem, p. 151.

30 PEREZ LUÑO, op. cit., p. 20-21.

fundamentais revelam e positivam e esse fenômeno faz com que os direitos fundamentais influam sobre o ordenamento jurídico como um todo, servindo de norte para a ação de todos os poderes constituídos<sup>31</sup>.

A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais apresenta importantes desdobramentos<sup>32</sup>. Um desses desdobramentos refere-se à eficácia dirigente que esses direitos desencadeiam em relação aos órgãos estatais. Nesse contexto, afirma-se que os direitos fundamentais contêm uma ordem dirigida ao Estado no sentido de que a ele incumbe a obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais.

Outro desdobramento diz respeito ao reconhecimento de deveres de proteção do Estado, na medida em que a esse incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões providas de particulares e até mesmo de outros Estados. Essa incumbência desemboca na obrigação de o Estado adotar medidas positivas diversas, com o objetivo de proteger de forma efetiva os direitos fundamentais.

Há, também, como desdobramento, a função outorgada aos direitos fundamentais sob o aspecto de parâmetros para a criação e constituição de organizações ou instituições estatais e para o procedimento. Assim, há que se considerar a íntima vinculação entre direitos fundamentais, organização e procedimento, no sentido de que os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo e de certa forma, dependentes da organização e do procedimento, mas simultaneamente também atuam sobre o direito procedimental e as estruturas organizacionais.

Importante, ainda, notar que a perspectiva objetiva faz com que o direito fundamental não seja considerado exclusivamente sob a perspectiva individualista, mas igualmente, que o bem por ele tutelado seja visto como um valor em si, a ser preservado e fomentado.

Nesse sentido, a perspectiva objetiva legitima restrições aos direitos subjetivos individuais, limitando o conteúdo e o alcance dos direitos fundamentais em favor dos seus próprios titulares ou de outros bens constitucionalmente valiosos<sup>33</sup>.

31 MENDES; BRANCO, op. cit., p.189.

32 SARLET, op. cit., p.142-151.

33 BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 130.

## 2.7 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROTEÇÃO AO NÚCLEO ESSENCIAL

Em razão do caráter aberto, variável e heterogêneo dos direitos fundamentais, freqüente é o choque dos direitos fundamentais com outros bens jurídicos protegidos constitucionalmente, sendo tal fenômeno denominado pela doutrina de colisão ou conflito de direitos fundamentais<sup>34</sup>.

A colisão de direitos fundamentais pode ocorrer de duas formas. A primeira é quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular colide com o exercício de outro direito fundamental por parte de outro titular.

A segunda acontece quando o exercício de um direito fundamental colide com a necessidade de preservação de um bem coletivo ou do Estado protegido constitucionalmente (colisão entre direitos fundamentais e outros valores constitucionais). Ocorre, assim, quando interesses individuais tutelados por direitos fundamentais contrapõem-se a interesses da comunidade, reconhecidos também pela constituição, tais como a saúde pública, a segurança pública, a integridade territorial, a família, o patrimônio cultural, dentre outros.

A solução da colisão de direitos fundamentais é confiada ao legislador quando a Constituição remete à lei ordinária a possibilidade de restringir direitos. Assim, verificada a existência de reserva de lei para pelo menos um dos direitos colidentes, o legislador poderá resolver o conflito comprimindo o direito ou direitos restringíveis, respeitando o núcleo essencial dos direitos envolvidos.

Tratando-se de conflito entre direitos fundamentais não sujeitos à reserva de lei, a solução fica por conta dos magistrados ou até mesmo da administração pública, quando da interpretação e aplicação da legislação para praticar os atos administrativos, através da ponderação dos bens envolvidos, respeitando-se, também, o seu núcleo essencial.

Para tanto, imprescindível se torna estudar o princípio da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

---

<sup>34</sup> FARIAS, op. cit., p. 116-126.

Alguns ordenamentos jurídicos constitucionais consagram expressamente o referido princípio<sup>35</sup>. De acordo com o art. 19.2 da Lei Fundamental alemã de 1949, “em nenhum caso um direito fundamental poderá ser afetado em sua essência”.

Ressalte-se que, como princípio expressamente consagrado na Constituição ou como princípio constitucional imanente, o princípio da proteção do núcleo essencial tem por objetivo evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas e desproporcionais.<sup>36</sup>

Mas o que é o núcleo essencial de um direito fundamental? Tal significado não é unívoco na doutrina. Podem-se vislumbrar na doutrina alemã duas diferentes teorias a respeito do tema, designadas como absoluta e relativa.

