

REVISTA DA
AGU

ANO X nº 32 - Brasília-DF, abr./jun. 2012

Revista da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União
Ministro Victor Nunes Leal

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 6, lote 800 - Térreo -
CEP 70610-460 - Brasília - DF Telefones (61) 2026-7368 e 2026-7370
e-mail: escoladaagu@agu.gov.br

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
Ministro Luís Inácio Lucena Adams

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Fernando Luiz Albuquerque Faria	Substituto do Advogado-Geral da União
Marcelo Siqueira Freitas	Procurador-Geral Federal
Hélia Maria de Oliveira Bettero	Procuradora-Geral da União
Adriana Queiroz de Carvalho	Procuradora-Geral da Fazenda Nacional
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	Consultor-Geral da União
Ademar Passos Veiga	Corregedor-Geral da AGU
Grace Maria Fernandes Mendonça	Secretaria-Geral de Contencioso

ESCOLA DA AGU

Juliana Sahione Mayrink Neiva	Diretora
Filipo Bruno Silva Amorim	Vice-Diretor
Nelida Maria de Brito Araújo	Coordenadora-Geral

EDITOR RESPONSÁVEL

Juliana Sahione Mayrink Neiva

COORDENADOR DA REVISTA DA AGU

Filipo Bruno Silva Amorim

CONSELHO EDITORIAL

Membros Executivos: Antônio de Moura Borges; Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy; Arnaldo Wald; Clarissa Sampaio Silva; Claudia Aparecida de Souza Trindade; Clóvis Juarez Kemmerich; Denise Lucena Cavalcante; Eugênio Battesini; Fabiano André de Souza Mendonça; Fábio Campelo Conrado de Holanda; Fernando Netto Boiteux; Francisco Humberto Cunha Filho; Jefferson Carús Guedes; José Tadeu Neves Xavier; Luís Carlos Martins Alves Jr.; Maria Rosa Guimarães Loula; Natalia Camba Martins; Omar Bradley Oliveira de Sousa; Otávio Luiz Rodrigues Junior; Regina Linden Ruaro; Robson Renaut Godinho; Sérgio Augusto Zampol Pavani.

Membros Eletivos: Adriana de Oliveira Rocha; Adriana Pereira Franco; Alexandre Bernardino Costa; Aluisio de Sousa Martins; Anésio Fernandes Lopes; André Lopes de Sousa; Andrea Dantas Echeverria; Carlos José de Souza Guimarães; Cássio Andrade Cavalcante; Daniela Ferreira Marques; Eliana Gonçalves Silveira; Ewerton Marcus de Oliveira Gois; Fábio Guimarães Bensoussan; Fábio Victor da Fonte Monnerat; Felipe Camillo Dall'Alba; Guilherme Beux Nassif Azem; Humberto Cunha Santos; Ivana Roberta Couto Reis de Souza; Karla Margarida Martins Santos; Marcelo Kokke Gomes; Maria de Fátima Knaippe Dibe; Nilma de Castro Abe; Rosa Maria Pelegrini Baptista Dias; Rui Magalhães Piscitelli; Samuel Alves Andreolli; Sueli Valentin Moro Miguel; Valério Rodrigues Dias.

ABNT(ADAPTAÇÃO)/**Diagramação** Niuza Lima /Gláucia Pereira
Capa Fabiana Marangoni Costa do Amaral

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Revista da AGU - Advocacia-Geral da União
Ano XI - Número 32 - Brasília-DF, abr./jun. 2012
Periodicidade: Trimestral - ISSN 1981-2035
1 - Direito Público - Brasil - periódico. Advocacia-Geral da União

CDD 341.05
CDU 342(05)

SUMÁRIO

Editorial..... 5

INSTITUCIONAL

A Atividade Consultiva da Advocacia-Geral da União na Promoção dos Direitos Fundamentais
Lilian Barros de Oliveira Almeida 7

ARTIGOS

Considerações Acerca da Possibilidade da Fixação de Pisos Mínimos para a Cobrança Administrativa por parte da Previdência Social
Adler Anaximandro de Cruz e Alves 51

A Administração em Defesa de seus Agentes: exame da legitimidade
Administration In Defense of Their Agents: examination of legitimacy
Cibely Pelegrino Chagas..... 63

A Impossibilidade de Equiparação de Servidores Públicos Efetivos Vinculados ao Regime Jurídico Único a Categoria de Empregados, para os Efeitos do Regime de Previdência Complementar: inteligência do §1º do art. 16 da Lei Complementar nº 109/2001
The impossibility of equalization of effective public servants linked to the Unified Legal System to the category of employees for the purposes of the Complementary Pension Regime: Intelligence of § 1 of Art. 16 of Complementary Law N° 109/2001
Dirlene Gregório Pires da Silva
Leonardo Vasconcellos Rocha 91

Ainda e Sempre a Multa do Art. 475-J do CPC
Always Still the Penalty of the Art. 475-J of CPC
Haroldo Lourenço 117

Paridade Contributiva no Regime de Previdência Complementar: o caráter absoluto da vedação de aporte de recursos a entidades de previdência privada, por parte dos chamados patrocinadores públicos, em valores superiores aos vertidos por participantes
Contributive parity in the complementary pension regime: the absolute forbiddance of supplying resources on private pensions entities by the so called public sponsors, in higher values than those injected by participants.
Leonardo Vasconcellos Rocha 143

A “Nova” Lei do Mandado de Segurança e a Velha Questão do seu Cabimento Contra Decisões Judiciais

The “New” Writ of Mandamus Act and the old issue of Its Application Against Legal Decisions

Lucio Picanço Facci.....161

Discrecionariedade Judicial: considerações sobre a perspectiva positivista de Kelsen e Hart e a Proposta de Dworkin para sua Superação

Judicial discretion: considerations about the positivistic perspective of Kelsen and Hart and the Dworkin’s proposal to overcome it

Lucio Picanço Facci.....175

O Princípio da Boa-Fé na Administração Pública e sua Repercussão na Invalidação Administrativa

The Principle of Good Faith in Public Administration and its Impact on Administrative Invalidation

Márcio Luís Dutra de Souza.....197

As ações-teste na Alemanha, Inglaterra e legislação brasileira projetada

The test claims established by Germany, England and the new Brazilian Civil Procedure Code (PL 8.046/2010)

Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues243

A Responsabilidade dos Membros da Advocacia-Geral da União por Pareceres Exarados em Licitações e Contratos Administrativos

The members of the Attorney General’s Office accountability for its legal advice in procurement processes and administrative contracts

Tatiana Bandeira de Camargo Macedo.....283

PARECER

PARECER AGU/CGU/AG/06/2012

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy301

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

O Positivismo Jurídico em Kelsen e Bobbio no Contexto do Julgamento da ADPF 130

Filipo Bruno Silva Amorim317

EDITORIAL

A 32ª edição da Revista da AGU apresenta aos seus leitores uma série de temas jurídicos, tanto atuais quanto diversificados, que muito estimularão a curiosidade de todos os integrantes desta Instituição.

Esta Revista da AGU inicia seus trabalhos com um artigo que aborda a atividade consultiva da AGU na promoção e viabilização dos Direitos Fundamentais, bem como encerra a edição com a análise da ADPF n. 130, sob a ótica do positivismo jurídico de Kelsen e Bobbio

Concomitantemente, há artigos versando sobre temas polêmicos como a defesa dos servidores públicos pela própria Administração e a Responsabilização dos membros da AGU pelos pareceres por eles exarados. Ademais, há trabalhos envolvendo a discricionariedade judicial, o princípio da boa-fé na administração, a paridade contributiva no regime da previdência complementar, além de outros temas como as considerações acerca da possibilidade de fixação de pisos mínimos para a cobrança administrativa por parte da Previdência Social.

Por fim, não se pode deixar de mencionar que esta edição traz instigante parecer produzido pelo Consultor-Geral da União que trata do recentíssimo tema da suspensão de Estado-parte do Mercosul e sua repercussão no âmbito do referido Mercado Comum do Sul.

Deste modo, a Escola da AGU se congratula com os autores da 32ª edição da Revista e convida a comunidade jurídica a degustar este excelente material de estudo e pesquisa na certeza de que dúvidas serão sanadas e conhecimentos serão adquiridos por meio do material que ora é disponibilizado.

Filipo Bruno Silva Amorim
Vice-Diretor da Escola da AGU

Juliana Sahione Mayrink Neiva
Diretora da Escola da AGU



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 Regimental 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 Regimental 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 9028/95¹, acrescentado pela Medida Provisória n. 2180-35 de 2001, foi editado o Ato Regimental 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.²

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).³

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 Luño⁴, 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 Hesse⁵ 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 Alexy⁶, 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)⁷.

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)⁸. 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 social⁹.

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)¹⁰.

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 939¹¹, 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 Jellinek¹², 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.¹³ 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 Estado¹⁴.

Já os direitos fundamentais de participação possuem as características mistas dos direitos de defesa e dos direitos à 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)¹⁵.

Importante, também, expor sucintamente a classificação dos direitos fundamentais em dimensões¹⁶. 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 fundamentais¹⁷.

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 Andrade¹⁸, 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 elas 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 aplicada¹⁹.

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 definitivos²⁰. 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 Sarlet²¹, 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 prevêm 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 direitos²².

No âmbito da vinculação do Poder Legislativo aos direitos fundamentais, há de se destacar os ensinamentos de Canotilho²³ 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.

22 SARLET, op. cit., p. 365-366.

23 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 caso²⁴.

No que concerne à vinculação do Poder Judiciário aos direitos fundamentais, ensina Canotilho²⁵ 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.²⁶

2.6 PERSPECTIVA SUBJETIVA E OBJETIVA

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

24 SARLET, op. cit., p. 369-372.

25 CANOTILHO, op. cit., p. 598.

26 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 jurídicas²⁷.

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 questão²⁸.

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 efetiva²⁹.

No que tange à perspectiva objetiva, Perez Luño³⁰ ensina que os direitos fundamentais passaram a apresentar-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos, diretivos 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 constituídos³¹.

A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais apresenta importantes desdobramentos³². 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 provindas 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 valiosos³³.

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 fundamentais³⁴.

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.

³⁴ FARIAS, op. cit., p. 116-126.

Alguns ordenamentos jurídicos constitucionais consagram expressamente o referido princípio³⁵. 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.³⁶

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.³⁷

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.³⁸

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 HÄBERLE³⁹, 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.⁴⁰

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.⁴¹

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.⁴²

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 constitucional⁴³:

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 nº 82.959/SP,⁴⁴ 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 Sylvania Zanella Di Pietro⁴⁵ 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 Sylvania 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 Neto⁴⁶ 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 Habermas⁴⁷, 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 Direito⁴⁸.

A Constituição brasileira de 1988 fez essa opção, conforme consta em seu preâmbulo⁴⁹ e no *caput* do art. 1º⁵⁰. 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 fundamentais⁵¹.

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 Macedo⁵² 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 Silva⁵³:

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 saíam 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 conseqüência, 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 Araçá'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. 231⁵⁴, concluiu, através da Nota CJ n. 70/2011-AL, pela impossibilidade de permuta de área da Terra Indígena Guarani Araçáí por área não indígena que seria ofertada pelo referido Estado.

Cumpre, 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, XXIX⁵⁵ (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 4176/2002⁵⁶, 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*⁵⁷, 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 Regimental 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/88⁵⁸, 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.

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA POSSIBILIDADE DA FIXAÇÃO DE PISOS MÍNIMOS PARA A COBRANÇA ADMINISTRATIVA POR PARTE DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

*CONSIDERATIONS OF THE POSSIBILITY OF FIXING LEVELS
MINIMUM FOR THE ADMINISTRATIVE EXACTION BY THE SOCIAL
SECURITY*

Adler Anaximandro de Cruz e Alves

Procurador Federal.

Coordenador-Geral de Planejamento e Gestão/PGF

SUMÁRIO: Introdução; 1 Ponderação dos Princípios da Indisponibilidade do Interesse Público e da Eficiência; 2 Análise legal sobre a possibilidade de fixação do Piso; 3 a Questão da autoridade competente para fixação do Piso; 4 Princípio da Eficiência e o Princípio da Moralidade Administrativa; 5 Conclusão; Referências

RESUMO: O presente trabalho trata da verificação da possibilidade de órgãos públicos federais, em especial, o Instituto Nacional do Seguro Social, fixar administrativamente pisos mínimos para cobrança de valores devidos ao Erário. No texto, questões como a ponderação do princípio da indisponibilidade do interesse público e o princípio da eficiência são tratadas, bem como são analisados o regramento normativo relativo ao tema e a jurisprudência atual sobre o assunto. A eventual aplicação de pisos mínimos de cobrança é também analisada diante de casos nos quais o dano ao erário foi gerado por ato de fraude, dolo, má-fé e por conduta qualificada como improbidade administrativa

PALAVRAS-CHAVE: Pisos mínimos de cobrança administrativa. Ponderação dos princípios da indisponibilidade do interesse público e da eficiência. Lei 8.212/91. Improbidade administrativa.

ABSTRACT: The present work deals with the verification of the possibility of federal agencies, in particular, the National Insurance Institute, administratively set minimum level to collect amounts owed to the Treasury. In the text, issues such as unavailability of the principle of balancing the public interest and the principle of efficiency are handled as well as regulatory are analyzed on the topic and current case law on the subject. The possible application of levels minimum charge is also analyzed to cases in which damage to the treasury was created by an act of fraud, willful misconduct, bad faith and conduct qualified as administrative misconduct

KEYWORDS: Minimum standards for administrative exaction. Weighting of the principles of unavailability of public interest and efficiency. Law 8.212/91. Administrative misconduct.

INTRODUÇÃO

A Advocacia-Geral da União, por meio da Portaria AGU nº 377, de 25 de agosto de 2011, normatizou no âmbito do referido órgão a questão dos pisos mínimos de cobrança judicial da União e das autarquias e fundações públicas federais.

A elogiável iniciativa, amparada não só em sólidos subsídios jurídicos, mostrou-se em estrita consonância com recente estudo publicada pelo IPEA – Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas, que apontou como sendo superior a quatro mil reais o custo unitário de uma execução fiscal¹.

Aproveitando a importância do tema, entendemos ser muito útil o alargamento da discussão para incluirmos na temática a questão referente á possibilidade ou não da criação de pisos para as cobranças administrativas realizadas, em especial, pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

1 PONDERAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO E DA EFICIÊNCIA

Já adentrando ao assunto objeto do presente estudo, nota-se que a adoção de pisos para cobrança administrativa é um tema de grande importância que, de antemão, coloca todos aqueles que lidam com a referida problemática em um aparente conflito principiológico. De um lado, o princípio da indisponibilidade do interesse público, forçando-nos a entender que todo o dano ao Erário deve ser recomposto, sem tergiversações. Noutra ponta, os modernos princípios da eficiência administrativa, razoabilidade e proporcionalidade.

Sem rodeios, entendemos que a questão passa pela exata análise do princípio da eficiência, guindado ao posto de principio constitucional para a Administração Pública.

É ponto pacífico na doutrina, na jurisprudência e até mesmo na prática administrativa ligada à recomposição do Erário, que não obstante ser intolerável a pratica de atos que gerem danos aos bens e receitas do Estado, é igualmente inaceitável, como regra geral, aceitar que se gaste mais recursos com a recomposição do dano do que com o dano em si considerado.

1 Informação contida na Nota Técnica – 2011 - dezembro - Número 1 – Diest. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=12759&Itemid=6> Acesso em: 02/fev./2012

Há mais. Os princípios da eficiência, dando-nos conta de que as decisões da administração devem ser pautadas pela busca do maior benefício como o menor custo, aliada aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, que afastam a insensatez de se valorar mais os meios que os fins, permitem-nos concluir que, para casos nos quais se pretende estabelecer parâmetros mínimos de cobrança de valores, é possível sim definirmos valores mínimos para atuação da administração.

2 ANÁLISE LEGAL SOBRE A POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO PISO

Superada essa discussão de cunho quase acadêmico, para bem compreender a matéria sob análise, é de notória importância analisar o regramento legal atualmente em vigor sobre o tema em estudo, vale dizer, pisos mínimos de cobrança no âmbito da Previdência Social.

Inicialmente, analisando simplesmente a questão da possibilidade de definição de pisos mínimos, verifica-se haver claros comandos normativos autorizando a adoção de pisos de cobrança.

No próprio âmbito da legislação da seguridade social, a Lei 8.212/91, Lei Orgânica da Seguridade Social, estabeleceu em seu artigo 54 que a cobrança de créditos estaria sujeita a uma análise de economicidade para fins de cobrança: “Art. 54. Os órgãos competentes estabelecerão critério para a dispensa de constituição ou exigência de crédito de valor inferior ao custo dessa medida.”

Seguindo a mesma linha da busca da economicidade da cobrança, a Lei 11.941/2009, dando nova redação ao artigo 1º da lei 9.469/97, outorgou ao Advogado-Geral da União a possibilidade de dispensar a inscrição e cobrança judicial de créditos da União, autarquias e fundações públicas federais que sejam incompatíveis com seus respectivos custos de administração e cobrança. Eis o comando legal:

Art. 1º-A. O Advogado-Geral da União poderá dispensar a inscrição de crédito, autorizar o não ajuizamento de ações e a não-interposição de recursos, assim como o requerimento de extinção das ações em curso ou de desistência dos respectivos recursos judiciais, para cobrança de créditos da União e das autarquias e fundações públicas federais, observados os critérios de custos de administração e cobrança. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

Essa mesma lei, atenta às particularidades de algumas autarquias e outros órgãos públicos, fez a seguinte ressalva em seu artigo 7ºA:

Art. 7º-A. As competências previstas nesta Lei aplicam-se concorrentemente àquelas específicas existentes na legislação em vigor em relação às autarquias, às fundações e às empresas públicas federais não dependentes.

No caso específico da Previdência Social, não é demais lembrar que além da previsão contida no artigo 54 da Lei 8.212/91, há previsão específica na Lei 8.213/91 disciplinando a definição de valores mínimos para os casos de desistência ou transigência judiciais. Entretanto, cumpre ressaltar a inexistência, em ambas as leis, de qualquer referência sobre pisos para a cobrança administrativa. Confira-se:

Art. 4º Compete ao Conselho Nacional de Previdência Social – CNPS:

VIII - estabelecer os valores mínimos em litígio, acima dos quais será exigida a anuência prévia do Procurador-Geral ou do Presidente do INSS para formalização de desistência ou transigência judiciais, conforme o disposto no art. 132.

Portanto, em termos gerais, o panorama legislativo aplicável ao tema em estudo nos sugere ser imperioso, até mesmo por conta da incidência do princípio da eficiência que rege a Administração Pública, a definição de valores que garantam que os custos da cobrança, seja ela administrativa ou judicial, não ultrapassem os valores que se almejam recuperar.

Todavia, analisando de forma mais acurada e crítica o tema proposto e seu regramento legal, algumas questões exsurtem, a saber:

I – O artigo 54 da Lei 8.212/91, inserido dentro de diploma legal que, em sua maior parte, cuida do Plano de Custeio da Previdência Social, seria aplicável à cobrança administrativa e, além disso, a créditos de natureza não tributária?

II – Afastando-se a aplicação do artigo 54 da lei 8.212/91, é possível entender que não há que se falar em piso mínimo para a cobrança administrativa?

III – Sendo possível o estabelecimento de pisos de cobrança, a competência pertenceria a qual órgão do sistema previdenciário nacional?

IV – Qual ou quais seriam os valores que poderíamos definir como sendo anti-econômicos e não justificadores de cobrança?

V – Um eventual piso valeria para todas as origens de créditos do INSS? O mesmo piso seria aplicável a créditos decorrentes de erro, dolo, fraude, improbidade, dano ao patrimônio, multas ou outras penalidades administrativas impostas pelo INSS?

Prefacialmente, cientes de que em razão do princípio da legalidade só é dado à Administração Pública fazer aquilo previsto em lei, é de incomensurável importância verificar se há no ordenamento vigente autorização para a fixação de pisos mínimos de cobrança válidos para o INSS.

Conforme dito alhures, uma primeira leitura do artigo 54 da lei 8.212/91 parece outorgar ao “órgão competente” o poder de definir valores mínimos de cobrança em relação à seguridade social. A norma em tela, contudo, foi inserida pelo legislador em meio à regulamentação da cobrança das contribuições previdenciárias, o que poderia sugerir que o artigo 54 da Lei de Custeio tem aplicação restrita à crédito tributários.

Não nos parece a melhor interpretação. Analisando-se a Lei 8.212/91, já em seu frontispício verificamos que a referida norma pretende não só instituir o Plano de Custeio da seguridade Social, mas também ser a Lei Orgânica desse ramo público. Portanto, as normas contidas nesse diploma legal, sempre que possível, devem ser entendidas dentro de um contexto maior, que não simplesmente custeio da Previdência.

Para completar, analisando-se simplesmente o sítio da lei em que está inserido o artigo 54, percebemos que o mesmo está aninhado dentro do Título VII, denominado “Das Disposições Gerais.” Assim, não é o comando legal restrito à normatização do financiamento da Previdência, que ocupa título específico.

Ademais disso, nota-se que o legislador, de forma deliberada ou não, evitou restringir o campo de aplicação do artigo 54, não fazendo restrição de aplicação do artigo quanto à natureza do crédito (tributária ou não) ou mesmo quanto à sua fase de exigência (administrativa ou judicial).

É lição prefacial em hermenêutica jurídica que quando o legislador não distingue ou especifica, não cabe ao intérprete ou a norma de hierarquia inferior fazê-lo.

Assim, salvo melhor juízo, o artigo 54 da Lei 8.212/91 é a chave que nos permite concluir que há autorização legal no âmbito da Previdência Social para fixação de pisos mínimos de cobrança administrativa.

Registre-se que a adoção de uma linha de interpretação mais restritiva afastaria não só a incidência do artigo 54 da Lei 8.212/91, mas também, por coerência, a autorização contida nos artigos 4º e 132 da Lei 8.213/91, que deveriam ser interpretados apenas para os casos de transação e desistências judiciais de processos relacionados à concessão de benefício.

3 A QUESTÃO DA AUTORIDADE COMPETENTE PARA FIXAÇÃO DO PISO

Superado esse primeiro óbice, vale dizer, autorização legal para definição do piso, cabe debater se caberia ao próprio INSS a competência para fixar um piso mínimo.

Retornando a análise dos artigos 54 da lei 8.212/91, resta evidenciado que aquele comando normativo deixou a cargo de cada uma das áreas competentes dentro da Seguridade Social definir o piso de atuação em seu respectivo feixe de atribuições. Ora, como cabe ao INSS cuidar de todos os procedimentos para apurar, quantificar, identificar os responsáveis e cobrar aqueles que lhes causaram danos, é correto atribuir ao INSS e seu representante máximo a atribuição para averiguar a economicidade dessa mesma cobrança.

Ressalte-se, por oportuno, que a competência do Conselho Nacional de Previdência Social para definição de pisos é restrita aos casos de desistência e acordos judiciais. Não dispõe o CNPS de competência legal para definição de parâmetros de cobrança administrativa.

Definido que há autorização legal para que o INSS possa fixar pisos mínimos de cobrança administrativa, passa-se à análise de qual seria o valor a ser utilizado como referência para o piso de atuação.

Sobre essa temática, é importante ressaltar que diante da ausência de um valor mínimo legal no ordenamento jurídico pátrio, a definição desse referido valor é algo que se encontra dentro da chamada discricionariedade administrativa.

A discricionariedade administrativa, entretanto, como bem assentou a doutrina, varia conforme o grau de indeterminação da norma

que outorga o poder de decisão ao administrador. No caso em exame, apensar da norma inserta no artigo 54 da lei 8.212/91 deixar para o administrador definir quais seriam os pisos de cobrança, delimitou o espectro do ato, colocando a economicidade e eficiência como contornos do ato de fixação.

Assim, como o ato de fixação de pisos de cobrança deve atentar para os critérios da economicidade e eficiência, já que inexistente parâmetro legal vinculante, é importante seja feito, acuradamente, o levantamento dessa propalada “economicidade” pelas áreas técnicas competentes do INSS, em especial, as áreas de Administração de Benefício, Auditoria, Corregedoria e Contabilidade.

Como a definição do piso de cobrança deve necessariamente prestigiar a economicidade, seria importante que as áreas competentes pudessem levantar dados objetivos que indicasse qual seria o custo médio de um processo administrativo correccional, um processo de apuração de danos ou de cobrança administrativa convencional de pagamento indevido de benefício.

Esse levantamento deveria levar em conta as rubricas orçamentárias destinadas a esse fim, o volume de diárias e passagens despendidas com essa atividade, o volume de recursos gastos com publicações de editais de convocação de segurados, quantidade média de horas gastas com cada procedimento e o custo dessa hora em termos de folha de pagamento.

Exemplificativamente, analisando-se a Ação específica de Auditoria, Correção e Tomadas de Contas na Prestação de Contas do INSS para o exercício de 2009 (Última prestação publicada no site), é possível verificar que a referida ação consumiu orçamento de cerca de R\$ 8,2 milhões para instauração de 1463 eventos, o que indica que o custo médio de cada procedimento instaurado remonta a quantia de R\$ 5.645,72.

Portanto, seria importante verificar o custo médio de cada processo analisado pelos Serviços de Monitoramento Operacional de Benefício, para confrontar com os dados do estoque e, assim, quantificar qual seria o custo básico de um processo sujeito à análise do MOB e sopesar qual o montante de créditos estaria sendo desonerado de cobrança.

Essa criteriosa análise atenderia, de forma completa, a questão da não cobrança em razão da ponderação da economicidade, motivando de

forma mais contundente o ato administrativo discricionário de fixação de piso de cobrança.

4 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Esse piso fixado pelo INSS nos moldes acima apontados, todavia, não haveria de ser aplicado nas hipóteses em que o benefício pago decorreu de ato de improbidade, dolo ou má-fé.

E isso porque é majoritário o entendimento de que o princípio da insignificância perde espaço quando o que está em jogo é a preservação da moralidade administrativa.

Em interessante caso concreto, o Superior Tribunal de Justiça adotou o entendimento de que todo ato de improbidade, ainda que cause mínimo prejuízo ao erário, fere a moralidade administrativa, razão pela qual deve ser reprimido, mediante sanção compatível com a gravidade do fato. O Colendo STJ, analisando o caso concreto, assim entendeu:

Nem toda irregularidade administrativa caracteriza improbidade, nem se confunde o administrador inábil com o administrador ímprobo. Contudo, se o juiz, mesmo que implicitamente, declara ou insinua ser ímproba a conduta do agente, ou reconhece violação aos bens e valores protegidos pela Lei da Improbidade Administrativa (= juízo de improbidade da conduta), já não lhe é facultado – sob o influxo do princípio da insignificância, mormente se por “insignificância” se entender somente o impacto monetário direto da conduta nos cofres públicos – evitar o juízo de dosimetria da sanção, pois seria o mesmo que, por inteiro, excluir (e não apenas dosar) as penas legalmente previstas. [...] A conduta ímproba não é apenas aquela que causa dano financeiro ao Erário. Se assim fosse, a Lei da Improbidade Administrativa se resumiria ao art. 10, emparedados e esvaziados de sentido, por essa ótica, os arts. 9 e 11. Logo, sobretudo no campo dos princípios administrativos, não há como aplicar a lei com calculadora na mão, tudo expressando, ou querendo expressar, na forma de reais e centavos. (STJ, REsp 892.818/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 11/11/2008, DJe 10/02/2010)

O precedente em destaque, não obstante tratar de questão penal, lançou luz sobre a preponderância da defesa da moralidade administrativa

perante o princípio da insignificância, de validade, inclusive, na esfera judicial penal.

Analisando os fundamentos da decisão proferida pelo STJ forçoso é entender que a referida Corte bem tratou a questão.

Sem dúvida, diante da necessidade de se ponderar princípios para aferir qual seria aplicável nas hipóteses de ocorrência de “pequenos danos ao Erário”, situação em que estariam em conflito aparente a moralidade administrativa versus o princípio geral de direito insculpido no brocardo jurídico ‘minima non curat praetor’, hodiernamente, princípio da insignificância, há que prevalecer o primeiro, ainda que fora do campo penal estrito.

Dentro da ideia moderna de Estado Democrático de Direito, não se nega que a moralidade administrativa é um dos pilares estruturantes da própria administração pública. Ao lado do princípio da legalidade, o princípio da moralidade administrativa apresenta-se como núcleo irradiador de outros princípios aplicáveis à Administração. É do binômio legalidade-moralidade que se originam a integralidade das regras e princípios retores da Administração.

A importância maior da legalidade e moralidade pode ser constatada pelo próprio teor do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa, que elenca como ato de improbidade as condutas ilegais e aquelas qualificáveis como desleais, parciais ou desonestas, o que, em síntese, são condutas imorais.

Como bem ressaltou o STF em casos similares, lapidar é a lição do eminente Ministro Marco Aurélio, de grande valia para o presente estudo:

O Estado-juiz não pode concluir pela insignificância de uma conduta que atinge a moralidade e a probidade administrativas, sob pena de ferir o texto constitucional. - STF - 2ª T. REExtr. Nº 160.381-SP, Rel. Min Marco Aurélio, v.u.; RTJ 153/1.030).

Portanto, como no presente estudo estamos a discutir a possibilidade de pisos mínimos para a cobrança administrativa do INSS, que, em síntese, trata-se de disciplinar a aplicação do princípio da insignificância na esfera administrativa, é de se concluir que o piso provisório sugerido está em consonância com a mais abalizada

doutrina e jurisprudência nacional, desde que se restrinja aos casos de erro administrativo, pois nos casos de improbidade, fraude e dolo, a preservação da moralidade administrativa e a não compactuação com atos ilícitos deve imperar.

5 CONCLUSÃO

Portanto, diante de todo o exposto, concluímos o presente estudo afirmando que os princípios da eficiência, proporcionalidade e razoabilidade permitem, em regra, afastar a incidência do primado da indisponibilidade do interesse público.

No âmbito específico da Previdência Social, é certo que o artigo 54 da Lei 8.212/91 é o comando normativo apto a autorizar a fixação de pisos mínimos de cobrança com base na noção de economicidade. Com base nesse mesmo permissivo legal, é possível afirmar que compete ao Instituto Nacional do Seguro Social fixar pisos mínimos para cobrança administrativa.

É extremamente importante que as áreas competentes do INSS analisem, com base em seus próprios dados, quais seriam os custos médios unitários dos processos administrativos de cobrança, ponderando o impacto da fixação de um piso na arrecadação desses valores.

Por fim, é de crucial relevância registrar que o eventual piso fixado para as cobranças administrativas devem ressaltar que o referido piso não deve ser aplicado quando o dano ao erário for praticado por meio de conduta atentatória à moralidade e a probidade administrativa.

REFERÊNCIAS

Nota Técnica IPEA 2011 - dezembro - Número 1 – Diest. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=12759&Itemid=6>. Acesso em: 02 fev. 2012.

Anuário Estatístico da Previdência Social – Ano 2010. Disponível em: <<http://www.inss.gov.br/conteudoDinamico.php?id=1144>>



A ADMINISTRAÇÃO EM DEFESA DE SEUS AGENTES: EXAME DA LEGITIMIDADE

ADMINISTRATION IN DEFENSE OF THEIR AGENTS: EXAMINATION OF LEGITIMACY

Cibely Pelegrino Chagas

*Advogada da União, lotada na Assessoria Jurídica da Controladoria-Geral da União.
Especialista em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A concessão de assistência jurídica pela Administração Pública; 2 Necessidade de licitação e hipóteses de inexigibilidade; 3 Aplicação da disciplina às entidades do Sistema “S”; 4 Sujeição do “Sistema S” ao procedimento licitatório; 5 Do compromisso de ressarcimento; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo trata da prestação de assistência jurídica no âmbito da Administração pública direta e indireta, a partir do exame da legislação que rege a matéria, de pareceres da AGU, bem como da jurisprudência de nossos Tribunais superiores e do Tribunal de Contas da União. No âmbito da Administração direta, autarquias e fundações públicas, a representação judicial dos titulares e membros dos três Poderes da República, bem como dos ocupantes de cargos de natureza especial e direção superior incumbe à Advocacia-Geral da União, nos termos do art. 22 da Lei nº 9.028/95. Porém, não obstante autorizada em lei, é de extrema importância que a representação jurídica pela AGU seja precedida de um criterioso exame do caso concreto, investigando a legalidade e a moralidade do ato praticado, bem como se o mesmo visou ao interesse do órgão ou entidade, e não ao interesse pessoal do agente público. Já no que diz respeito à Administração indireta, a representação judicial dos dirigentes e diretores das estatais deve ser feita, preferencialmente, pelo corpo jurídico próprio. Caso não exista, a contratação de advogados externos deve observar o procedimento licitatório, exceto quando caracterizada a hipótese legal de inexigibilidade. De qualquer forma, é sempre imperioso que a assistência jurídica somente seja conferida quando a defesa do agente público não seja incompatível com a defesa do interesse e do patrimônio público.

PALAVRAS-CHAVE: Agentes públicos. Representação Judicial. Advocacia-Geral da União. Lei nº 9.028/95. Estatais. Contratação externa. Licitação.

ABSTRACT: This article deals with the provision of legal assistance under the Public Administration direct and indirect, from the review of the legislation governing the matter, the opinions of the AGU, and the case law of our superior courts and the Court of Audit. Under the direct administration, local governments and public foundations, legal representation of owners and members of the three branches of government, as well as in positions of special nature and higher management is incumbent the Attorney General's Office, pursuant to art. 22 of Law Nº 9.028/95. However, even though permitted by law, is of utmost importance that the legal representation by AGU is preceded by a careful examination of the case, investigating the legality and morality of the act performed, and if it sought the interest of the agency or entity, and not the personal interest of the public official. In what concerns the indirect government, the legal representation of officers and directors of SOEs should be made preferably by independent legal body. If not, hiring outside counsel must observe the bidding process,

except when the hypothesis characterized legal enforceability. Anyway, it is always imperative that legal assistance is granted only when the defense of public official is not incompatible with the protection of interest and public property.

KEYWORDS: Public officials. Representation Order. Attorney General of the Union. Law N° 9.028/95. State. Contracting out. Bidding.

INTRODUÇÃO

O patrocínio da defesa judicial dos agentes públicos pela Administração tem gerado veementes manifestações de repulsa por parte dos representantes de diferentes setores da sociedade e, de modo especial, do cidadão comum.

Tamanha rejeição se deve, é certo, às recorrentes denúncias de corrupção e desvio de verbas públicas, muitas vezes praticadas por integrantes do primeiro escalão do governo. Assistimos, indignados, às notícias de fraudes a licitações, superfaturamento de obras, dinheiro desviado da merenda escolar, rombos no caixa da previdência, grandes somas depositadas em contas no exterior... A lista de falcatruas, lamentavelmente, é tão grande quanto a mente perniciosa desses laráprios, que não podem ser chamados de *servidores públicos*, no verdadeiro sentido do termo.

Daí, nossa revolta, ante a notícia de que recursos do erário estão sendo empregados na defesa de gestores públicos envolvidos em escândalos.

Contudo, nem sempre os apontados em investigações preliminares são aqueles que realmente lesaram os cofres públicos. Não raro, os verdadeiros corruptos se mantêm na sombra e seus subordinados é que acabam apontados como culpados, muitas vezes sem ter qualquer participação nos ilícitos praticados.

Há ainda hipóteses em que atos a princípio legítimos são posteriormente questionados junto ao Poder Judiciário, por meio de ações civis públicas, ações de improbidade ou ações populares. Também a imprensa, no afã de promover o “furo de reportagem”, por vezes não apura devidamente os fatos e condutas sem qualquer vício de irregularidade são noticiadas como criminosas.

Nesses casos, em que o agente é injusta e precipitadamente inculcado, seria correto fosse ele relegado à sua própria sorte, tendo atuado em prol da Administração? Certamente que não.

Por outro lado, há casos em que, apesar das fortes evidências de ilegalidade e imoralidade, mas louvando-se no princípio constitucional da “presunção de inocência”, advogados de renome são contratados para defender os acusados, às custas dos cofres públicos.

Então, diante do aforismo de que *ninguém pode ser considerado culpado até que se prove o contrário*, como deve a Administração discernir as situações em que deve assumir a defesa institucional do agente público daquelas em que o patrocínio, a princípio, se mostra vedado, em razão dos indícios de ilicitude da conduta? É o que o presente estudo pretende aclarar, a partir da disciplina legal sobre o tema.

1 A CONCESSÃO DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A primeira questão a ser dirimida refere-se à possibilidade da concessão de assistência jurídica aos integrantes da Administração Pública direta e indireta. É, sendo possível, quando, como e sob quais condições deve ser efetivada.

A Advocacia-Geral da União é a instituição legalmente autorizada a representar judicialmente os titulares e membros dos três Poderes da República, bem como os ocupantes de cargos de direção e assessoramento superiores, quanto aos atos praticados no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regimentais. É o que prescreve o art. 22 da Lei nº 9.028/95, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.216-37, de 31.8.2001¹, cuja dicção é a seguinte:

Art.22 A Advocacia-Geral da União e os seus órgãos vinculados, nas respectivas áreas de atuação, *ficam autorizados a representar judicialmente* os titulares e os membros dos Poderes da República, das Instituições Federais referidas no Título IV, Capítulo IV, da Constituição, bem como os titulares dos Ministérios e demais órgãos da Presidência da República, de autarquias e fundações públicas federais, e de cargos de natureza especial, de direção e assessoramento superiores e daqueles efetivos, inclusive promovendo

1 A Medida Provisória nº 2.216-37, de 31.8.2001, altera dispositivos da Lei nº 9.649, de 27.5.1998, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências.

ação penal privada ou representando perante o Ministério Público, quando vítimas de crime, *quanto a atos praticados no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares, no interesse público*, especialmente da União, suas respectivas autarquias e fundações, ou das Instituições mencionadas, podendo, ainda, quanto aos mesmos atos, impetrar ‘habeas corpus’ e mandado de segurança em defesa dos agentes públicos de que trata este artigo.

§1º O disposto neste artigo aplica-se aos ex-titulares dos cargos ou funções referidos no ‘caput’, e ainda:

I- aos designados para a execução dos regimes especiais previstos na Lei no 6.024, de 13 de março de 1974, nos Decretos-Leis nos 73, de 21 de novembro de 1966, e 2.321, de 25 de fevereiro de 1987; e

II- aos militares das Forças Armadas e aos integrantes do órgão de segurança do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, quando, em decorrência do cumprimento de dever constitucional, legal ou regulamentar, responderem a inquérito policial ou a processo judicial.

§2º O Advogado-Geral da União, em ato próprio, poderá disciplinar a representação autorizada por este artigo.

O dispositivo transcrito deixa claro que a autorização para representação judicial dos agentes públicos pela Advocacia-Geral da União está condicionada a dois requisitos indispensáveis: a) a natureza estritamente funcional do ato praticado e b) a configuração de interesse público na defesa da legitimidade de tal ato. Essa restrição visa evitar possível conflito de interesses entre a defesa do patrimônio público e a defesa da autoridade pública.

Além disso, a decisão acerca da legitimidade da defesa institucional obriga ainda a um juízo prévio de valor quanto à verossimilhança das alegações postas na ação contra o servidor ou agente público. Essa análise prévia, conforme acentuado pelo Ministro Gilmar Mendes, quando Advogado-Geral da União, no artigo intitulado “Medida Provisória nº 2.143/2001”² é imprescindível

2 MENDES, Gilmar. *Medida Provisória nº 2.143/2001*. Brasília, s.d. Disponível em: <www.redebrasil.inf.br/0artigos/MP2143.htm>. Acesso em: 30.8.2010.

justamente para prevenir situações em que o servidor acionado, que tenha contra si severas e pesadas acusações de prática de atos ilegítimos (com substanciais elementos sinalizadores ou evidenciadores de tal procedimento, nos autos), venha a ter a prática de tais atos, pelo menos no primeiro momento processual, indevidamente legitimada pela assunção de sua defesa pela Advocacia-Geral da União.