Para a teoria absoluta, todo direito fundamental teria um núcleo essencial, determinável em abstrato, passível de ser teoricamente delimitado. Corresponderia a um espaço de maior intensidade valorativa que não poderia ser afetado, sob pena de o direito deixar realmente de existir. É compreendido como unidade substancial autônoma que, independentemente de qualquer situação concreta, estaria a salvo de eventual decisão legislativa.<sup>37</sup>

Para a teoria relativa, o núcleo essencial dos direitos fundamentais deve ser definido para cada caso concreto, à luz do direito restringido. O núcleo essencial seria, então, aferido através da utilização de um processo de ponderação entre meios e fins, com base no princípio da proporcionalidade. Segundo os adeptos da teoria relativa, o tamanho do conteúdo essencial só pode ser mensurado em face de um conflito específico, quando estiverem em jogo valores comprimindo-se reciprocamente.<sup>38</sup>

---

35 Confira-se o disposto no art. 18.3 da Constituição portuguesa de 1976, no art. 53.1 da Constituição espanhola de 1978 e no art. 19.2 da Lei Fundamental alemã de 1949. No Brasil, a Constituição de 1988 não contempla expressamente a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Entretanto, em que pese o texto constitucional brasileiro não ter feito esta consagração expressa, é inequívoco que a proteção do conteúdo essencial dos direitos fundamentais decorre do próprio modelo garantístico utilizado pelo constituinte. A não admissão de um limite ao legislador tornaria inócua qualquer proteção fundamental.

36 MENDES; BRANCO, op. cit., p. 306.

37 ANDRADE, op. cit., p. 304.

38 BARROS, op. cit., p. 103.

Em análise à obra *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, de PETER HÄBERLE<sup>39</sup>, evidencia-se que a ponderação de bens é o meio de determinação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, o conteúdo e os limites dos direitos fundamentais sempre hão de ser determinados em relação a outros bens jurídicos, originando-se em situações de conflito, sendo sempre atualizados e concretizados caso a caso. Por meio da ponderação de bens se proporciona um equilíbrio entre os bens jurídicos que colidem.<sup>40</sup>

Para o referido autor, a função social dos direitos fundamentais tem o interesse especial de evitar a relativização desses direitos. Assim, a ponderação de bens que puser em questão a função social dos direitos fundamentais será inconstitucional.<sup>41</sup>

No Brasil, a Constituição de 1988 não contempla expressamente a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Entretanto, em que pese o texto constitucional brasileiro não ter feito esta consagração expressa, é inequívoco que a proteção do conteúdo essencial dos direitos fundamentais decorre do próprio modelo garantístico utilizado pelo constituinte. A não admissão de um limite ao legislador tornaria inócua qualquer proteção fundamental.<sup>42</sup>

É também de se notar que o art. 60, § 4º, IV, da Constituição de 1988, conforme já se mencionou anteriormente, veda expressamente qualquer proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais. A referida vedação foi instituída para proteger o núcleo essencial dos direitos fundamentais. O Supremo Tribunal Federal, em acórdão já citado, pronunciou-se nesse mesmo sentido, ao interpretar o supracitado dispositivo constitucional<sup>43</sup>:

As limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, *mas apenas*

39 HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madri: Dykinson, 2003, p. 65.

40 *Ibidem*, p. 33.

41 *Ibidem*, p. 36.

42 MENDES; BRANCO, op. cit., p. 309.

43 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. MS-MC 23.047/DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ de 14/11/2003.

*a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege. (grifou-se).*

Assim, é possível sustentar que as cláusulas pétreas, consagradas no art. 60, § 4º, IV, da Constituição de 1988, albergam a recepção, no Brasil, do princípio da proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. Se, afinal, as emendas constitucionais não podem atingir o núcleo essencial dos direitos fundamentais, evidentemente isso também não poderá ocorrer pela ação do legislador ordinário.

Vale salientar que o Supremo Tribunal Federal, em julgamento de extrema relevância, referiu-se expressamente ao princípio da proteção ao núcleo essencial. No julgamento do Habeas Corpus n° 82.959/SP,<sup>44</sup> no ano de 2006, entendeu o Tribunal que a imposição de regime integralmente fechado para o cumprimento de pena pelos condenados por crimes hediondos configuraria lesão ao princípio da proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais.

### **3 MEIOS DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELA ATIVIDADE CONSULTIVA DA AGU**

Uma vez estudada a Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, importa analisar a correlação entre a atividade consultiva da AGU e os direitos fundamentais, bem como em que medida o desempenho dessa atividade pelos advogados públicos federais pode contribuir para a promoção dos direitos fundamentais.

Conforme já exposto acima, a Advocacia-Geral da União situa-se no Capítulo IV (Das Funções Essenciais à Justiça), do Título IV (Da Organização dos Poderes). Ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>45</sup> que a palavra “justiça”, integrante da expressão “funções essenciais à justiça”, pode ter dois sentidos:

- a) Justiça como instituição, ou seja, como sinônimo de Poder Judiciário, tal como aparece nas expressões justiça trabalhista, justiça eleitoral, justiça federal; e realmente as carreiras apontadas como essenciais à justiça são indispensáveis ao funcionamento do Poder Judiciário, porque este, embora detenha a mais relevante e eficaz forma de controle da Administração Pública e de proteção dos direitos individuais e coletivos,

44 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. HC 82.959/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ de 01/09/2006.