Assim, não havendo dúvidas quanto à natureza institucional do ato impugnado e evidenciado o interesse público na sua defesa, bem como inexistindo indícios que tornem verossímeis as alegações postas na ação movida contra o servidor, é justo que sua defesa seja feita pela advocacia pública da União. Isso porque, em casos tais, a defesa do ato praticado pelo agente público guarda relação com a defesa da própria Administração, como corolário do princípio constitucional da impessoalidade, em virtude do qual os atos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão em nome do qual ele age.

Contudo, o art. 22 da Lei nº 9.028 alcança somente os ocupantes de cargos na Administração Pública direta, nas autarquias e nas fundações públicas. Ou seja, não se aplica aos ocupantes de cargos nas empresas públicas e nas sociedades de economia mista (referidas genericamente como estatais), porque, apesar de integrarem a Administração indireta, detêm natureza jurídica de direito privado. Destarte, quanto aos dirigentes das estatais, não há norma legal que autorize a defesa institucional. Entretanto, tal como ocorre com os agentes públicos, deve-se considerar que, pelo menos em princípio, atuaram eles em defesa da estatal que representam, donde seus atos também devem gozar de presunção de legitimidade.

Além disso, também os dirigentes das estatais estão sujeitos a responderem judicialmente por atos de gestão, figurando como réus em ações que versam sobre acusação de prática de atos contrários aos interesses da entidade, mas que, na verdade, são motivadas por disputas comerciais ou até mesmo políticas.

De fato, não é improvável que o gestor de alguma estatal, cujos atos revestem-se de inequívoca legalidade, venha a ser alvo de ação judicial que vise tão somente a sua desmoralização pública, sem qualquer fundamento jurídico ou meritório relevante. Em tal contexto, seria justo que a empresa em nome da qual ele agiu se abstinhasse de promover

a sua defesa, relegando tal agente à sua própria sorte? E se essas ações se renovassem, seria justo que esse mesmo agente, por diversas vezes, lançasse mão de seus próprios recursos financeiros para defender-se de atos praticados em nome e no interesse da estatal que representa? Uma resposta afirmativa, nessas situações, não parece razoável, além de pôr em risco o interesse público sobre o qual pode repercutir uma decisão desfavorável à legalidade do ato de gestão praticado.

Nesse prisma, é de se admitir que, não obstante não haver previsão para a defesa institucional no âmbito das estatais, a representação encontra guarida nos princípios que orientam a Administração Pública como um todo (direta e indireta), em especial, o da impessoalidade e da razoabilidade. Assim, as mesmas razões que justificam a defesa institucional dos agentes especificados no art. 22 da Lei nº 9.028 também hão de justificar a defesa dos dirigentes das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que o ato tenha sido praticado no cumprimento da lei e visando ao interesse da entidade. A diferença, no caso, é que para os agentes mencionados na Lei nº 9.028, a defesa se fará por meio da Advocacia-Geral da União; para os dirigentes das estatais, por advogados de seu quadro jurídico ou, quando admissível, mediante contratação externa.

Demonstrada, pois, a legitimidade da defesa institucional no âmbito da Administração Pública direta e indireta, o ponto nodal da questão é quando ela é legalmente admitida.

Primeiramente, importa registrar que, não havendo disciplina legal específica para as estatais, deve-se buscar auxílio no que prescreve a Lei nº 9.028/95 para a representação dos agentes públicos, com o direcionamento dado pela Advocacia-Geral da União, eis que, como já aduzido e guardadas as devidas proporções, o fundamento que autoriza a defesa institucional é o mesmo.

Pois bem. Visando disciplinar o art. 22 da Lei nº 9.028/95, o Advogado-Geral da União editou a Portaria nº 408, de 23.3.2009, estabelecendo os critérios para que a AGU exerça a representação judicial de agentes públicos, bem como o procedimento a ser observado para o seu deferimento. Merece destaque as seguintes disposições da Portaria/AGU nº 408/2009:

Art. 2º. A representação de agentes públicos somente ocorrerá por solicitação do interessado e desde que o ato pelo qual esteja sendo

demandado em juízo tenha sido praticado no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares, na defesa do interesse público, especialmente da União, suas respectivas autarquias e fundações, ou das Instituições mencionadas no art. 22 da Lei nº 9.028, de 1995.

Parágrafo único. O pedido de representação judicial pode ser formulado antes ou durante o transcurso do inquérito ou do processo judicial.

Art. 4º. [...]

§ 4º A decisão quanto à representação judicial do agente público deve conter, no mínimo, o exame expresso dos seguintes pontos:

I - enquadramento funcional do agente público nas situações previstas no art. 22 da Lei nº 9.028, de 1995;

II - natureza estritamente funcional do ato impugnado;

III - existência de interesse público na defesa da legitimidade do ato impugnado;

IV - existência ou não de prévia manifestação de órgão da AGU ou da PGF responsável pela consultoria e assessoramento da autarquia ou fundação pública federal sobre o ato impugnado;

V - consonância ou não do ato impugnado com a orientação jurídica definida pelo Advogado-Geral da União, pelo Procurador-Geral Federal ou pelo órgão de execução da AGU ou da PGF;

VI - narrativa sobre o mérito e pronunciamento sobre o atendimento aos princípios que norteiam a Administração Pública.

Art. 6º. Não cabe a representação judicial do agente público quando se observar:

I - não terem sido os atos praticados no estrito exercício das atribuições constitucionais, legais ou regulamentares;

II - não ter havido a prévia análise do órgão de consultoria e assessoramento jurídico competente, nas hipóteses em que a legislação assim o exige;

III - ter sido o ato impugnado praticado em dissonância com a orientação, se existente, do órgão de consultoria e assessoramento jurídico competente, que tenha apontado expressamente a inconstitucionalidade ou ilegalidade do ato, salvo se possuir outro fundamento jurídico razoável e legítimo;

IV - incompatibilidade com o interesse público no caso concreto;

V - conduta com abuso ou desvio de poder, ilegalidade, improbidade ou imoralidade administrativa, especialmente se comprovados e reconhecidos administrativamente por órgão de auditoria ou correição;

VI - que a autoria, materialidade ou responsabilidade do requerente tenha feito coisa julgada na esfera cível ou penal;

VII - ter sido levado a juízo por requerimento da União, autarquia ou fundação pública federal, inclusive por força de intervenção de terceiros ou litisconsórcio necessário;

VIII - que se trata de pedido de representação, como parte autora, em ações de indenizações por danos materiais ou morais, em proveito próprio do requerente;

IX - não ter o requerimento atendido os requisitos mínimos exigidos pelo art. 4º; ou

X - o patrocínio concomitante por advogado privado.

Vê-se, pelos dispositivos transcritos, que a Portaria/AGU nº 408 buscou explicitar as circunstâncias que autorizam a defesa institucional dos agentes públicos, reiterando os requisitos legais consistentes na natureza estritamente funcional do ato impugnado e na existência de interesse público na defesa da sua legitimidade. Somente assim é que se pode evitar a defesa de atos ilegítimos, transcendentais das atribuições legais ou regimentais, ou, ainda, a concessão do benefício em situações em que o agente não atuou em prol da entidade, mas no seu próprio interesse ou no interesse de terceiros.

Nesse sentido, deve ser lembrada a advertência feita pelo douto Ex-Consultor-Geral da União, Manoel Lauro Volkmer de Castilho, no Despacho nº 473/2004, quanto à dificuldade na definição do interesse público, em nome do qual as autoridades às quais a Lei nº

9.028/95 dispensa a representação judicial por parte da AGU tenham praticado atos que, posteriormente, são questionados em ações civis ou penais. Naquela oportunidade, assim ponderou o douto Consultor-Geral da União:

Salvo melhor juízo, 'interesse público' [...] pode ser definido ou identificado como a qualidade do que não é particular ou que tenha por objeto principal o interesse particular, de tal modo que é do interesse público toda a ação ou conduta lícita que, por meios igualmente lícitos e regulares, tenham sido legitimamente praticados com o deliberado propósito de alcançar objetivo público ou identificado como tal. Sem essa qualificação ou havendo dúvida fundada e justificada sobre qualquer dos elementos caracterizadores do 'interesse público' conforme inserido na cláusula respectiva do art. 22 da Lei nº 9.028/95 fica o administrador desobrigado de sua aplicação. Aqui, opera o brocardo às avessas: na dúvida não cabe o privilégio funcional.

Além dos pressupostos da natureza estritamente funcional do ato e do interesse público na sua defesa, a defesa institucional depende, ainda, da ocorrência de um conjunto de circunstâncias objetivas, que devem ser verificadas caso a caso, inclusive com menção à existência de cada uma delas na decisão que deferir o benefício, a qual, por sua vez, há de estar suficientemente motivada, consoante o que determina o art. 50 da Lei nº 9.784/99.

E não é só. Antes de decidir-se pela representação, a autoridade responsável deve verificar se não se trata de hipótese em que a Portaria nº 408 veda, de plano, a defesa institucional. Quanto ao ponto, cabe ressaltar a vedação da assistência quando a ilegalidade, a imoralidade ou a improbidade estiverem reconhecidas administrativamente, por órgão de auditoria ou correição.

Deve ser ressaltado, também, que não cabe a assistência jurídica quando o ato questionado foi praticado visando auferir vantagem pessoal, porque, nesse caso, o objetivo visado pelo agente transfere a lide para a esfera privada, impedindo, em consequência, que a instituição pública possa financiar, mediante recursos públicos, a defesa de interesses particulares.

Finalmente, a Portaria nº 408 veda a assistência jurídica sempre que a defesa institucional gerar incompatibilidade com o interesse público.

Nessas situações, mostra-se plenamente incabível a representação, seja por meio do corpo jurídico próprio, seja, menos ainda, mediante contratação externa.

Por tais regras, depreende-se que a defesa institucional dos atos praticados pelos agentes públicos deve ser precedida, sempre, de percuciente e cautelosa análise de cada situação em concreto. Essa análise, na maioria das vezes, é feita previamente à conclusão final acerca da culpabilidade do agente, incumbindo à autoridade avaliar, a partir dos elementos de prova previamente colididos, se a conduta foi praticada nos limites das atribuições regimentais do agente, na defesa do interesse público e isenta de qualquer ilegalidade.

Por isso, o princípio da presunção de inocência, tampouco a inexistência de condenação transitada em julgado, não pode ser invocado como justificativa para a concessão indiscriminada da representação judicial pelo Poder Público. Caso assim fosse, jamais seria possível negar o pedido de assistência jurídica, já que ela se presta, justamente, para a defesa em processos ainda em tramitação.

2 NECESSIDADE DE LICITAÇÃO E HIPÓTESES DE INEXIGIBILIDADE

Enfrentada a questão acerca de quando é possível a prestação de assistência jurídica no âmbito da Administração Pública, faz-se necessário esclarecer como será ela prestada: pelo corpo jurídico próprio da entidade, quando existente, ou mediante a contratação de serviços advocatícios externos.

Reitere-se que, para a defesa dos titulares de cargos junto à Administração direta e indireta, a representação judicial está a cargo da Advocacia-Geral da União. Porém, na Administração indireta, a representação pela AGU restringe-se somente às pessoas jurídicas de direito público (autarquias e fundações públicas), de sorte que não alcança as empresas públicas e as sociedades de economia mista, que podem contar, ou não, com quadro jurídico próprio. Ocorre que a existência de advogados no quadro de pessoal não tem impedido as estatais de contratar advogados particulares para a defesa de seus dirigentes e ex-dirigentes, como ordinariamente se vê.

O Tribunal de Contas da União tem admitido a contratação de serviços de advocacia externa nas seguintes situações: a) em função de demanda excessiva do corpo jurídico da entidade; b) quando houver

conflito de interesses entre a instituição e os integrantes do corpo jurídico; c) em função da especificidade da questão a ser discutida.

Nesse prisma, pode-se concluir que a assistência jurídica há de ser prestada, primordialmente, pelo corpo jurídico da própria entidade, quando existente. A contratação externa deve ser a exceção, na eventualidade das situações descritas pelo TCU. Em tais circunstância, depara-se com outra questão, não menos polêmica: sendo possível a contratação de advogados externos, há de ser feita com ou sem licitação?

A situação que mais sugere questionamentos é a que envolve a especificidade da matéria objeto da defesa, reclamando, por isso, maior especialização do advogado a ser contratado. O TCU, por reiteradas vezes, tem recriminado a contratação direta de escritórios de advocacia, por inexigibilidade de licitação, sob alegação de “notória especialização” do profissional, quando não preenchidos os requisitos do art. 25, II e §1º, da Lei nº 8.666/93.³

Referido dispositivo da Lei de Licitações assim prescreve:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

[...]

II- *para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;*

[...]

§1o *Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. (grifo nosso)*

3 Vide, por exemplo, os julgados proferidos na Decisão 30/93-P, Decisão 342/93-P, Decisão 505/93-P e Decisão 014-92-P.

Consoante a norma transcrita, é inexigível a licitação, por ser inviável a competição, para contratar serviço técnico-especializado que ostente natureza singular, a ser prestado por profissional ou empresa de notória especialização.

Entretanto, para caracterizar a situação de inviabilidade de competição, é necessária a presença simultânea dos três requisitos legais: a) que se trate de serviço técnico-especializado; b) que esse serviço ostente natureza singular e c) que seja prestado por profissional notoriamente especializado no assunto.

A verificação do primeiro requisito não traz maiores dificuldades, uma vez que o artigo 13 da Lei nº 8.666 indica, no inciso V, como serviço técnico-especializado, o “patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas”. Porém, o mesmo não se pode dizer quanto aos outros dois requisitos, que tratam da singularidade do serviço a ser prestado e da notoriedade do profissional a ser contratado.

Entende-se por serviço singular aquele que é individualizado frente aos demais, ou seja, possui uma característica que o distingue, que o torna incomum. Singular é o objeto do contrato, não o executor do serviço. É exatamente a singularidade do objeto que inviabiliza a competição entre os diversos profissionais. Como adverte Adilson Abreu Dallari⁴

existem serviços que, não obstante requeiram acentuada habilitação técnica, podem ser realizados por uma pluralidade de profissionais ou empresas especializadas, indistintamente. [...] Entendemos que serviço técnico profissional especializado suficiente para dispensar qualquer tipo de licitação é somente aquele de caráter singular, que exija de seu executante conhecimentos extraordinários ou o domínio de técnicas ainda não assimiladas pela generalidade dos profissionais.

Trata-se, assim, de serviço pouco difundido, excepcional, incomum, dominado por poucos especialistas. Isso porque, mesmo um serviço técnico que, ao surgir, exigia conhecimentos elevados, com o correr do tempo vai-se tornando comum, corriqueiro, executado por inúmeros profissionais.

Conforme ressaltado pelo Ministro Benjamin Zymler, no voto condutor do Acórdão 3.095/2008,

4 DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 59.

a natureza singular se caracteriza como uma situação anômala, incomum, impossível de ser enfrentada satisfatoriamente por todo e qualquer profissional ‘especializado’. Envolve os casos que demandam mais do que a simples especialização, pois apresentam complexidades que impedem obtenção de solução satisfatória a partir da contratação de qualquer profissional.

[...]

Apenas a experiência, portanto, não é suficiente para justificar a inobservância do princípio insculpido no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, que prescreve, como regra, a licitação, não sendo “suficientes para respaldar esse tipo de contratação meras alegações de que se tratava de advogado de ‘renome’ ou de ‘grande especialização’” (v. Acórdão nº 31/2008-TCU-Plenário).

Confira-se, por fim, a Súmula de Jurisprudência do TCU nº 39, que assim reza:

A dispensa de licitação para a contratação de serviços com profissionais ou firmas de notória especialização, de acordo com a alínea ‘d’ do art. 126, §2º, do Decreto-lei nº 200, de 25.2.67, só tem lugar quando se trata de serviço inédito ou incomum, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, um grau de subjetividade, insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação.

O terceiro requisito para justificar a contratação direta refere-se à notória especialização do profissional ou empresa a ser contratada. Não se deve confundir, aqui, notoriedade com popularidade. A notória especialização decorre do conceito geral do profissional, adquirido em função de seu desempenho em trabalhos anteriores, aliado a estudos, experiências e publicações técnicas ou científicas, atestando sua capacidade acerca da matéria.

Nesse sentido, confira-se o aresto da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, proferido no REsp 436.869/SP (DJ 1º.2.2006), que considerou ilegal a contratação de serviços advocatícios especializados, mas não singulares, do qual extraio o seguinte excerto:

Estando comprovado que os serviços jurídicos de que necessita o ente público são importantes, mas não apresentam singularidade, porque afetos a ramo do direito bastante disseminado entre os profissionais da área, e não demonstrada a notoriedade dos advogados – em relação aos diversos outros, também notórios, e com a mesma especialidade – que compõem o escritório de advocacia contratado, decorre ilegal contratação que tenha prescindido da respectiva licitação.

É preciso ter em conta, ainda, que a obrigação de licitar decorre de mandamento constitucional, de modo que os dispositivos que a dispensam devem ser restritivamente interpretados e sua aplicação no caso concreto deve restar inquestionável. Portanto, é preciso que se demonstre a necessidade de se contratar um profissional notoriamente especializado e que haja real necessidade dessa especialização.

O que se pretende enfatizar é que a contratação de advogados depende de prévia licitação. Essa é a regra. A contratação sem licitação está legalmente autorizada apenas quando se tratar de causa judicial tão complexa que apenas determinado profissional ou escritório, em face de sua notória e incontestável especialização, teria condições de promover a defesa a contento.

Registre-se, ainda, que, mesmo presentes as condicionantes que autorizam a não efetivação do certame, o TCU recomenda duas providências adicionais para amparar a contratação direta: a) promover a pré-qualificação dos profissionais aptos à prestação dos serviços advocatícios que se deseja contratar, adotando-se sistemática objetiva e imparcial de distribuição das causas entre os interessados pré-qualificados, de forma a resguardar o respeito aos princípios da publicidade e da igualdade; b) o contrato deve conter cláusula que estabeleça a obrigação de que os serviços especializados sejam prestados pessoalmente pelo próprio advogado cujo renome e grau de especialização justificaram a inexigibilidade de licitação, conforme prevê o §3º do art. 13 da Lei nº 8.666/93 (ou seja, descabe o substabelecimento de poderes para outro advogado, ainda que do mesmo escritório)⁵.

Acrescenta, ainda, o TCU, que a contratação deve ser feita para o caso específico, não se justificando, portanto, firmar contratos da espécie visando à representação judicial de forma continuada.⁶

5 Conforme Decisão nº 069/93-P e Acórdão nº 250/2002.

6 Conforme Decisão nº 494/94-P.

Registre-se, por fim, que as razões da contratação direta devem estar devidamente justificadas no processo respectivo e comunicadas, dentro de três dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação (art. 26, caput, da Lei nº 8.666/93). Além disso, o processo deve estar instruído com a razão da escolha do executor do serviço e justificativa de preços (incisos II e III do parágrafo único do art. 26), ressaltando que, se comprovado o superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o prestador do serviço e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis (§2º do art. 25).

No que respeita à contratação externa com fundamento no volume excessivo de serviço do corpo jurídico ou na existência de conflito de interesses dos advogados com a entidade empregadora, é imprescindível a observância do processo licitatório. Caso ocorra alguma circunstância que inviabilize a competição (por exemplo, a premência do tempo), deve o gestor lançar mão dos profissionais pré-qualificados, a fim de resguardar os princípios constitucionais administrativos que lhe incumbe resguardar.

Idêntica providência deve ser observada em outras circunstâncias em que se mostre inviável a competição, já que o art. 25 da Lei nº 8.666/93, ao enumerar os casos de inexigibilidade de licitação, não o fez de forma exaustiva. Assim, podem ocorrer situações outras que inviabilizem a competição, além daquelas enumeradas pela lei. Nessas situações, a pré-qualificação também se impõe.

Essa, inclusive, a orientação da Advocacia-Geral da União, manifestada no Parecer GQ-77, da Consultoria-Geral da União, que assim concluiu, *verbis*:

[...]

- e) a contratação de serviços de natureza singular com profissional de notória especialização não é a única hipótese prevista de inexigibilidade de licitação por ser inviável a competição;
- f) a enumeração do artigo 25 é exemplificativa (ver itens 27 e 30.4) e permite a contratação na hipótese de qualquer outra situação em que seja inviável a competição; as peculiaridades e as circunstâncias de cada caso devem ser analisadas. Ao administrador cabe o exame da conveniência e da oportunidade da contratação. Há margem de

discricionariedade para agir, devendo ele estar atento aos princípios da administração pública; mas,

g) quando não se tratar de serviço de natureza singular, embora inviável a competição, a execução pode ser feita por mais de um profissional. Em respeito ao princípio da igualdade, o administrador deve proceder à pré-qualificação (artigo 114) dos interessados e, conforme determina o Tribunal de Contas da União, à “implantação de uma sistemática objetiva para a adjudicação dos contratos aos advogados externos”, como recomendou o Ministro Bento Bugarin (ver itens 30.2 a 30.5 deste Parecer).

Cabe acentuar que mencionado parecer recebeu aprovação por parte da Presidência da República, por despacho proferido em 5.7.95 e publicado no D.O.U. de 11.7.95, adquirindo, a partir de então, caráter normativo e vinculante para todos os órgãos e entidades da Administração Federal, nos termos do artigo 40, §1º, da Lei Complementar 73/93.

3 APLICAÇÃO DA DISCIPLINA ÀS ENTIDADES DO SISTEMA S

As normas afetas à Administração Pública, acima descritas, poderiam disciplinar também a concessão de assistência jurídica no âmbito das entidades integrantes do “Sistema S”?

Antes de adentrar no tema, é necessário tecer algumas considerações acerca do que se convencionou chamar “Sistema S”.

É cediço que a composição básica da Administração Pública é integrada pelos entes da Administração Direta e da Administração Indireta, entendidos esses como as pessoas jurídicas e órgãos que exercem a atividade administrativa do Estado. Contudo, existem outras pessoas jurídicas que, apesar de não integrarem a estrutura da Administração, prestam algum tipo de colaboração com o Poder Público, por meio de atividades caracterizadas como “serviços de utilidade pública”.

São, por isso, reconhecidas como entidades paraestatais, ou seja, entidades que atuam “ao lado” do Estado, paralelamente a ele, cooperando nas atividades e serviços de interesse da coletividade, cuja prestação não é da competência exclusiva do Estado – daí serem também conhecidos como “entes de cooperação”.

Trata-se de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que exercem atividades de manifesto interesse coletivo. Em todas as paraestatais, conforme ressaltado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, estão presentes os mesmos traços: são entidades privadas, no sentido de que são constituídas por particulares; desempenham serviços não exclusivos do Estado, porém em colaboração com ele; recebem algum tipo de incentivo do poder público e, por essa razão, sujeitam-se a controle pela Administração Pública e pelo Tribunal de Contas. Seu regime jurídico é predominantemente de direito privado, porém, parcialmente derogado por normas de direito público⁷.

As entidades paraestatais integram o chamado “Terceiro Setor”, porque nem se enquadram inteiramente como entidades privadas, nem integram a Administração Pública, direta ou indireta. O Terceiro Setor coexiste com o Primeiro Setor, que é o próprio Estado, e com o Segundo Setor, que é o mercado. São exemplos de paraestatais as Organizações Sociais (OS), as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) e os Serviços Sociais Autônomos.

De existência mais remota e mais difundidos entre nós, os Serviços Sociais Autônomos exercem atividades que produzem algum benefício para grupos sociais ou categorias profissionais. São exemplos de tais entidades o SESI (Serviço Social da Indústria), o SESC (Serviço Social do Comércio), o SENAI (Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial), o SENAC (Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial), o SEBRAE (Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas), o SENAR (Serviço Nacional de Aprendizagem Rural), o SEST (Serviço Social do Transporte), o SENAT (Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte), dentre outros.

O conjunto dessas entidades é que foi denominado “Sistema S”, a fim de destacá-las em relação aos demais entes paraestatais, em virtude das atividades que desempenham, de interesse das respectivas categorias profissionais que representam, voltadas à assistência social e à formação profissional e educação para o trabalho, além da promoção de ações fomentadoras do setor econômico ao qual se vinculam.

A personalidade jurídica de direito privado poderia, em princípio, afastar a possibilidade de aplicar às entidades do Sistema S o regime jurídico próprio das pessoas jurídicas de direito público.

7 DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 414.

Contudo, há que se atentar para o fato de que tais entidades, muito embora a natureza privada, mantêm-se por meio de contribuições parafiscais, instituídas por lei e pagas compulsoriamente pelos respectivos contribuintes.

De fato, o Decreto-Lei nº 4.048, de 22.1.1942, que criou o SENAI, assim dispôs:

Art. 4º. Serão os estabelecimentos industriais das modalidades de indústrias enquadradas na Confederação Nacional da Indústria obrigados ao pagamento de uma contribuição mensal para montagem e custeio das escolas de aprendizagem.

Também o Decreto-Lei nº 8.621, de 10.1.1946, que tratou da criação do SENAC, previu a manutenção da entidade via cobrança de contribuição recolhida compulsoriamente, *verbis*:

Art. 4º Para o custeio dos encargos do “SENAC”, os estabelecimentos comerciais cujas atividades, de acordo com o quadro a que se refere o artigo 577 da Consolidação das Leis do Trabalho, estiverem enquadradas nas Federações e Sindicatos coordenados pela Confederação Nacional do Comércio, *ficam obrigados ao pagamento mensal de uma contribuição equivalente a um por cento sobre o montante da remuneração paga à totalidade dos seus empregados.*

§ 1º O montante da remuneração de que trata este artigo será o mesmo que servir de base à incidência da contribuição de previdência social, devida à respectiva instituição de aposentadoria e pensões. (grifo nosso)

Da mesma forma, os diplomas que trataram da criação do SESI (Decreto-Lei nº 9.403/46, art. 3º, §1º), do SESC (Decreto-Lei nº 9.853/46, art. 3º, §1º), do SEBRAE (Lei nº 8.029/90, art. 8º, §3º), do SENAR (Lei nº 8.315/91, art. 3º), do SEST e SENAT (Lei nº 8.706/93, art. 7º, I e II), previram que as rendas para sua manutenção adviriam de contribuições pagas pelas empresas ou profissionais autônomos, ligados à atividade econômica respectiva.

Cabe lembrar que a parafiscalidade constitui uma delegação da capacidade tributária ativa de um tributo a um ente com autonomia de

gestão, atribuindo-se a titularidade de certos tributos a certas pessoas, que não o próprio Estado, em benefício das finalidades institucionais dos favorecidos. Paulo de Barros Carvalho define a parafiscalidade como “o fenômeno que consiste na circunstância de a lei tributária nomear sujeito ativo diverso da pessoa que a expediu, atribuindo-lhe a disponibilidade dos recursos auferidos, para implemento de seus objetivos peculiares”⁸. Sua função, destarte, não é a de suprir o Tesouro Nacional de recursos financeiros, eis que o Estado utiliza-se de seu aparato para efetuar o recolhimento e a cobrança dos valores devidos, repassando-os ao sujeito ativo da exação.

A Constituição Federal expressamente referiu-se às contribuições parafiscais no seu art. 240, nesse caso, pagas por empregadores sobre a folha de salários, “destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical”.

Tendo em conta, então, que os recursos utilizados pelas entidades do “Sistema S” são provenientes de contribuições parafiscais, recolhidas compulsoriamente pelos contribuintes inseridos nas diversas categorias econômicas, definidos em lei, esses valores ostentam nítida natureza de *verbas públicas*. Com efeito, quando se considera a *origem* de tais recursos (contribuições parafiscais), sua *instituição por meio de lei*, a *compulsoriedade* de seu recolhimento e a *vinculação* dos valores arrecadados, resulta incontestemente o caráter tributário de ditas contribuições. Não há como negar, portanto, que tais verbas são, efetivamente, *dinheiro público*.

Registre-se, não obstante, que o STF já se pronunciou em sentido contrário a essa concepção, entendendo que não constitui receita pública o produto da arrecadação de contribuições que não têm o erário por destino. Entende a Corte Suprema que dinheiros recolhidos não para ter ingresso no Tesouro público, mas para, nos cofres de uma instituição autônoma, se mesclarem com dinheiros vindos do erário e resultarem, afinal, na formação do patrimônio do trabalhador, não assumem natureza tributária, tampouco de finanças públicas⁹.

Também não desconheço as vozes autorizadas que afirmam que, quando o produto das contribuições ingressa nos cofres dos Serviços Sociais Autônomos, perde o caráter de recursos públicos, como, por exemplo, Cid Heráclito de Queiroz, ex-Procurador Geral da Fazenda Nacional, e Célio Borja, ex-Ministro do STF, em parecer elaborado

8 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 229.

9 Conforme RE 148.754-RJ, Relator Ministro Francisco Rezek, RTJ 150/888.

a pedido do SESC/SENAC¹⁰. Já para o também ex-Ministro do STF, Ilmar Galvão, em parecer elaborado ao SESI/SENAI¹¹, as entidades do Sistema S estariam obrigadas somente a demonstrar que os recursos percebidos foram regularmente utilizados na persecução dos objetivos visados na lei instituidora.

Contudo, acredito que melhor razão assiste à corrente doutrinária que reconhece a natureza pública dos recursos que mantêm as entidades do Sistema S, conforme a abalizada lição de José dos Santos Carvalho Filho¹², no sentido de que:

esses recursos não provem do erário, sendo normalmente arrecadados pela autarquia previdenciária (o INSS) e repassados diretamente às entidades. Nem por isso deixam de caracterizar-se como dinheiro público. E isso por mais de uma razão: primeiramente, pela expressa previsão legal das contribuições; além disso, essas contribuições não são facultativas, mas, ao revés, compulsórias, com inegável similitude com os tributos; por fim, esses recursos estão vinculados aos objetivos institucionais definidos na lei, constituindo desvio de finalidade quaisquer dispêndios voltados para fins outros que não aqueles.

Esse modo de entender ganha reforço de peso com Hely Lopes Meirelles¹³, que adverte que os Serviços Sociais Autônomos, embora não submetidos à subordinação hierárquica de qualquer autoridade pública, permanecem vinculados ao órgão estatal mais relacionado com suas atividades, “*para fins de controle finalístico e prestação de contas dos dinheiros públicos recebidos para sua manutenção*”.

A natureza pública dos recursos destinados aos Serviços Sociais Autônomos pode ainda ser confirmada pelo fato de que os valores a elas destinados gozam de especial proteção estatal, já que contam com foro especial no juízo privativo da Fazenda Pública e sua cobrança se faz segundo o rito processual dos executivos fiscais. Ademais, devem prestar contas da devida aplicação dos recursos recebidos ao Tribunal

10 QUEIROZ, Cid Heráclito e BORJA, Célio. SESC, SENAC: *natureza jurídica e a natureza jurídica das contribuições*. Confederação Nacional do Comércio. Rio de Janeiro: Confederação Nacional do Comércio, 2005, p. 7 e 31. Disponível em: < www.portaldocomercio.org.br > Acesso em: 30.8.2010.

11 GALVÃO, Ilmar. *Parecer elaborado ao SESI e SENAI*. Brasília, s.d. p. 18.

12 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 501.

13 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 405.

de Contas da União¹⁴ e submetem-se à fiscalização contábil e financeira do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo, consoante o que determina o artigo 183 do Decreto-Lei nº 200/67:

Art. 183. As entidades e organizações em geral, dotadas de personalidade jurídica de direito privado, que recebem contribuições para fiscais e prestam serviços de interesse público ou social, estão sujeitas à fiscalização do Estado nos termos e condições estabelecidas na legislação pertinente a cada uma.

Contudo, a principal consequência que advém da natureza publicística das contribuições destinadas ao “Sistema S” é, exatamente, sua sujeição aos princípios norteadores da Administração Pública. De fato, a autonomia concedida a tais organizações pelo regime jurídico privado a que estão submetidas sofre derrogações do regime jurídico público, justamente para preservar os princípios gerais que delimitam a gestão e a aplicação dos recursos públicos que auferem.

Isso porque todo aquele que, de algum modo, exerce a gestão de recursos públicos, tem o dever constitucional de cuidar para o seu correto emprego. Portanto, ainda que se trate de pessoa jurídica de direito privado, está ela obrigada à observância dos princípios que regem a Administração, definidos no art. 37 da Constituição Federal. Tal incumbência, por óbvio, estende-se às entidades do “Sistema S”, conforme advertiu Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁵, eis que:

Pelo fato de administrarem verbas decorrentes de contribuições parafiscais e gozarem de uma série de privilégios próprios dos entes públicos, estão sujeitas a normas semelhantes à Administração Pública, sob vários aspectos, em especial no que diz respeito à observância dos princípios da licitação, à exigência de processo seletivo para seleção de pessoal, à prestação de contas, à equiparação dos seus empregados aos servidores públicos para fins criminais (art. 327 do Código Penal) e para fins de improbidade administrativa (Lei nº 8.429, de 2.6.92).

Deveras, diferentemente de uma entidade de direito privado que utiliza verbas próprias, sem qualquer ingerência ou participação

14 Conforme artigos 70, parágrafo único, e 71, da Constituição Federal.

15 DI PIETRO, op. cit., p. 416.

estatal, a pessoa jurídica que percebe e utiliza recursos públicos na sua manutenção não dispõe da mesma liberdade, uma vez que tais recursos, dada sua origem, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por serem indisponíveis e inderrogáveis.

Portanto, sua aplicação há de estar adstrita à finalidade pública determinada pela lei, sob pena de, como dito, caracterizar-se o desvio de finalidade. Além disso, deve mostrar-se compatível com os critérios de legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência, que determinam a gestão dos recursos públicos.

Mais não é preciso para demonstrar que, não obstante tratar-se de pessoas jurídicas de direito privado, as entidades integrantes do “Sistema S” devem, no que pertine à defesa institucional dos integrantes de seus quadros, orientar-se pelo regramento da matéria aplicável aos agentes da Administração Pública direta e indireta. Como demonstrado, a exigência funda-se na origem pública dos recursos recebidos pelos Serviços Sociais Autônomos, consistente no recolhimento compulsório de contribuições parafiscais, o que impõe, em contrapartida, a obrigatoriedade do uso correto e probo de tais rendas – o que, de qualquer sorte, se aplica a quaisquer entes que recebam recursos públicos, como reiteradamente vem decidindo o Tribunal de Contas da União.

4 SUJEIÇÃO DO “SISTEMA S” AO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

Atualmente, não mais suscita polêmicas a sujeição ou não das entidades do “Sistema S” à Lei nº 8.666/93. Após vacilar entre a obrigatoriedade ou não de atender à Lei de Licitações, o Tribunal de Contas da União firmou sua jurisprudência, a partir da Decisão Plenária nº 907/97, que fez escola, no sentido de que os Serviços Sociais Autônomos não estavam sujeitos à estrita observância daquele diploma legal.

Entretanto, não estão tais entidades totalmente livres para contratar sem qualquer regramento, tendo em conta duas particularidades: a execução de atividades de interesse público e a percepção de recursos públicos para a realização desse mister. Esses dois eventos, juntos ou isolados, impõem-lhes a subsunção, ainda que parcialmente, ao regime jurídico de direito público, o que inclui as normas pertinentes à aquisição de bens e serviços. Destarte, ainda que forçoso reconhecer a inaplicabilidade da Lei nº 8.666/93 às entidades do “Sistema S”, as contratações por elas feitas devem atender ao princípio

licitatório, como garantia da aplicação eficiente dos recursos públicos que auferê, mediante a busca da proposta mais vantajosa.

Releva anotar que a personalidade jurídica de direito privado não é suficiente para, isoladamente, afastar a observância do princípio licitatório. De fato, as sociedades de economia mista e as empresas públicas, apesar de entidades privadas, são submetidas às regras da licitação, por expressa disposição constitucional. Também a Instrução Normativa nº 01/97, da Secretaria do Tesouro Nacional, que trata da transferência de verbas públicas mediante convênios, prevê a obrigatoriedade de observar a Lei nº 8.666/93 quando a beneficiada é entidade privada.

Nessa linha de cognição, pode-se afirmar que, sempre que houver envolvimento de recursos públicos, ainda que geridos por pessoa jurídica de direito privado – como é o caso dos Serviços Sociais Autônomos, será obrigatória a realização de procedimento regulador para aquisição de bens e prestação de serviços, no qual se observem os princípios da Administração Pública. Isso porque, como já asseverado, todo aquele que exerce a gestão de recursos públicos submete-se, por dever constitucional, à obrigação de demonstrar seu correto emprego (CF, art. 70, parágrafo único).

Dessa forma, entendeu o TCU ser razoável que os Serviços Sociais Autônomos, embora não integrantes da Administração Pública, mas como destinatários de recursos públicos, adotem, na execução de suas despesas, regulamentos próprios e uniformes, livres do excesso de procedimentos burocráticos, mas onde, todavia, sejam preservadas as diretrizes do art. 37, caput, da Constituição da República e, ainda, os princípios gerais relativos à Administração Pública, em especial os da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da isonomia e da publicidade, como forma de salvaguardar a correta aplicação dos recursos públicos sob sua gerência.

Destarte, da obrigatoriedade do “Sistema S” sujeitar seus contratos ao procedimento licitatório, decorre também o dever de acatar as regras que eximem a Administração de licitar. Ou seja, uma vez que a regra constitucional é a obrigatoriedade da licitação, as condicionantes que autorizam a contratação direta no setor público são as mesmas que devem ser observadas pelos Serviços Sociais Autônomos, por ilação lógica.

Em consequência, as mesmas restrições à contratação direta, por inexigibilidade de licitação, de advogados privados por parte da

Administração, são aplicáveis aos Serviços Sociais Autônomos. Ou seja: somente se admite quando incontestável a natureza singular do serviço a ser prestado e ante a notória especialização do profissional a ser contratado.

5 DO COMPROMISSO DE RESSARCIMENTO

Cabe, por fim, uma última observação. Diz respeito à eventual contratação de advogados externos para defesa de agentes que, apesar da análise prévia feita pela autoridade competente, são ao final condenados pela prática de atos eivados de ilegalidade. Em casos tais, é evidente que a defesa institucional foi indevida, gerando gravame ao patrimônio da entidade à qual pertence o beneficiário.

Uma forma de se evitar tal risco seria a exigência de que os destinatários da assistência jurídica, sempre que houver necessidade de contratação de serviços externos, assinem termo de responsabilidade, por meio do qual se comprometam a ressarcir a entidade dos valores despendidos em sua defesa, na hipótese de final condenação.

Tal procedimento visa resguardar o adequado emprego dos recursos públicos, possibilitando sejam recuperados, caso indevidamente aplicados na defesa de atos que, à primeira vista, pareciam legítimos, mas que, posteriormente, foram julgados ilegais ou contrários aos interesses da Administração. Nessas hipóteses, em que o assistido foi considerado culpado em processo judicial ou administrativo, o patrocínio de sua defesa foi ilegítimo, com inegável prejuízo ao patrimônio da entidade paraestatal, gerando a obrigação de ressarcimento.

O compromisso de ressarcimento tem amparo na necessária prudência que deve nortear o emprego de dinheiros públicos, válida tanto para a Administração direta e indireta, quanto para as paraestatais. A contratação de advogados sem esse cuidado significa liberalidade da entidade, feita com recursos públicos, que não lhe pertencem. Não se insere, portanto, no âmbito da discricionariedade do administrador, já que, não podendo prever o resultado final do processo, não pode olvidar em garantir que as despesas decorrentes da defesa institucional, que se mostrou imprópria, sejam devidamente ressarcidas. De modo que, aquele que é responsável em exigir tal garantia deixar de fazê-lo, estará assumindo responsabilidade pessoal pelo ressarcimento. Além disso, a omissão pode ainda caracterizar, na esfera penal, crime de prevaricação

e, na esfera civil, improbidade administrativa, a que também estão sujeitos os dirigentes dos Serviços Sociais Autônomos, em razão do que dispõe o art. 327, §1º, do Código Penal.

Anote-se que a exigência de assinatura de termo de compromisso não representa limitação do direito à ampla defesa, já que a garantia constitucional refere-se aos meios em que esta se opera (defesa técnica, contraditório, produção de provas, etc) e não a quem a instrumentaliza (este ou aquele profissional), desde que seja advogado devidamente habilitado ao exercício da profissão.

6 CONCLUSÃO

A prestação de assistência jurídica pelas entidades e órgãos da Administração Pública direta e indireta, e também pelas paraestatais, é, em princípio, legítima, desde que observadas as regras insertas no art. 22 da Lei nº 9.028/95 e na Portaria-AGU nº 408/2009, bem como o entendimento jurisprudencial acerca da matéria, mencionados nesse estudo.

No âmbito da Administração federal direta, autárquica e fundacional, a defesa institucional está a cargo da Advocacia-Geral da União, direcionada aos titulares e membros dos três Poderes da República, das instituições federais mencionadas no Título IV, Capítulo IV, da Constituição Federal, aos titulares dos Ministérios e demais órgãos da Presidência da República, bem como aos titulares de cargos de natureza especial, de direção e assessoramento, nos termos do caput do art. 22 da Lei nº 9.028/95.

No que diz respeito às estatais, o entendimento prevalente acerca da assistência jurídica é o seguinte:

z- compete ao administrador analisar e decidir, diante da situação concreta de cada caso, se deve promover a contratação de profissional cujos conhecimentos, renome ou grau de especialização sejam essenciais para a defesa do interesse da entidade a qual representa e que não encontrem paralelo entre os advogados do quadro jurídico próprio;

- a contratação deve ser feita entre advogados pré-qualificados como os mais aptos a prestar os serviços especializados que se pretende obter;

- a contratação deve ser celebrada para prestação de serviço específico e singular, não se justificando, portanto, firmar contratos da espécie visando à prestação de tais serviços de forma continuada.

Em qualquer caso, o que o gestor precisa estar atento é quanto às hipóteses em que há dúvida acerca da legalidade do ato praticado, ou quando haja indícios de que o agente visou obter vantagem patrimonial indevida ou, ainda, quando a defesa institucional se mostra incompatível com o interesse público. Em casos tais, a assistência jurídica não deve ser concedida. Com esse direcionamento, é possível impedir a sangria dos cofres públicos com a defesa de condutas ofensivas à moralidade e à probidade, princípios vetores para todos que integram a Administração pública ou comandam entidades que se mantêm por meio de recursos arrecadados da coletividade - e somente em benefício desta devem ser revertidos.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

GALVÃO, Ilmar. *Parecer elaborado ao SESI e SENAI*. Brasília, s.d.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar. *Medida Provisória nº 2.143/2001*. Brasília, s.d. Disponível em: <www.redebrasil.inf.br/0artigos/MP2143.htm>. Acesso em: 30.8.2010.

QUEIROZ, Cid Heráclito e BORJA, Célio. *SESC, SENAC: natureza jurídica e a natureza jurídica das contribuições*. Confederação Nacional do Comércio. Rio de Janeiro: Confederação Nacional do Comércio, 2005. Disponível em: <www.portaldocomercio.org.br>. Acesso em: 30.ago.2010.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Decisão nº 30/1993-Plenário. Sessão 03/03/1993. Disponível em: < www.tcu.gov.br>. Acesso em: 30.8.2010.

_____. Decisão n. 342/93-Plenário. Sessão 04/08/1993. Disponível em: < www.tcu.gov.br>. Acesso em: 30.8.2010.

_____. Decisão n. 505/93 – Plenário. Sessão 17.11.1993. Disponível em: < www.tcu.gov.br>. Acesso em: 30.8.2010.

_____. Decisão n. 014/92-Plenário. Sessão 05.02.1992. Disponível em: < www.tcu.gov.br>. Acesso em: 30.8.2010.

_____. Decisão n. 069/93-Plenário. Sessão 09.06.1993. Disponível em: < www.tcu.gov.br>. Acesso em: 30.8.2010.

_____. Decisão n. 494/94-Plenário. Sessão 02.08.1994. Disponível em : <www.tcu.gov.br>Acesso em :30.8.2010.

_____. Decisão nº 907/97-Plenário. Sessão 11.12.1997. Disponível em: < www.tcu.gov.br>. Acesso em: 30.8.2010.

_____. Acórdão n. 250/2002. Sessão 28.05.2002. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 30.8.2010.

_____. Acórdão n. 3.095/2008. Sessão 26.08.2008. Disponível em <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 30.8.2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp. 436.869/SP. Brasília/DF, 06.12.2005. Disponível em:< www.stj.jus.br>. Acesso em: 30.8.2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 148.754/RJ. Brasília/DF, 24.06.1993. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em: 30.8.2010.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Parecer GQ-77 - Consultoria-Geral da União. Disponível em <www.agu.gov.br> Acesso em: 30.8.2010.

_____. Despacho nº 473/2004 - Consultoria-Geral da União. Disponível em: < www.agu.gov.br>. Acesso em 30.8.2010.

**A IMPOSSIBILIDADE DE EQUIPARAÇÃO
DE SERVIDORES PÚBLICOS EFETIVOS
VINCULADOS AO REGIME JURÍDICO
ÚNICO À CATEGORIA DE EMPREGADOS,
PARA OS EFEITOS DO REGIME DE
PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR:
INTELIGÊNCIA DO §1º DO ART. 16 DA LEI
COMPLEMENTAR Nº 109/2001**

THE IMPOSSIBILITY OF EQUALIZATION OF EFFECTIVE PUBLIC SERVANTS LINKED TO THE UNIFIED LEGAL SYSTEM TO THE CATEGORY OF EMPLOYEES FOR THE PURPOSES OF THE COMPLEMENTARY PENSION REGIME: INTELLIGENCE OF § 1 OF ART. 16 OF COMPLEMENTARY LAW Nº 109/2001

*Dirlene Gregório Pires da Silva
Procuradora Federal, especialista em Direito Público pela UnB
Chefe de Divisão da Coordenação de Consultoria e Assessoramento Jurídico da
Procuradoria Federal junto à PREVIC*

*Leonardo Vasconcellos Rocha
Procurador Federal, Coordenador de Consultoria e
Assessoramento Jurídico da Procuradoria Federal junto à PREVIC*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Dos Regimes de Previdência: pública e privada; 2 Dos Servidores Públicos e os Regimes de Previdência; 3 Da Impossibilidade de Vinculação dos Servidores Públicos Sujeitos ao RJU a EFPCS, Exceto nos Termos do art. 40 da CF/88; 4 Da Regra de Transição para Os Servidores que já Detinham a Qualidade de Participantes de EFPC à Época da Instituição do RJU; 5 Da exegese do § 1º do art. 16 da Lei Complementar nº 109/2001; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo analisar o alcance do §1º do art. 16 da Lei Complementar nº 109/2001, em especial no que se refere aos servidores públicos efetivos submetidos ao Regime Jurídico Único - RJU. O exame dessa aplicação se dá com atenção à mudança de paradigma na compreensão da norma jurídica, considerando a conexão existente entre o texto oferecido como produto do trabalho do legislador e o resultado apresentado pelo aplicador do direito quando diante de um caso concreto. Busca-se, por meio desse estudo, apontar as diferenças entre os regimes de previdência, estabelecendo as nuances do Regime Geral de Previdência Social – RGPS (art. 201 da Constituição Federal), do Regime Próprio de Previdência Social – RPPS (art. 40 da Constituição Federal) e do Regime de Previdência Privada, além da definição de servidor público e de suas espécies. E, finalmente, entender a exegese do §1º do art. 16 da Lei Complementar nº 109/2001, em especial a inadequação de sua aplicação aos servidores públicos submetidos ao RJU, dada a ausência de sentido na instituição de benefício complementar aos servidores com direito à percepção de aposentadoria integral.

PALAVRAS-CHAVE: Previdência Complementar. Servidor Público. Cargo Efetivo. Equiparação. Empregado.

ABSTRACT: This study aims to analyze the reach of § 1 of Art. 16 of Lei Complementar 109/2001, specially in relation to effective public servants subject to the Regime Jurídico Único - RJU. The exam of this application is with attention to the paradigm shift in understanding the rule, considering the connection between the text offered as a product of lawmaker's work and the result presented by the applicator of the law when faced with a case. Seeks, through this study, point out the differences between pension regimes, setting out the nuances of the Regime Geral de Previdência Social - RGPS (art. 201 of the Constitution) of the Regime Próprio de Previdência Social - RPPS (art. 40 of the

Constitution) and the Regime de Previdência Privada, beyond the definition of public servant and its species. And finally, understand the exegesis of § 1 of Art. 16 of Lei Complementar 109/2001 in particular the inadequacy of its application to public servants subject to the RJU because of the absence of meaning in the institution of additional benefit to the servers with the right to receive full pension.

KEYWORDS: Complementary Pension Funds. Public Servant. Effective Position. Equivalence. Employee.

INTRODUÇÃO

O escopo do artigo é analisar a aplicação do §1º do art. 16 da Lei Complementar nº 109/2001, em especial para os servidores públicos efetivos submetidos ao Regime Jurídico Único - RJU.

O propósito é destacar a impossibilidade de aplicação do §1º do art. 16 da Lei Complementar nº 109/2001 aos servidores públicos vinculados ao RJU, quando no exercício de funções de gerência, direção e ocupantes de cargos eletivos de conselhos de Entidades Fechadas de Previdência Complementar, afastando-se uma perspectiva universalizadora de aplicação do referido diploma legal e fixando-se na finalidade da norma.

Num primeiro momento, o texto buscará compreender as diferenças entre os regimes de previdência, estabelecendo as nuances do Regime Geral de Previdência Social – RGPS (art. 201 da Constituição Federal), Regime Próprio de Previdência Social – RPPS (art. 40 da Constituição Federal) e o Regime de Previdência Privada (art. 202 da Constituição Federal).

Em seguida, o estudo será fixado na definição de servidor público, em específico, na espécie de ocupantes de cargos efetivos e sua obediência aos preceitos da Lei nº 8.112/90 e legislação específica.

Com a definição e finalidade de cada regime de previdência e das espécies de servidor público passar-se-á a compreender a exegese do §1º do art. 16 da Lei Complementar nº 109/2001, considerando o seu objetivo de extensão do acesso à previdência privada, gerida por entidade fechada, a pessoas ocupantes de funções de direção nas Entidades Fechadas de Previdência Complementar- EFPC.

Após formado um desenho do problema, oferecer uma explicação para impossibilidade de adesão dos servidores públicos efetivos aos planos de benefícios de EFPC, exceto na hipótese de instituição do regime de previdência privada próprio dos servidores públicos efetivos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do §§14, 15 e 16 do art. 40 da Constituição Federal.

Com esse propósito, sugerir a devida interpretação do disposto no §1º do art. 16 da Lei Complementar nº 109/2001, sob influência das normas que regulam o sistema de previdência complementar e das diretrizes constitucionais utilizadas para os regimes de previdência privada, com o devido reconhecimento do caráter principiológico das normas que regem a previdência e denotam a atualidade e importância da matéria.

1 DOS REGIMES DE PREVIDÊNCIA: PÚBLICA E PRIVADA

A previdência social é direito assegurado à coletividade, expressamente previsto na Constituição Federal, no capítulo da seguridade social, subdividindo-se nas espécies pública e privada.

A previdência pública¹ apresenta duas modalidades de regime previdenciário: o Regime Próprio de Previdência Social – RPPS, administrado pelos órgãos ou entidades da Administração Pública, direta e indireta, e direcionado aos servidores públicos titulares de cargos efetivos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 40 da Constituição Federal) e o Regime Geral de Previdência Social – RGPS, com gestão de competência do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, autarquia federal, destinado aos empregados da iniciativa privada, aos empregados públicos e aos servidores públicos de entes onde não houve a instituição do RPPS (art. 201 da Constituição Federal).

Nas palavras de Daniel Pulino² tanto o RGPS como os RPPS apresentam como características:

1 A previdência pública também é tida com previdência oficial, na medida em que é “imposta, por lei, a todos os trabalhadores, e, assim, independentemente de suas vontades, sendo prestada sob regime de direito público [...], em princípio por entidades estatais (geralmente organizadas sob a forma descentralizada autárquica, mas em muitos regimes próprios também ainda diretamente por órgãos apenas desconcentrados da Administração direta dos entes políticos.)” (PULINO, Daniel. *Previdência Complementar: natureza-jurídico constitucional e seu desenvolvimentos pelas Entidades Fechadas*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 95.

2 Apud, p. 95-96.

- (a) desenvolvimento sob regime de direito público, com administração em princípio a cargo de entidades estatais de direito público (a própria administração direta ou mediante autarquias), e mediante fixação dos planos de benefício e de custeio, bem como o próprio desenvolvimento de suas ações, sempre por lei (não por negócio jurídico privado);
- b) vinculação obrigatória dos trabalhadores ao respectivo âmbito de proteção; e
- (c) combate de situações de necessidade social básicas (porque comportadas abaixo do teto fixado em lei), mas voltado à manutenção, em alguma medida (na medida do histórico laboral- contributivo do próprio trabalhador , ainda que imperfeitamente), do nível de vida do trabalhador, e não, necessariamente, ao atendimento do patamar de mera subsistência (mínimos sociais) – cujo combate fica a cargo, basicamente, dos benefícios do subsistema de assistência social.

Em suma, RGPS e RPPS correspondem à modalidade pública, obrigatória e básica de proteção previdenciária.

O regime de previdência privada, também, apresenta status constitucional, nos termos do art. 202 da Constituição Federal, apresentando como principais características, nas palavras de Leonardo Paixão³:

- natureza jurídica *privada*, sujeitando-se ao regime jurídico de direito privado, em que prevalece a autonomia da vontade. O princípio da legalidade, aplicado ao regime privado, significa que ‘tudo o que não está proibido está permitido’.
- caráter *complementar e autônomo* em relação ao regime geral:
 - *complementar*, porque a inscrição de participante em plano de previdência complementar não o dispensa da inscrição como segurado obrigatório do regime oficial de previdência (regime geral ou, a partir da EC 41/03, regime próprio);
 - *autônomo*, porque a percepção de benefício pago por entidade privada de previdência – salvo quando alguma vinculação for

3 PAIXÃO, Leonardo. *A previdência complementar fechada: uma visão geral*. Disponível em: <http://www.mpas.gov.br/arquivos/office/3_081014-111321-983.pdf>.

expressamente estabelecida em contrato – não depende da concessão de benefício pelo regime geral (LC 109/01, art. 68, § 2º);

- *autônomo*, também porque em princípio não existe relação entre os valores pagos por cada um destes regimes, embora possa ser estabelecida contratualmente uma relação;

- esta autonomia tem uma *exceção*, pois a concessão de benefício de previdência complementar *depende de concessão* de benefício pelo regime geral ou pelo regime próprio, quando se tratar de plano de benefícios da modalidade *benefício definido* e *regido pela LC 108/01*, que tiver sido *instituído após 30.05.2001* (LC 108/01, art. 3º, II).

• natureza contratual:

- regulamento de um plano de previdência é um contrato, que contém cláusulas sobre contribuições, benefícios e períodos de carência, entre outras disposições;

- a vinculação do participante ao plano de benefícios depende de sua inscrição voluntária (contrato celebrado com a entidade de previdência que administra o plano);

- para que uma pessoa jurídica possa oferecer acesso a um plano de previdência para seus empregados, servidores, associados ou membros deve celebrar contrato com a entidade de previdência que o administra.

• constituição de reservas, em regime de capitalização, para pagamento dos benefícios contratados (sobretudo o benefício de aposentadoria):

- excepcionalmente, contudo, o regime de repartição simples pode ser estabelecido em contrato – geralmente para custear os benefícios acessórios, como auxílio-doença, pecúlio por morte, entre outros, mantida a capitalização para o benefício principal (aposentadoria);

• regulamentação do regime de previdência privada reservada *à lei complementar*.

Importante registrar que o art. 202 da Constituição Federal não apresentou previsão de instituição de previdência privada por

ente ou órgão estatal, voltada a servidores públicos ocupante de cargos efetivos, estando tal possibilidade fixada no art. 40, §15, da Carta Magna, o qual prevê a possibilidade de edição de Lei Complementar para dispor “*sobre normas gerais para a instituição de regime de previdência complementar pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, para atender aos seus respectivos servidores titulares de cargos efetivos.*”

Ademais, a instituição da previdência complementar para servidores públicos efetivos deverá obedecer aos parâmetros fixados nos §§ 14,15 e 16 do art. 40 da CF/88, em que se estabelece a necessidade de lei de iniciativa do Poder Executivo, gestão por Entidade de Previdência Complementar Fechada- EFPC, possibilidade de limites máximos do RGPS ao RPPS e, no que couber, observância das disposições do art. 202 da CF/88.

O comando do art. 202 do Texto Constitucional possibilita a participação de entidades públicas, como patrocinadores, no caso de instituição de previdência complementar para empregados abrangidos pelo RGPS e que careçam de complementação em seus benefícios. Pois os valores percebidos pelo RGPS são limitados a um teto remuneratório, distinto da remuneração aferida pelos trabalhadores quando em atividade.

A par das diferenças entre os regimes de previdência, em especial entre o RPPS e a previdência privada, faz-se necessária a definição de servidor público, a fim de se constatar quais os servidores que atualmente poderão ser abrangidos pela previdência privada.

2 DOS SERVIDORES PÚBLICOS E OS REGIMES DE PREVIDÊNCIA

O conceito de servidor público é esclarecedor nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello⁴:

Servidor público, como se pode depreender da Lei Maior, é a designação genérica ali utilizada para englobar, de modo abrangente, todos aqueles que mantêm vínculos de trabalho profissional com as entidades governamentais, integrados em cargos ou empregos da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias e fundações de direito público. Em suma: são os que entretêm com

4 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. Malheiros: 2011. p. 249-250.

o Estado e com as pessoas de Direito Público da Administração indireta relação de trabalho de natureza profissional e caráter não eventual sob vínculo de dependência.

Compreendem as seguintes espécies:

a) servidores titulares de cargos públicos na Administração Direta (anteriormente denominados funcionários públicos), nas autarquias e fundações de Direito Público da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, assim como no Poder Judiciário e na esfera administrativa do Legislativo.

b) Servidores empregados das pessoas supra-referidas. Aí se incluem servidores que se encontrem sob vínculo empregatício por uma dentre as seguintes razões:

b.1) haverem sido admitidos sob vínculo de emprego para funções materiais subalternas (quais as de artífice, servente, motorista, jardineiro, mecânico etc.), o que, como a diante se demonstrará é constitucionalmente possível, embora não desejável.

[...]

b.2) remanescentes do regime anterior, no qual se admitia (ainda que muitas vezes inconstitucionalmente) amplamente o regime de emprego.

b.3) contratados, nos termos do art. 37, IX, da Constituição, sob vínculo trabalhista, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, sob regime jurídico específico previsto na Lei 8.745, de 9.1.93.

A definição das espécies de servidor público é necessária para que se possa identificar a correspondência entre cada qual e seus respectivos regimes de previdência.

O servidor público federal titular de cargo efetivo, em regra, vincula-se ao Regime Jurídico Único- RJU, aplicando-se-lhe as disposições legais contidas na Lei nº 8.112/1990, nos termos do art. 243 deste diploma legal:

Art. 243. Ficam submetidos ao regime jurídico instituído por esta Lei, na qualidade de servidores públicos, os servidores dos Poderes da União, dos ex-Territórios, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas, regidos pela Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 - Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, ou pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, exceto os contratados por prazo determinado, cujos contratos não poderão ser prorrogados após o vencimento do prazo de prorrogação.

Pois bem. A vinculação ao RJU acarretou aos servidores ocupantes de cargos públicos no âmbito da Administração Pública Federal a submissão ao Regime Próprio de Previdência Social – RPPS, nos termos do art. 183 da Lei nº 8.112/1990: *“Art.183. A União manterá Plano de Seguridade Social para o servidor e sua família.”*

Nesse sentido, para os servidores ocupantes de cargo efetivo, submetidos aos dispositivos legais da Lei nº 8.112/1990, não há dispositivo legal que permita adesão a plano de benefícios administrado EFPC, salvo na hipótese de implementação do Regime de Previdência Complementar dos Servidores Públicos, com previsão constitucional, mas carente de regulação por lei específica, a qual se encontra em tramitação no Congresso Nacional, por meio do Projeto de Lei nº 1.992/2007.

Já os servidores públicos empregados são vinculados ao Regime Geral de Previdência Social, nos termos do art. 201 da Constituição Federal, podendo, também, aderir ao Regime de Previdência Privada, nos moldes estabelecidos no art. 202 da Constituição Federal:

Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.

§ 1º A lei complementar de que trata este artigo assegurará ao participante de planos de benefícios de entidades de previdência privada o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos.

§ 2º As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o

contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei.

§ 3º É vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado.

§ 4º Lei complementar disciplinará a relação entre a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada, e suas respectivas entidades fechadas de previdência privada.

§ 5º A lei complementar de que trata o parágrafo anterior aplicar-se-á, no que couber, às empresas privadas permissionárias ou concessionárias de prestação de serviços públicos, quando patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada.

§ 6º A lei complementar a que se refere o § 4º deste artigo estabelecerá os requisitos para a designação dos membros das diretorias das entidades fechadas de previdência privada e disciplinará a inserção dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação.

Da leitura do comando constitucional, inferem-se as características elementares da previdência privada, que devem ser:

- (a) de caráter complementar;
- (b) autônoma em relação aos regimes de previdência oficial;
- (c) facultativa;
- (d) contratual;
- (e) operada em regime de necessária capitalização;
- (f) marcada pela necessidade especial de transparência e

(g) independente da relação de trabalho do participante.

O caráter complementar do regime de previdência privada consiste no fato de que a cobertura das necessidades sociais tidas como básicas fica a cargo, em nosso sistema, dos regimes de previdência social, RGPS ou RPPS, restando à previdência complementar o papel de cobertura adicional.

A autonomia decorre, inclusive, do aspecto complementar da previdência, na medida em que difere do RGPS e do RPPS, que são mutuamente excludentes, e, ao mesmo tempo, soma-se aos regimes oficiais como *plus* e deles independe, não se atrelando a concessão de benefícios entre os regimes (art. 68, § 2º, da LC 109/2001).

A facultatividade do regime significa a possibilidade de adesão ou não à previdência complementar pelos indivíduos, não havendo obrigatoriedade ou qualquer imposição, tampouco à vinculação ou manutenção da relação de trabalho (princípio da independência entre as relações trabalhistas e de previdência complementar).

Associado ao aspecto facultativo do regime se encontra o caráter contratual da previdência complementar, em que as partes livremente pactuam a extensão e os efeitos do benefício previdenciário almejado, prevalecendo o princípio do *pacta sunt servanda*, observados necessariamente os preceitos estatuídos pelo órgão regulador (dirigismo contratual).

Os planos de previdência complementar devem pautar-se, ainda, pela necessária capitalização das reservas para garantia da concessão do benefício contratado e pela transparência do sistema, em que se faculta “o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos” (art. 202, § 1º da CF/88).

A excelência do regime complementar é garantida pela conjugação das características apontadas com a previsão legal e estatutária do plano de custeio, em que se fixa a responsabilidade do patrocinador e dos participantes e assistidos (art. 6º da LC nº 108/2001).

Além da paridade no custeio dos planos de benefícios entre patrocinadores e participantes, inclusive assistidos, há responsabilização conjunta, também, nas despesas administrativas da EFPC, nos termos do art. 7º da LC nº 108/2001.

3 DA IMPOSSIBILIDADE DE VINCULAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS SUJEITOS AO RJU A EFPCS, EXCETO NOS TERMOS DO ART. 40 DA CF/88

Conforme já explanado, os servidores públicos ocupantes de cargos efetivos submetidos ao RJU e aos dispositivos da Lei nº 8.112/90 são obrigatoriamente vinculados ao RPPS, nos termos do art. 40 da Carta Magna.

O texto constitucional, entretanto, permite a instituição de previdência privada para servidores públicos, desde que seja editada lei de iniciativa do Poder Executivo, que a gestão fique a cargo de Entidade de Previdência Complementar Fechada- EFPC, que se possibilite o estabelecimento de limites máximos do RGPS ao RPPS e, no que couber, atendam-se às disposições do art. 202 da CF/88.

A lei responsável pela instituição da previdência privada para os servidores públicos encontra-se em fase de projeto (PL nº 1992/2007), o que inviabiliza, por ora, a adesão de servidores públicos efetivos, submetidos ao RJU, à previdência privada gerida por entidade fechada. Este é o entendimento da Nota Técnica nº 099/2006/DELEG/SPC⁵, sendo recomendável a transcrição dos trechos a seguir:

32. Portanto, a partir da Lei nº 8.112/90, qualquer servidor público estatal que possuísse vínculo estatutário ou em regime de emprego público passou a efetivamente estar submetido a um regime jurídico único e, com isso, desde 12.12.1990, não mais se admitiu políticas remuneratórias diferenciadas.

33. Assim, com a instituição do Regime Jurídico Único, todos os servidores a ele submetidos passaram a ter regras isonômicas quanto aos seus direitos e deveres, sendo unificadas as regras de aposentadoria, percepção de benefícios previdenciários, licenças, etc, conforme disposto no título III da citada Lei 8.112/90.

34. Especificamente em relação ao regime de previdência social dos servidores públicos, o entendimento contrário traria também um risco sistêmico, pois aqueles que não tinham aposentadoria integral poderiam passar a pleitear o mesmo benefício daqueles que

5 Manifestação do extinto Departamento de Legislação vinculado à Secretaria de Previdência Complementar, a qual foi sucedida pela PREVIC.

receberam complementação de suas aposentadorias, pelo princípio da isonomia previsto no art. 39, 1º, da CF.

35. A obrigatoriedade de instituição de regime jurídico único desapareceu em 04/06/1998, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 19. No entanto, a Lei 8.112/90 continuou vigendo e dispo em seu art. 1º que “esta Lei instituiu o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas federais”.

36. Portanto, todos os servidores públicos que, em 12 de dezembro de 1990, possuíam regime de previdência complementar passaram a estar em situação irregular, já que estavam em situação jurídica mais vantajosa que os demais servidores.

DOS EFEITOS DO RJU EM RELAÇÃO AOS SERVIDORES QUE ESTAVAM VINCULADOS A UMA EFPC

37. Com base no que foi acima exposto, todos os servidores que estavam vinculados a uma Entidade Fechada de Previdência Complementar e que foram abrangidos pelo Regime Jurídico Único não mais poderiam estar abrangidos por um regime de previdência complementar instituído e patrocinado pelo Poder Público.

38. Em 12 de dezembro de 1990, com a entrada em vigor do Regime Jurídico Único, os servidores que vieram a se aposentar após essa data passaram a receber benefícios previdenciários de forma igualitária, nos termos do que passou a dispor a Lei nº 8.112/90, não havendo que se falar, conforme dito alhures, em ato jurídico perfeito, direito adquirido ou coisa julgada.

39. Neste ponto, é importante que se separem os servidores que foram abrangidos pelo Regime Jurídico Único daqueles que se aposentaram antes da instituição deste, em 12.12.1990. Estes últimos, no momento da aposentação, perderam o vínculo com a Administração Pública e, portanto, não foram abrangidos pelo Regime Jurídico Único.

40. O mesmo tratamento deve ser conferido a seus beneficiários que recebem benefícios em razão da morte do servidor antes de 12.12.1990, pois neste caso, também houve a extinção do vínculo jurídico com a Administração Pública.

41. Dessa forma, os primeiros, que após o advento do RJU continuaram vinculados a um regime de previdência complementar, estão em situação jurídica irregular em relação às disposições do estatuto dos servidores federais e à Constituição Federal. Assim, é de rigor o desfazimento do vínculo jurídico desses servidores com a entidade fechada de previdência complementar e a cessação dos pagamentos de quaisquer benefícios previdenciários complementares que porventura estejam recebendo.

[...]

50. É certo, por fim, que a instituição do regime de previdência complementar para o servidor público estatutário, nos moldes do art. 40, §15, da constituição da República, depende de lei em caráter geral para todo o funcionalismo de cada entidade federativa, de iniciativa do Poder Executivo, fato este que ainda não ocorreu, razão pela qual se torna impossível o aproveitamento dos planos de previdência complementar em prol dos servidores públicos abrangidos pelo Regime Jurídico Único.

O exemplo do Banco Central – após a declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do art. 251 da Lei nº 8.112/90, que condicionava a vinculação ao RJU dos servidores daquela autarquia à edição de lei – bem ilustra a situação tratada. Eis o que dispõe o acórdão proferido na ADIN nº 449-2-DF⁶:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. BANCO CENTRAL DO BRASIL: AUTARQUIA: REGIME JURÍDICO DO SEU PESSOAL. LEI 8.112. DE 1990, ART. 251:

INCONSTITUCIONALIDADE.

I - O Banco Central do Brasil é uma autarquia de direito público, que exerce serviço público, desempenhando parcela do poder de polícia da União, no setor financeiro. Aplicabilidade, ao seu pessoal, por força do disposto no art. 39 da Constituição, do Regime Jurídico da Lei 8.112, de 1990.

II - As normas da Lei 4.595, de 1964, que dizem respeito ao pessoal do Banco Central do Brasil, foram recebidos pela CF/88, como

6 Julgado em 29.08.1996.

normas ordinárias e não como lei complementar. Inteligência do disposto no art. 192, IV da Constituição.

III - O artigo 251 da Lei 8.112, de 1990, é incompatível com o art. 39 da Constituição Federal, pelo que é inconstitucional.

IV - ADIN julgada procedente.

A par da impossibilidade jurídica de adesão dos servidores públicos federais vinculados ao RJU a regime de previdência complementar administrado por EFPC, a Lei nº 9.650/1998, que instituiu o plano de carreiras dos servidores do Banco Central, dispôs:

Art. 14. São mantidas as cotas patronais relativas a complementações previdenciárias devidas aos *empregados do Banco Central do Brasil que se aposentaram sob o Regime Geral de Previdência Social até 31 de dezembro de 1990*, bem como todas as responsabilidades do Banco Central do Brasil em relação a esses empregados, inerentes à condição de patrocinador da Fundação Banco Central de Previdência Privada - CENTRUS.

[...]

§ 2º Observado o disposto no caput, o Banco Central do Brasil poderá exercer patrocínio não-contributivo à CENTRUS, relativamente aos servidores regidos pela *Lei nº 8.112, de 1990*.

§ 3º A fração patrimonial da Fundação Banco Central de Previdência Privada - CENTRUS, correspondente às “*reservas de benefícios a conceder*” relativas aos participantes incluídos no Regime Jurídico Único, no volume global das reservas, será dividida na razão do custeio de sua formação até 6 de setembro de 1996, por parte do patrocinador e de cada participante, observado o seguinte:

I - da parcela da fração patrimonial decorrente das contribuições do patrocinador serão deduzidos e devolvidos ao Banco Central do Brasil, por ocasião do acerto de contas previsto no art. 21 desta Lei, os valores relativos às contribuições realizadas desde 1º de janeiro de 1991, incluída a rentabilidade patrimonial correspondente;

II - da parcela da fração patrimonial decorrente das contribuições dos participantes, nominalmente identificadas, serão deduzidos e

devolvidos aos respectivos titulares, por ocasião do acerto de contas previsto no art. 21 desta Lei, os valores relativos às contribuições individuais realizadas desde 1º de janeiro de 1991, incluída a rentabilidade patrimonial correspondente;

III - a parcela remanescente da fração patrimonial decorrente das contribuições do patrocinador será administrada pela Fundação Banco Central de Previdência Privada - CENTRUS, para custeio de aposentadorias e pensões concedidas com base na Lei nº 8.112, de 1990, na forma em que vier a dispor o regulamento;

IV - a parcela remanescente da fração patrimonial decorrente das contribuições dos participantes será liberada aos respectivos titulares a partir da edição do regulamento a que se refere o art. 21 desta Lei, em até doze parcelas mensais consecutivas, de acordo com as disponibilidades financeiras da instituição, ou, a critério dos servidores, mantida, total ou parcialmente, sob a administração da CENTRUS, com a finalidade de obtenção de benefícios no sistema de contribuição definida, a serem estabelecidos por essa entidade de previdência privada, com base exclusivamente em contribuições dos participantes.

§ 4º Aplica-se o disposto neste artigo aos servidores do Banco Central do Brasil exonerados, demitidos, e, no que couber, aos sucessores dos servidores falecidos após 31 de dezembro de 1990.

[...]

Art. 21. O Banco Central do Brasil, até 31 de julho de 1997, apurará o valor dos recolhimentos e pagamentos efetuados por uma ou ambas as partes a título de contribuição para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, Instituto Nacional de Seguro Social - INSS e para entidades de previdência complementar, e os não recolhidos ao Plano de Seguridade Social do Servidor, para efeito de acerto de contas entre as Instituições e entre estas e o servidor, na forma que dispuser o regulamento.

§ 1º Enquanto não for efetuado o acerto de contas a que se refere este artigo, são mantidas as cotas patronais relativas a complementações previdenciárias devidas aos que se aposentaram a partir de 1º de janeiro de 1991.

[..]

Art. 22. O Banco Central do Brasil promoverá o acerto de contas com as entidades privadas de previdência complementar por ele patrocinadas relativo a benefícios complementares devidos a aposentados e pensionistas no Regime Geral de Previdência Social, na forma da legislação pertinente e de seus atos normativos internos.

Parágrafo único. Os encargos de que trata este artigo serão assegurados pelo Banco Central do Brasil e pelas entidades de previdência complementar, na forma da legislação pertinente, devendo ser transferidos integralmente à entidade de previdência privada, patrocinada pela Autarquia e seus servidores, mediante constituição das reservas necessárias, apuradas atuarialmente.

Infere-se da Lei nº 9.650/1998 a opção do legislador em reconhecer a adoção pelo Banco Central do RJU e, por conseqüência, a impossibilidade de seus servidores efetivos vincularem-se à Centrus-EFPC, devendo esta devolver os valores pagos a partir da instituição do RJU.

Neste sentido, acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR - CENTRUS - ENQUADRAMENTO DOS SERVIDORES DO BACEN NO REGIME JURÍDICO ÚNICO - ART. 14, § 3º, II, DA LEI N. 9.650/98 - DEVOLUÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES INDIVIDUAIS - "CRITÉRIO FINANCEIRO" APLICÁVEL À ESPÉCIE - PRECEDENTES - RENTABILIDADE PATRIMONIAL DEVIDA APENAS ÀS CONTRIBUIÇÕES INDIVIDUAIS REALIZADAS A PARTIR DE 1º DE JANEIRO DE 1991 - RECURSO PROVIDO EM PARTE. 1. O cálculo da fração patrimonial correspondente às contribuições dos ex-participantes da CENTRUS, incluídos no Regime Jurídico Único, deve adotar o "critério financeiro". A Lei n. 9.650/80 não cogitou em "critério atuarial", cuja utilização somente fez sentido quando se calculou o valor individual da contribuição a ser devolvida (REsp 964.351/DF, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, DJ 10/12/2007). 2. A rentabilidade patrimonial é devida apenas às contribuições individuais realizadas a partir de 1º janeiro de 1991, nos termos do art. 14, § 3º, II, da Lei n. 9.650/98. 3. Recurso especial parcialmente provido. (STJ. AGRESP

200600418127. AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 826220 Terceira Turma. Rel. MASSAMI UYEDA. DJE DATA 07/12/2010).

Em sentido idêntico vê-se o Acórdão nº 650/2007 do Tribunal de Contas da União acerca da vinculação de servidores de Autarquia Federal submetidos ao Regime Jurídico Único:

Sumário

REPRESENTAÇÃO. REPASSES FINANCEIROS À ENTIDADE FECHADA DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. CONSIDERAÇÕES SOBRE A PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. SERVIDORES SUBMETIDOS AO RJU. ILEGALIDADE. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA. DETERMINAÇÕES.

É ilegal a destinação de recursos públicos federais para o custeio de previdência complementar de servidores públicos submetidos ao Regime Jurídico Único - RJU (Lei n.º 8.112/1990), salvo na hipótese do § 16 do art. 40 da Constituição Federal, com a restrição imposta na parte in fine do § 14 do mesmo artigo da Carta Magna.

Acórdão

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de tratam de Representação formulada pelo então Diretor do Departamento de Administração da Fundação Nacional de Saúde - FUNASA, Sr. Wilmar Alves Martins, em face da Caixa de Pecúlios, Assistência e Previdência da Fundação de Serviços de Saúde Pública - CAPESESP, pelo aporte de recursos públicos, e da Secretaria de Previdência Complementar - SPC/MPS, pela omissão na fiscalização, tendo em vista a existência de indícios de que a Funasa, sucessora da Fundação de Serviços de Saúde Pública - FSESP, extinta em 1991, estaria patrocinando atividades de previdência complementar da CAPESESP, sem amparo legal, desde 1990.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da presente Representação, nos termos do art. 237, inciso III, do Regimento Interno do TCU, para, no mérito, considerá-la procedente;

9.2. firmar o entendimento de que é ilegal a destinação de recursos públicos federais a Entidades Fechadas de Previdência Privada a título de patrocínio de previdência complementar de servidores submetidos ao Regime Jurídico Único - RJU (Lei n.º 8.112/1990), salvo na hipótese do § 16 do art. 40 da Constituição Federal, com a restrição imposta na parte in fine do § 14 do mesmo artigo da Carta Magna;

9.3. determinar à Fundação Nacional de Saúde - FUNASA que abstenha de efetuar qualquer repasse de recursos à CAPESESP, a título de contribuição como patrocinadora do plano previdência complementar dos servidores daquela Fundação submetidos ao RJU, por falta de amparo legal;

9.4. determinar ao Ministério da Previdência Social e ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que, por intermédio da Secretaria de Previdência Complementar e da Secretaria de Recursos Humanos, respectivamente, adotem, em conjunto, no prazo de 90 (noventa) dias, as providências de sua alçada com vistas à definição dos procedimentos a serem implementados pela FUNASA objetivando a regularização das contribuições indevidamente efetuadas pela mencionada entidade em favor da CAPESESP, sem prejuízo de informarem as providências adotadas a este Tribunal;

9.5. determinar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, por intermédio da Secretaria de Recursos Humanos, que, no prazo de até 120 (cento e vinte) dias, estenda às situações análogas, porventura existentes no âmbito da Administração Pública Federal, o entendimento firmado no subitem 9.2 deste Acórdão, sem prejuízo de informar as providências adotadas a este Tribunal;

9.6. determinar à 4ª Secex que monitore o cumprimento da presente deliberação, inclusive os resultados dela advindos, nos termos do artigo 243 do Regimento Interno/TCU.

9.7. dar ciência desta deliberação, bem como do Relatório e do Voto que a fundamentam, ao Representante, Sr. Wilmar Alves Martins. (grifos nossos)

Extrai-se do acórdão do órgão de controle externo que a única exceção para que servidores públicos efetivos vinculados ao RJU possam aderir a plano de benefícios administrado por EFPC está na hipótese do § 16 do art. 40 da Constituição Federal, com a restrição imposta na

parte final do § 14 do mesmo artigo. Ou seja, com a instituição da previdência complementar pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios para os seus respectivos servidores titulares de cargos efetivos.

Dos normativos apresentados, bem como posicionamentos judiciais, não resta dúvida quanto à impossibilidade jurídica de que servidores públicos efetivos vinculados ao RJU adiram à EFPC, exceto pela instituição da previdência complementar nos moldes do art. 40 da Constituição Federal.

Não custa lembrar que a previdência privada caracteriza-se como instrumento de complementação de renda, pois os trabalhadores da iniciativa privada, em decorrência do estabelecimento do teto previdenciário do regime geral, não irão perceber na inatividade os valores os quais percebiam na ativa, havendo então a necessidade de complementação de renda para que possam manter o mesmo padrão econômico da atividade. Como é cediço, os servidores públicos filiados ao RPPS percebem seus proventos na integralidade, não havendo, assim, diferenças a serem complementadas. Logo, a possibilidade de servidor público ligado ao RPPS aderir a plano de benefícios de previdência complementar subverte o próprio conceito de complementariedade de tal previdência privada.

4 DA REGRA DE TRANSIÇÃO PARA OS SERVIDORES QUE JÁ DETINHAM A QUALIDADE DE PARTICIPANTES DE EFPC À ÉPOCA DA INSTITUIÇÃO DO RJU

Importante registrar a situação dos servidores que já se encontravam na situação de participante de EFPC com patrocínio público, quando da instituição do RJU. Permitiu-se, nestes casos, três medidas: a) a possibilidade de manutenção da qualidade de participante na EFPC, mas com contribuições vertidas exclusivamente pelo servidor, sem qualquer aporte do ente público; b) migrar para o regime de previdência privada administrado por entidade aberta; c) migrar para o regime de previdência privada oferecido por instituidor, ao invés do patrocínio público.