45 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Advocacia Pública. *Revista Jurídica da Prefeitura do Município de São Paulo*, n. 3, p. 11-30, dez. 1996, p. 13-14.

não tem legitimidade para dar início às ações judiciais; ele decide sobre conflitos que lhe são postos e nos limites postos pelo advogado, pelo Defensor Público, pelo Advogado da União, pelo Procurador do Estado ou do Município, pelo Promotor Público (quando este atuar como parte). Sem estes profissionais, a Justiça – entendida como sinônimo de Poder Judiciário – não é acionada. Ela não existe.

- b) Justiça como valor, incluído já no preâmbulo da Constituição entre os valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, e que consiste na vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu (*justitia est constans ET perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*). Vale dizer que o advogado, seja público, seja privado, atua sempre em prol da Justiça, entendida como valor, mesmo quando desempenhada perante o Poder Executivo.

Defende-se que a acepção de *justiça* como valor se mostra mais adequada à atuação consultiva da AGU, na medida em que os órgãos jurídicos do consultivo correspondem a funções essenciais à justiça que promovem o Estado Democrático de Direito e os direitos fundamentais, através de suas atividades de consultoria e assessoramento jurídico ao Poder Executivo.

A propósito, impende destacar o valioso comentário de Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>46</sup> a respeito da acepção de justiça como valor, *verbis*:

Essas funções são instrumentos essenciais, por certo, à justiça, como está explícito, mas nela compreendida, a essencialidade à própria existência de Estado Democrático de Direito, pois lograr justiça nada mais é que respeitar os direitos fundamentais.

E o que viria a ser o Estado Democrático de Direito?

Para Habermas<sup>47</sup>, a Antropologia demonstra que o Direito precede o surgimento do Estado, tendo sido o desenvolvimento do Direito arcaico que possibilitou o surgimento de um poder político soberano. Assim, evidentemente, tem-se que o Direito sancionado pelo Estado e o poder do Estado organizado juridicamente surgem simultaneamente, mediante o poder político.

46 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. *Debates em Direito Público*, v. 4, n. 4, p. 36-65, out. 2005.

47 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 233-234.

Por Estado entende-se a organização jurídico-política do poder, destinada a proporcionar soberanamente, em determinado território a garantia dos interesses e valores consagrados pelo povo nele fixado. O Estado não é, então, fim em si mesmo, mas organização política da sociedade, normatizada pelo Direito, cuja finalidade é, em última instância, a concretização da liberdade.

Se a concepção atual de Estado é a daquele cuja finalidade é a realização da liberdade; se essa só pode ocorrer se declarados, assegurados e exercidos os direitos fundamentais; e se o regime político capaz de garantir formal e materialmente tais direitos é a democracia, tem-se que o melhor tipo de Estado é o Estado Democrático de Direito<sup>48</sup>.

A Constituição brasileira de 1988 fez essa opção, conforme consta em seu preâmbulo<sup>49</sup> e no *caput* do art. 1º<sup>50</sup>. O Estado Democrático de Direito pode ser definido, então, como organização jurídica do poder, que se assenta em alguns princípios elementares e na declaração e garantia dos direitos fundamentais, cuja efetivação é a sua finalidade, o motivo pelo qual foi criado. Assim, para que o Estado se consubstancie como Democrático de Direito deve declarar e assegurar os direitos fundamentais<sup>51</sup>.

Contudo, para que os órgãos e entidades da Administração Pública Federal pratiquem atos administrativos e políticas públicas voltados à promoção dos direitos fundamentais, imprescindível a atividade consultiva da Advocacia-Geral da União para prestar-lhes consultoria e assessoramento jurídico.

Válida é a lição de Rommel Macedo<sup>52</sup> acerca da distinção entre consultoria e assessoramento jurídico:

---

48 TOLEDO, Cláudia. *Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Landy, 2003. p. 109-111.

49 Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte *para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos*, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (grifou-se).

50 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, *constitui-se em Estado Democrático de Direito* e tem como fundamentos: [...] (grifou-se).

51 TOLEDO, op. cit., p. 114-115.

52 MACEDO, Rommel. *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2008. p. 46.

O assessoramento jurídico se distingue da consultoria. No primeiro, o advogado não possui qualquer responsabilidade sobre a decisão a ser tomada, tendo apenas a incumbência de orientar a instância decisória; já na segunda, o advogado exara pareceres, sobre os quais possui inequívoca responsabilidade. Por meio da consultoria jurídica, emite-se aquilo que Moreira Neto (1992, p. 41-57) considera uma verdadeira 'vontade estatal', devendo a Administração Pública demonstrar a razão para o não-acatamento dos termos do parecer proferido, sob pena de nulidade do ato.