Neste ponto, cabe ressaltar mais uma vez a manifestação do extinto Departamento de Legislação- DELEG vinculado a Secretária de Previdência Complementar - SPC, por meio das conclusões da Nota Técnica nº 99/2006/SPC/DELEG:

94 – De tudo o que foi exposto nosso entendimento pode ser sintetizado nas seguintes assertivas:

a) nenhum servidor público abrangido pela instituição do Regime Jurídico único em 12.12.1990 poderia, a partir dessa data, permanecer vinculado a um plano de previdência complementar patrocinado pelo Estado, salvo se mantida a sua condição de participante com base em contribuições vertidas exclusivamente por ele mesmo, sem a concorrência do Poder Público. Por exemplo: um servidor da ativa, abrangido pelo regime único em dezembro de 1990, pretendendo manter sua condição de participante de plano de benefícios patrocinado por ente estatal, poderia nele permanecer (no plano), desde que com base em sua reserva de poupança, constituída por valores por ele próprio vertidos.

Além da hipótese acima, o mesmo servidor também pode estar vinculado e manter-se vinculado a um regime previdenciário complementar oferecido por entidade aberta ou por instituidor, não tendo sido atingido pela adoção do regime jurídico único, já que nestes casos não há aporte de recursos públicos ao plano de benefícios.

Fora dessas exceções, vale dizer que nem mesmo a criação do Regime de Previdência do Servidor Público Estatutário pela Emenda Constitucional nº 41, de 19.12.2003, é capaz de convalidar a ilegalidade da vinculação da categoria de servidores de que ora se trata a um regime de previdência complementar.

Refletem este entendimento as disposições gerais da Lei nº 9.650, de 27 de maio de 1998, que instituiu o plano de carreiras dos servidores do Banco Central:

Art. 14 [...]

§ 3º A fração patrimonial da Fundação Banco Central de Previdência Privada - CENTRUS, correspondente às “reservas de benefícios a conceder” relativas aos participantes incluídos no Regime Jurídico Único, no volume global das reservas, será dividida na razão do custeio de sua formação até 6 de setembro de 1996, por parte do patrocinador e de cada participante, observado o seguinte:

[...]

IV - a parcela remanescente da fração patrimonial decorrente das contribuições dos participantes será liberada aos respectivos titulares a partir da edição do regulamento a que se refere o art. 21 desta Lei, em até doze parcelas mensais consecutivas, de acordo com as disponibilidades financeiras da instituição, *ou, a critério dos servidores, mantida, total ou parcialmente, sob a administração da CENTRUS, com a finalidade de obtenção de benefícios no sistema de contribuição definida, a serem estabelecidos por essa entidade de previdência privada, com base exclusivamente em contribuições dos participantes.*[...]. (grifos nossos)

Do texto legal, extrai-se a faculdade de os servidores do Banco Central que passaram a ser regidos pelo RJU e que participavam da Centrus resgatar sua fração patrimonial decorrente de suas contribuições, ou mantê-las, total ou parcialmente, sob a administração da Centrus, com a finalidade de obtenção de benefícios no sistema de contribuição definida, a ser estabelecido pela EFPC, com contribuições exclusivas dos participantes.

Apesar de o comando normativo contemplar a faculdade de os servidores do Banco Central regidos pelo RJU manterem suas contribuições sob a gestão da Centrus, tal norma não é auto-aplicável, ou seja, não se executa em si mesma⁷, na medida em que dependerá da instituição do plano de contribuição definida pela EFPC, conforme a expressão contida no texto legal “*a serem estabelecidos*”.

Em contrapartida, com o advento da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e a nova redação do art. 202, acima transcrito, tem-se a regulação do sistema de previdência complementar em âmbito constitucional e infraconstitucional (LC nº 108/2001 e LC nº 109/2001), com a necessidade de adequação das relações existentes no âmbito das entidades fechadas aos ditames constitucionais, inclusive no tocante às normas de eficácia contida.

Ademais, considerando o caráter facultativo⁸, vetor do regime de previdência privada no sentido de liberdade nesta relação, a Centrus-

7 Nas palavras de José Carvalho dos Santos “os efeitos da lei ficam pendentes, e somente quando implementada a condição com o advento do referido ato é que a lei se torna, então, passível de aplicabilidade”. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 49.)

8 Nas palavras de Daniel Pulino: “O princípio da facultatividade (ou voluntariedade, espontaneidade) é expressão, no regime de previdência privada, da livre iniciativa que fundamenta o campo das atividades

EFPC não se encontra obrigada a instituir plano de benefício. Entretanto, deverá optar ou por constituir o plano de contribuição definida ou por reverter à fração patrimonial dos servidores do Banco Central, a fim de se adequar à vigente legislação de Previdência Complementar.

5 DA EXEGESE DO § 1º DO ART. 16 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 109/2001

Por outro lado, o texto legal do §1º do art. 16 da Lei Complementar nº 109/2001 não teria competência para excetuar regra constitucional, tampouco o seu conteúdo normativo caminha neste sentido. Eis o que diz o §1º do art. 16 da Lei Complementar nº 109/2001:

Art. 16. Os planos de benefícios devem ser, obrigatoriamente, oferecidos a todos os empregados dos patrocinadores ou associados dos instituidores.

§ 1º Para os efeitos desta Lei Complementar, são *equiparáveis* aos empregados e associados a que se refere o caput os gerentes, diretores, conselheiros ocupantes de cargo eletivo e outros dirigentes de patrocinadores e instituidores.

Da leitura do dispositivo legal suscitado extrai-se a possibilidade de equiparação, na medida em que o legislador utiliza a expressão “equiparáveis”, dos dirigentes de Entidade Fechada de Previdência Complementar - EFPC aos seus empregados e associados.

O conteúdo normativo examinado confere aos dirigentes a possibilidade de equiparação⁹ aos empregados e associados de EFPC, o que deve ser possível, desde que inexista vedação de outro comando legal, pois o sistema normativo deve ser interpretado de forma a impossibilitar regras em sentidos diametralmente opostos.

Na hipótese de servidor público efetivo ocupante de cargo de direção em EFPC não cabe a aplicação do §1º do art. 16 da Lei Complementar nº 109/2001, uma vez que não há perda da qualidade de servidor público por este se encontrar cedido à EFPC, continuando, pois, submetido às

econômicas, particularmente num de seus desdobramentos, que é a liberdade das pessoas para contratar ou não, ou seja, para vincularem-se, livremente e por contrato, com outrem. (PULINO, Daniel. *Previdência Complementar*. Natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas Entidades Fechadas. São Paulo: Modelo, 2011).

9 O dispositivo legal do §1º do art. 16 da Lei Complementar nº 109/2001 utiliza a expressão “equiparáveis” cujo significado no Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa “é o que se pode equiparar; que tem condições de ser equiparado”.

regras da Lei nº 8.112/90, inclusive percebendo remuneração pelo ente público e submetendo-se ao regime próprio dos servidores públicos.

Entender de forma distinta, possibilitando que servidor público efetivo ocupante de cargo de direção vincule-se à EFPC, para fins de aferição de benefícios complementares, significa seguir na contramão da intenção legislativa, estabelecendo-se um tratamento distintivo injustificado, favorecendo o servidor público efetivo que fará jus a aposentadoria pelo regime próprio, além de pretender um complemento instituído pelo regime de previdência complementar àqueles que se submetem ao regime geral de previdência.

Repise-se, o complemento se justifica no sentido de elevar os benefícios auferidos pelo regime geral, o qual se limita a um teto remuneratório que muitas vezes não corresponde à remuneração real do empregado em atividade. Logo, o benefício complementar permitirá ao empregado que continue percebendo a mesma remuneração auferida quando se encontrava trabalhando, sendo que tal sistemática não se aplica aos servidores públicos atuais. É o que denota o exame da exegese da previdência complementar do servidor a ser instituída (PL nº 1992/2007) que permite que seja adotado o teto remuneratório do RGPS para os servidores titulares de cargo efetivo desde que instituído o regime complementar.

Neste diapasão, há que se atentar que a interpretação conferida ao §1º do art. 16 da Lei Complementar nº 109/2001 não deve estabelecer tratamentos privilegiados, na medida em que afrontaria a previsão do art. 40 da Constituição e as disposições das Leis nºs 8.112/1990 e 9.650/1998.

A interpretação jurídica do §1º do art. 16 da Lei Complementar nº 109/2001 só é possível no sentido de conferir tratamento isonômico, direcionado àqueles dirigentes que se submetam ao regime geral e careçam de benefício complementar, razão da vinculação à EFPC. Acerca da necessidade de uma interpretação jurídica na qual a norma estabeleça tratamento idêntico aos indivíduos da coletividade em situação similar tem-se o pensamento de Gadamer¹⁰:

A idéia do direito contém a idéia da igualdade jurídica. Se o soberano não está submetido à lei, mas pode decidir livremente acerca da sua aplicação, fica então, obviamente, destruído o fundamento de toda hermenêutica. Aqui também se mostra que a interpretação correta das

10 GADAMER. Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 400.

leis não é uma simples teoria da arte, uma espécie de técnica lógica da subsunção sob parágrafos, mas uma concreção prática da idéia do direito.

A importância de compreender o comando do §1º do art. 16 da Lei Complementar nº 109/2001 com as demais normas do ordenamento, em especial com o texto constitucional do art. 40, faz-se imprescindível diante da noção de que as normas jurídicas têm caráter unitário, constituindo-se uma unidade de compreensão¹¹, e que necessariamente deve enquadrar-se em uma estrutura sistematizada.

Ademais, deve-se entender o §1º do art. 16 da Lei Complementar nº 109/2001 em consonância com a sua *mens legis*. E, neste sentido, utilizando-se uma interpretação teleológica¹², observa-se que o legislador pretendeu conferir aos dirigentes de EFPCs a equiparação aos empregados dos patrocinadores, a fim de que possam auferir benefícios complementares aos percebidos pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS.

Logo, ao nosso sentir, o núcleo fundamental do dispositivo legal multicitado é conferir status de empregados àqueles que necessitem de complementação dos benefícios auferidos pelo RGPS, o que não é o caso dos servidores públicos vinculados ao RJU, que, atualmente, contribuem para receberem benefícios nos valores correspondentes à remuneração percebida em atividade.

Razoável a transcrição das palavras de Daniel Pulino¹³ acerca da finalidade complementar no Regime de Previdência Privada:

Primeiramente, como a complementariedade significa, logicamente, complementação de algo, de um nível de cobertura anterior, esse nível não pode ser outro senão, sistematicamente, aquele que o trabalhador está sujeito pelo regime básico e público a que esteja obrigatoriamente vinculado [...].

[...]

11 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso De Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 85.

12 A interpretação teleológica visa "revelar o fim da norma, o valor ou bem jurídico visado pelo ordenamento com a edição [deste] preceito". BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 138.

13 PULINO, Daniel. *Previdência Complementar: natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas Entidades Fechadas*. São Paulo: Conceito, 2011. p. 251, 254.

É claro que globalmente, considerando o sistema previdenciário abstratamente, o caráter complementar do regime de previdência privada situar-se-ia logo acima do valor-limite de proteção do regime básico a que esteja filiado o trabalhador, ou seja, o chamado teto dos benefícios do INSS [...].

A ideia de complementariedade adotada para as previdências privadas perfaz a necessidade de acréscimo dos benefícios percebidos em determinado regime previdenciário, que se limita a tetos remuneratórios. Conforme citado acima, será possível tal adesão pelos servidores públicos efetivos vinculados ao RJU, ao ser instituído o teto para aferição de seus benefícios, nos termos do art. 40 da Constituição Federal.

6 CONCLUSÃO

O real alcance da aplicação do §1º do art. 16 da Lei Complementar nº 109/2001 deve perpassar por um exame sistemático com as demais normas que regem o sistema de previdência complementar. Não se apresenta possível sua incidência para o servidor público efetivo vinculado ao Regime Jurídico Único, considerando que estes, ao serem cedidos para as funções de dirigentes de EFPC, não rompem o vínculo público (que lhes possibilita perceber proventos de aposentadoria em sua integralidade) afastando-se, assim, a necessidade de complementariedade por meio da adesão à previdência privada.

A pretensão legislativa, veiculada por meio do §1º do art. 16 da Lei Complementar nº 109/2001, fora de permitir acesso aos planos de benefícios pelos ocupantes das funções de direção de EFPC que não possuíssem vínculo empregatício com o patrocinador, de forma a facultar a estas pessoas a possibilidade de aferir benefícios de natureza complementar, além de conferir tratamento isonômico a estes indivíduos, que seriam equiparáveis aos empregados do patrocinador.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GADAMER. Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo GONET. *Curso De Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PAIXÃO. Leonardo. *A previdência complementar fechada: uma visão geral*. Disponível em: <http://www.mpas.gov.br/arquivos/office/3_081014-111321-983.pdf>.

PULINO. Daniel. *Previdência Complementar: Natureza-jurídico constitucional e seu desenvolvimentos pelas Entidades Fechadas*. São Paulo: Conceito, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.



**AINDA E SEMPRE A MULTA DO ART.
475-J DO CPC**

***ALWAYS STILL THE PENALTY OF
THE ART. 475-J OF CPC***

Haroldo Lourenço

Advogado e consultor jurídico.

Mestrando na Universidade de Jaén (Espanha).

Pós-graduado em Direito Processual Civil (UFF).

Pós-graduado em Processo Constitucional (UERJ).

Professor de Direito Processual civil e palestrante

SUMÁRIO: Considerações Iniciais. 1 Natureza jurídica da multa do art. 475-J; 2 Termo a quo. Doutrina e jurisprudência; 3 Incidência nas hipóteses de revelia e nos casos de curador especial; 3.1 Distinção entre revelia e contumácia; 3.2 Revelia e seus efeitos. Incidência da multa do art. 475-J; 3.3 Réu revel com curador especial; 3.4

Patrocínio pela Defensoria Pública; 4 Multa do 475-J na execução provisória; 5 Pagamento parcial ou oferecimento de bens; 6 Hipossuficiência econômica; 7 Incidência da multa para trânsito em julgado ocorrido antes da Lei 11.232/05; 8 Incidência da multa do art. 475-J sobre os honorários sucumbenciais e outros valores; 9 Incidência Sobre Sentença Homologatória De Acordo Judicial Ou Extrajudicial; 10 Processo do trabalho; 11 Novo CPC; 12 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho busca fazer uma análise objetiva e direta sobre as principais controvérsias decorrentes da multa do art. 475-J do CPC, pois, mesmo inserida em nosso ordenamento desde 2005, ainda há muitas dúvidas e controvérsias. Foram abordados os principais entendimentos doutrinários, jurisprudenciais e, ainda, o entendimento que se pretende estabelecer com o Novo CPC.

PALAVRAS-CHAVE: Cumprimento de sentença. Multa do art. 475-J. Novo CPC.

ABSTRACT: This work will make an objective and direct analyse of the main controversies of the penalty of art. 475-J of CPC, because still having doubt and controversy about it, despite the law have been made at 2005. We will see the doctrinal understanding, jurisprudential and what the New CPC will understand about it.

KEYWORDS: Completion of sentence. Penalty of the art. 475-J. New CPC.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Desde a reforma do CPC (2005-2006), dois pontos são os que mais geraram e ainda geram controvérsias: o termo *a quo* da multa do art. 475-J e a execução de sentenças meramente declaratórias, principalmente diante da nova redação do art. 475-N, I do CPC¹.

A mencionada multa incide no cumprimento de sentença que tenha por objetivo efetivar uma decisão que fixe obrigação para pagamento de quantia certa, fixada diretamente pela fase de conhecimento ou pela fase de liquidação de sentença. Tal procedimento encontra previsão nos arts. 475-J, 475-L e 475-M do CPC, aplicando-se subsidiariamente, no que couber, as normas da execução extrajudicial (art. 475-R).

Inclusive, no principal artigo, o 475-J, o legislador economizou bastante na técnica, bem como na clareza. Vejamos a redação:

Art. 475-J. Caso o *devedor*, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005) (grifos nossos)

§ 1º Do auto de penhora e de avaliação será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado (arts. 236 e 237), ou, na falta deste, o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, *podendo* oferecer impugnação, *querendo*, no prazo de quinze dias. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005) (grifos nossos)

Observe-se a utilização do vocábulo *devedor*, quando é cediço que nem sempre o réu na execução é o devedor, podendo ser somente o responsável², bem como se exagera no gerúndio, afirmando que o *devedor*, *podendo* oferecer impugnação, *querendo*, no prazo de quinze dias. Seria mesmo necessário o *querendo*? Não teria o mesmo sentido do *podendo*?³.

1 Sobre a eficácia executiva das sentenças declaratórias vide o ensaio de DIDIER JR., Fredie. *A sentença meramente declaratória como título executivo – aspecto importante da última reforma processual civil brasileira*. Disponível em: <ttp://www.frediedidier.com.br>. Acesso em: 10 jun. 2010, onde esgota o assunto.

2 Fazendo perfeita diferença entre responsabilidade e dívida: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. V. II. 15. ed. inteiramente revista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 191-193.

3 Afirmando se tratar de redação com cacofonia dualidade de gerúndios quase consecutivos: “podendo” e “querendo” – o segundo, por sinal, absolutamente supérfluo: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo*

Enfim, nesse modesto ensaio enfrentaremos, didaticamente, os principais pontos de tensão na doutrina, na jurisprudência e na prática da advocacia sobre a multa do art. 475-J do CPC. Ao final se analisará a pretensão da comissão de juristas para um Novo CPC.

1 NATUREZA JURÍDICA DA MULTA DO ART. 475-J

A multa do art. 475-J, sem dúvida, é a mais polêmica, principalmente pelo seu reflexo na prática forense. Acreditamos, sem medo de precipitação, apesar de desprovido de embasamento científico que, pelo menos, cinquenta por cento dos processos existentes refletem uma obrigação para o pagamento de quantia certa, ponto de incidência de tal dispositivo.

Perceba-se que até a identificação da natureza jurídica de tal multa é extremamente controversa. Há, basicamente, três entendimentos: (i) majoritariamente seria um meio de execução indireta⁴; (ii) contudo, respeitável doutrina sustenta tratar-se de um meio sancionatório, posto que prefixado por lei e não havendo discricionariedade judicial para a sua elevação ou redução⁵; e, por fim, (iii) teria natureza jurídica de meio coercitivo e sancionatório, o que reputamos mais acertado. Há em tal multa um *contramotivo* para o inadimplemento (coerção) e punir o inadimplemento (sanção)⁶, portanto, uma natureza híbrida⁷.

2 TERMO A QUO. DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA

Como demonstrado, diante do pouco que se escreveu, uma informação essencial foi omitida: o termo *a quo* da contagem do prazo de 15 (quinze) dias.

civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.199-200.

- 4 WAMBIER, Luiz Rodrigues *et alii*. *Breves Comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: RT, 2007. p. 144-145. CARNEIRO, Athos Gusmão. Do “cumprimento de sentença”, conforme a Lei nº 11.232/05. *Parcial retorno ao medievalismo? Por que não? Aspectos polêmicos da nova execução, 3: de títulos judiciais – Lei 11.232/2005*. São Paulo: RT, 2006. p. 61. BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de direito processual civil, 3: tutela jurisdicional executiva*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 175.
- 5 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 804 e 962.
- 6 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. v. I. 11. ed. JusPodium, 2009. p. 517. SHIMURA, Sérgio. *A execução da sentença na reforma de 2005 (Lei 11.232/2005). Aspectos polêmicos da nova execução*. Teresa Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2006. p. 567.
- 7 STJ, Informativo 437, 3ª T., Resp 1.111.686/RN, rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 01.06.2010.

Doutrinariamente, há quatro entendimentos. Alguns afirmam que o (i) prazo se inicia no trânsito em julgado, ou seja, quando a condenação se torna definitiva⁸; (ii) para outros sua aplicação seria desde a eficácia da decisão, portanto, seria possível na execução provisória⁹; (iii) em outro giro, seria necessária a intimação pessoal do executado¹⁰, pois o pagamento é um ato de direito material e não processual; e, por fim, há os que, majoritariamente defendem uma (iv) intimação dirigida somente ao patrono, por meio do diário oficial¹¹, posicionamento que encampamos.

O STJ, inicialmente, por intermédio da 3ª Turma, entendeu ser desnecessária intimação, iniciando-se o prazo de 15 dias com o trânsito em julgado da sentença condenatória¹².

Não obstante tal orientação, a praxe forense, principalmente a vivenciada pelos advogados dos *réus contumazes*, revelou dificuldades quanto à desnecessidade da intimação, exatamente por caber ao exequente apresentar a memória de cálculo de que trata o art. 475-B, diante da inviabilidade, até mesmo impossibilidade, do cumprimento regular sem tal memória, eis que esta deve ser apresentada antes do início do prazo para pagamento espontâneo, pois o art. 475-B faz menção ao art. 475-J, alguns precedentes começaram a surgir no STJ.

A 4ª Turma, principalmente, passou a exigir a intimação do executado, após o retorno dos autos ao juízo de origem, por meio de

-
- 8 Enunciado 105 FONAJE. Importante ressaltar que esse já foi o entendimento do STJ, todavia, como se demonstrará, encontra-se superado pelo próprio STJ. Nelson Nery Júnior, Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p.735. ASSIS, Araken de. *Cumprimento de sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 212. SANTOS, Ernane Fidélis dos. *As reformas de 2005 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 54.
- 9 MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. v. 3 – *Execução*. p.236-238. Tal entendimento já foi, expressamente, repellido pelo STJ, 2ª T., Resp 1.209.422/SP, rel. Min. Castro Meira, julgado em 02.12.2010.
- 10 CÂMARA, Alexandre Freitas. *A nova execução*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006. p.113. Esse também é o entendimento de Leonardo José Carneiro Cunha, conforme mencionado por DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Execução*. V. V. 2. ed. JusPodium, 2010. p. 518, nota 55.
- 11 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Execução*. v. V. 2. ed. JusPodium, 2010. p. 518. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Processual civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.628. BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de direito processual civil, 3: tutela jurisdicional executiva*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 174. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. Ed. ver. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2010. p.199. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 962.
- 12 STJ, 3ª T., AgRg no REsp 1057285/RJ, Rel. Ministro Sidnei Beneti, julgado em 20/11/2008.

diário oficial, para que tenha início o prazo de 15 dias do art. 475-J do CPC¹³, sendo desnecessária a intimação pessoal do executado, entendimento que sempre nos pareceu mais acertado, posto que atende a uma exigência do princípio do contraditório, plenamente aplicável à execução e à fase de cumprimento da sentença. Finalmente, em 07.04.2010, a Corte Especial, por unanimidade, conheceu do Recurso Especial n° 940.274/MS e, por maioria, deu-lhe parcial provimento, consagrando o entendimento da 4ª Turma.

Frise-se que, não obstante a necessidade de intimação do advogado, não há necessidade de requerimento para a sua realização, devendo ser realizada *ex officio* pela serventia judicial. A lei exige requerimento do exequente para a execução forçada, por inadimplemento do executado; a intimação do executado para cumprir a obrigação caracteriza-se como um ato de procedimento, subsumindo-se do impulso oficial prevista no art. 262 do CPC.

É possível que, por má-fé, o devedor desconstitua o seu antigo advogado durante a fase de conhecimento, justamente para dificultar o cumprimento de sentença, em razão da necessidade de que sua intimação seja feita, então, pessoalmente. Nesse sentido, constatado tal ardid, deverá ser aplicada a sanção do art. 18 do CPC¹⁴. Concordamos, totalmente, com tal entendimento, contudo, ressalvamos o fundamento legal, pois deve ser aplicada a multa prevista no art. 600, II c/c 601 do CPC, justamente pelo empregando de ardis e meios artificiosos, caracterizando-se ato atentatório a dignidade da justiça.

De igual modo, se por qualquer motivo o executado não tiver advogado constituído nos autos, haverá intimação pessoal do executado para multa do art. 475-J; nesse sentido, não tendo sido encontrado, seria

13 [...] 2. A fase de cumprimento de sentença não se efetiva de forma automática, ou seja, logo após o trânsito em julgado da decisão. De acordo com o art. 475-J combinado com os arts. 475-B e 614, II, todos do CPC, cabe ao credor o exercício de atos para o regular cumprimento da decisão condenatória, especialmente requerer ao juízo que dê ciência ao devedor sobre o montante apurado, consoante memória de cálculo discriminada e atualizada. 3. Concedida a oportunidade para o adimplemento voluntário do crédito exequendo, o não-pagamento no prazo de quinze dias importará na incidência sobre o montante da condenação de multa no percentual de dez por cento (art. 475-J do CPC), compreendendo-se o termo inicial do referido prazo o primeiro dia útil posterior à data da publicação de intimação do devedor na pessoa de seu advogado.[...]” (STJ, 4ª T., EDcl no Ag n. 1.136.836/RS, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 04.08.2009, publicado no DJe de 17.08.2009).

14 Esse é o entendimento de: DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Execução. v. V. 2. ed. JusPodium, 2010. p. 519, mencionado ser, também, o entendimento de DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES.

possível a incidência do art. 653 do CPC, autorizando que o oficial de justiça proceda à pré-penhora dos bens do executado¹⁵, não obstante haver quem sustente uma incompatibilidade do art. 653 do CPC com o cumprimento de sentença¹⁶.

3 INCIDÊNCIA NAS HIPÓTESES DE REVELIA E NOS CASOS DE CURADOR ESPECIAL

3.1 DISTINÇÃO ENTRE REVELIA E CONTUMÁCIA

Inicialmente, cumpre distinguir revelia de contumácia. O não-comparecimento da parte em juízo caracteriza uma contumácia, uma desídia, podendo ser ela do autor ou do réu¹⁷. Em última análise, é a omissão das partes em colaborar com a boa prestação jurisdicional¹⁸.

A contumácia do autor é mais gravosa, visto ter partido dele o pedido à prestação jurisdicional do Estado, podendo ter efeitos processuais e, até mesmo, materiais, como no, por exemplo, (i) CPC, art.267, III e §§ 1º e 2º; (ii) CPC, art.13, I; (iii) CPC, art.265, § 2º; CPC, art. 453 § 2º e, no direito material, (i) a inércia do autor na observação do CPC, art. 219 §§ 2º e 3º, não gerando interrupção da prescrição (CPC, art. 219 § 4º). A contumácia do réu se dá com o seu não comparecimento em juízo. Não comparecendo, sua omissão ou sua contumácia é total, produzindo o efeito da revelia, porque não compareceu para apresentar defesa.

Cumpre, porém registrar que havendo revelia haverá contumácia, contudo, nem toda contumácia gera revelia. A revelia é um caso específico e peculiar de contumácia. Há revelia pela ausência de contestação, no prazo e formas legais, não pela ausência de resposta¹⁹. Ressalte-se que pode o réu apresentar resposta tempestiva e regular e, ainda assim, ficar revel, como, por exemplo, se apresentar somente reconvenção.

Destarte, a revelia, no procedimento ordinário, é caracterizada pela falta de contestação. Nada impede, porém, que em outro procedimento se apresente de modo diverso, como no procedimento dos juizados, onde

15 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Execução*. V. V. 2. ed. JusPodium, 2010. p. 519.

16 HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *A Execução Civil*. Niterói: Impetus, 2010. p. 61.

17 GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, v. 2: atos processuais a recursos e processos nos tribunais. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 153.

18 GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*, v. II. Rio de Janeiro: forense, 2010. p.82-83.

19 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v. I. 17. ed. inteiramente revista. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2008. p. 319.

não comparecendo o réu a uma das sessões de julgamento haverá revelia, mesmo que o advogado conteste (art. 20 da Lei n. 9.099/95), de igual modo, no procedimento sumário, o não comparecimento do réu ou de preposto com poderes para transigir, tampouco advogado a consequência é a revelia; contudo, comparecendo somente o réu ou preposto com poderes para transigir e não é obtida conciliação, haverá novamente revelia, pois sem o advogado não é admissível a apresentação da contestação²⁰, por fim, comparecendo só o advogado e sendo apresentada contestação não haverá revelia²¹.

3.2 REVELIA E SEUS EFEITOS. INCIDÊNCIA DA MULTA DO ART. 475-J

A revelia, como visto é um *fato*, ou seja, a não apresentação de contestação, podendo ou não tal fato vir a produzir *efeitos*. Os principais efeitos que podem surgir da ocorrência revelia são (i) presunção de veracidade dos fatos articulados na inicial (art. 319 do CPC); (ii) não intimação dos atos do processo (art. 322 do CPC); (iii) julgamento antecipado da lide (art. 330 do CPC), entre outros.

Nesse sentido, estando o réu revel e *sem* advogado constituído nos autos, não será intimado dos atos do processo (art. 236 do CPC), iniciando-se seu prazo com publicação do ato processual (art. 322 do CPC), ou seja, seu “*prazo corre em cartório*” com a respectiva juntada do ato processual aos autos²². Assim, não será, sequer, intimado no diário oficial da sentença²³. É possível, ainda, que haja réu revel com advogado constituído, como, *v. g.*, o autor-reconvindo que não contesta a reconvenção ou o réu que contesta fora do prazo e, nesse caso, interpretando a contrário *sensu* o art. 322, deverá ocorrer intimação no diário oficial.

Então, como visto, contra o revel que *não* tenha patrono nos autos, os prazos correm independentemente de intimação, contudo, cremos que tal regra contida no art. 322 do CPC merece ser interpretada de forma temperada nos casos em que o réu é revel *sem* advogado no cumprimento de sentença.

20 Posição adotada pelo STJ (3ª. T., Resp 336.848/DF, rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), julgado em 06.04.2010), apesar de guardarmos certas reservas a tal entendimento.

21 Nesse sentido, CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. V. I. 17. ed. inteiramente revista. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2008. p. 364-365.

22 STJ, EREsp 318.242-SP, rel. Min. Franciulli Netto, julgado em 17.11.2004.

23 Divergindo, com amparo no direito germânico, defendendo a necessidade de intimação da sentença ao réu revel: PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 3. p. 419.

Considerando que se trata de um novo módulo processual, impõe-se sua intimação pessoal de modo a que possa ter conhecimento do montante a que foi condenado e, assim, possibilitar seu cumprimento²⁴. Nesses casos, a intimação se fará pelos correios, não por oficial de justiça, aplicando-se o art. 238, parágrafo único do CPC, incluído pela Lei 11.382/06²⁵. Tal entendimento, contudo, não tem se mostrado pacífico no próprio TJ/RJ, onde tem sido aplicado o art. 322 do CPC indistintamente²⁶.

Do contrário, havendo réu revel, contudo havendo advogado nos autos, basta a intimação na pessoa do advogado para incidência da multa do art. 475-J.

3.3 RÉU REVEL COM CURADOR ESPECIAL

Como visto, havendo réu revel sem advogado, não haverá intimação dos atos processuais, correndo os prazos da publicação de cada ato processual, ocorre que tendo sido ficta a citação, os revéis não se submetem à regra do art. 322 do CPC, sendo-lhes dado um curador especial, consoante determina o art. 9º, II, do CPC²⁷, função atípica exercida pelo defensor público atuante no órgão da Defensoria Pública (art. 4º, XVI LC 80/94).

Creemos que no cumprimento de sentença a situação se mostra ainda mais peculiar, pois poderão ocorrer atos expropriatórios e, pela literalidade do art. 322 do CPC, não haveria nenhum tipo de intimação do executado.

Como dito, o art. 475-J é extremamente omissivo, de igual modo, a premissa de intimação do advogado após o trânsito em julgado não há como se aplicado. Destarte, entender que a fluência do prazo previsto

24 Extraído de voto do ilustre Desembargador do TJ/RJ Alexandre Câmara, no julgamento do Agravo Interno na Apelação Cível n.º 0307551-72.2008.8.19.0001. A propósito, no mesmo sentido: Agravo de Instrumento 0046477-67.2009.8.19.0000 (2009.002.40475), 2ª Câmara Cível, Des. Carlos Eduardo Passos, julgado em 14.10.2009. Esse também é o entendimento de: BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de direito processual civil, 3: tutela jurisdicional executiva*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 169.

25 Na defesa da intimação pessoal do réu revel sem patrono, aplicando-se o art. 238, parágrafo único do CPC: BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de direito processual civil, 3: tutela jurisdicional executiva*. São Paulo: Saraiva, 2008. p.169.

26 TJ/RJ, 20ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento 0024764-65.2011.8.19.0000, Des. Leticia Sardas, julgado em 31.05.2011.

27 Extraído do voto da Ministra Nancy Andriighi relatora no Resp 1.009.293/SP, 3ª. T., julgado em 06.04.2010.

no art. 475-J do CPC dependerá de intimação dirigida pessoalmente ao executado fere o novo modelo de execução de título executivo judicial instituído pela Lei n. 11.232/2005, pois a intimação pessoal traria o mesmo entraves que a citação na ação de execução trazia à efetividade da tutela jurisdicional executiva.

O defensor público, ao representar a parte citada fictamente, não atua como advogado do réu, mas apenas exerce o dever funcional de garantir o desenvolvimento de um processo equânime, apesar da revelia do réu e de sua citação ficta, não podendo, portanto, ser-lhe atribuído o encargo de comunicar a condenação ao réu.

O executado citado por edital, contra quem se inicia o cumprimento de sentença, não está impedido de exercer o direito de defesa durante a fase executiva, pois o ordenamento jurídico coloca a sua disposição instrumentos para que ele possa se contrapor aos atos expropriatórios. Assim, na hipótese do executado ser representado por curador especial em virtude de citação ficta, não há necessidade de intimação para a fluência do prazo estabelecido no art. 475-J do CPC, como entendeu o STJ²⁸.

Observe-se que o legislador não diferencia se o revel citado por edital ou hora certa contratou advogado ou não, todavia, com a contratação do advogado pelo revel citado fictamente cessa a atividade do curador, pois haveria um excesso de zelo na exigência de atuação de um curador especial juntamente com o advogado, retardando a marcha processual e gerando um desequilíbrio desmedido ao contraditório²⁹. O STJ, inclusive, já consagrou não ser compatível a atuação de curador especial quando o réu for revel com advogado nos autos, tendo a citação se realizado por edital ou hora certa³⁰.

Temos, contudo, algumas reservas quanto a desnecessidade de intimação pessoal do executado na hipótese de curador especial, pois, estando a Defensoria na função atípica de curador especial estará, inclusive, livre do ônus da impugnação especificada dos fatos (art. 302 parágrafo único do CPC), eis que o ordenamento reconhece o distanciamento, no mais das vezes, entre o defensor e o assistido, afastando-o de informações indispensáveis para a elaboração de uma defesa específica.

28 STJ, Informativo 485, 3ª T., Resp 1.189.608/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 18/10/2011.

29 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Jus Podivm. 11. ed. v. I. p. 240.

30 STJ, Informativo 469, 3ª T., Resp 1.229.361/SP, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS), julgado em 12/4/2011.

Nesse sentido, a própria lei parte do pressuposto de que o réu-revel citado por hora certa ou por edital não tem conhecimento da ação, determinado lhe seja dado um curador especial, ante a absoluta falta de comunicação entre curador e réu-revel, não há como presumir que tenha havido ciência do trânsito em julgado da decisão que o condena o curatelado e, por via de consequência, não há como lhe impor, automaticamente, a multa do art. 475-J do CPC.

É inviável considerar suficiente a ciência do curador especial acerca do trânsito em julgado da condenação, não apenas pela já mencionada falta de comunicação dele com o revel, mas também porque a multa constitui sanção imposta àquele que voluntariamente deixa de cumprir a sentença, comportamento que não pode ser imputado ao curador *ad hoc*, visto que o revel mantém sua capacidade material, isto é, sua livre manifestação de vontade, bem como sua condição de parte substancial no processo.

Do contrário, haveria a imposição de uma responsabilidade objetiva sem previsão em lei o que é inadmissível, já que não há como lhe imputar a culpa pela conduta, a qual pressupõe ciência acerca da condenação e a consequente resistência em cumpri-la.

Nessa situação, mesmo diante da necessidade de uma prestação jurisdicional efetiva, tendente à pacificação social, cumpre a observância da segurança jurídica às relações negociais, bem como de um modelo constitucional de processo, baseado no contraditório.

Diante da peculiar situação de distanciamento existente entre o assistido e o Defensor Público, cremos que deverá, obrigatoriamente, ser o executado intimado pessoalmente. Esse posicionamento já foi adotado, inclusive, pelo próprio STJ³¹. De igual modo, o defensor público atuante no órgão, quando exercer a função de curador especial, deverá, também, como de praxe, ser intimado pessoalmente (art. 5º §5º Lei nº 1.060/50 e art. 128, I LC 80/94).

Como se observa a 3ª Turma do STJ, um ano e meio depois, mudou de posicionamento, o que, diante da teoria do *stare decisis*³², muito adotada atualmente, caracteriza-se como um *implied overruling*³³.

31 STJ, 3ª T., Resp 1.009.293/SP, rel. Min. Nancy Andryghi, julgado em 06.04.2010.

32 Para maiores considerações sobre o tema: LOURENÇO, Haroldo. *Precedente judicial como fonte do direito*: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. Disponível: <www.haroldolourenco.com.br>

33 Ocorre o mencionado instituto quando uma orientação é adotada em confronto com posição anterior, embora sem expressa substituição desta última.

3.4 PATROCÍNIO PELA DEFENSORIA PÚBLICA

Como visto, a função de curador é exercida pelo defensor público atuante no órgão da Defensoria, bem como tem a prerrogativa de intimação pessoal (arts. 5º §5º da Lei n.º 1.060 de 1950, bem como da Lei Complementar n.º 80 de 1994, art. 44, I).

Essa, contudo, não é a função típica da Defensoria Pública, que, pelo art. 134 da CR/88, é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

Como visto, para a incidência da multa do art. 475-J basta a intimação na pessoa do advogado para o cumprimento da sentença, bem como o fato desse advogado ser um defensor público não impõe a necessidade de que a intimação para pagamento seja feita à pessoa do executado, como se de citação se tratasse. O defensor público tem poderes para o foro em geral, entre os quais está o recebimento de intimações. A única especificidade é a exigência de que essa intimação seja pessoal nos termos do art. 5º § 5º da Lei n. 1.060/1950, diferentemente do que ocorre com o advogado constituído pela parte, que é intimado pela Imprensa Oficial.

Assim, exigir a intimação pessoal do executado na hipótese do art. 475-J do CPC, mesmo que apenas nas hipóteses em que ele estiver representado por defensor público, é propiciar um retrocesso, impedindo que sejam atingidos os escopos de celeridade e efetividade pretendidos com a Lei n. 11.232/2005³⁴.

4 MULTA DO 475-J NA EXECUÇÃO PROVISÓRIA³⁵

Um dos pontos mais polêmicos no campo doutrinário, com reflexos jurisprudenciais, refere-se à aplicação da multa do art. 475-J em execução provisória.

Sucede que, embora a execução provisória tenha merecido uma disciplina legal específica (art. 475-O que reproduz, em grande parte,

34 STJ, Informativo 480, 3ª T., Resp 1.032.436/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 4/8/2011. Precedentes citados: REsp 940.274-MS, DJe 31/5/2010.

35 Imprescindível a leitura do material do Professor Didier, onde esgota o tema: DIDIER Jr., Fredie. *Execução provisória e a multa prevista no art. 475-J do CPC*. Fonte: <www.frediedidier.com.br>, posicionando-se no sentido da inaplicabilidade, por ser incompatível com a execução provisória.

muitas das disposições que já constavam no revogado art. 588 do CPC), silenciou o legislador reformista acerca da possibilidade de incidência da multa estatuída no art. 475-J quando os atos executivos são realizados simultaneamente à espera de apreciação e julgamento do recurso sem efeito suspensivo, interposto pelo executado.

Assim, diante da lacuna, é possível encontrar, na doutrina e na jurisprudência, posicionamentos opostos, ora no sentido de permitir a incidência da multa nesses casos, ora no sentido de não admiti-la. Vejamos as principais argumentações:

(I) Majoritariamente, em sede doutrinária, a multa é exigível desde que a decisão contenha exequoriedade, mesmo com a interposição de recurso sem efeito suspensivo, portanto, em execução provisória³⁶.

(II) Noutro giro, há doutrina que afirme ser incompatível se aplicar a multa do art. 475-J em execução provisória³⁷, pois seria absurdo impor o pagamento integral da condenação, nos termos do caput do art. 475-J, ao executado que não concordou com a

36 BUENO, Cassio Scarpinella. *Variações sobre a multa do caput do art. 475-J do CPC na redação da Lei 11.232/2005*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução* 3. São Paulo: RT, 2006. p.149-158. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Cumprimento da sentença civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.53-54. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. São Paulo, RT, 2007, v. 3. p.237-238. Esse também é o critério usado por ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.212; CÂMARA, Alexandre Freitas. *A nova execução de sentença*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.116; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *O novo CPC: a terceira etapa da reforma*. São Paulo: Saraiva, 2006. p.88; PAVAN, Dorival Renato. *Procedimento e forma para a intimação do devedor para cumprimento voluntário da sentença: art. 475-J da Lei 11.232/2005*. Revista de Processo, São Paulo, ano 31, n. 139. p.125, 128-129, set. 2006; GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Aspectos procedimentais dos arts. 475-J da Lei 11.232/2005 e 740, parágrafo único, da Lei 11.382/2006: ênfase no prazo de 15 dias e a natureza jurídica das multas*. In: SANTOS, Ernane Fidélis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: RT, 2007. p.811; FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. *Os atos de comunicação processual do devedor na disciplina da lei 11.232*. In: SANTOS, Ernane Fidélis dos et al. *Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: RT, 2007. p.950; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Início do cumprimento da sentença*. In: _____; RAMOS, Glaucio Gumerato; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima; MAZZEI, Rodrigo. *Reforma do CPC: leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006*. São Paulo: RT, 2006, 211-212.

37 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante: atualizado até 1º de março 2006*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006. p. 388. MONTENEGRO FILHO, Misael. *Cumprimento das sentenças e outras reformas processuais*. São Paulo: Atlas, 2006. p.60-61.

decisão e, por isso, interpôs recurso sem efeito suspensivo³⁸. Esse é o posicionamento do STJ³⁹.

5 PAGAMENTO PARCIAL OU OFERECIMENTO DE BENS

O art. 475-J é específico, só vale para o cumprimento de sentença nas obrigações para pagamento de quantia certa, o qual trouxe a propalada multa de 10%.

Note-se, de imediato, em uma interpretação literal, que a multa é reservada para o não pagamento, portanto, oferecido bem à penhora pelo executado, ainda que dinheiro, não afastará a incidência da multa. Pagar é *satisfazer*, penhorar significar *garantir* a satisfação, o que são coisas bem distintas⁴⁰. Não há como confundir o pagamento (satisfação) com a penhora (garantia do juízo)⁴¹.

Há, ainda, quem sustente se o executado não possuir dinheiro para efetuar o pagamento tempestivo, poderá oferecer ao credor outro patrimônio que não seja dinheiro para a satisfação da obrigação, como uma espécie de “dação em pagamento”, justamente por demonstrar a vontade de satisfazer a obrigação, renunciando qualquer modalidade defensiva, por reconhecimento tácito do direito do exequente⁴².

No mesmo sentido, o pedido de expedição de guia de pagamento formulado pelo devedor não suspende o prazo estabelecido pelo art. 475-J do CPC, por não se coadunar com os princípios da celeridade e da

38 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (Coord.). A nova execução: comentários à Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.194-195. TESHEINER, José Maria Rosa. Execução de sentença – Regime introduzido pela Lei 11.232/2005. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 95, v. 850. p.40-56, ago. 2006. SANTOS, Ernane Fidélis dos. *As reformas de 2005 do Código de Processo Civil: execução dos títulos judiciais e agravo de instrumento*. São Paulo: Saraiva, 2006. p.56.

39 STJ, Informativo 483, 4ª T., Resp 1.116.925/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 20/9/2011. Precedentes citados: REsp. 1.059.478-RS, DJe 11/4/2011; AgRg no REsp 1.076.882-RS, DJe 8/10/2008; AgRg no REsp 995.804-RJ, DJe 17/12/2008, e AgRg no Ag 1.046.147-RS, DJe 6/10/2008. STJ, 3ª T., AgRg no Resp 1.208.854/SP, rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 10.05.2011.

40 CARNEIRO, Athos Gusmão. *Do “cumprimento de sentença”, conforme a Lei nº 11.232/05*. Parcial retorno ao medievalismo? Por que não? Aspectos polêmicos da nova execução, 3: de títulos judiciais – Lei 11.232/2005. São Paulo: RT, 2006. p.59. TJ/RJ, AI 0040038-06.2010.8.0000, 16ª CC, Des. Lindolpho Morais marinho, julgado em 12.04.2011.

41 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p.964.

42 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p.964. RODRIGUES, Marcelo Abelha. A terceira etapa da reforma processual civil. São Paulo: Saraiva, 2006. p.129.

efetividade trazidos pela reforma da lei instrumental civil ao processo de execução, o que evidencia o nítido propósito protelatório⁴³.

De igual modo, o pagamento parcial do valor pretendido pelo credor não isenta da multa do art. 475-J, como dispõe o §4º, contudo, tal incidência pode ser provisória, pois o executado poderá impugnar alegando excesso de execução (art. 475-L, V) e, com sua procedência, restará sem efeito tal multa⁴⁴.

6 HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA

Como cediço, a hipossuficiência econômica não pode constituir entrave para o acesso à justiça, como já afirmava Mauro Cappelletti em sua prolapada obra⁴⁵. Nesse sentido, afirma renomada doutrina que em tal hipótese poderia o magistrado isentar o executado de tal pagamento, pois não pode prevalecer o caráter punitivo, somente o caráter coercitivo para cumprimento da obrigação⁴⁶, pois seria uma manifestação do princípio da adequação do processo às peculiaridades da causa⁴⁷.

O entendimento realmente é digno de nota e de todo o respeito, contudo guardamos profundas reservas. Nos dias atuais, onde a sociedade clama por uma exaltação de valores sociais, boa-fé e ética, a hipossuficiência econômica não pode permitir o descumprimento de uma obrigação fixada mediante uma decisão judicial. Creio que o tema merece uma melhor reflexão, talvez, admitindo-se a impugnação sem necessidade de garantia do juízo se mostraria mais razoável.

O Anteprojeto para um Novo CPC, como será abordado adiante, traz várias hipóteses onde a multa do atual art. 475-J não pode incidir, contudo, nenhuma dessas hipóteses é a hipossuficiência econômica, bem

43 STJ, Informativo 442, 2ª T., Resp 1.080.694/RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 12/8/2010. Precedentes citados: REsp 1.048.151-MG, DJe 26/5/2009, e Ag 1.041.397-RS, DJe 16/10/2009.

44 JÚNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.735.

45 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988. p.15-18.

46 MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*. São Paulo: RT, 2004. p.623.

47 AMARAL, Guilherme Rizzo. *A nova execução*. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.124-125.

como há quem sustente que tal multa deve incidir independentemente da situação patrimonial do executado⁴⁸.

7 INCIDÊNCIA DA MULTA PARA OS PROCESSOS PENDENTES ANTES DA LEI 11.232/05

O STJ, freqüentemente, enfrenta a discussão sobre a incidência da multa do art. 475-J para os processos pendentes antes da vigência da Lei no. 11.232/05, que ocorreu em 22.06.2006.

Como o ato jurídico que dá ensejo a fluência do prazo da mencionada multa não é o trânsito, mas a intimação do executado para pagamento, tendo aquele ocorrido na vigência da Lei n. 11.232/2005, deve a mesma ser aplicada, sem que isso represente prejuízo ao executado ou qualquer ofensa ao ato jurídico perfeito, no caso, à sentença transitada em julgado⁴⁹.

Tal entendimento consagra a teoria do isolamento dos atos processuais, onde a lei processual aplica-se imediatamente ao processo pendente, como se observa do art. 1211 do CPC, portanto, incidindo sobre os atos processuais subseqüentes ao termo inicial da sua vigência⁵⁰.

De igual modo, há um importante precedente no STJ que determina incidência imediata da lei, atingindo os processos pendentes, contudo, o juiz da causa tem que avaliar se a imposição da multa é viável ou não⁵¹. Tal entendimento é aplaudido por autorizada doutrina, afirmando que devem ser evitadas decisões-surpresa, surpreendendo-se o executado com a incidência da multa; assim, em nome do princípio da cooperação, do contraditório substancial, da adaptabilidade do procedimento, cabe ao juízo da execução adequar a situação ao caso concreto, determinando a intimação do executado, por meio do seu advogado, para a aplicação da multa⁵².

48 CARNEIRO, Athos Gusmão. *Do "cumprimento de sentença", conforme a Lei nº 11.232/05*. Parcial retorno ao medievalismo? Por que não? Aspectos polêmicos da nova execução, 3: de títulos judiciais – Lei 11.232/2005. São Paulo: RT, 2006. p.59.

49 STJ, Informativo 480, 3ª T., Resp 1.032.436/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 4/8/2011. Precedentes citados: REsp 940.274-MS, DJe 31/5/2010.

50 Nesse sentido: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. V. I. 17 ed. inteiramente revista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 29-31.

51 STJ, 3ª T., MC 14.258/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 17.06.2008.

52 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Execução*. V. V. 2. ed. JusPodium, 2010. p. 521-522.

8 INCIDÊNCIA DA MULTA DO ART. 475-J SOBRE AS VERBAS SUCUMBENCIAIS

Como cediço, os honorários judiciais fixados na condenação, seja por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, como se extrai do art. 23 da Lei 8.906/94, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o mandado de pagamento, o precatório ou requisição de pequeno valor, quando necessário, seja expedido em seu favor.

Nesse sentido, não sendo adimplida a obrigação no prazo de quinze dias da intimação do advogado do executado, poderá o advogado do credor promover-lhe a execução dos seus honorários fixados na condenação, adicionando a multa do art. 475-J do CPC, independentemente dos honorários advocatícios que serão fixados a partir do requerimento para início do cumprimento de sentença (art. 475-J §5º do CPC)⁵³.

O art. 475-J afirma que na hipótese do devedor (*rectius*, executado) condenado ao pagamento de quantia certa, não efetuar no prazo de quinze dias o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento, bem como o art. 20 afirma que a sentença condenará o vencido nos honorários advocatícios, pode-se, portanto, concluir que tal verba também deve ser adimplida em quinze dias a partir da intimação do advogado do executado, sob pena da multa de dez por cento do 475-J. Esse, inclusive, é o entendimento da doutrina, afirmando que se inclui no valor da obrigação reconhecida na sentença a parcela relativa às verbas da sucumbência⁵⁴.

O STJ já admitiu incidência da multa do art. 475-J sobre o valor recebido pelo exequente acima do devido, inclusive nos próprios autos, pois seria desnecessário se exigir que o executado intentasse nova ação para ver restituído o valor considerado excedente, justamente por destoar

53 Sobre a incidência de honorários advocatícios a partir do decurso do prazo do art. 475-J do CPC: Súmula nº 154 do TJRJ: "Incide verba honorária no cumprimento da sentença a partir do decurso do prazo previsto no art. 475-J, do CPC". No mesmo sentido: STJ, Informativo 480, Corte especial, Resp 1.134.186/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 1º/8/2011 "...Trata-se de recurso especial sob o regime do art. 543-C do CPC c/c a Res. n. 8/2008-STJ em que a Corte Especial, ao prosseguir o julgamento, decidiu serem cabíveis honorários advocatícios em fase de cumprimento de sentença, haja ou não impugnação, depois de escoado o prazo para o pagamento voluntário a que faz menção o art. 475-J do CPC, o qual somente se inicia depois da intimação do advogado, com a baixa dos autos e a oposição do "cumpra-se".". Precedentes citados: REsp 920.274-RS, DJ 24/4/2007, e REsp 1.048.043-SP, DJe 26/5/2008.

54 BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1. p.83.

das inovações trazidas pela Lei n. 11.232/2005, que busca conferir maior celeridade à satisfação do litígio havido entre as partes⁵⁵.

9 INCIDÊNCIA SOBRE SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DE ACORDO JUDICIAL OU EXTRAJUDICIAL

Como cediço, no decorrer do processo podem as partes realizar transação incluindo, inclusive, matéria não posta em juízo, como se extrai do art. 475-N-III c/c 269, III do CPC.

De igual modo, pode ser realizado um acordo extrajudicial e o mesmo ser submetido a um procedimento de jurisdição voluntária⁵⁶, para a sua conversão de título extrajudicial (art. 585, II do CPC) em judicial (art. 475-N, V do CPC), justamente para ser aplicável o procedimento do cumprimento de sentença, incidindo a multa do art. 475-J, bem como deixando de ser cabível embargos do executado, admitindo-se somente impugnação ao cumprimento de sentença, visivelmente mais restrita (art. 475-L) do que aquela defesa (art. 745).

Ocorre, contudo, que se nos mencionados acordos houver sido fixada multa negocial pelo inadimplemento da obrigação, haveria um *bis in idem* injustificável em se acrescer a multa do art. 475-J⁵⁷.

10 PROCESSO DO TRABALHO

Sem fugir da proposta do presente ensaio, temos ciência que a multa do art. 475-J tem gerado tensão também na justiça obreira.

O STJ⁵⁸ enfrentou o ponto, julgando um recurso especial extraído de uma ação rescisória em reclamação trabalhista que foi proposta, distribuída e sentenciada antes da CF/1988, quando ainda a Justiça Federal detinha competência para julgar demandas trabalhistas contra empresas públicas federais.

55 STJ, Informativo 445, 2ª T., Resp 1.104.711/PR, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 2/9/2010. Precedentes citados: REsp 757.850-RJ, DJ 15/5/2006, e REsp 1.090.635-PR, DJe 18/12/2008.

56 Afirmando que o procedimento de homologação de acordo extrajudicial se trata de procedimento de jurisdição voluntária: DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Execução. V. 5. 2. ed., JusPodivm, 2010. p. 167-168.

57 DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Execução. v. V. 2. ed., JusPodium, 2010. p. 527.

58 STJ, Informativo 437, 3ª T., Resp 1.111.686/RN, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 1º/6/2010. Precedentes citados do TST: RR 135800-87.2006.5.13.0006, DEJT 4/12/2009; RR 21400-14.2007.5.01.0021, DEJT 7/5/2010; RR 1539876-76.2005.5.01.0900, DJ 13/6/2008; AIRR 467740-26.2005.5.09.0658, DJ 20/6/2008, e AIRR 34540-85.2004.5.02.0444, DJ 27/6/2008.

A Caixa Econômica Federal, no mencionado recurso especial, insurgem-se quanto à aplicação do art. 475-J do CPC no processo do trabalho, ou seja, a questão consistia exatamente em definir se o citado dispositivo pode ser aplicado na fase de cumprimento de uma sentença condenatória de natureza trabalhista.

No julgamento o STJ afirmou que a mencionada multa é medida de coerção indireta que busca, de um lado, estimular o executado ao cumprimento voluntário da obrigação constante na sentença condenatória e, do outro lado, puni-lo pelo inadimplemento com multa (sanção legal). Assim, juntamente com outros instrumentos, como a multa cominatória e a possibilidade de parcelamento da dívida, concorrem para uma prestação jurisdicional mais célere em obediência aos princípios constitucionais.

De igual modo, concluiu-se que no plano teórico, não há incompatibilidade entre a regra do art. 475-J do CPC e o processo do trabalho; ao contrário, o primeiro, pela sua racionalidade, guardaria estreita relação com o processo trabalhista. Quanto ao argumento de não ser possível a aplicação analógica do artigo em comento no processo trabalhista, no qual persiste o processo de execução autônomo, informa que não haveria empecilho, visto que o instituto em questão é instrumento de coerção, não de execução.

Para o Min. Relator basta dizer que o comportamento omissivo do executado é que dá ensejo à sanção, a qual antecede o próprio início da fase de cumprimento de sentença. Logo, não se vislumbraria a tese de incompatibilidade sistêmica entre o citado artigo e o modelo de execução trabalhista em processo autônomo. Quanto a não ser possível aplicação analógica, porque a CLT já teria regulado suficientemente o processo do trabalho e, portanto, faltaria o pressuposto para aplicação da analogia que é a lacuna da lei, entre outros argumentos, dos arts. 880 a 883 da CLT não se extrai que esteja prevista medida de coerção indireta semelhante à do art. 475-J do CPC ou, tampouco, que esses artigos tenham excluído a possibilidade de aplicação por analogia do previsto no dispositivo em comento. Quanto ao art. 889 da CLT expressamente determinar que, em caso de omissão, dever-se-ia aplicar subsidiariamente a Lei de Execuções Fiscais, para enfrentar esse argumento deve-se levar em conta o art. 769 da CLT – o qual também aponta que, nos casos omissos, aplica-se o direito processual comum. Assim, explica que o art. 889 da CLT deve conviver com o art. 769 da CLT. Sendo assim, embora o processo do trabalho deva socorrer-se na Lei de Execução Fiscal, não pode descuidar-se do processo civil comum, especialmente quanto à aplicação dos institutos mais afeitos ao processo trabalhista.

De igual modo, o TST tem aplicado a multa do art. 538, parágrafo único, do CPC, quando interpostos embargos declaratórios protelatórios. Embora haja precedentes, não está pacificada no TST a aplicação analógica do art. 475-J do CPC no processo do trabalho, contudo sua aplicação não encontra nenhum obstáculo de ordem técnica e propicia a realização de uma tutela jurisdicional mais adequada e efetiva. Por último, ressalta caber a aplicação do princípio *in dubio pro operario*, a autorizar o entendimento firmado no acórdão recorrido.

11 NOVO CPC

O Projeto de Lei para um Novo CPC no art. 495, *caput* afirma que caberá ao credor dar início ao cumprimento de sentença mediante a apresentação do demonstrativo de cálculos, sendo seguida da intimação do executado para pagar em quinze dias o valor principal acrescido de custas e honorários advocatícios de dez por cento.

De igual modo, afirma o mesmo dispositivo, que tal multa somente incidirá após o trânsito em julgado, encampando a posição atual do STJ.

Na mesma linha, o art. 496 inova, trazendo hipóteses onde a mencionada multa não incidirá, bastando que o devedor (*rectius*, executado) no prazo de que dispõe para pagar: (i) realize o pagamento; (ii) demonstre, fundamentada e discriminadamente, a incorreção do cálculo apresentado pelo credor ou que este pleiteia quantia superior à resultante da sentença, incumbindo-lhe declarar de imediato o valor que entende correto, sob pena de não conhecimento da arguição; (iii) demonstre a inexigibilidade da sentença ou a existência de causas impeditivas, modificativas ou extintivas da obrigação, supervenientes à sentença; (iv) demonstre ser parte ilegítima ou não ter sido citado no processo de conhecimento.

Tais alegações, na forma do § 1º do mencionado artigo, não obstam a prática de atos executivos, de igual modo, não sendo acolhidas as mencionadas alegações, a multa incidirá retroativamente (§2º).

Como visto, a multa de dez por cento sobre o valor devido é mantida sendo, novamente, o legislador silente sobre o seu termo *a quo*, levando a crer que irá permanecer válida a posição do STJ que determina a intimação do advogado.

12 CONCLUSÃO

Diante das razões expostas, como não adotamos o posicionamento do STJ no que se refere ao réu revel citado fictamente, pois afirmamos ser necessária a intimação do curatelado, deve o leitor estar se enquadrando na situação do credor: Promover intimação por edital de um réu que já foi citado por edital e ficou-se inerte? Quanto que isso irá despende financeiramente? Será viável, diante do acervo patrimonial do réu? Será que toda essa morosidade não pode dar mais tempo ao réu para dilapidar o patrimônio?

Enfim, inúmeros são os questionamentos que surgem com a necessidade de intimação pessoal do revel no cumprimento de sentença. Estando ele citado de forma real, o desgaste é menor, porém, tendo sido citado por edital ou hora certa na fase de conhecimento, o que provavelmente irá se repetir no cumprimento de sentença, cediço como é demorada uma citação por edital, bem como economicamente inviável.

Como compatibilizar os interesses do credor e do executado? Será que o interesse do credor, bem como a tão almejada razoável duração do processo está sendo atendida?

Pensa-se que sim. Esse é o “peso” de um Estado Democrático de Direito.

Do pluralismo social que espraia na Constituição aferem-se as idéias, os princípios, valores e interesses das mais diversas matizes, não se podem evitar que tais princípios, em algumas situações em concreto, entrem em conflito. Com efeito, entra em ação a ponderação de interesses, caracterizando-se pela preocupação com a análise do caso concreto em que eclodiu o conflito.

A análise fática, contudo, não pode implicar na desconsideração do dado normativo, que se revela absolutamente vital para a solução dos conflitos entre princípios constitucionais, posto que a Constituição é uma norma jurídica, não se podendo desprezar a sua força normativa. Da Constituição nasce o conflito e também a solução.

Havendo dois princípios constitucionais que apontam para soluções divergentes, como o contraditório e a efetividade, devem-se impor compreensões recíprocas sobre os interesses protegidos pelos princípios em disputa, com o escopo de lograr um ponto satisfatório,

onde a restrição a cada interesse seja a mínima indispensável à sua convivência com o outro.

O parâmetro deve ser racional e controlável. Assim, as restrições aos interesses em disputa devem ser delimitadas mediante o emprego do princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o julgador deve buscar o equilíbrio entre os princípios conflituosos, observando se a restrição a cada um deles é idônea para garantir a sobrevivência do outro princípio; se tal restrição está sendo a menor possível para a proteção do interesse antagônico e, por fim, se o benefício logrado com a restrição a um interesse compensa o grau de sacrifício imposto ao interesse contraposto.

Segundo o Daniel Sarmiento⁵⁹, a ponderação de interesses só se torna necessária quando, de fato, estiver caracterizada a colisão entre pelo menos dois princípios constitucionais incidentes sobre o caso concreto. Assim, a primeira tarefa que se impõe ao intérprete, diante de uma possível ponderação, é a de proceder à interpretação dos cânones envolvidos, para verificar se eles efetivamente se confrontam na resolução do caso, ou se, ao contrário, é possível harmonizá-los.

Assim, deve ser observada a intimação pessoal do executado que restou revel sem advogado no cumprimento de sentença, nessa hipótese, o credor poderá amenizar tal situação, por exemplo, abdicando dos 10% da multa do art. 475-J, evitando-se o desgaste com a intimação editalícia, apresentando a planilha (art. 475-B) sem a imposição da indigitada multa, o que já viabilizará a realização imediata da penhora, inclusive na modalidade *on line*. Enfim, assumo uma posição bem vulnerável às críticas, bem como o risco do isolamento, contudo, creio ser o posicionamento mais adequado ao se referir, principalmente, às hipóteses de curador especial.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. *A nova execução*. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

59 SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p.99.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *O novo CPC: a terceira etapa da reforma*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1.

_____. *Curso Sistematizado de direito processual civil, 3: tutela jurisdicional executiva*. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Variações sobre a multa do caput do art. 475-J do CPC na redação da Lei 11.232/2005. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução 3*. São Paulo: RT, 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *A nova execução de sentença*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *Lições de Direito Processual Civil*. v. I. 17. ed., rev., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Lições de Direito Processual Civil*. v. II. 15. ed., rev., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Cumprimento da sentença civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Do “cumprimento de sentença”, conforme a Lei nº 11.232/05. Parcial retorno ao medievalismo? Por que não? Aspectos polêmicos da nova execução, 3: de títulos judiciais – Lei 11.232/2005*. São Paulo: RT, 2006.

DIDIER JR., Fredie. *A sentença meramente declaratória como título executivo – aspecto importante da última reforma processual civil brasileira*. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br>> Acesso em: 10 jun. 2010.

_____. *Curso de Direito Processual Civil: Execução*. v. V. 2. ed., JusPodium, 2010.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. v. I. 11. ed., JusPodium, 2009.

_____. *Execução provisória e a multa prevista no art. 475-J do CPC.*

Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br>>.

FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. Os atos de comunicação processual do devedor na disciplina da lei 11.232. In: SANTOS, Ernane Fidélis dos et al. *Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: RT, 2007.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. Aspectos procedimentais dos arts. 475-J da Lei 11.232/2005 e 740, parágrafo único, da Lei 11.382/2006: ênfase no prazo de 15 dias e a natureza jurídica das multas. In: SANTOS, Ernane Fidélis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: RT, 2007.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro, volume 2: atos processuais a recursos e processos nos tribunais*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*, v. II. Rio de Janeiro: forense, 2010.

HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *A Execução Civil*. Niterói: Impetus, 2010.

LOURENÇO, Haroldo. *Precedente judicial como fonte do direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC*. Disponível em: <<http://www.haroldolourenco.com.br>>

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. vol. 3 – *Execução*.

_____. *Técnica processual e tutela de direitos*. São Paulo: RT, 2004.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. São Paulo, RT, 2007, v. 3.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Cumprimento das sentenças e outras reformas processuais*. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. Ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

- Nelson Nery Júnior, Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (Coord.). *A nova execução: comentários à Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 3.
- PAVAN, Dorival Renato. Procedimento e forma para a intimação do devedor para cumprimento voluntário da sentença: art. 475-J da Lei 11.232/2005. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 31, n. 139, set. 2006.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A terceira etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Processual civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. *As reformas de 2005 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- SHIMURA, Sérgio. *A execução da sentença na reforma de 2005 (Lei 11.232/2005). Aspectos polêmicos da nova execução*. Teresa Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2006.
- TESHEINER, José Maria Rosa. Execução de sentença – Regime introduzido pela Lei 11.232/2005. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 95, v. 850, ago. 2006.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues *et alii*. *Breves Comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: RT, 2007.



**PARIDADE CONTRIBUTIVA NO REGIME
DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR: O
CARÁTER ABSOLUTO DA VEDAÇÃO DE
APOORTE DE RECURSOS A ENTIDADES DE
PREVIDÊNCIA PRIVADA, POR PARTE DOS
CHAMADOS PATROCINADORES PÚBLICOS, EM
VALORES SUPERIORES AOS VERTIDOS POR
PARTICIPANTES**

***CONTRIBUTIVE PARITY IN THE COMPLEMENTARY PENSION REGIME:
THE ABSOLUTE FORBIDDANCE OF SUPPLYING RESOURCES ON PRI-
VATE PENSIONS ENTITIES BY THE SO CALLED PUBLIC SPONSORS, IN
HIGHER VALUES THAN THOSE INJECTED BY PARTICIPANTS***

*Leonardo Vasconcellos Rocha
Procurador Federal
Coordenador de Consultoria e Assessoramento Jurídico
da Procuradoria Federal junto à PREVIC*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Emenda Constitucional 20/98: A criação do Instituto da Paridade Contributiva; 2 A Paridade Contributiva à luz da Constituição e das Leis Complementares 108 e 109, 2001; 3 Conclusão; Referências

RESUMO: O presente trabalho tem o objetivo de delimitar o alcance da única situação em que é permitido o aporte de recursos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista a entidades de previdência privada (CF/88, art. 202, § 3º): quando tais entidades públicas tornam-se patrocinadoras de um plano de benefícios e há paridade entre suas contribuições e a dos respectivos participantes. Busca-se compreender, primeiramente, os propósitos que impulsionaram a inclusão desta previsão no Texto Constitucional, por ocasião da Emenda 20/98. Posteriormente, é traçado um panorama das percepções do instituto da paridade contributiva no âmbito da legislação que regulamentou o regime de previdência privada (LCs 108 e 109, 2001), baseada nas inovações implementadas pela citada Emenda. Com base na coexistência e harmonização dos ditames constantes de ambos os diplomas, identifica-se o papel de cada qual na regulamentação dos preceitos da EC 20/98. Finalmente, conclui-se que o mandamento constitucional da paridade contributiva incide de modo pleno sobre qualquer que seja o aporte realizado por patrocinador sujeito à LC 108/2001 (norma específica), independentemente da correspondente classificação contributiva prevista na LC 109/2001 (norma geral).

PALAVRAS-CHAVE: Previdência complementar. Entidades públicas. Paridade contributiva. Conclusão; Referências

ABSTRACT: The present work aims to define the scope of the only situation where it is permitted investment of resources of the Union, States, Federal District and Municipalities, its agencies, foundations, public companies and mixed capital companies in private pension funds (CF/88, art. 202, § 3): when such public entities become sponsors of a benefit plan and there is parity between their contributions and those paid by participants. We seek to understand, first, the purpose that prompted the inclusion of this provision in the Constitutional Text, by the Amendment 20/98. Later, an overview is drawn from the perceptions of the contributive parity rule under the private pension's legal system (LCs 108 and 109, 2001), based on the innovations implemented by the aforementioned Amendment. Based on the

coexistence and harmonization of the dictates contained in both acts, we identify the role of each in the regulation of the precepts of the EC 20/98. Finally, we conclude that the constitutional commandment of contributive parity fully covers whatever contribution made by sponsor subjected to the LC 108/2001 (special rule), regardless of classification corresponding provided for in LC 109/2001 (general rule).

KEYWORDS: Complementary Pension funds. Public entities. Contributive parity.

INTRODUÇÃO

Entre as diversas previsões relativas ao regime de previdência privada incluídas na Constituição Federal pela Emenda Constitucional 20, de 1998, que reformulou seu art. 202, o presente trabalho concentra-se no que dispôs seu § 3º:

É vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado.

Segundo tal dispositivo, estaria, em regra, proibida a destinação de recursos públicos para fundos de pensão. A única exceção a tal mandamento consistiria na possibilidade de injeção de tais recursos por entidades públicas que assumissem a condição de patrocinadoras de um plano de benefícios operado por entidade de previdência complementar.

Neste caso excepcional, entretanto, fixou-se um balizamento, em princípio, clarividente: “em hipótese alguma sua [entidade pública] contribuição normal poderá exceder a do segurado”. Trata-se do instituto da paridade contributiva.

Ocorre que, não raro, operadores do sistema – patrocinadores, participantes, órgãos regulador e fiscalizador, bem como entidades fechadas de previdência complementar – relutam na delimitação da aplicabilidade desta contribuição paritária.

Isto se deve, em grande medida, ao vocábulo normal atribuído à contribuição de responsabilidade do patrocinador. A depender da linha

interpretativa seguida, sua presença no texto do art. 202, § 3º, por si só, representaria a possibilidade de se instituírem contribuições outras, que não as normais, livres das amarras da paridade. Por outro lado, há o risco de, na abertura de precedentes de tal ordem, incorrer-se no completo esvaziamento da limitação imposta.

No intuito de dirimir tal controvérsia, busca-se compreender, primeiramente, os propósitos que impulsionaram a inclusão desta previsão no Texto Constitucional, de modo a nortear sua aplicação no plano infraconstitucional.

Posteriormente, é traçado um panorama das percepções do instituto da paridade contributiva no âmbito da legislação que regulamentou o regime de previdência privada (LCs 108 e 109, 2001), baseada nas inovações implementadas pela citada Emenda.

Com esteio na coexistência e harmonização dos ditames constantes de ambos os diplomas, identifica-se o papel de cada qual na regulamentação dos preceitos da EC 20/98, para, finalmente, se chegar a uma conclusão acerca do exato alcance da paridade contributiva.

1 EMENDA CONSTITUCIONAL 20/98: A CRIAÇÃO DO INSTITUTO DA PARIDADE CONTRIBUTIVA

A Emenda Constitucional 20, de 15 de dezembro de 1998, foi o veículo legislativo responsável pela criação do instituto da paridade contributiva para as entidades fechadas de previdência complementar patrocinadas por entes da Administração direta e indireta.

Convém, então, transcrever-lhe os trechos responsáveis pela disciplina do tema:

Art. 1º - A Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações:

[...]

Art. 202 - O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.

§ 1º - A lei complementar de que trata este artigo assegurará ao participante de planos de benefícios de entidades de previdência privada o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos.

§ 2º - As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei.

§ 3º - É vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado.

§ 4º - Lei complementar disciplinará a relação entre a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada, e suas respectivas entidades fechadas de previdência privada.

§ 5º - A lei complementar de que trata o parágrafo anterior aplicar-se-á, no que couber, às empresas privadas permissionárias ou concessionárias de prestação de serviços públicos, quando patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada.

§ 6º - A lei complementar a que se refere o § 4º deste artigo estabelecerá os requisitos para a designação dos membros das diretorias das entidades fechadas de previdência privada e disciplinará a inserção dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação.

[...]

Art. 5º - O disposto no art. 202, § 3º, da Constituição Federal, quanto à exigência de paridade entre a contribuição da patrocinadora e a contribuição do segurado, terá vigência no prazo de dois anos a

partir da publicação desta Emenda, ou, caso ocorra antes, na data de publicação da lei complementar a que se refere o § 4º do mesmo artigo.

Art. 6º - As entidades fechadas de previdência privada patrocinadas por entidades públicas, inclusive empresas públicas e sociedades de economia mista, deverão rever, no prazo de dois anos, a contar da publicação desta Emenda, seus planos de benefícios e serviços, de modo a ajustá-los atuarialmente a seus ativos, sob pena de intervenção, sendo seus dirigentes e os de suas respectivas patrocinadoras responsáveis civil e criminalmente pelo descumprimento do disposto neste artigo.

Art. 7º - Os projetos das leis complementares previstas no art. 202 da Constituição Federal deverão ser apresentados ao Congresso Nacional no prazo máximo de noventa dias após a publicação desta Emenda.

Depreende-se dos dispositivos colacionados, que a paridade contributiva é exigível para as entidades fechadas de previdência complementar patrocinadas por órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta, inclusive empresas públicas e sociedades de economia mista. Em especial, destaca-se a prescrição do § 3º do art. 202 da CF, incluída pela Emenda Constitucional 20/98, a qual impõe sua observância entre a contribuição normal das “patrocinadoras públicas” e dos segurados.

Com o propósito de possibilitar uma adaptação estruturada e os consequentes ajustes necessários, o art. 5º da norma em comento estabeleceu um prazo para a vigência desta imposição, o qual seria de dois anos contados a partir da publicação da Emenda ou, caso ocorresse antes, quando da publicação da lei complementar referida pelo § 4º do art. 202 da CF.

Em reforço à imposição referida, a EC 20/98, por meio de seu art. 6º, expressamente adverte os dirigentes de entidades fechadas de previdência complementar e de entidades governamentais patrocinadoras que o descumprimento da prescrição de paridade contributiva, com os consequentes ajustes nos planos de benefícios e serviços, ensejaria a intervenção em tais instituições e a responsabilização civil e criminal dos respectivos dirigentes.

Eis os principais delineamentos do novo instituto idealizado pela Emenda Constitucional 20/98. Pelos contornos apresentados, é possível perceber que se trata da concretização de uma medida voltada para a

redução de dispêndios públicos e para uma racionalidade na gestão dos recursos públicos¹.

É cediço que planos previdenciários podem ser muito onerosos se muito generosos forem em seus benefícios. É sabido, também, que são numerosos os participantes e assistidos beneficiados por planos previdenciários oferecidos por entidades fechadas patrocinadas por entidades da Administração Pública direta e indireta.

Nesse sentido, a racionalização da gestão dos recursos públicos e uma redução de gastos públicos acabam por demandar a fixação de certos limites na conduta dos entes públicos enquanto patrocinadores de fundos de pensão. Quando se impõe uma restrição na contribuição dos patrocinadores públicos, inevitavelmente algumas benesses previstas nos planos de benefício terão que ser revistas, na medida em que poderão não ser mais viáveis atuarialmente.

A readequação dos benefícios ofertados pelas entidades fechadas de previdência complementar patrocinadas por entidades públicas, por uma perspectiva, é a outra face da moeda da imposição de uma restrição de conduta: a paridade contributiva imposta aos patrocinadores públicos.

Não é ocioso lembrar que a receita dos patrocinadores públicos advém dos tributos extraídos compulsoriamente de toda a sociedade ou dos preços pagos pela prestação de serviços públicos. A pressão para a sustentabilidade dos planos de benefícios patrocinados por entidades governamentais vai inevitavelmente pressionar a arrecadação dos tributos e preços públicos sobre o contribuinte.

Dessume-se daí que o equilíbrio almejado pelo constituinte reformador, entre a garantia de previdência para os empregados públicos e um nível razoável de arrecadação de tributos e de cobrança de preços públicos sobre toda a sociedade, passa por um maior comedimento com os dispêndios públicos e por um ajuste no equilíbrio entre a contribuição patronal e a contribuição do participante.

1 Tais anseios vão ao encontro de preocupações mais amplas com a sustentabilidade do sistema previdenciário brasileiro como um todo e com o déficit fiscal, apontadas na Exposição de Motivos da Emenda Constitucional 20/98.

Na literatura jurídica, convergem os entendimentos² a respeito da Emenda Constitucional 20/98, no sentido que a nova diretriz constitucional visa eliminar os exageros que ocorriam: situações em que os patrocinadores públicos chegavam a contribuir em proporções muito superiores às contribuições dos participantes. Convergem para considerar que a medida constitucional é um mandamento de moderação, de lisura e de redução de dispêndios públicos exacerbados em detrimento do erário.

2 A PARIDADE CONTRIBUTIVA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO E DAS LEIS COMPLEMENTARES 108 E 109, 2001

Feito este preâmbulo acerca do contexto político em que se deu a reforma, explicitadas as razões que levaram à inserção do instituto da paridade no bojo do art. 202 da Constituição Federal, cumpre, então, traçar um panorama acerca das percepções desta regra no âmbito da legislação que se dispôs a disciplinar o regime de previdência privada.

E, quando se trata da influência da Constituição sobre o plano infraconstitucional, ganha especial relevo um único vocábulo, constante do § 3º de seu art. 202, cuja presença (a depender do viés interpretativo) poderia por em xeque o aludido espírito de economicidade: o adjetivo normal atribuído à contribuição de responsabilidade do patrocinador.

A razão para tanto está no fato de se ter preceituado que a contribuição normal do patrocinador não pode exceder a do segurado, ao invés da simples menção de que a contribuição do patrocinador não poderia incorrer em tal excesso. Ao assim dispor, o Texto Constitucional deu margem para interpretações no sentido de que somente as contribuições normais estariam sujeitas à paridade.

Na linha de tal raciocínio, bastaria, então, que a lei trouxesse outras espécies de contribuição para que se abrissem flancos potencialmente supressores da necessidade de observância de responsabilidade na aplicação de recursos públicos na seara da previdência complementar.

Foi justamente o que ocorreu.

2 CEWEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. *Previdência Privada Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.204-205; RODRIGUES, Flávio Martins. *Fundos de Pensão: Temas Jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 64-66; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves & VILLELA, José Corrêa. *Previdência Privada Doutrina e Comentários à Lei Complementar n. 109/01*. São Paulo: LTR, 2005, p.42-53.

Tanto a Lei Complementar 108/2001 quanto a Lei Complementar 109/2001 trazem espécies contributivas que se contrapõem à figura da contribuição normal. Aquela, a contribuição facultativa, esta, a contribuição extraordinária. Apresentam-se, pois, duas linhas de pensamento.

A primeira delas se vale do disposto na LC 109/01. Seus adeptos³ defendem que, por ter a Constituição Federal mencionado tão-somente as contribuições normais, ao tratar da paridade contributiva (CF, art. 202, § 3^o), tal regramento não incidiria sobre as demais classificações de contribuições.

Desse modo, tendo o art. 19⁵ da LC 109/2001 previsto contribuições normais e contribuições extraordinárias, não haveria que se falar em paridade em relação às hipóteses abarcadas por esta última espécie. Consequentemente, em tais situações não existiria óbice para o aporte majoritário ou, por que não dizer, unilateral de recursos por parte do patrocinador público a entidades de previdência privada.

Tal fenômeno estaria legalmente autorizado não só a pretexto de custear déficit ou serviço passado de planos de benefícios, como em temerárias situações previstas genericamente como “outras finalidades não incluídas na contribuição normal”. Em última análise, caberia a um regulamento determinar em que casos um mandamento constitucional deveria ou não ser cumprido.