Sobre a responsabilidade de a Advocacia Pública promover os direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, assim se pronunciou José Afonso da Silva<sup>53</sup>:

Só isso já mostra quão extensa e importante é a tarefa da Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito. Acresça-se a isso sua responsabilidade pela plena defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana, e então se tem que seus membros saíram da mera condição de servidores públicos democráticos, preocupados apenas com o exercício formal da atividade administrativa de defesa dos interesses patrimoniais da Fazenda Pública para se tornarem peças relevantes da plena configuração desse tipo de Estado.

Impende, agora, analisar nos subitens seguintes como as atividades desempenhadas pelos órgãos jurídicos do consultivo da AGU contribuem para a promoção dos direitos fundamentais.

### 3.1 FIXAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO

Como já foi exposto nesse artigo, os poderes públicos encontram-se vinculados aos direitos fundamentais. Assim, deve o Poder Executivo praticar seus atos e aplicar a legislação em conformidade aos direitos fundamentais.

As Consultorias Jurídicas junto aos Ministérios, a Consultoria-Geral da União, as Consultorias Jurídicas da União nos Estados e os demais órgãos jurídicos do consultivo da AGU, ao exercerem a competência de fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos, ajudam a promover os direitos

---

53 SILVA, José Afonso da. Advocacia Pública e Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, v. 230, p. 281-289, out./dez., 2002. p. 289.

fundamentais na medida em que realizem interpretação que respeite e observe os direitos fundamentais.

Tendo em vista o caráter não absoluto dos direitos fundamentais, devem também os advogados públicos federais, na fundamentação de seus pareceres, ficar atentos à possibilidade de restrição de um direito fundamental em favor de outro direito fundamental ou de outro valor protegido constitucionalmente. Esse exercício pode ser feito através da verificação da existência de autorização constitucional para restrição desse direito, ou da realização da ponderação de bens no caso concreto, desde que protegido o núcleo essencial do direito fundamental em questão.

Por consequência, o Poder Executivo, ao seguir a orientação do consultivo da AGU, se vincula aos direitos fundamentais e, assim, atende a perspectiva objetiva desses direitos, no que concerne à proteção, pelo Estado, dos direitos fundamentais. Nesse sentido, evita-se a judicialização de seus atos administrativos e políticas públicas, sendo de grande relevância essa atuação preventiva do consultivo.

Pode-se dizer que, de uma maneira geral, os órgãos jurídicos do consultivo da AGU procuram, sempre, promover o direito fundamental consubstanciado no princípio da legalidade (art. 5º, II), ao responderem às consultas formuladas pelas autoridades do Poder Executivo em observância à legislação existente.

Contudo, muitos outros direitos fundamentais são promovidos através da interpretação feita pelos órgãos jurídicos do consultivo da AGU nas mais diversas áreas temáticas. Cabe, aqui, citar alguns exemplos que ilustram como a Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Justiça (CONJUR/MJ) contribuiu para fixar a interpretação de dispositivos constitucionais relacionados a direitos fundamentais.

A CONJUR/MJ foi instada a se manifestar quanto à possibilidade de permuta de área da Terra Indígena Guarani Araça'í, localizada no Estado de Santa Catarina, por área não declarada como indígena, que seria ofertada pelo referido Estado.

Tendo em vista a concepção material dos direitos fundamentais e o disposto no § 2º do art. 5º da CF/88, que permitem a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes no catálogo, tem-se que a proteção concedida aos índios e às suas terras, no art. 231 da CF/88, deve ser considerada direito fundamental.

Nesse sentido, a Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Justiça, levando em consideração o caráter inalienável e indisponível dos direitos fundamentais e a vedação específica constante no § 4º, do art. 231<sup>54</sup>, concluiu, através da Nota CJ n. 70/2011-AL, pela impossibilidade de permuta de área da Terra Indígena Guarani Araça'í por área não indígena que seria ofertada pelo referido Estado.

Cumpra, também, destacar consulta feita pelo então Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, do Ministério da Justiça, acerca do prazo máximo de duração do recebimento do auxílio-moradia dos servidores que iniciaram o recebimento do benefício em 30 de junho de 2006, tendo em vista a superveniência da Lei n. 11.784/2008, que modificou a redação do art. 60-C, da Lei 8.112/1990. Questionou-se, assim, se a aplicação imediata da Lei n. 11.784/2008 aos recebimentos dos auxílios-moradia pendentes violaria o direito fundamental da proteção ao direito adquirido (art. 5º, XXXVI).

A CONJUR/MJ, por meio do Parecer N. 13/2011/GAB/CONJUR-MJ/CGU/AGU, concluiu pela aplicação imediata da lei nova, pela não violação do direito adquirido e pela possibilidade de aqueles que iniciaram a contagem do prazo do recebimento do auxílio-moradia em 30 de junho de 2006 continuarem recebendo o auxílio-moradia até 8 anos depois, ou seja, até 30 de junho de 2014.

### 3.2 CONTROLE INTERNO DA LEGALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Certo é que muitos atos administrativos são praticados pelas autoridades da administração pública federal, no bojo dos mais diversos processos administrativos.