O fato é que, como será demonstrado a seguir, esta desarrazoada relativização – podendo evoluir para um completo esvaziamento – do

3 Nesse sentido sustentam: RODRIGUES, Flávio Martins. op. cit., p. 65-69; SANTOS, Jerônimo Jesus dos. *Previdência Privada Lei da Previdência Complementar Comentada*. Rio de Janeiro: Livraria Jurídica do Rio de Janeiro, 2004, p. 271.

4 Art. 202 [...].
[...]

§ 3^o É vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado.

5 Art. 19. As contribuições destinadas à constituição de reservas terão como finalidade prover o pagamento de benefícios de caráter previdenciário, observadas as especificidades previstas nesta Lei Complementar.

Parágrafo único. As contribuições referidas no caput classificam-se em:

I - normais, aquelas destinadas ao custeio dos benefícios previstos no respectivo plano; e

II - extraordinárias, aquelas destinadas ao custeio de déficits, serviço passado e outras finalidades não incluídas na contribuição normal.

mandamento constitucional em apreço se deve a uma leitura isolada da Lei Complementar 109 (norma geral do regime de previdência complementar), desatenta aos ditames da Lei Complementar 108 (especificamente voltada ao papel dos patrocinadores públicos neste regime).

A segunda linha de pensamento baseia-se na coexistência e harmonização dos dispositivos constantes de ambos os diplomas, de modo a alcançar a correta identificação do papel de cada qual na disciplina do que fora preceituado pela EC 20/98.

E, de fato, é este segundo ponto de vista o que pode oferecer a resposta de maior relevância no presente estudo, a qual de antemão já pode ser apresentada: o mandamento constitucional da paridade contributiva incide de modo pleno sobre qualquer que seja o aporte realizado pelo patrocinador público.

Afinal, é a Lei Complementar 108, de 29 de maio de 2001, na dicção de seu art. 1º, a responsável por regulamentar, entre outros, o § 3º do art. 202 da Constituição Federal:

Art. 1º A relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadores de entidades fechadas de previdência complementar, e suas respectivas entidades fechadas, a que se referem os §§ 3º, 4º, 5º e 6º do art. 202 da Constituição Federal, será disciplinada pelo disposto nesta Lei Complementar.

Significa dizer que, com relação às entidades reguladas pela LC 108/2001, o legislador optou por estabelecer que o conceito de contribuição normal constante do art. 202, § 3º, somente se contrapõe a uma espécie: a contribuição facultativa, sem contrapartida do patrocinador. É o que se pode inferir de seu art. 6º, § 2º⁶, onde se define qual contribuição pode ser prevista pelos planos de benefícios, além da contribuição normal.

6 Art. 6º [...].

[...]

§ 2º Além das contribuições normais, os planos poderão prever o aporte de recursos pelos participantes, a título de contribuição facultativa, sem contrapartida do patrocinador.

Cumprido esclarecer que tal constatação não constitui óbice à aplicação da LC 109, notadamente de seu art. 19, às entidades também regidas pela Lei Complementar 108. Mesmo porque, com relação a estas, não há qualquer diferenciação impeditiva da instituição de contribuições para o custeio de déficits, serviço passado⁷ entre outras finalidades. Na verdade, quanto a este específico ponto, há que se respeitar tão-somente uma peculiaridade: para as entidades submetidas somente à LC 109 este custeio poderá ser de responsabilidade exclusiva do patrocinador, enquanto, no caso daquelas também sob o pálio da LC 108, sua contribuição (a qualquer título) em hipótese alguma excederá a do participante.

Caberia, aqui, fazer uma alusão comparativa, com o fito de aclarar ainda mais a ideia de que a imposição de respeito à paridade contributiva estabelecida pela EC nº 20/98 e pela LC 108 não importa em nenhum óbice à aplicação integral dos institutos da LC 109 para as entidades patrocinadas por entes públicos. A rigor, apenas se estabelece uma exigência a mais, frise-se, a paridade contributiva. Esta particularidade específica das entidades patrocinadas por entes públicos leva alguns autores⁸ a se referirem à LC 108 como se fosse uma espécie de “lei de licitações” para tais entidades, “como forma de imbuir lisura compulsória”. Um exemplo a ilustrar a ideia apresentada seria de um Banco Público, o qual deve obedecer a legislação de licitações e contratos e também as exigências constitucionais de concurso público, o que, à toda evidência, não afasta a necessária observância às exigências da legislação do sistema financeiro brasileiro.

O equívoco residente na interpretação voltada a excluir a incidência da paridade nas chamadas contribuições extraordinárias está no fato de que tal entendimento se vale de um diploma voltado a estabelecer normas gerais (LC 109) para regulamentar um tema específico, tratado, em verdade, por norma igualmente específica (LC 108).

É que a Lei Complementar 109, como se extrai de seu art. 1^o, foi editada no intuito de regulamentar o caput do art. 202 da Constituição

7 “Serviço passado é (...) a tradução do service past americano. Quer dizer a cobertura de periódicos especificados em cada caso, espécie de jóia, desembolso havido com a obtenção de recursos para cobrir, por exemplo, o período de trabalho do participante antes da admissão na EFPC.” MARTINEZ, Wladimir Novaes. Comentários à Lei Básica da Previdência Complementar. São Paulo: LTr, 2003, p. 202.

8 WEINTRAUB, op. cit., p.204-205.

9 Art. 1^o O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, é facultativo, baseado na constituição de reservas que

Federal, que não cuida do instituto da paridade. Tal percepção fica evidente, quando a própria LC 108, em seu art. 2º, faz referência à LC 109, como sendo “[a] Lei Complementar que regula o caput do art. 202 da Constituição Federal:

Art. 2º As regras e os princípios gerais estabelecidos na Lei Complementar que regula o caput do art. 202 da Constituição Federal aplicam-se às entidades reguladas por esta Lei Complementar, ressalvadas as disposições específicas.

Em suma, a Lei Complementar 109 não poderia, quer em seu art. 19, quer em outros dispositivos, excepcionar o princípio da paridade inscrito no § 3º do art. 202 da CF, pelo fato de tal instituto não ser objeto de sua disciplina. Simplesmente não o “enxerga”. Nesse sentido pontua Wladimir Novaes Martinez:

A LBPC não tratou da paridade de contribuição (art. 202, §3º, da Constituição Federal), mas a Res. CGPC n. 1/00, à vista dos arts. 5º/6º da EC n.20/98, determinou a aludida paridade, a partir de 16.12.00 para as EPC patrocinadas por estatais ¹⁰.

Não há, desse modo, possibilidade de se contrapor o conceito de contribuição normal inscrito no citado § 3º do art. 202 ao de contribuição extraordinária previsto no art. 19 da LC 109, pois esta antonímia parte do falso pressuposto de que a contribuição normal deste mesmo art. 19 teria o idêntico significado da contribuição normal do Texto Constitucional, o que, de certo, não se sustenta. Trata-se de concepções absolutamente distintas, na medida em que, como dito, a LC 109 é absolutamente estranha ao instituto inscrito no § 3º do art. 202 da Constituição, tratado especificamente pela LC 108, a quem coube regulamentá-lo: “a relação (...) a que se referem os §§ 3º, 4º, 5º e 6º do art. 202 da Constituição Federal, será disciplinada pelo disposto nesta Lei Complementar [LC 108, art. 1º]”.

Noutros termos, tem-se que a base de toda a argumentação de inexigência de paridade nas contribuições extraordinárias apoia-se na seguinte premissa: quando o art. 202, § 3º determina que, em hipótese alguma, a contribuição normal do patrocinador poderá exceder a

garantam o benefício, nos termos do caput do art. 202 da Constituição Federal, observado o disposto nesta Lei Complementar.

10 MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários à Lei Básica da Previdência Complementar*. São Paulo: LTr, 2003, p. 198.

do segurado, contrario sensu, está a admitir que outras modalidades de contribuição não estariam abarcadas por esta obrigatoriedade. Como visto, esta chamada interpretação contrario sensu é equivocada, na medida em que o parâmetro de contraposição, ao invés de ser a classificação inscrita na própria lei que regulamenta este dispositivo constitucional – LC 108/2001 –, é substituído por previsão legal que não se volta a discipliná-lo (a LC 109/2001).

Diz-se que o instituto da paridade é, de fato, estranho à classificação instituída pela LC 109, em seu art. 19, pois o critério norteador que permeia é diverso: o da temporalidade, ou, nos termos de obra doutrinária coordenada por Wagner Balera, o da pontualidade¹¹:

As denominadas contribuições normais são aquelas ordinárias, rotineiras, as quais provêm tanto dos patrocinadores/instituidores, como dos participantes, destinadas diretamente ao pagamento dos benefícios de natureza previdenciária.

São aquelas que são processadas e posteriormente cobradas, destinando-se à constituição de reservas técnicas.

No entanto, mesmo ocorrendo a cobrança das contribuições normais, este ato, por si só, não significa que haverá o efetivo pagamento, verificando-se, assim, o déficit ou a falta de recolhimento dos contribuintes por serviços já prestados no âmbito do plano, referidos na norma como serviços passados.

Assim, *aquelas contribuições que não foram pagas pontualmente, transformaram-se, quando efetivamente recolhidas ao plano nas denominadas contribuições extraordinárias*, as quais, ao fim e ao cabo, são destinadas, igualmente à constituição de reservas. (grifado)

Como se infere do fragmento supracitado, o vocábulo normal, na concepção idealizada no art. 19, tem relação com a ideia de ordinário, rotineiro, que ocorre em períodos certos. Diferencia-se da noção de extraordinário justa e exclusivamente em razão do momento em que o aporte é efetivamente realizado. Isso evidencia que a classificação, repita-se, é pautada tão-somente pelo fator temporal.

11 BALERA, Wagner. *Comentários à Lei de Previdência Privada* – LC 109/2001. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 146-147.

Baseando-se nesta noção, inclusive, Wladimir Novaes Martinez minimiza a importância de se fazer tal diferenciação:

Diferente das normais (mas, em última análise, ainda destinada ao custeio de benefícios), as extraordinárias convergem para a composição de déficits. À evidência, trata-se de convenção e designação de cunho contábil porque, ao final do processo, essas importâncias prestar-se-ão para o pagamento de prestações como as normais.¹²

Ainda que se socorra da análise fria do vocábulo extraordinário, fora do contexto de previdência complementar, a noção de tempo, como critério diferenciador permanece, sob a roupagem da habitualidade:

EXTRAORDINÁRIO. Além do ordinário ou do que é de costume, é a significação do vocábulo, composto de extra (além, fora de) e de ordinário (usual, comum segundo o costume). Nesse sentido [...] vem por imposição de uma necessidade, fora do habitual.¹³ [...] ORDINÁRIO. Do latim *ordinarius*, de *ordo*, originariamente quer significar o que é posto em ordem, segundo a regra ou o costume. E, daí, sua significação técnica para exprimir o que está em ordem, é do costume ou se usa fazer, de que se deriva a significação de comum, usual, habitual.¹⁴

Por outro lado, a leitura da LC 108/01 evidencia, sem demandar grandes esforços hermenêuticos, que o critério utilizado para a classificação das contribuições nela tratadas é completamente diverso. Guia-se efetivamente pela ótica da responsabilidade. Ou seja, diferencia contribuições, como sendo de responsabilidade do patrocinador e dos participantes (normal) ou exclusivamente dos participantes, sem contrapartida do patrocinador (facultativas). Reafirma, ainda, em atenção ao princípio da paridade (o qual se dispõe a regulamentar) que a contribuição normal do patrocinador não poderá exceder à do participante:

Art. 6º O custeio dos planos de benefícios será responsabilidade do patrocinador e dos participantes, inclusive assistidos.

§ 1º A contribuição normal do patrocinador para plano de benefícios, em hipótese alguma, excederá a do participante, observado o disposto

¹² MARTINEZ, op. cit., p. 202.

¹³ SILVA, Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 341-342.

¹⁴ *Ibidem*, p. 577.

no art. 5º da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e as regras específicas emanadas do órgão regulador e fiscalizador.

§ 2º Além das contribuições normais, os planos poderão prever o aporte de recursos pelos participantes, a título de contribuição facultativa, sem contrapartida do patrocinador.

§ 3º É vedado ao patrocinador assumir encargos adicionais para o financiamento dos planos de benefícios, além daqueles previstos nos respectivos planos de custeio.

Em resumo, o fato de o custeio do serviço passado, de déficits, entre outras finalidades, ser mencionado apenas na Lei Complementar 109 não exclui a possibilidade de tal prática no que se refere às entidades regidas pela Lei Complementar 108. É perfeitamente possível o custeio de déficits por meio da instituição de contribuições extraordinárias, nos termos do art. 19 da LC 109, exigíveis das entidades fechadas patrocinadas por União, Estados, Distrito Federal ou Municípios.

O que não se pode admitir é que tal se dê sem a observância da paridade constitucionalmente prevista. Mesmo porque não há qualquer previsão na Lei Complementar 109 a respeito da exclusão de tal mandamento. Como já afirmado, a normatização dela constante passa ao largo desta questão, uma vez que este tema não é objeto de suas disposições.

Vale ressaltar, por oportuno, que esta percepção não foi ignorada pelo Conselho de Gestão da Previdência Complementar. É extraída do disposto no art. 29, notadamente de seu parágrafo único, da Resolução 26, de 29 de setembro de 2008, onde se trata do equacionamento do déficit de planos de benefícios administrados por entidades fechadas:

Art. 29. O resultado deficitário apurado no plano de benefícios deverá ser equacionado por participantes, assistidos e patrocinadores, observada a proporção quanto às contribuições normais vertidas no exercício em que apurado aquele resultado, sem prejuízo de ação regressiva contra dirigentes ou terceiros que tenham dado causa a dano ou prejuízo ao plano de benefícios administrado pela EFPC.

Parágrafo único. *Em relação aos planos de benefícios que não estejam sujeitos à disciplina da Lei Complementar nº 108, de 2001, o resultado deficitário poderá ser equacionado pelos patrocinadores, de forma exclusiva ou majoritária, sem a observância da proporção contributiva de que trata o caput.*

Como se pode notar, o dispositivo acima transcrito, no que tange ao *caput*, praticamente reproduz o que já vinha disposto também no caput do art. 2115 da Lei Complementar 109/01. Entretanto, acresce-lhe um parágrafo esclarecedor, de modo a lançar luzes sobre uma vedação antes implícita.

Ao preceituar que, em relação aos planos de benefício não sujeitos à LC 108/2001, o resultado deficitário poderá ser equacionado pelos patrocinadores de forma exclusiva ou majoritária, adverte, *contrario sensu*, que, naqueles sujeitos à LC 108/2001 há que se respeitar a proporção contributiva entre participantes, assistidos e patrocinadores.

Finalmente, não custa afastar ou dissociar a relação entre a responsabilidade pelo custeio do equacionamento do déficit e a responsabilidade por suas causas. A citada Resolução CGPC 26/2008 reproduz, neste ponto, o que a própria Lei Complementar 109/2001 já dizia, em seu art. 21: “[o] resultado deficitário (...) será equacionado por patrocinadores, participantes e assistidos (...), sem prejuízo de ação regressiva contra dirigentes ou terceiros que deram causa a dano ou prejuízo à entidade ...”.

Nem a LC 109/2001, nem a Resolução CGPC 26/2008, por consequência, admitem a hipótese de majoração de contribuição, ou assunção integral do déficit, levando-se em conta o seu causador.

Ao contrário, ambas, ao indicarem a possibilidade de ação regressiva contra quem quer que tenha dado causa ao dano ou prejuízo, dão conta de que esta apuração de culpa e eventual ressarcimento se darão em separado e que o eventual retorno de recursos equivalentes ao déficit será aplicado na redução de contribuições ou melhoria de benefícios:

Art. 21

[...]

§ 3º Na hipótese de retorno à entidade dos recursos equivalentes ao déficit previsto no caput deste artigo, em consequência de apuração de responsabilidade mediante ação judicial ou administrativa, os

15 Art. 21. O resultado deficitário nos planos ou nas entidades fechadas será equacionado por patrocinadores, participantes e assistidos, na proporção existente entre as suas contribuições, sem prejuízo de ação regressiva contra dirigentes ou terceiros que deram causa a dano ou prejuízo à entidade de previdência complementar.

respectivos valores deverão ser aplicados necessariamente na redução proporcional das contribuições devidas ao plano ou em melhoria dos benefícios. (Lei Complementar 109/2001)

Desse modo, tem-se por indiferente, para o fim específico de se fixar a proporção contributiva no equacionamento de déficits, a identificação do(s) agente(s) que tenha(m) eventualmente dado causa, ou de algum modo contribuído para o desequilíbrio atuarial que se busque corrigir.

3 CONCLUSÃO

Por meio da presente análise, foi possível demonstrar que a criação do instituto da paridade contributiva decorreu precipuamente da necessidade vislumbrada pelo constituinte reformador de maior comedimento com os dispêndios públicos. Consistiu num mecanismo de ajuste no equilíbrio entre as contribuições de participantes e patronais (cuja receita advém dos tributos extraídos compulsoriamente de toda a sociedade ou dos preços pagos pela prestação de serviços públicos), voltado a eliminar os exageros que ocorriam no estabelecimento de proporções contributivas muito superiores a cargo dos patrocinadores públicos.

Compulsando-se as determinações da EC 20/98 atinentes ao tema previdência complementar e o conteúdo das Leis Complementares 108 e 109 de 2001, responsáveis pela regulamentação das inovações implementadas pela Emenda, é possível compreender que a disciplina da paridade contributiva ficou a cargo exclusivo da LC 108.

Há que se atentar, portanto, para o equívoco em sua desarrazoada relativização e o conseqüente risco de se promover seu completo esvaziamento: uma leitura isolada da Lei Complementar 109 (norma geral do regime de previdência complementar), desatenta aos ditames da Lei Complementar 108 (especificamente voltada ao papel dos *patrocinadores públicos neste regime*).

É juridicamente inviável a contraposição do conceito de contribuição normal inscrito § 3º do art. 202 da Constituição da República ao de contribuição extraordinária previsto no art. 19 da LC 109. Esta antonímia parte do falso pressuposto de que a contribuição normal deste mesmo art. 19 teria o idêntico significado da contribuição normal do Texto Constitucional.

Como visto, em verdade, a LC 109 é absolutamente estranha ao instituto inscrito no § 3º do art. 202 da Constituição, tratado especificamente pela LC 108, a quem coube regulamentá-lo.

Portanto, pode-se afirmar com segurança que:

- a) a paridade contributiva, prevista no § 1º do art. 6º da Lei Complementar 108/2001 não se restringe às contribuições normais a que se refere o inciso I do parágrafo único do art. 19 da LC 109/2001; e
- b) esta determinação, prevista no § 3º do art. 202 da Constituição Federal e reproduzida no citado art. 6º, deve ser aplicada a toda e qualquer contribuição efetuada por patrocinador sujeito à disciplina da LC 108/2001, independentemente da classificação que lhe seja dada pela LC 109/2001.

REFERÊNCIAS

BALERA, Wagner (coordenação). *Comentários à Lei de Previdência Privada – LC 109/2001*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; VILLELA, José Corrêa. *Previdência Privada Doutrina e Comentários à Lei Complementar n. 109/01*. São Paulo: LTR, 2005.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários à Lei Básica da Previdência Complementar*. São Paulo: LTr, 2003.

RODRIGUES, Flávio Martins. *Fundos de Pensão: Temas Jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SANTOS, Jerônimo Jesus dos. *Previdência Privada Lei da Previdência Complementar Comentada*. Rio de Janeiro: Livraria Jurídica do Rio de Janeiro, 2004.

SILVA, Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. *Previdência Privada Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

A "NOVA" LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA E A VELHA QUESTÃO DO SEU CABIMENTO CONTRA DECISÕES JUDICIAIS

*THE "NEW" WRIT OF MANDAMUS ACT AND THE
OLD ISSUE OF ITS APPLICATION AGAINST LEGAL
DECISIONS*

Lucio Picanço Facci

*Procurador Federal, Mestrando em Ciências Jurídicas e Sociais na UFF.
Especialista em Direito Público pela UnB. Bacharel em Direito pela Universidade
Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Uma tentativa de sistematização da questão: os quatro momentos do cabimento do mandado de segurança para impugnar decisões judiciais; 1.1 Primeiro momento: a admissibilidade da impetração; 1.2 Segundo momento: o advento da Lei 1.533/51; 1.3 Terceiro momento: o *leading case* do Supremo Tribunal Federal; 1.4 Quarto momento: autorização para atribuir efeito suspensivo a agravo; 2 O retrocesso da "nova" lei quanto ao tema; 3 Conclusões; Referências.

RESUMO: O presente estudo faz uma abordagem crítica do inciso II do art. 5º da Lei nº 12.016 de 7 de agosto de 2009 – nova lei do mandado de segurança –, dispositivo que cuida especificamente das restrições da utilização do mandado de segurança contra decisões judiciais. Para tanto, será feito um breve histórico relativo à evolução legislativa, doutrinária e jurisprudencial a respeito do assunto. Após, procuraremos situar a nova lei no âmbito dos estágios históricos referidos para, ao final, concluirmos que esse diploma normativo deixou de enfrentar adequadamente o tema, tendo deixado de responder questões atuais quanto ao problema ainda vigente do mandado de segurança contra atos jurisdicionais.

PALAVRAS-CHAVE: Mandado de segurança. Atos jurisdicionais. Lei 12.016/2009.

ABSTRACT: This study makes a critical approach to item II of article 5 of Act n. 12.016 of August 7, 2009 – new Writ of Mandamus Act –, a provision that covers specifically the restrictions to the use of the writ of mandamus against legal decisions. To this end, a brief history will be show concerning the legislative, doctrine and jurisprudential developments in relation to the matter. Afterwards, we shall seek to situate the new law under the aforementioned historical stages and, finally, we shall conclude that this regulatory statute failed to adequately address the theme, and did not answer current questions as to the issue of the writ of mandamus against judicial acts.

KEYWORDS: Writ of Mandamus. Judicial acts. Act n. 12.016/2009.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 12.016 de 7 de agosto de 2009, conhecida como nova lei do mandado de segurança, dispõe expressamente em seu art. 5º, inciso II, que não se concederá mandado de segurança quando se tratar de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo.

Tal dispositivo, muito embora inserido em um diploma normativo recentemente promulgado, remonta a um antigo e ainda não solucionado problema: como utilizar o mandado de segurança para impugnar atos jurisdicionais de maneira a conciliar o dever de pleno respeito ao status de garantia constitucional dessa ação constitucional, insuscetível de ser abolido até mesmo por emenda à Constituição (art. 5º, LXIX c/c art. 60, §4º, IV, CRFB/88), com a necessidade de compatibilizá-lo ao sistema jurídico-processual vigente – do qual o mandado de segurança indubitavelmente faz parte – sem subvertê-lo.

Em virtude de ser o writ, ao mesmo tempo, garantia constitucional e instrumento processual tem tornado a tormentosa questão do mandado de segurança contra atos jurisdicionais presente nos estudos de Direito Constitucional e Processual desde o advento do mandado de segurança pela Constituição de 1934. Como procuraremos demonstrar a seguir e antecipamos nesta introdução, a nova lei disciplinadora dessa ação constitucional não apenas não conseguiu dar solução ao assunto como tampouco avançou em novos caminhos para a superação do problema.

1 UMA TENTATIVA DE SISTEMATIZAÇÃO DA QUESTÃO: OS QUATRO MOMENTOS DO CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA PARA IMPUGNAR DECISÕES JUDICIAIS

Numa tentativa de sistematização da controvérsia, podemos apontar quatro momentos diversos envolvendo a questão do cabimento do mandado de segurança para impugnar atos jurisdicionais típicos. Numa primeira etapa, a polêmica se estende da criação do writ pela Carta Constitucional de 1934 até o surgimento da Lei nº 1.533/51, revogado diploma do mandado de segurança; numa segunda fase, a controvérsia inicia-se com o advento da citada lei, perdurando até a ocorrência, no Supremo Tribunal Federal, do leading case consolidado no RE 76.909-RS,¹ relatado pelo Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE,

1 Julgado em 05.12.73 (RTJ 70/504).

este pondo termo inicial ao terceiro estágio, que se prolongou até as mudanças conferidas pela Lei n° 9.139/95 de 30 de novembro de 1995, mitigadora da regra da não suspensividade da interposição do recurso de agravo, conforme a ainda vigente redação do art. 558, CPC. Essa reforma legislativa deu início ao quarto momento da questão, o qual, a despeito da recente lei do mandado de segurança, se estende até os dias de hoje.²

1.1 PRIMEIRO MOMENTO: A ADMISSIBILIDADE DA IMPETRAÇÃO

À época da institucionalização da garantia pela Constituição de 1934, muitos argumentos surgiram com o escopo de obstar a utilização do mandado de segurança contra atos do Poder Judiciário. Nesta primeira fase, três correntes formaram-se a respeito do problema: a primeira, que podemos chamar de *radical*, negando, diante de qualquer hipótese, a admissibilidade do *writ* contra decisórios, sendo negadores absolutos do cabimento os juristas LUÍS EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL,³ CELSO AGRÍCOLA BARBI,⁴ THEMÍSTOCLES CAVALCANTI,⁵ ATALIBA VIANA,⁶ dentre outros; a segunda, que identificamos como *casuística*, aproximando-se mais da primeira corrente, admitindo o cabimento da garantia somente em casos excepcionalíssimos, quando não houvesse outro remédio processual idôneo para corrigir a lesão, participando desta corrente CASTRO NUNES, MACHADO GUIMARÃES, PHILADELFO AZEVEDO, ADERBAL FREIRE⁷ e outros; e, finalmente, a que chamamos de *liberal*, admitindo a ampla

2 A respeito da sistematização da polêmica, muito embora referindo apenas aos três primeiros momentos, ver ALVIM, Teresa Arruda. *Mandado de segurança contra ato judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 39; FERRAZ, Sergio. *Mandado de segurança (individual e coletivo) – aspectos polêmicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 97-98.

3 *Direito Processual Civil*. São Paulo : Saraiva, 1965, p. 58-64 *apud* WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional (princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro) e mandado de segurança contra ato jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 95.

4 *Do mandado de segurança*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 148-151.

5 É o que informa FERRAZ, Sergio. *Mandado de segurança (individual e coletivo) – aspectos polêmicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 98.

6 *Limites ao uso do mandado de segurança*, p. 39 *apud* TUCCI, Rogério Lauria. *Do mandado de segurança contra ato jurisdicional penal*. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 63.

7 Todos conforme noticia FERRAZ, Sergio. *Mandado de segurança (individual e coletivo) – aspectos polêmicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 98.

utilização do mandado de segurança para impugnar decisões judiciais,⁸ sendo AUGUSTO MEIRA um de seus defensores⁹.

O problema deveu-se à ausência de menção expressa pela Carta Constitucional de 1934, criadora do *writ*, em relação aos atos próprios do Poder Judiciário, qualificando como o objeto da impugnação do mandado de segurança os atos emanados de “qualquer autoridade”. A polêmica continuou a se estender, vez que a primeira lei regulamentadora do remédio (Lei nº 191/1936) e o Código de Processo Civil de 1939 não trataram de desfazer a dúvida.

Várias foram as razões engendradas por aqueles que não admitiam a utilização do remédio constitucional para sustar os efeitos de um ato proferido no exercício da função jurisdicional. Dentre muitos outros, apontava esta corrente o argumento segundo o qual a extensão desmedida do remédio propiciaria um regime de instabilidade dos julgados, acarretando conseqüências perniciosas para o sistema judiciário. Invocava-se, ainda, a revelia da parte contrária na relação surgida do mandado de segurança, vez que o impetrado contra ato judicial tem por autoridade coatora o Estado-Juiz, a quem cumpre fornecer as informações que a lei requer, impossibilitando que o autor ou réu da chamada ação originária se manifeste.¹⁰

Com o advento da Lei 1.533/51, desfêz-se a corrente negatória absoluta, uma vez que o diploma legal do *writ* admite, ainda que de maneira fortemente restritiva, a utilização do mandado de segurança contra decisões judiciais, perdendo objeto a discussão neste primeiro estágio.

1.2 SEGUNDO MOMENTO: O ADVENTO DA LEI 1.533/51

Podemos indicar como o estopim da segunda fase da celeuma a promulgação da Lei 1.533/51, diploma legal vigente do *mandamus*, que prevê em seu artigo 5º, inciso II, que *não se dará mandado de segurança para impugnar “despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correição”*.

8 WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional (princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro) e mandado de segurança contra ato jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 94.

9 FERRAZ, Sergio. *Mandado de segurança (individual e coletivo) – aspectos polêmicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 98.

10 Cf. J.M. SIDOU, Othon. *O mandado de segurança*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969. p. 300.

Corroborando a constitucionalidade do dispositivo, o Supremo Tribunal Federal sumulou entendimento no mesmo sentido da norma processual apontada, consubstanciado na Súmula nº 267 daquele Tribunal: “*não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição*”. Importante notar que tal restrição não constava das regulamentações anteriores acerca do *writ*.¹¹ A Lei nº 1.533/51, porém, também não logrou êxito na tentativa de suprimir as fundas divergências a respeito do cabimento do *mandamus* contra decisões do Poder Judiciário, levando MILTON FLAKS a dizer que “*não poderia ter sido mais infeliz a fórmula adotada, se o propósito do legislador foi pôr cobro ao dissídio que lavrava na doutrina e na jurisprudência*”. Como observou o aludido jurista, “*indiferentes à nova regulamentação, pela sua ambigüidade, julgados e escólios continuaram se dividindo como antes*”.¹²

Necessário se fazer uma interpretação histórica da norma contida no art. 5º, II, da Lei nº 1.533/51, promulgada ainda sob a vigência do Código de Processo Civil de 1939, onde nem todas as decisões sujeitavam-se a recurso, particularmente as interlocutórias, indicando-se especificamente as hipóteses de admissibilidade do agravo de instrumento para impugná-las. Fica evidente, portanto, o sistema altamente lacunoso previsto no antigo estatuto processual civil, restando mais desagasalhado o objeto da tutela do mandado de segurança, isto é, o direito líquido e certo lesado ou ameaçado de lesão, nos casos em que do decisório não coubesse recurso tendente a cessar os efeitos da prática do ato ilegal no exercício da função jurisdicional. Com o advento do vigente CPC de 1973, institucionaliza-se o princípio da ampla recorribilidade das decisões, abandonando-se a fórmula da especificidade dos casos em que se ensejará o reexame através da interposição do cabível recurso. Essa mudança reduziu as hipóteses em que o mandado de segurança poderia ser impetrado, tendo-se em conta a regra geral da ampla recorribilidade. E é em função deste aparente conflito, provocado pela redação da norma restritiva do art. 5º, II, da Lei nº 1.533/51, corroborada pelo Supremo Tribunal Federal em sua Súmula nº 267, que surgirão as divergências doutrinárias e pretorianas nesta segunda fase da polêmica.

Três correntes que se estabeleceram acerca da matéria neste segundo momento: a primeira seria a corrente dita *gramatical* ou *literal*, que aplicava com rigor a norma processual restritiva do alcance do *mandamus*, entendimento dominante nesta etapa; a segunda corrente, conhecida como *moderada*, aceitava a impetração quando inexistisse

11 Lei nº 191/36, art. 4º e Código de Processo Civil de 1939, art. 320.

12 FLAKS, Milton. *Mandado de segurança – pressupostos da impetração*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 173.

a previsão de recurso com efeito suspensivo pelas leis processuais; e, por último, a corrente *liberal* que, simplesmente, não levava em conta a norma restritiva da Lei 1.533/51, exigindo como pressupostos para a impetração do *writ* unicamente os parâmetros fixados pelo texto constitucional, ou seja, a ilegalidade do ato judicial violador de direito líquido e certo do impetrante, verificado mediante prova pré-constituída, sendo irrelevantes a previsão ou não de recursos assim como quais os efeitos de sua interposição.¹³

1.3 TERCEIRO MOMENTO: O LEADING CASE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Foi por meio do julgamento pelo plenário do Supremo Tribunal Federal do aludido RE nº 76.909, em 05.12.1973 relatado pelo Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE, que se iniciou o terceiro estágio da controvérsia referente às hipóteses de admissibilidade do mandado de segurança como remédio impugnativo dos atos jurisdicionais. O eminente Ministro, objetivando assentar uma doutrina acerca do problema, na elaboração de seu memorável voto, “*deu-se ao trabalho de coletar e classificar mais de quinhentos arrestos específicos, assim como de reunir as principais opiniões dogmáticas*”. Deste reconhecido esforço, foi possível traduzir, com o seu voto, nas palavras de MILTON FLAKS, “*um retrato perfeito e síntese magistral dos debates travados em torno do mandado de segurança e o ato de jurisdição, desde a criação do instituto até os dias atuais*”.¹⁴

Naquele acórdão fixou-se a tese de que seria possível o cabimento do *writ* contra ato judicial em que houvesse recurso próprio previsto, desde que este recurso fosse desprovido de efeito suspensivo e que o ato judicial desafiado causasse prejuízo irreparável ou de muito difícil reparação. O acórdão não foi unânime, mas esta foi a tese que restou vencedora. O que faz configurar como marco decisivo este julgamento é o fato de que, com ele, abrandou-se o rigor do entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal no mesmo sentido da norma restritiva do art. 5º, II, da Lei 1533/51. Com esta decisão, a Suprema Corte, em síntese, passou a admitir a impetração de mandados de segurança contra atos jurisdicionais sujeitos a reexame, porém em situações excepcionais.

13 É o que informa FERRAZ, Sergio. *Mandado de segurança (individual e coletivo) – aspectos polêmicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 98

14 Milton Flaks. FLAKS, Milton. *Mandado de segurança – pressupostos da impetração*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 183.

Vale transcrever a síntese conclusiva do voto histórico do Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE:

Em suma, condições para a admissibilidade do mandado de segurança contra ato judicial são, para mim, a não-suspensividade do recurso, acaso cabível, ou a falta de antecipação de eficácia da medida de correção a que também alude a lei, uma ou outra somada ao dano ameaçado por ilegalidade patente e manifesta do ato impugnado e, com menos exigência, relativamente a tal ilegalidade, àquele efetiva e objetivamente irreparável.¹⁵

Em seu voto, o Ministro relator chega a apontar para uma “dolorosa conclusão”, ao afirmar que “a jurisprudência, nossa e alheia, não ajuda decididamente na busca de diretrizes básicas que se possam adotar no tocante à afilativa questão.” Conclui com certa dose de pessimismo que a jurisprudência “cai, ao contrário, no casuísmo que Victor Nunes qualificou de lamentável e que, sem discordar inteiramente, não estou longe de considerar inevitável”.¹⁶

Como já dissemos, o abrandamento do rigor da Súmula nº 267 pelo próprio Supremo Tribunal Federal, com o julgamento do aludido *leading case*, conferiu novas perspectivas doutrinárias e pretorianas no enfrentamento do problema relativo à impugnação de atos jurisdicionais por meio do mandado de segurança. Aqui, também, múltiplas correntes se estabeleceram: (i) a corrente *legalista*, defensora da interpretação gramatical do comando restritivo constante no art. 5º, inciso II, da Lei nº 1.533/51 e, conseqüentemente, da aplicação rigorosa da Súmula nº 267 do Supremo Tribunal Federal¹⁷; (ii) o posicionamento *moderado*, predominante, que admite a impetração do *writ* quando para o ato jurisdicional atacado não houver a previsão de recurso idôneo a ensejar a suspensão de seus efeitos.¹⁸ Os defensores desta corrente porém divergem quanto a questões como, por exemplo, a obrigatoriedade ou não de interposição do recurso cabível sem efeito suspensivo juntamente

15 RE nº 76.909, 05-12-1973, *RTJ*, 70:515.

16 RE nº 76.909, 05-12-1973, *RTJ*, 70:515.

17 Por todos, FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 227.

18 Por todos, BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1989, pp. 136-150, e MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2001 (edição atualizada por Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes), p. 42-43.

com a impetração do mandado de segurança; se deve se exigir requisitos outros diversos daqueles que fixou a Constituição da República vigente para a utilização da ação constitucional contra decisões judiciais; e sobre a admissibilidade do mandado de segurança para impugnar sentenças revestidas de coisa julgada; e (iii) a corrente *liberal*, que admite o amplo manejo do *writ* contra decisão judicial, bastando, unicamente, a implementação dos pressupostos fixados pela norma constitucional.¹⁹

1.4 QUARTO MOMENTO: AUTORIZAÇÃO PARA ATRIBUIR EFEITO SUSPENSIVO A AGRAVO

Como corretamente notou TERESA ARRUDA ALVIM: “a problemática do mandado de segurança contra ato judicial encontra campo fértil nas decisões interlocutórias, contra as quais é interponível o recurso de agravo”.²⁰ E a respeito desta espécie de recurso, fundas mudanças ocorreram em nosso ordenamento, principalmente por força da Lei nº 9.139/95, de 30 de novembro de 1995, que conferiu nova redação ao art. 558 do CPC para mitigar a regra da não suspensividade da interposição deste recurso. Pela nova sistemática, o relator passou a poder, a pedido da parte, conceder efeito suspensivo ao agravo se comprovados o fundado receio de dano grave, de difícil ou impossível reparação e a plausibilidade do direito alegado.

Tal inovação legislativa representou uma diminuição dos casos em que seria necessária a impetração do mandado de segurança contra atos jurisdicionais tendo em vista que, como registrou JOSÉ DA SILVA PACHECO, após o advento da nova lei, nos casos em que do ato jurisdicional ilegal violador de direito líquido e certo da parte litigante não comportar a interposição de recurso com efeito suspensivo, “*em lugar do mandado de segurança basta um requerimento ao relator para obter a suspensão, de acordo com o texto da Lei 9.139/95*”.²¹ A possibilidade é

19 V. FERRAZ, Sergio. *Mandado de segurança (individual e coletivo) – aspectos polêmicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 101-102.

20 ALVIM, Teresa Arruda. Mandado de segurança contra ato judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 38. Assim também já observou Hely Lopes Meirelles: “os mandados de segurança para atribuição de efeito suspensivo a recursos eram, na grande maioria, relacionados a agravo de instrumento”. Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2001 (edição atualizada por Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes). p. 44.

21 PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 192. A mesma visão tem José dos Santos Carvalho Filho, para quem o problema da impetração do mandado de segurança contra atos jurisdicionais desprovidos de recurso com

extensível em relação às hipóteses em que a interposição da apelação não produzirá, em regra, a suspensividade da eficácia da decisão.

Por conta deste esvaziamento do manejo da ação constitucional para impugnar os decisórios, provocado pela relativização da regra da não suspensividade dos recursos de agravo e das apelações desprovidas de efeito suspensivo pelo advento da Lei nº 9.139/95 os Tribunais passaram a entender que o *writ* não mais poderia ser utilizado como o remédio idôneo para atacar toda e qualquer ilegalidade oriunda de decisão judicial que não pudesse ser cessada pela interposição do recurso cabível. Para tanto, impor-se-ia necessário somente o requerimento da parte interessada no sentido de pleitear a concessão do efeito suspensivo - comum ou ativo, conforme analisamos no capítulo anterior – ao relator do recurso. Assim já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

I – Antes do advento da Lei 9.139/95 (“lei do agravo”), admite-se a impetração de mandado de segurança contra decisão indeferitória de liminar em outro writ. Atualmente, contra a decisão monocrática que indefere liminar em writ, cabe tão-somente recurso de agravo de instrumento, e não outra ação de mandado de segurança. Hoje, não há mais que se falar em writ para conferir efeito suspensivo a recurso, nem em mandado de segurança como sucedâneo de recurso sem efeito suspensivo. Em suma, o mandado de segurança voltou ao seu leito natural, deixando de ser a panacéia de outrora. Precedente do STJ: RMS 5.854/PE.

II – Ainda que a decisão interlocutória seja de conteúdo negativo, a via adequada para impugná-la é o recurso de agravo de instrumento, ao qual pode ser conferido o denominado “efeito suspensivo ativo”. Interpretação teleológica do “novo” art. 558 do CPC. Precedentes dos Tribunais Regionais Federais.

III – Recurso ordinário conhecido, mas improvido²².