A Consultoria-Geral da União, as Consultorias Jurídicas junto aos Ministérios, as Consultorias Jurídicas da União nos Estados, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, as Procuradorias federais especializadas junto às autarquias e fundações e a Procuradoria-Geral do Banco Central, ao assistirem as respectivas autoridades assessoradas no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por elas praticados, fazem também com que sejam respeitados os direitos fundamentais.

---

54 Art. 231 [...]

§4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

Direitos fundamentais esses, consubstanciados na observância do devido processo legal (art. 5º, LIV), da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV).

Por exemplo, os advogados públicos federais, ao examinarem um Processo Administrativo Disciplinar (PAD) para subsidiar a decisão da autoridade competente, promovem os direitos fundamentais ao verificarem se o procedimento respeitou o devido processo legal (no caso, as regras procedimentais estabelecidas na Lei 8.112/90), a ampla defesa e o contraditório. Ademais, devem observar se as provas constantes no PAD não foram obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI) e se as provas eventualmente emprestadas pelo Poder Judiciário observaram a violabilidade do sigilo das comunicações telefônicas nas hipóteses e na forma que a lei estabeleceu, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (art. 5º, XII).

Essa atuação preventiva evita que o ato administrativo de aplicação de penalidade disciplinar, pela autoridade pública competente, seja questionado no judiciário e seja invalidado por desrespeito a um dos direitos fundamentais acima citados.

Como exemplos também, têm-se os pareceres elaborados pela procuradoria federal especializada junto à FUNAI e pela Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Justiça para atestar a regularidade do procedimento de demarcação de terra indígena, antes da edição da respectiva Portaria demarcatória pelo Ministro da Justiça, em observância ao devido processo legal (Decreto 1775/96), à ampla defesa e ao contraditório.

### **3.3 ASSESSORAMENTO JURÍDICO NA ELABORAÇÃO DE ATOS NORMATIVOS**

Alguns dos direitos fundamentais encontrados na Constituição de 1988 são concretizados através da edição de atos normativos. Muitos deles, principalmente os direitos fundamentais à prestação, tais como os direitos sociais à segurança, à educação, à previdência social e à saúde, dependem da edição de atos normativos para produzirem seus efeitos plenos.

Assim, as Consultorias Jurídicas junto aos Ministérios, ao assessorarem juridicamente os Ministros de Estado e demais autoridades na elaboração de projetos de lei relacionados à área de sua competência,

de iniciativa privativa do Presidente da República (art. 61, §1º da CF/88), bem como na elaboração de minutas de Decretos, Portarias e Resoluções, contribuem para a promoção e concretização dos direitos fundamentais.

Insta destacar que esse assessoramento jurídico pode ocorrer através da elaboração de pareceres jurídicos, bem como através da realização de reuniões.

Vale destacar, como exemplo, o Parecer n. 33/2011/CEP/CGLEG/CONJUR/MJ, da Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Justiça. Esse parecer analisou minuta de Resolução do Conselho Nacional de Combate à Pirataria e delitos contra a Propriedade intelectual – CNPCP (órgão colegiado integrante da estrutura do Ministério da Justiça) sobre o funcionamento do Diretório Nacional de Marcas; minuta essa elaborada para promover o direito fundamental constante no art. 5º, XXIX<sup>55</sup> (proteção à propriedade intelectual).

Ressalte-se que o CNPCP, nos termos do Decreto 5244/2044, tem por finalidade elaborar as diretrizes para a formulação e proposição de plano nacional para o combate à pirataria, à sonegação fiscal dela decorrente e aos delitos contra a propriedade intelectual.

Nesse sentido, com o escopo de se efetivar as referidas diretrizes é que o CNPCP formulou minuta de Resolução para sedimentar uma base de dados com informações dos responsáveis legais das empresas titulares das marcas, a fim de facilitar o contato com esses representantes, constituindo, assim o Diretório Nacional de Marcas.

A CONJUR/MJ analisou a minuta de Resolução e, assim, auxiliou a promover o direito fundamental de proteção à propriedade intelectual. Com efeito, esse banco de dados será importante instrumento para localizar, o mais breve possível, o responsável pela marca registrada no Instituto Nacional da Propriedade Intelectual-INPI, a fim de se averiguar a autenticidade ou não do objeto apreendido nas ações dos órgãos de segurança pública responsáveis pelo combate à pirataria, aos delitos contra a propriedade intelectual e à sonegação fiscal.

---

55 Art. 5º [...]

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Outro exemplo, também, foi o assessoramento jurídico prestado pela CONJUR/MJ, através da realização de reuniões, para a elaboração da Portaria 797/2011, do Ministro da Justiça, que estabeleceu os procedimentos de entrega de arma de fogo, acessório ou munição e da indenização prevista nos arts. 31 e 32 da Lei n. 10.826/2003, no âmbito da Campanha do Desarmamento. Ressalte-se que tal medida contribuiu para a efetivação do direito fundamental correspondente à segurança pública (art. 5º, *caput*, art. 6º, *caput*, e art. 144).