Com isso, entendemos que, atualmente, a impetração do mandado de segurança nos casos em que não haja recurso com efeito suspensivo,

efeito suspensivo “em grande parte foi resolvido pela nova disciplina do agravo, pela qual o recorrente pode, já com a interposição do recurso, requerer seja concedido efeito suspensivo ao recurso, impedindo a produção de efeitos danosos pelo ato judicial hostilizado”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 816.

²² ROMS 8516 / RS Relator o Ministro Adhemar Maciel, Segunda Turma, DJ data: 08/09/1997 pg:42435, julgado em 04/08/1997, à unanimidade, grifamos.

só poderá ser admitida após o devido requerimento de concessão do efeito suspensivo pela parte prejudicada ao relator do recurso, pois somente após esta decisão que poderá se atribuir ao recurso interposto a incapacidade de se fazer sustar os efeitos do decisório atacado. Importante ressaltarmos que a decisão indeferitória do efeito suspensivo ao recurso poderá ser reformada apenas “*no momento do julgamento do agravo*” (art. 527, parágrafo único, CPC) o que reforça ainda mais a tese do cabimento do *mandamus* nesta hipótese.

A modificação, entendemos, foi de todo positiva, impedindo a inevitável utilização da ação constitucional para todos os casos e restabelecendo o espírito, a vontade da sistemática relativa aos meios de impugnação contra atos jurisdicionais, onde os recursos são o instrumental impugnativo natural e o mandado de segurança – assim como os demais meios de ataque – é mecanismo complementar, preenchendo as lacunas e deficiências deste sistema. É o que pensa KAZUO WATANABE, para quem o *writ* não pode ser manejado, simplesmente:

*como remédio alternativo à livre opção do interessado, e, sim, como instrumento que completa o sistema de remédios organizados pelo legislador processual, cobrindo as falhas neste existentes no que diz com a tutela de direitos líquidos e certos.*²³

2 O RETROCESSO DA “NOVA” LEI QUANTO AO TEMA

A Lei nº 12.016 de 7 de agosto de 2009, ao prever laconicamente em seu art. 5º, inciso II que não se concederá mandado de segurança quando se tratar de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo, apenas se limitou a reproduzir a síntese conclusiva do acórdão referente ao RE 76.909-RS, julgado pelo STF no longínquo ano de 1973, deixando de procurar avançar no tema. O legislador limitou-se a se curvar a uma orientação que representa apenas um estágio remoto na longa e bastante rica evolução histórica legislativa, doutrinária e jurisprudencial alusiva às hipóteses de admissibilidade do mandado de segurança contra atos jurisdicionais.

Ainda que se admita que a “nova” lei procurou apenas consolidar entendimentos consagrados pela jurisprudência (o que, a nosso juízo,

²³ WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional (princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro) e mandado de segurança contra ato jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 106.

representa uma postura excessivamente passiva do legislador)²⁴, o que há de mais grave quanto ao seu art. 5º, II, é ter voltado no tempo, ter positivado uma solução aquém do momento atual. O problema do mandado de segurança conta atos jurisdicionais continua vivo e ainda no aguardo de novos caminhos para sua superação.

Com efeito, a nova sistemática adotada a partir 1995, referida no tópico anterior, não supre todas as lacunas do nosso ordenamento, havendo situações em que a eficácia do ato jurisdicional ilegal violador de direito líquido e certo subjetivo da parte litigante restará inatacável. É o que ocorre, por exemplo, nos casos em que (i) se determina que o agravo deveria ser interposto na modalidade retida, apesar de se verificar presentes os requisitos para admiti-lo como agravo de instrumento, em que seria possível fazer o pedido de concessão do efeito suspensivo; (ii) a eventual demora pelo acolhimento do requerimento da parte pelo relator do recurso sem efeito suspensivo não tornará possível a eficaz tutela do direito alegado; (iii) não há previsão de agravo para impugnar decisões interlocutórias, como ocorre no microssistema dos Juizados Especiais, por exemplo. Em hipóteses como essas, usadas exemplificativamente, persistirá o problema. Isto porque, aqui, a simples possibilidade de requerimento de concessão de efeito suspensivo a agravo não constitui medida bastante a amparar o direito líquido e certo violado ou ameaçado de lesão. A isso tudo, a “nova” lei parece responder simplesmente: nesses casos, caberá o mandado de segurança. Mas não responde a outras perguntas que o atual estágio do tema continua a formular: a qual órgão deve ser dirigido? Persiste ou não a exigência de ‘dano irreparável’ e ‘teratologia do decisório’ para a impetração da ação constitucional? Haverá necessidade de prosseguir com o recurso interposto sem efeito suspensivo simultaneamente à impetração do mandado de segurança?

Para além dessas indagações não respondidas pela nova lei, o legislador também não deveria ter olvidado dos novos tempos desejados pelas reformas processuais recentes e vindouras: efetividade do processo, celeridade para a entrega da prestação jurisdicional, resgate da confiança da sociedade no Judiciário, numa palavra: superação da crise do sistema de prestação de justiça em nosso país. É ilusório pretender um modelo de processo civil mais efetivo apenas a partir da supressão de recursos e garantias processuais esquecendo que o “bom e velho” mandado

24 O inciso III do art. 5º da lei é exemplo contudente desta omissão: limita-se a reproduzir o entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal, consubstanciado na Súmula nº 268, que prescreve: “não cabe mandado de segurança contra decisão judicial transitada em julgado”. A mesma orientação adotou o Tribunal Superior do Trabalho, consubstanciada em seu Enunciado nº 33.

de segurança seguirá sendo mais que um instrumento processual mas, por si só, uma garantia constitucional que apenas uma nova Constituição poderia (pelo menos em tese!) extinguir. O problema, obviamente, não está na existência da garantia, que poderá sempre ser utilizada pelos jurisdicionados contra ilegalidades do Estado-Juiz. O problema está no dever não cumprido pelo legislador de compatibilizar a salutar previsão do mandado de segurança em nossa Constituição com a pretendida prestação jurisdicional célere e efetiva. E a falha da nova lei não foi apenas não ter vencido esse desafio. Mas sequer ter se proposto a ele, tendo deixado escapar a preciosa oportunidade de indicar novos caminhos para a utilização adequada do mandado de segurança no âmbito dos meios de impugnação das decisões judiciais.

3 CONCLUSÕES

Tendo em vista sua índole dúplice de instrumento processual e garantia constitucional, o mandado de segurança desafia uma adequada solução no que toca às hipóteses de impetração para impugnar atos jurisdicionais. A recente Lei nº 10.016/2009 frustrou as expectativas de equacionar adequadamente o assunto, representando um retrocesso ao se limitar a positivar decisão do STF tomada há mais de 35 anos, tendo, com isso, ignorado todo o percurso histórico percorrido quanto ao assunto e deixado sem respostas diversas dúvidas decorrentes do atual estágio da controvérsia.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Teresa Arruda. *Mandado de segurança contra ato judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1989.

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

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança (individual e coletivo) – aspectos polêmicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

FLAKS, Milton. *Mandado de segurança – pressupostos da impetração*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e argüição de descumprimento de preceito fundamental*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2001 (edição atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes).

PACHECO, José da Silva. *A reclamação no STF e no STJ de acordo com a nova constituição*. RT, n. 646. São Paulo, p. 19-32.

SIDOU, J. M. Othon. *Do mandado de segurança*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

TUCCI, Rogério Lauria. *Do mandado de segurança contra ato jurisdicional penal*. São Paulo: Saraiva, 1978.

WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional (princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro) e mandado de segurança contra ato jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

**DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL: CONSIDERAÇÕES
SOBRE A PERSPECTIVA POSITIVISTA DE KELSEN
E HART E A PROPOSTA DE DWORKIN PARA SUA
SUPERACÃO**

***JUDICIAL DISCRETION: CONSIDERATIONS ABOUT THE
POSITIVISTIC PERSPECTIVE OF KELSEN AND HART AND THE
DWORKIN'S PROPOSAL TO OVERCOME IT***

*Lucio Picanço Facci
Procurador Federal*

*Mestrando em Ciências Jurídicas e Sociais na Universidade Federal Fluminense (UFF).
Especialista em Direito Público pela UnB. Bacharel em Direito pela Universidade
Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Decisão Judicial sob a ótica do Positivismo Jurídico; 1.1 Características Gerais; 1.2 O Caráter Político da Interpretação Judicial na Teoria Pura Do Direito de Hans Kelsen; 1.3 Discricionariedade Judicial no conceito de Direito de Herbert Hart; 2 Decisão Judicial e Princípios; 2.1 Para além do Texto: Superação do modelo Positivista na Contemporaneidade; 2.2 O papel do julgador na Teoria do Direito de Ronald Dworkin; 3 Conclusões; Referências.

RESUMO: O presente estudo pretende examinar a discricionariedade judicial, expressão referida neste trabalho sob a ótica oriunda do positivismo jurídico segundo a qual, ante uma ação judicial que não possa ser resolvida por uma regra formal de direito clara, estabelecida de antemão, o Judiciário teria “poder discricionário” para decidir o caso de uma maneira ou de outra. Para tanto, analisaremos o modelo positivista, apresentando seus traços característicos a partir dos estudos realizados por Hans Kelsen e Herbert Hart, os mais expressivos representantes dessa escola do pensamento jurídico. Como uma das vertentes críticas a esse pensamento, abordaremos alguns aspectos da formulação teórica de Ronald Dworkin no sentido de propor uma superação das soluções sustentadas pelo positivismo jurídico para a questão do papel do julgador ante as incompatibilidades ou lacunas legais.

PALAVRAS-CHAVE: Positivismo. Discricionariedade judicial. Princípios. Pós-positivismo. Casos difíceis.

ABSTRACT: This study aims to examine judicial discretion, that expression in this study originated from the perspective of legal positivism, according to which, before a lawsuit cannot be resolved by a formal rule of law clearly established beforehand, the judiciary would have “power discretionary” to decide if one way or another. Therefore, we will analyze the positivist model, presenting its characteristic traits from studies by Hans Kelsen and Herbert Hart, the most significant representatives of this school of legal thought. As one of the critical aspects that thought, we discuss some aspects of the theoretical formulation of Ronald Dworkin in order to propose solutions supported by overcoming legal positivism to the question of the role of the judge before the legal inconsistencies or gaps.

KEYWORDS: Positivism. Judicial discretion. Principles. Post-positivism. Difficult cases.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto analisar a discricionariedade judicial, expressão referida neste trabalho sob a ótica oriunda do positivismo jurídico segundo a qual, ante uma ação judicial que não possa ser resolvida por uma regra formal de direito clara, estabelecida de antemão, o Judiciário teria “poder discricionário” para decidir o caso de uma maneira ou de outra.

Para tanto, iremos inicialmente dedicar algumas linhas a respeito do modelo positivista, apresentando seus traços característicos a partir dos estudos realizados por alguns dos mais expressivos representantes dessa escola do pensamento jurídico: Hans Kelsen e Herbert Hart.

Após, buscando entabular uma crítica a tais modelos, abordaremos alguns aspectos do pensamento de Ronald Dworkin no sentido de propor uma superação das soluções fortemente afinadas com o positivismo jurídico para o problema das incompatibilidades ou lacunas legais.

1 DECISÃO JUDICIAL SOB A ÓTICA DO POSITIVISMO JURÍDICO

1.1 CARACTERÍSTICAS GERAIS

Como se sabe, é ao final da Idade Média, no início do século XVI, que surge o Estado moderno. Atribui-se a Nicolau Maquiavel a utilização do vocábulo com essa acepção pela primeira vez em seu famoso *O príncipe*, em 1513.¹ Neste processo, o poder político paulatinamente descola-se da Igreja, que conferia legitimidade a uma fundamentação dos direitos através de cosmovisões metafísicas ou religiosas, imunes à crítica e à reflexão.² Com as Revoluções Francesa e Inglesa, a soberania desloca seu centro de gravidade do monarca para o povo, retirando o poder do rei e o atribuindo à lei, e promovendo a transição histórica que superou o absolutismo pelo legalismo, identificado no primado na lei como premissa fundamental do Direito.

O advento e ampla influência do Código Civil de Napoleão passam a conferir plena afirmação ao direito positivo. Esse diploma pretendeu fundar o direito em bases seguras e unitárias, livre do caos

1 Neste sentido, v. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 51.

2 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. V. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. p. 131.

normativo do Antigo Regime e inspirado nos ideais racionalizadores do Iluminismo, gestados por uma suposta razão universal.³ Não por outra razão, surge na França por volta do século XIX a chamada Escola da Exegese, justamente em decorrência do fascínio em relação à lei e, em especial, ao Código Civil francês de 1804. Para essa Escola, o monopólio da revelação do Direito (juspositivismo) competia unicamente ao legislador, reduzindo o Direito estritamente à lei escrita, “não cabendo ao intérprete buscar a solução do caso em outras fontes, fora do texto legal, privilegiando-se, assim, a análise gramatical”⁴.

A partir da identificação plena do direito com a lei escrita, do positivismo jurídico decorrem, principalmente, o apego excessivo ao formalismo jurídico e a completa dissociação do Direito da Moral e da Ética.

A seguir, com vistas a acentuar as principais características do positivismo jurídico, iremos abordar alguns aspectos do pensamento de Hans Kelsen e Herbert Hart, dois importantes teóricos do Direito representantes desse modelo jurídico.

1.2 O CARÁTER POLÍTICO DA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL NA TEORIA PURA DO DIREITO DE HANS KELSEN

Pode-se afirmar que a principal finalidade da obra de Hans Kelsen foi conferir cientificidade ao Direito. Para tanto, seria preciso delimitar o campo jurídico, prevenindo-o de valorações de índole moral, ética ou política que, tendo em vista seu caráter controvertido, colocaria em risco a afirmação do Direito como ciência.

Para Kelsen, a ciência do Direito deveria ter um objeto formal autônomo e independente, livre de qualquer interferência extrajurídica. A sua *Teoria Pura do Direito*, como o próprio nome sugere, busca eliminar elementos alheios à matéria própria de uma teoria dos fenômenos jurídicos específicos de um sistema de Direito, tais como os trazidos das ciências naturais, da Sociologia, da Ética, da Psicologia e da Teoria Política.

Neste sentido, afirma o mestre vienense logo ao início da sua famosa obra:

3 SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2008. p. 67-68.

4 VELOSO, Zeno. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil* – arts. 1º a 6º. 2. ed. Belém: Unama, 2006. p. 91.

Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental⁵

Para alcançar a pureza do Direito pretendida, Kelsen sustentava inicialmente uma radical separação entre o *ser* e o *dever ser*, representando a exclusão do campo da ciência do Direito de todo e qualquer elemento oriundo das ciências naturais. Essa cisão resultou na total desconsideração da *causa* do domínio normativo do Direito: ao enunciar o que deve ocorrer, a norma não seria decorrência ou a explicação de fatos mas apenas sua provocação.

Outrossim, para o jurista austríaco deveria ser eliminado da Teoria do Direito não somente o momento causal mas ainda o *teleológico*, isto é, para a validade da norma seria indiferente a realização do seu fim. Para além disso: o sentido mesmo da norma só existiria enquanto houvesse a possibilidade de que não ocorresse o que ela manda, sob pena de transformar-se numa lei natural explicativa.

Para Kelsen, portanto, o jurista deve considerar os fatos apenas sob o ângulo da sua coincidência ou não com o conteúdo da norma, devendo desconsiderar sua sucessão causal ou mesmo sua ínsita finalidade. Nas suas palavras, “*a ciência jurídica, com efeito, não pretende, com as proposições jurídicas por ela formuladas, mostrar a conexão causal, mas a conexão de imputação, entre os elementos do seu objeto*”.⁶

Com a dissociação feita entre o Direito e a Moral, Kelsen alude a norma fundamental (*grundnorm*) como fundamento pressuposto de validade da Constituição, última norma jurídica positiva. Kelsen sugere que a Constituição seja suposta como válida em virtude dessa norma fundamental pressuposta, em razão da qual os legisladores constituintes foram investidos do poder legítimo de editar a Constituição. Assim, as

5 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 1.

6 *Ibidem*, p. 100.

normas constitucionais deveriam ser consideradas válidas pelo só fato de constarem da Constituição.⁷

Tais concepções promovem uma leitura do Direito não como norma mas como ordenamento, como sistema, a saber: como conjunto de normas formalmente coordenadas e conectadas entre si. Pela ótica kelseniana, seria impossível descobrir a natureza do direito a partir do exame de uma norma jurídica atomizada, eis que a característica fundamental do sistema jurídico é a coerência, o caráter completo e unidade do fundamento de validade.

Kelsen vê o Direito como um ordenamento de tipo dinâmico, cujas normas não estão conectadas em virtude de seu conteúdo, como ocorre com as normas morais, de tipo estático.⁸ As normas jurídicas se consideram válidas se editadas por uma autoridade competente de acordo com uma norma superior. O Direito, assim, é dotado de estrutura hierárquica e regula sua própria criação.

A partir da 2ª edição do seu *Teoria Pura do Direito*, em 1960, Kelsen passa a cuidar do tema da interpretação, fazendo distinção entre a *autêntica* e *científica*.⁹ Enquanto esta última se refere às proposições, isto é, às interpretações dos doutrinadores, a primeira, única dotada de validade e eminentemente *política*, seria a dada pelo juiz ao criar a norma individual para o caso.

Com efeito, Kelsen enxerga a decisão judicial apenas como a continuação do processo de criação jurídica, conferindo-lhe caráter normativo: a norma individual (sentença) vale na medida em que se ajusta a norma superior criadora dos órgãos encarregados de concretizar o ordenamento. A validade da norma individual não depende de sua conformidade com o *conteúdo* de uma norma geral superior e, acaso não extirpada do universo jurídico pelo meio indicado pelo ordenamento, é plenamente válida e deve ser cumprida e aplicada.

Assinala Kelsen:

Mas autêntica, isto é, criadora de Direito é-o a interpretação feita através de um órgão aplicador do Direito ainda quando cria Direito

7 KESLSEN, op. cit., p. 225.

8 KESLSEN, op. cit., p. 219.

9 Ibidem, p. 387.

apenas para um caso concreto, quer dizer, quando esse órgão apenas crie uma norma individual ou execute uma sanção. A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa¹⁰

Para o modelo kelseniano, portanto, a validade de uma decisão judicial se assenta tão-somente no fato de haver sido proferida por quem detinha competência segundo o ordenamento jurídico. A interpretação estaria, dessa maneira, fora da ciência do Direito pois corresponderia a um ato *político* do juiz, alheio ao campo científico do Direito e pertencente ao mundo da prática jurídica.

Nas palavras de Kelsen:

A interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Como conhecimento do seu objeto, ela não pode tomar qualquer decisão entre as possibilidades por si mesma reveladas, mas tem de deixar tal decisão ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o Direito. Um advogado que, no interesse do seu constituinte, propõe ao tribunal apenas uma das várias interpretações possíveis da norma jurídica a aplicar a certo caso, e um escritor que, num comentário, elege uma interpretação determinada, de entre as várias interpretações possíveis, como a única “acertada”, não realizam uma função jurídico-científica mas uma função jurídico-política (de política jurídica). Eles procuram exercer influência sobre a criação do Direito. Isto não lhes pode, evidentemente, ser proibido. Mas não o podem fazer em nome da ciência jurídica, como frequentemente fazem.¹¹

1.3 DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NO CONCEITO DE DIREITO DE HERBERT HART

Herbert Hart, jurisfilósofo britânico também de vertente positivista, promove uma distinção entre regra e hábito, ressaltando

¹⁰ KELSEN, op. cit., p. 394.

¹¹ Ibidem, p. 395-396.

a importância do ponto de vista “interno” para caracterizar a primeira: ao passo que o hábito expressa apenas uma conduta regular, uniforme, que o observador pode registrar do ponto de vista externo, a condição de existência das regras é a sua visão pelo grupo social como pautas ou critérios gerais de comportamento e da sua violação como ato censurável.

Assinala o famoso teórico do Direito que, como existem conceitos jurídicos sem definição precisa, as normas jurídicas são integradas por termos que, junto a um núcleo de significado suficientemente claro, carregam uma zona de indeterminação e incerteza à sua interpretação.

Como demonstra Genaro Carrió, jurista argentino estudioso da obra de Hart, o ordenamento jurídico na visão hartiana constitui um sistema *aberto* de normas, recusando por isso mesmo a tese da plenitude hermética ou finitude lógica da ordem jurídica¹². Nessa linha, afirma Hart o caráter criativo e construtivo da atividade jurisdicional ante os chamados “casos difíceis”, repudiando a tese da função meramente declarativa da jurisdição. Noutras palavras: a teoria analítica hartiana admite que o ordenamento jurídico é lacunoso e que os juízes dispõem de poder para criar o Direito.

Hart marca a distinção entre normas *primárias* (impositivas de condutas) e *secundárias* (de instituições centralizadas para criar e aplicar as normas primárias). Partindo de uma hipotética sociedade primitiva, conclui o pensador britânico que, eventual ausência de normas secundárias acarretaria graves distorções, decorrentes principalmente de três causas fundamentais:

- (i) insuficiente pressão social tendente ao cumprimento das normas impositivas de conduta, ante a ausência de órgãos específicos a esse fim;
- (ii) estaticidade do sistema, resultante da ausência de alteração e adaptação das normas às modificações ocorridas no plano fático, social;
- (iii) incerteza quanto ao sentido e alcance das normas primárias vigentes no sistema.¹³

12 CARRIÓ, Genaro. *Algunas palabras sobre las palabras de la ley*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1971, passim.

13 HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. Tradução Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986. p. 102-106

Hart aponta, portanto, para a necessidade de complementação das regras primárias pelas secundárias, de forma a conferir ao regime de regras um caráter de sistema. Na sua visão, o Direito pode ser caracterizado como uma união de regras primárias de obrigação com regras secundárias institucionais.

Ao contrário das normas primárias, as normas secundárias não criam obrigações, mas atribuem poderes. Na ótica hartiana, existem três tipos de normas secundárias:

- (i) de julgamento, disciplinadoras do processo e identificação dos órgãos e pessoas que devem julgar;¹⁴
- (ii) de alteração, que confere poder a um indivíduo ou corpo de indivíduos para introduzir novas regras primárias disciplinadoras da vida social;¹⁵ e
- (iii) de reconhecimento, que serve para estabelecer critérios dotadas de autoridade para identificar a regras válidas do ordenamento jurídico.¹⁶

Quanto às normas secundárias de reconhecimento (*rule of recognition*), Hart assinala que a sua existência não expressaria senão uma questão de fato, *in litteris*:

Uma tal questão não pode ser posta quanto à validade da própria regra de reconhecimento que faculta os critérios; esta não pode ser válida ou inválida, mas é simplesmente aceita como apropriada para tal utilização. Expressar este simples fato dizendo de forma pouco clara que a sua validade é 'suposta, mas não pode ser demonstrada', é como dizer que supomos, mas não podemos demonstrar, que a barra do metro-padrão em Paris, que é o teste último da correção de toda medida métrica, é ela própria correta.¹⁷

Assim, é possível identificar distinção entre a *grundnorm* de Kelsen e a *rule of recognition* de Hart: enquanto a existência ou validade da primeira deveria ser objeto de pressuposição, esta última não é válida nem

¹⁴ Ibidem, p. 106.

¹⁵ Ibidem, p. 105.

¹⁶ HART, op. cit., p. 104.

¹⁷ Ibidem, p. 120.

inválida – expressa uma existência fática, isto é, um fato efetivo referente à forma pela qual são identificadas as regras de um sistema eficaz.

2 DECISÃO JUDICIAL E A TEORIA DOS PRINCÍPIOS

2.1 PARA ALÉM DO TEXTO: SUPERAÇÃO DO MODELO POSITIVISTA NA CONTEMPORANEIDADE

Muito embora dotada de alto grau de generalidade, considerando que sob sua rubrica podem ser incluídas múltiplas escolas do pensamento jurídico que guardam importantes distinções teóricas entre si, certo é que a expressão “*pós-positivismo*”¹⁸ ou mesmo “*neopositivismo*”¹⁹ tem sido atualmente utilizada para designar modelos que representam uma ruptura com o positivismo jurídico, principalmente no que se refere à rígida separação entre o Direito e a Moral e a Política.

Com efeito, o fim da Segunda Guerra Mundial, com a derrota do fascismo na Itália e nazismo na Alemanha e a perplexidade planetária com as desumanidades praticadas sob amparo da legalidade (de que são exemplos marcantes o campo de concentração de Treblinka e a explosão das bombas atômicas em Hiroshima e Nagasaki), impôs uma releitura das concepções teóricas que concebiam o ordenamento jurídico como algo indiferente a valores éticos. Passa-se a repensar as regras jurídicas sob a perspectiva de sua relação com os princípios e os valores, quadra em que se encontra o Direito contemporâneo.

A dissociação do Direito para a Moral era sustentada pelo positivismo jurídico como resultante de uma concepção do Direito como um sistema que deveria ser neutro. Todavia, por ser insuficiente para garantir o efetivo controle dos abusos praticados pelo próprio Estado, o princípio da legalidade formal não se mostrou capaz de impedir o uso totalitário e antidemocrático do poder, podendo transformar “o delito em direito supremo”.²⁰

Sobre a relação entre Direito e Moral, cumpre registrar lição contundente de José Fernando de Castro Farias, in verbis:

18 Por todos, v. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 242.

19 Cf. CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo – direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 78.

20 ZAGREBELSKY, Gustavo. *A Lei, o Direito e a Constituição*. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos030101.html>>. Publicado em: 28 de nov.de 2003. Acesso em: 02/fev./2011.

Não podemos voltar à ética grega – na qual o direito e a ética estavam intimamente ligados –, mas também não podemos admitir a distinção que é comumente feita pela filosofia do sujeito entre a moral – referindo-se às relações sociais que caem sob a responsabilidade pessoal – e o direito e a justiça política – como âmbito das relações que são mediadas institucionalmente.

Devemos rejeitar a tese da neutralidade e da suposição de um sistema jurídico fechado, contestar a ideia de uma legitimação do direito através da simples legalidade do procedimento que normatiza o direito, a fim de vislumbrar o princípio hermenêutico de modo reconstrutivo. Neste sentido, é fundamental a articulação entre o direito e a moral. O direito e a moral se cruzam constantemente. A moral não é estranha ao direito, pois a regra de direito é precisamente o reconhecimento pela massa das consciências individuais da necessidade da aplicação de certos valores éticos e morais numa sociedade. Ao lado dos aspectos fático e normativo, o aspecto axiológico – consubstanciado nos valores que fundamentam o direito – é um elemento constitutivo da experiência jurídica.

O direito não está subordinado à moral no sentido de uma hierarquia de normas, mas existe uma “relação de complementariedade recíproca” entre o direito e a moral. Os princípios morais e as finalidades políticas devem ser traduzidos para a linguagem do direito e engatadas no código jurídico porque, como afirma Habermas, “em sociedades complexas, a moral só obtém efetividade em domínios vizinhos, quando é traduzida para código do direito”. Por trás do direito positivo existe um complexo sentido de validade do direito legítimo mas, sobretudo em decisões sobre princípios, os argumentos de ordem extralegal, considerações de tipo pragmático, ético e moral, devem traduzir-se em argumentos jurídicos.²¹

Sobre o tema, afirmam Antonio Carlos Diniz e Antônio Carlos Cavalcanti Maia:

Suprimida a rígida clivagem entre direito e moral, baluarte do positivismo jurídico até a obra de Hart, caminhamos a passos largos rumo a uma Teoria do Direito normativa, fortemente conectada com a Filosofia política e a Filosofia moral.²²

21 FARIAS, José Fernando de Castro. *Ética, Política e Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 281-282.

22 DINIZ, Antonio Carlos; MAIA, Antônio Carlos Cavalcanti. “*Pós-positivismo*”. In: BARRETO, Vicente (org). *Dicionário de filosofia do Direito*. Rio de Janeiro-São Leopoldo: Renovar/Unisinos, 2006, p. 650-651.

Diniz e Maia destacam cinco aspectos do modelo pós-positivista:

- a) inclusão de temas como os princípios gerais do Direito, a argumentação jurídica e a reflexão sobre o papel da hermenêutica jurídica;
- b) a importância dos casos difíceis;
- c) o abrandamento da dicotomia descrição/prescrição;
- d) a busca de um lugar teórico para além do jusnaturalismo e do positivismo jurídico;
- e) o papel dos princípios na resolução dos casos difíceis.²³

Iremos abordar a seguir especificamente o último desses aspectos, tendo em vista sua maior aproximação com a questão da discricionariedade judicial, objeto do presente estudo, e por representar o tema no qual Ronald Dworkin expõe um método de aplicação dos princípios para os casos difíceis e, com isso, formula uma crítica e propõe uma superação da proposta positivista para a solução dos problemas que não encontram resposta clara diretamente a partir dos textos legais.

2.2 O PAPEL DO JULGADOR NA TEORIA DO DIREITO DE RONALD DWORKIN

Ao tratar dos casos difíceis, artigo originariamente publicado na Revista da Faculdade de Direito de Harvard, em 1975 e posteriormente publicado como capítulo do seu livro “*Levando os direitos a sério*”, o jurisfilósofo americano Ronald Dworkin formula uma crítica à concepção positivista segundo a qual os juízes seriam possuidores de um “poder discricionário” para decidir casos que não encontravam solução direta pela simples leitura dos diplomas normativos. Para Dworkin, assim agindo, os juízes estariam a legislar novos direitos jurídicos, aplicando-os retroativamente ao caso em questão. Dworkin entende que essa teoria da decisão judicial é totalmente inadequada e defende uma teoria melhor.

Para Dworkin, mesmo nos casos difíceis o juiz deve descobrir quais são os direitos das partes e não criar novos direitos, *in litteris*:

²³ op. e loc. cit.

Em minha argumentação, afirmarei que, mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente. Já devo adiantar, porém, que essa teoria não pressupõe a existência de nenhum procedimento mecânico para demonstrar quais são os direitos das partes nos casos difíceis. Ao contrário, o argumento pressupõe que os juristas e juízes sensatos irão divergir frequentemente sobre os direitos jurídicos, assim como os cidadãos e os homens de Estado divergem sobre os direitos políticos. Este capítulo descreve as questões que juízes e juristas têm que enfrentar, sem garantir que todos eles dêem a mesma resposta a essas questões.²⁴

Sustenta o pensador norte-americano que os juízes não deveriam ser e não são legisladores delegados. Para justificar sua posição, estabelece uma distinção fundamental entre *argumentos de princípio* e *argumentos de política*:

Embora ambos justifiquem uma decisão política, os últimos mostram que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo (v.g., argumento em favor de um subsídio para a indústria aeronáutica, que apregoa que tal subvenção irá proteger a defesa nacional, é um argumento de política), ao passo que os *argumentos de princípio* mostram que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo (v.g., o argumento em favor das leis contra a discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito).²⁵

Para Dworkin, não foge à competência do Poder Legislativo aderir a argumentos de política. Mas as decisões judiciais *não originais* deverão sempre ser justificadas pelos argumentos de princípio, mesmo que a lei em si tenha sido gerada por uma política. Passa a problematizar essa afirmação com a ideia de caso difícil: “*se o caso em questão for um caso difícil, em que nenhuma regra estabelecida dita uma decisão em qualquer direção, pode parecer que uma decisão apropriada possa ser gerada seja por princípios seja por políticas.*” Para, em seguida, concluir que as decisões judiciais nos casos civis, mesmo em casos difíceis devem ser geradas por princípios e não por políticas.²⁶

24 DWORKIN, op. cit. p. 217.

25 Ibidem, p. 129.

26 DWORKIN, OP. CIT., p. 131-132.

Esclarece Dworkin que dois argumentos se combinam para sustentar o ideal de que a decisão judicial deve ser o menos original possível:

- (i) uma comunidade deve ser governada por pessoas eleitas pela maioria e responsáveis perante ela, como ocorre com os legisladores e não é o caso dos juízes, o que o impede de criar leis;
- (ii) se um juiz criar uma nova lei a aplicá-la retroativamente ao caso concreto, a parte perdedora será punida por ter violado um novo dever, criado pelo juiz após o fato.

Para Dworkin, essas duas objeções são muito fortes se oferecidas contra decisões judiciais geradas por *políticas*. Não constituem objeção a decisões geradas por princípio. Isso porque, quanto à alegada falta de legitimidade dos juízes, os argumentos de princípios não se fundamentam em pressupostos sobre os interesses e necessidades da comunidade; a objeção quanto à vedação de originalidade judicial também não tem força contra as decisões que aplicam princípios, baseadas no conjunto normativo existente e não criados judicialmente.

O referido jurisfilósofo critica a ideia de que o direito costumeiro reduziria a área do poder discricionário de um juiz mas não eliminaria inteiramente essa área. Para ele, essa tese é insatisfatória por dois motivos:

- (i) não elucida se alguma moralidade acha-se assentada no conjunto de decisões proferidas por outros juízes no passado; e
- (ii) os juízes não decidem os casos difíceis em duas etapas, avaliando primeiramente os limites das restrições institucionais para, só depois, resolver as coisas a seu modo.

Para Dworkin a tese dos direitos oferece resposta melhor e menos metafórica para a questão da interação entre a moralidade *pessoal* (do juiz) e a moralidade *institucional* (precedentes), *in verbis*:

A tese dos direitos, segundo a qual as decisões judiciais tornam efetivos os direitos políticos existentes, sugere uma explicação mais satisfatória do ponto de vista dessas duas exigências. Se essa tese é válida, a história institucional age não como uma restrição do juízo político dos juízes, mas como um componente de tal juízo, pois a história institucional faz parte do pano de fundo que qualquer juízo plausível sobre os direitos de um indivíduo deve levar em consideração. [...] Desse modo, desaparece a alegada tensão entre

originalidade judicial e história institucional: os juízes devem fazer novos julgamentos sobre os direitos das partes que a eles se apresentam, mas esses direitos políticos antes refletem as decisões políticas tomadas no passado do que a elas se opõe. Quando um juiz opta entre a regra estabelecida por um precedente e uma nova regra que se considera mais justa, ele não está fazendo uma escolha entre a história e a justiça. Em vez disso, faz um julgamento que requer uma certa conciliação entre considerações que em geral se combinam em qualquer cálculo de direitos políticos, mas que aqui competem uma com a outra. [...] Portanto, a tese dos direitos oferece uma explicação mais satisfatória a respeito do modo como os juízes utilizam o precedente nos casos difíceis, uma explicação melhor do que a oferecida por qualquer teoria que atribua um lugar mais proeminente à política.²⁷

Logo a seguir, Dworkin afirma que os juízes se sujeitam, assim como qualquer autoridade política, ao princípio da responsabilidade política. Isso implica no dever de justificação da sua decisão particular, através de um dever de coerência na forma de uma “consistência articulada”.²⁸

Dworkin irá tentar definir direitos institucionais a partir de uma analogia com o jogo de xadrez. Para ele, os direitos institucionais podem ser encontrados em vários tipos de instituições e, assim como um jogador de xadrez tem um direito enxadrístico de ganhar um ponto em um torneio sempre que der um xeque-mate em seu adversário, em uma democracia um cidadão tem o direito legislativo de ver cumpridas as leis que protegem sua liberdade de expressão. O pensador norte-americano aprofunda essa ideia e a usa para reafirmar sua crítica à tese positivista da discricionariedade judicial, conforme abaixo transcrito:

Temos, então, no caso do árbitro da partida de xadrez, um exemplo de uma autoridade cujas decisões sobre os direitos institucionais são consideradas como regidas por restrições institucionais, mesmo quando a força de tais restrições não for clara. Não achamos que ele seja livre para legislar, de modo intersticial, em um contexto de “textura aberta” de regras imprecisas. Se uma interpretação da regra que prevê a aplicação de uma penalidade protege a natureza do jogo e se uma outra não, os participantes têm um direito à primeira interpretação. Podemos encontrar, nesse caso relativamente simples, alguma característica geral

27 DWORKIN, op. cit., p. 136.

28 Ibidem, p. 138.

dos direitos institucionais nos casos difíceis, que será relevante para a decisão de um juiz em um caso jurídico difícil.²⁹

Conclui Dworkin que as partes têm direito ao melhor juízo do magistrado sobre a verdadeira natureza de seus direitos, ainda que as regras não sejam exaustivas e suficientemente claras, tratando-se de uma afirmação sobre as responsabilidades dos julgadores e das partes.³⁰

Enfatiza Dworkin a importância de dois conceitos: o de *intenção ou propósito de uma determinada lei* e o de *princípios implícitos às regras positivas do direito ou que neles estão inscritos*. Afirma que, juntos, esses conceitos definem os direitos jurídicos como uma *função* dos direitos políticos. Partindo de tais conceitos, o Dworkin irá inventar seu famoso juiz filósofo, *in litteris*:

Podemos, portanto, examinar de que modo um juiz filósofo poderia desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem. Descobriremos que ele formula essas teorias da mesma maneira que um árbitro filosófico construiria as características de um jogo. Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules. Eu suponho que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (*rationale*), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo.³¹

Dworkin irá sustentar que Hércules, o juiz de capacidade sobre-humanas que ele criou, deve desenvolver uma teoria da Constituição, procurando entender as regras que ela contém, as interpretações anteriores, e a filosofia política que embasa os direitos ali dispostos. Além disso, Hércules procurará a interpretação que vincula de modo mais satisfatório o disposto pelo Legislativo a partir das leis promulgadas e suas responsabilidades como juiz. Se perguntará qual argumento de princípio e de política convenceria o Poder Legislativo a promulgar

29 DWORKIN, *Ibidem*, p. 160.

30 *Ibidem*, p. 163.

31 DWORKIN, *op. cit.*, p. 165.

a lei sob estudo. Hércules também utilizará uma teoria política para interpretar a lei, para descobrir o seu fim.

Dworkin desenvolve, ainda, o passo seguinte na busca de Hércules pela melhor resposta ao caso concreto, consistente na análise dos precedentes, especialmente quando o problema a ele submetido não seja regulado por nenhuma lei. Ao analisar os precedentes, Hércules levará em conta os argumentos de *princípio* – e não de política – que o embasaram. Refere a um dado que deve ser considerado por Hércules: a *força gravitacional* dos precedentes:

Não obstante, os juízes parecem concordar que as decisões anteriores realmente contribuem na formulação de regras novas e controvertidas de uma maneira distinta do que no caso da interpretação. Eles aceitam, por unanimidade, que as decisões anteriores têm força gravitacional, mesmo quando divergem sobre o quê é essa força. É muito comum que o legislador se preocupe apenas com questões fundamentais de moralidade ou de política fundamental ao decidir como vai votar alguma questão específica. Ele não precisa mostrar que seu voto é coerente com os votos de seus colegas do poder legislativo, ou com os de legislaturas passadas. Um juiz, porém, só muito raramente irá mostrar este tipo de independência. Tentará, sempre, associar a justificação que ele fornece para uma decisão original às decisões que outros juízes ou funcionários tomaram no passado.³²

A força gravitacional de um precedente, para Dworkin, deve repousar na equidade: os casos semelhantes devem ser tratados do mesmo modo. Sustenta que, para definir a força gravitacional de um precedente, Hércules só levará em consideração os argumentos de princípio que justificam esse precedente. Essas ideias estão bem sintetizadas no trecho abaixo transcrito:

Hércules concluirá que sua doutrina da equidade oferece a única explicação adequada da prática do precedente em sua totalidade. Extrairá alguma outras conclusões sobre suas próprias responsabilidades quando da decisão de casos difíceis. A mais importante delas determina que ele deve limitar a força gravitacional das decisões anteriores à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar tais decisões. Se se considerasse que uma decisão anterior estivesse totalmente justificada por algum argumento de política, ela não teria força gravitacional alguma.³³

³² DWORKIN, op. cit., p. 175.

³³ DWORKIN, op. cit., p. 177.

Assim, Hércules construirá uma cadeia de princípios que fundamentam o direito costumeiro, a partir das justificações dadas nas decisões pretéritas. Esses princípios devem ser capazes de justificar de maneira coerente *porquê* determinadas decisões foram tomadas. Dworkin irá dizer que o direito pode até não ser uma trama inconsútil, mas o demandante tem o direito de pedir a Hércules que o trate como se fosse, isto é, como se o ordenamento fosse como algo inteiriço, sem emendas.