Cabe, também, às Consultorias Jurídicas junto aos Ministérios, nos moldes preceituados pelo art. 37, III, do Decreto 4176/2002<sup>56</sup>, elaborar pareceres jurídicos conclusivos sobre a constitucionalidade, a legalidade e a regularidade formal de todos os atos normativos propostos pelos Ministros de Estado, que serão enviados à Casa Civil da Presidência da República.

Compete à Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil (SAJ), de acordo com o art. 36 do citado decreto, emitir parecer final sobre a constitucionalidade e legalidade dos projetos de ato normativo, observadas as atribuições do Advogado-Geral da União.

Nos termos do art. 15, do Decreto 7392/2010, compete ao Departamento de Análise de Atos Normativos (DENOR), da Consultoria-Geral da União, analisar anteprojetos de lei, de medidas provisórias e de outros atos normativos, bem como analisar projetos de lei submetidos à sanção do Presidente da República.

Assim, entende-se que as CONJURs, a SAJ e o DENOR podem contribuir para a proteção dos direitos fundamentais ao impedirem a edição de atos normativos que contrariem os direitos fundamentais ou que façam restrições descabidas, que atinjam o seu núcleo essencial.

### **3.4 EXAME DOS TEXTOS DE EDITAL DE LICITAÇÃO, CONTRATOS E INSTRUMENTOS CONGÊNERES**

De acordo com o disposto no inciso VI, do art. 11, da Lei Complementar 73/93, cabe às Consultorias Jurídicas examinar, prévia e conclusivamente,

56 Art. 37. As propostas de projetos de ato normativo serão encaminhadas à Casa Civil por meio eletrônico, com observância do disposto no Anexo I, mediante exposição de motivos do titular do órgão proponente, à qual se anexarão:

[...]

III - o parecer conclusivo sobre a constitucionalidade, a legalidade e a regularidade formal do ato normativo proposto, elaborado pela Consultoria Jurídica ou pelo órgão de assessoramento jurídico do proponente.

os textos de edital de licitação e dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados, além dos atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade, ou decidir a dispensa de licitação.

A Lei 8666/93, em seu art. 38, dispõe no mesmo sentido, preceituando ser obrigatória a análise e aprovação jurídica prévia dos referidos textos.

Sabe-se que as políticas públicas dos órgãos e entidades da administração pública federal, voltadas à promoção dos direitos fundamentais, necessitam da celebração de contratos e convênios, dentre outros instrumentos, para serem efetivadas.

Logo, pode-se afirmar que os órgãos de execução do consultivo da AGU contribuem para a promoção dos direitos fundamentais ao elaborarem seus pareceres e, assim, instruírem os processos administrativos que venham a culminar na assinatura de contratos administrativos e instrumentos congêneres relacionados à concretização de direitos fundamentais.

A título de exemplo, têm-se os convênios celebrados entre o Ministério das Cidades e os Estados da federação para a promoção do direito fundamental social à moradia através do programa “Minha Casa, Minha Vida”. Certamente, os textos desses convênios, antes de sua celebração, foram examinados pela Consultoria Jurídica junto ao Ministério das Cidades.

Já o direito fundamental social à alimentação é efetivado através da celebração de convênios entre o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à fome e os Estados, através do programa “Bolsa Família”. Convênios esses que passaram pelo crivo da Consultoria jurídica junto ao referido Ministério.

### **3.5 ENVIO DE SUBSÍDIOS AOS ÓRGÃOS JURÍDICOS DO CONTENCIOSO DA AGU**

Até aqui se falou da contribuição para a promoção dos direitos fundamentais, através da atividade eminentemente consultiva desempenhada pelos órgãos jurídicos do consultivo da AGU. Certamente, uma atividade consultiva bem realizada é a forma mais adequada de se promover os direitos fundamentais e, por conseqüência, evitar inúmeras demandas judiciais.

Contudo, casos há em que, apesar do devido assessoramento jurídico, atos administrativos e políticas públicas voltadas à efetivação dos direitos fundamentais são impugnados no Poder Judiciário.

Ou, ainda, através de sua atuação pró-ativa, os órgãos de representação judicial da União necessitam buscar, no judiciário, a proteção dos direitos fundamentais.

Quando essas situações ocorrem, os órgãos jurídicos do consultivo são provocados pelos órgãos jurídicos do contencioso a prestarem os subsídios de direito e de fato necessários para a atuação desses últimos órgãos em juízo. Assim, os órgãos jurídicos do consultivo auxiliam na defesa judicial dos atos administrativos voltados à promoção dos direitos fundamentais.

Essa necessidade de integração entre consultivo e contencioso já era percebida mesmo antes da criação da Advocacia-Geral da União. A propósito, o ilustre Dr. Saulo Ramos, ex-Consultor Geral da República e ex-Ministro da Justiça, em seu livro *Código da Vida*<sup>57</sup>, narrou que, ao chegar na Consultoria Geral da República, percebeu a total necessidade de integração entre as Consultorias Jurídicas e os então representantes da União em juízo (os membros do Ministério Público Federal):

*Para os advogados brasileiros, litigar contra a União era moleza. Meu susto consistiu em verificar que a União não tinha, na estruturação, nenhuma organização ou sistema de intercâmbio e de apoio que funcionasse na defesa do interesse público federal, trocando estudos, colacionando jurisprudência, debatendo questões, ajudando-se reciprocamente.*

*A atividade era estanque, isto é, cada ministério tinha seus assistentes jurídicos (e mal remunerados), que atendiam aos casos internos, proferindo pequenos pareceres sobre a matéria controvertida. Quando surgia uma ação judicial contra a União, ou quando a União tinha que propor uma ação judicial contra alguém, o assunto era estudado isoladamente, no ministério que tivesse competência administrativa para tratar da matéria. Os outros não ficavam nem sabendo.*

*E o encarregado de propor a ação ou de defender a União era simplesmente um estranho: o Ministério Público Federal. Nos assuntos internos, quando havia divergência, os ministros mandavam o problema para a Presidência da República, ouvia-se o Consultor Geral da República, que proferia parecer.*

57 RAMOS, Saulo. *Código da Vida*. São Paulo: Planeta do Brasil, 2007. p. 129.

Aprovado pelo Presidente, o parecer tornava-se norma obrigatória para toda a administração pública federal. *Pelo lado de dentro, o sistema funcionava razoavelmente. Mas, do lado de fora, era um desastre.*

Contudo, na atualidade, com uma integração eficiente entre consultivo e contencioso, a União tem logrado êxito em diversas ações judiciais, em prol de atos administrativos e políticas públicas praticados por autoridades do Poder Executivo, voltados à promoção dos direitos fundamentais.

Pode-se citar como exemplo, a decisão judicial favorável à União, nos autos da ação reivindicatória cumulada com demolitória, proposta pela divisão de atuação no pólo ativo da Procuradoria da União no Rio Grande do Norte (PU/RN).

Através da referida decisão judicial, foi determinada a demolição, às expensas do réu, de obras irregularmente erigidas em área destinada à realização de urbanização e regularização fundiária pelo Município de Natal, em continuidade à implementação do Projeto Habitar Brasil, do Ministério das Cidades.

Assim, a integração entre a PU/RN e a CONJUR junto ao Ministério das Cidades, através do envio de subsídios, contribuiu para a promoção do direito fundamental à moradia.

Outro exemplo foi a vitória alcançada através da integração entre a Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Saúde e a Secretaria-Geral de Contencioso para suspender, no STF, o pagamento de mais de 590 milhões pelo Ministério da Saúde ao Distrito Federal. A ação discutiu a legalidade de 314 autos de infração lavrados pelo Distrito Federal em desfavor do Ministério da Saúde, por meio dos quais se exigia o recolhimento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviço (ICMS) devido a desembaraço aduaneiro de medicamentos importados, superando o valor de 590 milhões.

A AGU salientou no STF que o Ministério da Saúde é o destinatário final desses medicamentos, utilizando-os em serviços de saúde, especificamente na execução do programa nacional de prevenção e combate às Doenças Sexualmente Transmissíveis (DST) e AIDs. Promoveu-se, dessa maneira, por meio da integração entre consultivo e contencioso, o direito fundamental à saúde e a proteção do patrimônio público.

### 3.6 REALIZAÇÃO DE TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E DE CONCILIAÇÕES

O art. 18, III, do Decreto 7392/2010, dispõe que à Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), órgão integrante da Consultoria-Geral da União, compete dirimir, por meio de conciliação, as controvérsias entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal, bem como entre esses e a Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios.

Às Consultorias Jurídicas da União nos Estados (CJU's) também compete, de acordo com o inciso X, do art. 19, do Ato Regimentoal n. 5/2007, realizar atividades conciliatórias quando determinado pelo Consultor-Geral da União.

Incumbe, ainda, à CCAF, nos termos do inciso V do mesmo artigo, promover, quando cabível, a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta, nos casos submetidos a procedimento conciliatório.

Ao Departamento de Assuntos Extrajudiciais (DEAEX) da Consultoria-Geral da União compete, conforme exposto no art. 16, IV, do Decreto 7392/2010, acompanhar e orientar, em articulação com as Consultorias Jurídicas ou órgãos equivalentes, a celebração de Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta pelos órgãos da Administração Federal direta, em matéria não judicializada.

Ora, através da conciliação e da celebração de termos de ajustamento de conduta são dirimidas controvérsias e são adotadas medidas para a extinção de processos judiciais ou administrativos. Conclui-se, então, que a CCAF, as CJUs, o DEAEX e as CONJURs contribuem para a promoção do novel direito fundamental consistente na razoável duração do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII da CF/88<sup>58</sup>, sendo garantida, assim, a celeridade da tramitação do processo por esses órgãos jurídicos do consultivo da AGU.

### CONCLUSÃO

A atividade consultiva da AGU é de grande importância para os cidadãos na promoção dos seus direitos fundamentais. Atuam os órgãos

---

58 Art. 5º (...)

LXXVIII- a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

jurídicos do consultivo da AGU como funções essenciais à justiça para a efetivação do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais, através do exercício de suas atividades de consultoria e assessoramento jurídico ao Poder Executivo.

Concluiu-se, no presente artigo, que as atividades desempenhadas pelos órgãos jurídicos do consultivo da AGU podem contribuir para a promoção dos direitos fundamentais através dos seguintes meios: a) fixação da interpretação da legislação; b) controle interno da legalidade dos atos administrativos; c) assessoramento jurídico na elaboração de atos normativos; d) exame dos textos de edital de licitação, contratos e instrumentos congêneres; e) envio de subsídios aos órgãos jurídicos do contencioso da AGU; f) realização de termos de ajustamento de conduta e de conciliações.

Os órgãos jurídicos consultivos, ao fixarem a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos, ajudam a promover os direitos fundamentais na medida em que realizem interpretação que respeite e observe os direitos fundamentais. Assim, o Poder Executivo, ao seguir a orientação do consultivo da AGU, se vincula aos direitos fundamentais e, conseqüentemente, atende a perspectiva objetiva desses direitos, no que concerne à proteção, pelo Estado, dos direitos fundamentais. Logo, evita-se a judicialização de seus atos administrativos e políticas públicas, merecendo destaque essa atuação preventiva do consultivo.

Por meio da assistência às autoridades públicas no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por elas praticados nos processos administrativos, a Consultoria-Geral da União, as Consultorias Jurídicas junto aos Ministérios, as Consultorias Jurídicas da União nos Estados, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, as Procuradorias federais especializadas junto às autarquias e fundações e a Procuradoria-Geral do Banco Central, fazem com que sejam respeitados os direitos fundamentais, mormente os consubstanciados na observância do devido processo legal (art. 5º, LIV), da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV).

As Consultorias Jurídicas junto aos Ministérios, ao assessorarem juridicamente os Ministros de Estado e demais autoridades na elaboração de minutas de projetos de lei relacionados à área de sua competência, bem como na elaboração de minutas de Decretos, Portarias e Resoluções, contribuem para a promoção e concretização dos direitos fundamentais. As CONJURS, a SAJ e o DENOR também contribuem para a proteção

dos direitos fundamentais ao impedirem a edição de atos normativos que contrariem os direitos fundamentais ou que façam restrições descabidas, que atinjam o seu núcleo essencial.

Os órgãos de execução do consultivo da AGU contribuem para a promoção dos direitos fundamentais ao elaborarem seus pareceres e, assim, instruírem os processos administrativos que venham a culminar na assinatura de contratos administrativos e instrumentos congêneres relacionados à concretização de direitos fundamentais.

Os órgãos jurídicos do consultivo também promovem os direitos fundamentais quando fornecem subsídios de fato e de direito aos órgãos jurídicos do contencioso, necessários para a defesa em juízo dos atos administrativos voltados à efetivação dos direitos fundamentais pelo Poder Executivo.

Por fim, a CCAF, as CJUs, o DEAEEX e as CONJURs, através da conciliação e da celebração de termos de ajustamento de conduta, contribuem para a promoção do direito fundamental consistente na razoável duração do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII da CF/88, quando atuam para dirimir controvérsias e provocar a extinção de processos judiciais ou administrativos.

Pode-se concluir, portanto, que o desempenho da atividade consultiva da AGU promove o bem do cidadão, na medida em que, através da consultoria e do assessoramento jurídico ao Poder Executivo, contribui-se para que os direitos fundamentais tenham a maior eficácia possível.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Lilian Barros de Oliveira. *Direito adquirido: uma questão em aberto*. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2009. 190 p. (Dissertação, Mestrado em Direito Constitucional).

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

- BONAVIDES, Paulo. *A quinta geração de direitos fundamentais*. Direitos fundamentais e justiça, v. 2, n. 3, p. 82-93, abr./jun. 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2008.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Advocacia Pública. *Revista Jurídica da Prefeitura do Município de São Paulo*, n. 3, p. 11-30, dez. 1996.
- FARIAS, Edisom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000.
- HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madri: Dykinson, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.
- JELLINEK, Georg. *Teoría general Del estado*. Buenos Aires: B de F, 2005.
- MACEDO, Rommel. *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MOREIRA NETO, Diego de Figueiredo. A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. *Debates em Direito Público*, v. 4, n. 4, p. 36-65, out. 2005.
- PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2007.
- RAMOS, Saulo. *Código da Vida*. São Paulo: Planeta do Brasil, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, José Afonso da. Advocacia Pública e Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, v. 230, p. 281-289, out./dez. 2002.

TOLEDO, Cláudia. *Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Landy, 2003.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.