Mesmo seguindo todo esse caminho, Hércules sabe da possibilidade de encontrar decisões incoerentes. Por isso precisa também de uma teoria sobre os erros. Ele construirá a primeira parte de sua teoria dos erros por meio de dois conjuntos de distinções, *in verbis*:

Em primeiro lugar, distinguirá entre, de um lado, a autoridade específica de qualquer evento institucional, que corresponde ao seu poder de produzir, enquanto ato institucional, exatamente aquelas consequências institucionais que descreve e, por outro lado, sua força gravitacional. Se Hércules classificar algum evento como erro, ele não negará sua autoridade específica, mas estará negando sua força gravitacional, e não pode então, de modo consistente, apelar para essa força em outros argumentos. Ele também distinguirá entre erros enraizados e erros passíveis de correção; os primeiros são aqueles cuja autoridade específica acha-se estabelecida de tal maneira que ela sobrevive à perda de sua força gravitacional; os segundos são aqueles cuja autoridade específica depende da força gravitacional, de modo que ele não pode sobreviver à perda dela.³⁴

A segunda parte da sua teoria deve demonstrar que é melhor que exista uma teoria dos erros do que o seu não reconhecimento. Hércules utilizará duas ordens de argumentos para demonstrar que uma determinada corrente jurisprudencial está errada. Irá se valer de argumentos históricos ou de uma percepção geral da comunidade, para mostrar que um determinado princípio que já foi historicamente importante, hoje não é mais, não exerce força suficiente para gerar uma decisão jurídica. Também utilizará argumentos de moralidade política, demonstrando que tal decisão ou princípio fere a equidade.³⁵

Dworkin responde ainda a uma eventual objeção, que ele chama de “*política*”, segundo a qual Hércules decidiria com base em suas próprias

34 DWORKIN, op. cit., p. 189.

35 DWORKIN, op. cit., p. 192.

convicções e preferências, o pareceria injusto, contrário à democracia e ofensivo ao princípio geral de direito.

A esse respeito, assinala Dworkin:

Trata-se, na verdade, de uma objeção ao fato de ele (e aqui ele se refere ao juiz Hércules) confiar na solidez de algumas de suas convicções; esta objeção sustenta que ele deve acatar certos juízos emitidos por outros ainda que, em sua opinião, tais juízos estejam errados. É difícil, contudo, ver quais de seus juízos a objeção supõe que ele deva submeter aos outros. Não teríamos este tipo de problema se Hércules tivesse aceito, em vez de recusar, uma teoria corrente da decisão judicial.³⁶

Aqui, se refere à tese positivista segundo a qual os juízes devem primeiro procurar a resposta no direito explícito e, se o mesmo não solucionar o caso, teria o juiz poder discricionário para decidi-los livremente. Para ilustrar este tipo de pensamento, Dworkin cria outro juiz, a que ele dá o nome de Herbert. A diferença entre o modo de decidir adotado por Herbert (juiz *positivista*) e por Hércules (juiz que adota a *tese dos direitos*) é tratada pelo pensador norte-americano da seguinte maneira:

Em todo caso, porém, estes argumentos que parecem feitos sob medida para Herbert, casam perplexidade enquanto argumentos contra Hércules. Hércules não encontra, primeiro, os limites do direito, para só então mobilizar suas próprias convicções políticas de modo que complemente o que o direito exige. Utiliza seu próprio juízo para determinar que os direitos têm as partes que a ele se apresentam. Quando esse juízo é emitido, nada resta que se possa submeter a suas convicções ou à opinião pública.

[...]

Esses casos hipotéticos demonstram que a objeção concebida contra Herbert tem muito pouco valor enquanto objeção contra Hércules. A teoria da decisão judicial de Hércules não configura, em momento algum, nenhuma escolha entre suas próprias convicções políticas e aquelas que ele considera como as convicções políticas do conjunto da comunidade. Ao contrário, sua teoria identifica uma concepção particular de moralidade comunitária como um fator decisivo para os problemas jurídicos; essa concepção sustenta que a moralidade comunitária é a moralidade política que as leis

³⁶ DWORKIN, op. cit., p. 194.

e as instituições da comunidade pressupõem. Ele deve, por certo, basear-se em seu próprio juízo para determinar que princípios de moralidade são estes, mas essa forma de apoio é a segunda daquelas que distinguimos, uma forma que é inevitável em qualquer nível.³⁷

3 CONCLUSÃO

O positivismo jurídico procurou carrear ao Direito máxima objetividade científica, equipando-o à Lei e promovendo o seu afastamento da filosofia e de novas reflexões, tendo exercido forte influência sobre o pensamento jurídico da primeira metade do século XX, principalmente a partir da edição da *teoria pura do direito* de Hans Kelsen e do *conceito de Direito* de Herbert Hart.

Ambos os pensadores conferiam ao magistrado ampla margem de liberdade para decidir os casos concretos: pela perspectiva *kelseniana*, a validade de uma decisão judicial decorre apenas do fato de ter sido proferida por quem detinha competência segundo o ordenamento jurídico e corresponde a um ato político do juiz, alheio ao campo científico do Direito e pertencente ao mundo da prática jurídica; pelo ângulo da teoria analítica *hartiana*, o ordenamento jurídico é lacunoso e os juízes dispõem de poder para criar o Direito, devendo ser reconhecido o caráter criativo e construtivo da atividade jurisdicional ante os chamados “casos difíceis” e repudiada a tese da função meramente declarativa da jurisdição.

O ocaso do positivismo jurídico é associado à derrota dos regimes autoritários (fascismo e nazismo) bem como às desumanidades praticadas na 2ª Guerra Mundial sob o amparo da legalidade formal. Após esse momento histórico, as reflexões sobre eticidade e a incidência dos valores e princípios passam a ocupar com maior ênfase o pensamento jurídico, abrindo-se espaço para novas reflexões no campo do Direito, onde se incluem a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de sua relação com os valores e regras.

Ainda que não possua grande valor científico, tendo em vista seu alto grau de generalidade, a expressão “*pós-positivismo*” ou “*neopositivismo*” pretende designar os modelos que representam uma ruptura com o positivismo jurídico, principalmente no que se refere à rígida separação entre o Direito e a Moral e a Política.

³⁷ DWORKIN, op. cit., p. 196-197.

Dentre as teorias críticas ao positivismo jurídico, destacamos alguns aspectos do pensamento de Ronald Dworkin quanto à aplicação do direito. Ao sustentar, por exemplo, que as decisões judiciais não devem se amparar em argumentos de política, mas de princípios, e que, mesmo nos casos difíceis, o juiz deve descobrir quais são os direitos das partes e não criar novos direitos, o jurista norte-americano marca sua distinção teórica com o positivismo jurídico ao elaborar uma proposta de superação das fórmulas positivistas a respeito do papel do julgador na teoria do Direito.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo – direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CARRIÓ, Genaro. *Algunas palabras sobre las palabras de la ley*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1971.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DINIZ, Antonio Carlos; MAIA, Antônio Carlos Cavalcanti. “Pós-positivismo”. In: BARRETO, Vicente (org.). *Dicionário de filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: São Leopoldo: Renovar/Unisinos, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FARIAS, José Fernando de Castro. *Ética, Política e Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v.I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2008.

VELOSO, Zeno. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil – arts. 1º a 6º*. 2. ed. Belém: Unama, 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *A Lei, o Direito e a Constituição*. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos030101.html>>. Publicado em: 28 nov. de 2003. Acesso em: 02/fev./2011.

O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SUA REPERCUSSÃO NA INVALIDAÇÃO ADMINISTRATIVA

*THE PRINCIPLE OF GOOD FAITH IN PUBLIC ADMINISTRATION
AND ITS IMPACT ON ADMINISTRATIVE INVALIDATION*

Márcio Luís Dutra de Souza

Advogado da União, Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Especialista em Direito Público pela UnB. Pós-graduando em Direito Econômico e Internacional pela Universidade Estadual de Londrina

SUMÁRIO: Introdução; 1 O princípio da legalidade no Estado Democrático de Direito; 1.1 A gênese do princípio da legalidade; 1.2 O princípio da legalidade à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito; 1.3 A normatividade dos princípios; 2 A significação do princípio da boa-fé; 2.1 As fontes históricas do princípio da boa-fé; 2.2 A boa-fé subjetiva e objetiva; 2.3 A tutela da confiança nas concreções da boa-fé; 3 O princípio da boa-fé no âmbito da Administração Pública; 3.1 A aplicação do princípio da boa-fé no exercício da função

administrativa; 3.2 As fontes normativas do princípio da boa-fé no Direito Administrativo; 3.3 A distinção da boa-fé na Administração Pública e a segurança jurídica; 4 Os limites da invalidação administrativa em face do princípio da boa-fé; 4.1 O princípio da autotutela da administração pública; 4.2 Os limites ao poder/dever de invalidar em decorrência do princípio da boa-fé; 4.3 A jurisprudência brasileira sobre os limites à invalidação administrativa em decorrência do princípio da boa-fé; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este artigo versa sobre o estudo acerca da aplicação do princípio da boa-fé na Administração Pública, no tocante a repercussão deste princípio no controle dos atos administrativos. O presente trabalho se inicia a partir da análise do princípio da legalidade sob o enfoque do Estado Democrático de Direito. Em seguida, ingressou-se no exame do princípio da boa-fé, com considerações sobre sua origem, distinção entre os aspectos objetivo e subjetivo, além de discorrer sobre sua vinculação com o princípio da confiança. Após o exame do seu conteúdo, sustentou-se o seu emprego na função administrativa, precisamente nos vínculos firmados entre o Poder Público e o administrado, com referência as fontes normativas no âmbito do Direito Administrativo. Defendeu-se os limites impostos à Administração em anular atos administrativos ampliativos de direitos, quando violem deveres inerentes da boa-fé, tais como a confiança, cooperação, transparência e lealdade. Em sede de conclusão, afirma-se que a administração tem o dever de proceder de boa-fé em suas relações com os particulares, assegurando a segurança jurídica quanto aos propósitos das ações administrativas por ele encetadas.

PALAVRAS-CHAVE: Legalidade. Estado Democrático de Direito. Boa-fé. Invalidação administrativa. Confiança.

ABSTRACT: This article is an study of the application of the principle of good faith in public administration, regarding the impact of this principle in control of administrative acts. This paper begins analyzing the principle of legality under the focus of a democratic state. Then entered on the examination of the principle of good faith, considering differences between objective and subjective aspects, and yours vinculation to the principle of trust. After that, held up his job in the administrative role, precisely the links made between the Government and administered with reference to the normative sources as part of administrative law. This article defend the limits imposed on government

to annul administrative acts ampliative of rights, while violating the duties of good faith, such as trust, cooperation, transparency and loyalty. On conclusion, it is stated that the administration has a duty to act in good faith in their dealings with individuals, ensuring certainty as to the purposes of administrative actions initiated by him.

KEYWORDS: Legality. Democratic State of Law. Good faith. Administrative invalidation. Trust.

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo desenvolver um estudo a respeito da invalidação dos atos administrativos, concernente aos limites impostos à Administração Pública no exercício da sua prerrogativa de anulá-los quando eivados de vícios de ilegalidade, ou seja, quando tais atos estejam em desacordo com as normas legais incidentes na matéria.

Pode-se afirmar que o princípio da legalidade, representação mais evidente do Estado de Direito, constitui a norma-matriz do regime jurídico-constitucional aplicado à Administração Pública, segundo o qual a função administrativa é realizada nos termos da lei, isto é, respeitando as normas do ordenamento jurídico, sob pena de nulidade. Nesse contexto, depreende-se a clara existência de hierarquia entre a lei e o ato administrativo, devendo este jungir-se dentro dos limites legais.

Portanto, na hipótese da autoridade administrativa se deparar com um ato administrativo praticado com inobservância aos preceitos legais, surge o dever de anulá-lo, em respeito aos princípios aos quais se submete, notadamente o da legalidade e da predominância do interesse público sobre o particular. Sendo o objetivo do administrador a consecução do interesse público, não há como impedi-lo de exercer a autotutela sobre seus próprios atos, o que se constitui em um dever imposto à Administração Pública.

Cumprе ressaltar, no entanto, que, no exercício do controle do ato administrativo, não se poderá ter como parâmetro apenas o princípio da legalidade, uma vez que há novos paradigmas de controle do ato administrativo, diretamente deduzidos do princípio do Estado Democrático de Direito, um modelo de Estado estabelecido pela Constituição Federal, ao qual é assegurado amplo espectro de garantias constitucionais e fixados princípios com densidade normativa superior às das regras, entre dentre eles o da dignidade da pessoa humana,

fazendo com que a atuação da Administração Pública passe de uma concepção fechada do princípio da legalidade, estrita ao texto da lei, para uma atuação em conformidade com o Direito, vale dizer, à totalidade do complexo sistema de fontes que conforma o ordenamento jurídico.

Com efeito, o ato administrativo não deve ser apenas contrastado com o princípio da legalidade, mas também deverá ser valorado sob o enfoque dos demais princípios de Direito Público de igual hierarquia que, da mesma forma, regem a atividade administrativa, tais como os princípios da moralidade, impessoalidade, segurança jurídica, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade e a boa-fé. Logo, é possível que o princípio da legalidade seja mitigado, fazendo preponderar outros princípios igualmente relevantes, de modo que possa melhor atender o interesse público.

Neste contexto, pode-se afirmar que o princípio da boa-fé atua como importante elemento para aferição da legitimidade de um ato administrativo, sob o fundamento da necessidade de se proteger a confiança do administrado na estabilidade das relações jurídicas firmadas com a Administração Pública. Com efeito, dentre as funções do princípio da boa-fé, no âmbito da Administração Pública, está a de conservar os vínculos firmados entre a Administração e o administrado, baseando-se nos princípios da confiança, lealdade e verdade, os quais constituem elementos materiais da boa-fé, de modo que se possa flexibilizar ou temperar o princípio da estrita legalidade.

Assim, o presente estudo visa estudar o princípio da boa-fé como fator limitador da invalidação administrativa por parte da Administração Pública. Tal princípio, intensamente versado no direito privado, sobretudo nas relações negociais, e até mesmo no âmbito do direito internacional, carece de um maior desenvolvimento na esfera do direito público, sendo poucos, inclusive, os estudos sobre o tema aplicáveis ao direito administrativo, razão da nossa opção pelo seu desenvolvimento no artigo em tela, muito embora já se tenha constatado trabalhos de cunho doutrinário sobre o tema.

Muito embora o princípio da boa-fé tenha, no âmbito do direito privado, um maior desenvolvimento e aplicação é indubitável sua importância nas relações de direito público, dadas as múltiplas relações do Estado com os cidadãos, com várias espécies de regulação, sendo comum a ocorrência de interpretações equivocadas da norma, ou mesmo transgressões explícitas, de modo que se avolumam casos de outorga de

direitos ou benefícios advindos de atos administrativos que foram, após um longo tempo, considerados ilegais. Assim, o princípio da boa-fé seria um fator limitador da anulação de atos administrativos, resguardando-se os direitos subjetivos regularmente constituídos.

Feitas estas considerações, o presente trabalho abordará, inicialmente, os ensinamentos da doutrina tradicional a respeito do princípio da legalidade e a inserção de tal princípio no Estado Democrático de Direito. A seguir se adentrará nas concepções do princípio da boa-fé e sua vinculação com a tutela da confiança para que, após, se possa discorrer especificamente sobre o princípio da boa-fé no direito administrativo e sua implicação na invalidação administrativa. Na parte final, se exporá sobre o posicionamento da jurisprudência nacional a respeito do tema.

CAPÍTULO 1 - O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1.1 A GÊNESE DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Insta salientar que a noção de Administração Pública somente se configurou na forma como conhecemos hoje a partir da consagração do Estado de Direito, reação à fase anterior ao Estado Moderno, denominado de “Estado de Polícia”, modelo vigente nos Estados absolutistas, consubstanciado na vontade do rei como fonte de todo o Direito, onde o cidadão era qualificado como “súdito” e se curvava às imposições unilaterais do soberano.

O Estado de Direito veio a promover uma profunda mudança de paradigma¹, em face das ideias políticas então vigentes, ao afirmar a submissão do Estado à lei, ao Direito, a regular a ação dos detentores do Poder nas relações com os administrados, de modo a assegurar a proteção aos direitos fundamentais dos indivíduos, entre os quais as liberdades individuais, trazendo, como bem colocado por Celso Antonio

¹ A noção de paradigma foi introduzida na moderna epistemologia por Thomas S. Kuhn para descrever a seleção, por uma comunidade científica, das questões relevantes para uma determinada ciência. Nesse sentido, paradigmas são “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”. Os paradigmas contêm ideologias ou visões de mundo que fornecem uma série de pressupostos necessários à interpretação concreta de direitos. Fonte: MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. *Texto-base 1: A noção de administração pública e os critérios de sua atuação*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2009. 34 p. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/file.php/9/Biblioteca/Textos-base/1_-_Texto-base_1.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2010.

Bandeira de Mello² “uma antítese ao período histórico precedente - o do Estado de Polícia, ao disciplinar o exercício do Poder, sua contenção e a inauguração dos direitos dos, já agora administrados – não mais súditos”.

Este modelo de Estado é fruto de duas ideias que revolucionaram a concepção de Estado, e abriram espaço para grandes conquistas democráticas, a saber: a separação dos Poderes, retirando do Poder Executivo a competência de ditar leis gerais, já que estas constituem expressão da vontade geral representada pelo parlamento², e a soberania popular, encampada por Rousseau, traduzida no deslocamento da soberania para o povo, de modo que este passa a determinar seu próprio destino, por meio do instrumento chamado “lei”³.

Logo, houve a substituição da vontade do soberano, como fonte do Direito, para a concepção de lei enquanto expressão da vontade geral, com o objetivo de restringir os poderes da administração e regular a atividade administrativa. A partir daí, pode-se falar em proteção dos indivíduos contra o arbítrio do Estado, ou seja, só a lei poderá definir e limitar o exercício dos direitos individuais. O interesse individual só cede ante os interesses públicos, e estes são estabelecidos pela lei, não pela vontade isolada do príncipe.⁴ Destarte, o poder só é exercido de forma legítima quando regulado pela lei.

Portanto, o princípio da legalidade e o próprio Direito Administrativo surgem com o Estado de Direito, pois é o Direito que regula as atividades da Administração, bem como as relações entre aquele e os administrados, não com o fim de restringir os interesses ou direitos do cidadão ou submetê-lo aos interesses do Estado, mas exatamente para regular a atuação do Estado e mantê-la em consonância com as disposições legais, dentro desse espírito protetor do cidadão contra eventuais abusos dos detentores do exercício do Poder Estatal.⁵

O princípio da legalidade está consagrado, entre nós, na Constituição Federal de 1988, precisamente no artigo 5º, inciso II, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, e no artigo 37, *caput*, ao dispor que a administração pública direta e indireta, de qualquer dos Poderes da

2 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 21.

3 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. p. 47.

4 SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros 1992. p. 45.

5 MELLO, op. cit., p. 47.

União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

1.2 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE À LUZ DO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Todavia, a exata compreensão do princípio da legalidade deverá ser analisada a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito. Trata-se de um “modelo de Estado com fortes vertentes axiológicas, não ideológico, plural, que admite todas as correntes políticas como válidas”⁶. A partir deste modelo, procurou-se fixar a participação popular nas decisões governamentais e o efetivo controle da Administração. O Estado, sem deixar de ser Estado de Direito, protetor das liberdades individuais e do interesse público, passou a ser ainda Estado Democrático. Atualmente, portanto, fala-se em Estado Democrático de Direito, que compreende o aspecto da participação do cidadão (Estado Democrático) e o da justiça material (Estado de Direito)⁷

Nesse contexto, um elemento crucial para configuração do Estado Democrático de Direito é a participação popular no processo político, nas decisões de governo e no controle da Administração Pública. Argemiro Cardoso Moreira Martins realça que, neste paradigma, os cidadãos participam da construção do direito por intermédio da sociedade civil na situação de uma esfera pública o mais desenvolvida possível, e esclarece:

Essa participação não se dá apenas em termos de formação de opinião pública influenciadora dos órgãos decisórios. Vai além à medida que as pessoas fazem valer, por meios processuais administrativos e judiciais, suas reivindicações ou interesses. Essa simbiose entre autonomia pública e privada não pode efetivar-se sem o intermédiododireito, mas precisamente sem a garantia dos direitos fundamentais constitucionais.⁸

6 PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de atos de Governo pela Jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 73.

7 *Ibidem*, p. 73.

8 MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. *Texto-base 1: A noção de administração pública e os critérios de sua atuação*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2009. p. 14. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/file.php/9/Biblioteca/Textos-base/1_-_Texto-base_1.pdf>.

Nesta linha de raciocínio, a participação da sociedade civil não se dá apenas por formas concebidas nos moldes da democracia formal exclusivamente representativa. Em relação a isso, convém salientar que a vontade popular, representada pelo parlamento, não tem uma validade absoluta e sem limites, mas é válida unicamente na medida em que não se choque com a lei maior, a Constituição Federal.

Logo, urge a necessidade de se estabelecer a participação dos cidadãos no processo discursivo de tomada de decisões coletivas (consubstanciada na lei), que deve ser pautada pela participação efetiva de todos os envolvidos, ainda que de forma desigual e diferenciada, como salienta Argemiro Cardoso Moreira Martins⁹. Para Hans Kelsen, “a democracia tem como postulado a ideia de liberdade, concebida como autodeterminação política do cidadão, como participação do próprio cidadão na formação da vontade diretiva do Estado”.¹⁰

Essa participação se realiza por meio do pleno exercício dos direitos fundamentais, traduzidos, entre outros, na capacidade de exercerem os direitos subjetivos normativamente estabelecidos, no pleno acesso ao Poder Judiciário e na participação dos cidadãos nos processos administrativos, seja através do exercício do direito de petição aos Poderes Públicos, reivindicando direitos ou denunciando abusos ou ilegalidades, seja através do exercício do contraditório e da ampla defesa, quando a matéria envolva litígio, controvérsia sobre o direito do administrado ou implique imposição de sanções.

Por sua vez, no Estado Democrático de Direito não se admite qualquer ilegalidade. Assim, o direito não se sustenta em ideias arbitrárias, mas se fundamenta em princípios constitucionais, explícitos ou implícitos. Há uma legalidade de valores ou, mais precisamente, uma legalidade constitucional, em que os princípios fundamentais constituem, ao mesmo tempo, os parâmetros dos valores positivos e materiais da legitimação e da medida da legalidade.¹¹

Por conseguinte, um Estado Democrático de Direito funda-se em valores constitucionais, os quais não se assentam apenas no princípio da legalidade, mas no princípio da constitucionalidade. Um modelo de

9 MARTINS, op. cit.

10 KELSEN, Hans. *A Democracia*. Trad. de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 28.

11 PALU, op. cit., p. 79.

Estado que se submete ao Direito elencado na Constituição, não somente à lei e, dentro desta concepção, nada impede que a Jurisdição e a própria Administração tendam a colocar em primazia os princípios emanados da própria Constituição e dar ordem jurídica como um todo, considerando-se que as novas constituições enunciam princípios (constitucionais) do Direito.

Segundo Egon Bockmann Moreira¹², no Estado Democrático de Direito não vige o cumprimento cego a toda e qualquer lei. É indispensável o respeito à essência da Constituição e um mínimo de dimensão ética de justiça exigida para o Direito. Não há um pressuposto indeclinável de validade absoluta para todos os diplomas legislativos, mesmo porque tais preceitos devem observar um conceito substancial de democracia e ser passível de controle, o que implicou num alargamento da função jurisdicional, inclusive com alargamento do princípio da legalidade por meio de técnicas como a proporcionalidade e razoabilidade, de forma a se coibir um poder governamental onipresente do Estado Intervencionista, em decorrência do aumento desmesurado do Poder Executivo, dada a arquitetura formal do Estado de Direito.

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio do Estado Democrático de Direito¹³, o que se traduz em um modelo de Estado vocacionado aos meios e fins que lhe são atribuídos pela ordem jurídica, consubstanciado em assegurar a soberania popular, o que implica a inclusão dos administrados no âmbito da esfera consultiva e decisória da Administração Pública, presidida pela lógica da função, tão bem definida por Celso Bandeira de Mello como a atividade exercida no cumprimento do dever de alcançar o interesse público, mediante o uso de poderes instrumentalmente necessários, conferidos pela ordem jurídica.¹⁴

O Estado Democrático de Direito gera reflexos no próprio exercício da função administrativa, pois passa não só a considerar uma atuação em conformidade com a lei, mas em consonância com o Direito, vale dizer, à totalidade do complexo sistema de fontes que conforma o ordenamento jurídico e caracteriza, temporalmente, as relações entre o Direito e a Justiça.¹⁵ Com efeito, a moderna concepção de Administração

12 MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 75.

13 CF/88, art. 1º.

14 MELLO, op. cit., p. 29.

15 PALU. op. cit., p. 199.

Pública comporta não apenas respeito aos ditames da lei ordinária, mas também à Constituição Federal e aos direitos fundamentais ali inseridos.

Logo, a Administração Pública, dado o caráter principiológico da Constituição Federal, não obstante sua vinculação ao princípio da legalidade recebe os influxos de outros princípios relevantes para o Estado Democrático de Direito, tais como os princípios expressos, insculpidos na Constituição Federal, como o da moralidade, da impessoalidade, publicidade, eficiência e da probidade administrativa, e também dos princípios da segurança jurídica e da boa-fé, os quais, muito embora não tenham uma menção expressa no corpo da Constituição, defluem dos dispositivos constitucionais.

Destarte, a função administrativa, além de se ater ao princípio da legalidade, o que implica a subordinação completa do administrador à lei, deve estar subordinada aos ditames dos demais princípios constitucionais, que devem ser valorados por ocasião da aferição da legitimidade do agir do administrador, exigindo-se que o foco do intérprete do ato administrativo esteja regulado não apenas sob o enfoque do princípio da legalidade, mas também sob o norte dos demais princípios de mesma hierarquia, a exemplo da boa-fé, a qual se pretende destacar neste trabalho.

1.3 A NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS

Não se pode olvidar que, na atualidade, os princípios são reconhecidos como normas em sentido amplo, considerados como todo o comando imposto pelo Estado, carregando consigo alto grau de imperatividade, exigindo a necessária conformação de qualquer conduta aos seus ditames, o que denota o seu caráter normativo. Segundo Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, “sendo a observância dos princípios, qualquer ato que dele se destoe é inválido, consequência esta que representa a sanção para a inobservância de um padrão normativo cuja referência é obrigatória”.¹⁶ Como bem colocado pelo professor Alexandre Bernardino Costa:

[...] deve-se esclarecer que os princípios possuem caráter deontológico, não são máximas que se constituem como diretrizes da prática jurídica. Eles de se densificam na aplicação no caso concreto, ao mesmo tempo em que possibilitam o desenvolvimento da teoria

16 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 40.

democrática do direito. Ao contrário de diversas teorias que ainda têm o paradigma Kelseniano como base, os princípios não são normas programáticas que informa ou orientam a atividade de interpretação do direito, mas se constituem como normas jurídicas que devem ser aplicadas no seu conjunto.¹⁷

Assim, é indubitável a força normativa dos princípios com a função de nortear o sentido do ordenamento, de acordo com os valores que veiculam, bem como pelo seu acatamento, constituindo-se em elementos de validade de decisões concretas, proferidas no âmbito do ordenamento jurídico. Na visão de Jorge Miranda:

Os princípios não se colocam, pois, além ou acima do Direito (ou do próprio direito positivo); também eles, numa visão ampla, superadora das concepções positivistas, literalistas e absolutizantes das fontes legais – fazem parte do complexo ordenamental. Não se contrapõem às normas, contrapõem-se tão-somente aos preceitos; as normas jurídicas é que se dividem em normas-princípios e normas-disposições.¹⁸

Deve-se fazer uma distinção entre princípios e regras, pois são modalidades de uma mesma categoria, as normas jurídicas, e que desempenham, cada um a seu modo, determinadas e distintas funções em face do sistema jurídico.

Para Dworkin, a principal distinção entre regras e princípios é de caráter lógico e se refere aos respectivos mecanismos de atuação. Conforme o autor, as regras são aplicadas sob a forma de tudo ou nada, já que presentes os fatos previstos pela regra ela será aplicada e, caso contrário, em nada contribuirá para a decisão. Os princípios, de forma diversa, não apresentam consequências jurídicas automáticas quando as condições dadas, pois não pretendem estabelecer condições que tornem sua aplicação necessária, mas sim anunciar uma razão que conduz o argumento em certa direção.¹⁹

17 COSTA, Alexandre Bernardino. *Texto-base 2: Metodologia de Pesquisa e Ensino em Direito*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2009. 12 p. p. 7/8 (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <_ http:// moodle.cead.unb.br/agu/mod/resource/view.php?id=398&subdir=/Topico_II_Texto-base_2.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2010.

18 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 229.

19 DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, p. 39 - 46.

José Joaquim Gomes Canotilho, por sua vez, abordou com muita lucidez as diferenças entre regras e princípios, o qual pode os diferenciar por quatro critérios: 1. Abstração (maior dos princípios); 2. determinabilidade (os princípios precisam de mediações concretizadoras enquanto as regras podem ser aplicadas diretamente); 3. Fundamentalidade (os princípios são sempre mais importantes, seja pela sua posição hierárquica, seja pela sua relevância estruturante); 4. proximidade da ideia de Direito (os princípios são vinculados a exigências axiológicas, a regras, e a aspectos funcionais); 5. Normogenética (os princípios são fundamento e dão origem às regras).²⁰

Segundo Alexy, os princípios são normas que determinam que algo seja feito na maior medida do possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes; são mandados de otimização que podem ser cumpridos em diferentes graus. As regras são normas que só podem ser satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra é válida, então tem de fazer-se exatamente o que ela determina, nem mais nem menos. As regras contêm determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. A diferença entre princípios e regras seria qualitativa, e não de grau.²¹

Para o mesmo autor, outra diferenciação entre regras e princípios consiste na dimensão de peso ou importância dos princípios, que as regras não têm. Com efeito, o conflito entre regras redundaria na decretação de invalidade de uma das regras, ao passo que a colisão entre princípios a solução seria complementa diversa, com a preponderância de um princípio em relação ao outro, sem se cogitar de invalidade do princípio cedente. Neste sentido, assevera Robert Alexy:

Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso tem precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só

20 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 165.

21 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90/91.

princípios podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão de peso.²²

Nesta linha de raciocínio, a solução para a colisão dos princípios seria o estabelecimento de uma precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Tendo em vista as circunstâncias do caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária. Assim, o suposto conflito entre os princípios deverá ser resolvido por meio de um “sopesamento entre os interesses conflitantes, com o objetivo de definir qual dos interesses que, abstratamente estão no mesmo nível, tem maior peso no caso concreto.”²³

Renato Lopes Becho pondera que os princípios são mais importantes que as regras, pois auxiliam na interpretação do sistema, no julgamento das causas e na própria elaboração das leis. Mas não é só nas funções do Estado que irradiam sua influência, senão também na condução da vida das pessoas, posto que trazem valores, sentidos sociais utilizados pelos cidadãos.²⁴

Deste modo, princípios são normas dotadas de grande carga axiológica, cujo sentido ilumina uma região da ordem jurídica, presidindo sua interpretação e aplicação. As regras não têm esta “força expansiva” dos princípios, limitando-se a disciplinar uma situação específica.²⁵

Ao nosso juízo, pela exposição do pensamento de alguns teóricos do direito, não há plena uniformidade na distinção entre regras e princípios, mas que constituem um sistema aberto de normas jurídicas, em que cada espécie normativa, em função de suas qualidades, desempenha seu papel. No entanto, pode-se realçar a importância do princípio frente à regra, dada a sua quantificação axiológica, pois configuram habitat privilegiado para a expressão de valores, como liberdade, igualdade, dignidade e, ainda, a boa-fé.

²² ALEXY, op. cit., p. 93-94.

²³ ALEXY, op. cit., p. 95.

²⁴ BECHO, apud GABARDO, Emerson. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 80.

²⁵ VALIM, Rafael. *O Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 37.

Coadunamos com Karl Larenz, ao salientar que os princípios assumem múltiplas funções no ordenamento, operando como alicerces do sistema jurídico, ao fornecerem a pauta de valores nos quais o intérprete deve se basear para solucionar questões mais controvertidas. Ao mesmo tempo, podem também exercer a função de normas de conduta, regulando imediatamente o comportamento de seus destinatários.²⁶

Logo, a par destas considerações, os princípios jurídicos desempenham um papel fundamental no controle do ato administrativo, pois a aferição da legitimidade do ato administrativo não tem só como parâmetro um juízo de subsunção à regra legal pertinente, mas se o ato está em conformidade com o direito, compreendido pelo conjunto de regras e princípios que regulam o caso concreto, dada a sua força regulatória dos atos do Poder Público. Logo, o administrador ou controlador do ato terá que aferi-lo no quadro sistêmico dos princípios, inclusive sob a projeção do princípio da boa-fé.

Salientadas estas questões, convém nos dedicarmos sobre a noção do princípio da boa-fé.

CAPÍTULO 2 - A SIGNIFICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

2.1 AS FONTES HISTÓRICAS DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

O instituto da boa-fé, como princípio regulador das relações sociais, é presente desde o Direito Romano, onde recebeu uma gama de compreensões, de acordo com as influências filosóficas, bem como conforme o campo do Direito onde o instituto se fixou. Expressava a valorização do comportamento ético, o dever de lealdade, de cumprimento da palavra empenhada, originando-se, daí, a noção ético-social do conceito jurídico da boa-fé.²⁷ Tratava-se da boa-fé em sentido objetivo, sem qualquer conotação moral. No período romano clássico, a boa-fé, então compreendida como o respeito à palavra dada, “tinha o condão de vincular as partes nas relações negociais, mesmo quando inexistente uma ordem jurídica que as regulasse”²⁸.

26 LARENZ, apud GONÇAVES, Camila de Jesus Mello. *Princípio da Boa-fé*. Perspectivas e Aplicações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 68/69.

27 MARTINS-COSTA, Judith, apud FINGER, Ana Cláudia. *O Princípio da Boa-fé no Direito Administrativo*. 2005. Dissertação (mestrado). Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Ano de defesa: 2005, p.25 Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufrpr.br:8080/dspace/handle/1884/2618>>

28 FINGER, op. cit. p. 25.

Tal concepção sofreu alterações com o passar do tempo, de modo que, no período do Império, sua noção técnica e objetiva se enfraqueceu. Como exemplo, cita-se o instituto da *usucapio*, a *bona fides* “designa o estado de ignorância do possuidor acerca do vício ocorrido no negócio transmissivo da posse, sendo apenas um “elemento fático extrajurídico”, com um sentido diverso daquele advindo do período clássico”²⁹.

Na cultura germânica, a boa-fé assumiu outra conotação, a de lealdade e de crença, no sentido da garantia a manutenção da palavra dada, referindo-se à noção de lealdade, de confiança geral, fazendo surgir a ideia de adstrição ao comportamento segundo a boa-fé, afastando-se de um enfoque subjetivista ligado ao exame do estado psicológico do sujeito.³⁰

No Direito Comparado, “há referências de que o Código Civil francês, de 1804, já continha disposição referente ao princípio da boa-fé”³¹, mas se sobressai o Código Civil Alemão (BGB), publicado em 1896, que continha diversos dispositivos a respeito do princípio da boa-fé, devendo ser destacado o § 242 do BGB, segundo o qual “o devedor é obrigado a cumprir a sua obrigação de boa-fé, atendendo às exigências dos usos do tráfico jurídico”³², estabelecendo uma cláusula geral hábil a dar flexibilidade às relações obrigacionais.

O Código Civil Português, de 1966, sob a influência da cultura jurídica germânica, também fez incluir o princípio da boa-fé (objetiva) no Direito Obrigacional, podendo-se vislumbrá-la nos artigos 227, inciso I, 239, 437 e, especificamente, 762, alínea II, que estabelece que, “no cumprimento da obrigação, assim como no exercício ao direito correspondente, devem as partes proceder de boa-fé”³³.

Não obstante todas as referências do direito comparado, até a chegada do atual Código Civil, o instituto da boa-fé recebeu pouca atenção da doutrina civilista nacional, na medida em que o revogado Código Civil Brasileiro de 1916 não estabelecia uma regra geral que consagrasse o princípio da boa-fé nas relações obrigacionais,³⁴ muito

29 FINGER, op. cit. p. 25.

30 Ibidem, p. 26.

31 SCHIER, Flora Margarida Clock. *A BOA-FÉ Como Presuposto Fundamental do Dever de Informar*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 30.

32 Ibidem, p. 32.

33 FINGER, op. cit., p. 26.

34 SCHIER, op. cit., p. 32.

embora reconhecesse a incidência do instituto em alguns dos dispositivos daquela codificação,³⁵ sob o enfoque da boa-fé subjetiva, como adiante será examinado.

2.2 A BOA-FÉ SUBJETIVA E OBJETIVA

No âmbito do Direito Privado, tradicionalmente, a aplicação da boa-fé referia-se ao aspecto subjetivo, no qual se fazia uma análise do aspecto interior ou psicológico do sujeito, concernente ao conhecimento ou desconhecimento e à intenção ou à falta de intenção de alguém. Logo, diz respeito a elementos psicológicos inerentes ao indivíduo. É a que está relacionada com a crença de estar agindo de forma correta. Sobre a boa-fé subjetiva manifesta-se Judith Martins-Costa:

A boa-fé subjetiva traduz a ideia naturalista de boa-fé, aquela que, por antinomia, é conotada à má-fé. Diz-se subjetiva a boa-fé compreendida como estado psicológico, estado de consciência caracterizado pela ignorância de se estar a lesar direitos ou interesses alheios, tendo forte atuação nos direitos reais, notadamente no direito possessório, o que vai justificar, por exemplo, uma das formas de usucapião.³⁶

Por muito tempo, particularmente no Direito Pátrio, deu-se prevalência à boa-fé subjetiva, voltada, preponderantemente, à tutela da posse e do usucapião, o que denota a supremacia do individualismo e do valor da liberdade como vetores do ordenamento, os quais influenciaram os operadores do Direito até o início do século XX.³⁷ Esta concepção de boa-fé encontrou guarida no Código Civil de 1916, como se pode constatar nas disposições que versavam sobre o instituto do usucapião, que dispunham sobre a posse de boa-fé, ou a que tratava do casamento putativo. Entretanto, a boa-fé subjetiva não foi mais suficiente nos novos tempos, quando o homem assumiu seu papel na realização da função social, preconizada por diversas doutrinas modernas, entre as quais a brasileira.

Com efeito, no que tange ao ordenamento jurídico brasileiro, a mudança da concepção da boa-fé se revelou a partir da Constituição Federal de 1988, que contém preceitos que revelam a preocupação com a justiça material, estabelecendo a dignidade da pessoa humana como um

35 CC/1916, arts. 109 (fraude contra credores) e 221 (efeitos do casamento putativo).

36 MARTINS-COSTA, Judith. *Mercado e Solidariedade Social Entre Cosmos e Taxís: A Boa-fé nas Relações de Consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 612.

37 GONÇALVES, op. cit., p. 72.

dos fundamentos da república e incluindo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária entre seus objetivos fundamentais.³⁸

Assim, sendo um dos objetivos fundamentais da República pátria a construção de uma sociedade justa e solidária, impõem-se, ao lado dos direitos individuais, também deveres, os quais expressam os ideais da justiça e solidariedade humana, valores que são impositivos não só para o Estado, como metas prioritárias de concretização, mas também para a sociedade sobre a qual vigora um princípio de responsabilidade geral, de todos em relação a tudo e a todos, porque se exige que cada um respeite o seu lugar e o dos demais.

Logo, a solidariedade, como preceito constitucional, impõe deveres de cooperação e colaboração, sendo um fator limitador da autonomia privada, ao impor a todos deveres positivos de colaboração, levando em conta as diferenças decorrentes da condição social de cada um. Por sua vez, não é possível construir a justiça com fundamento apenas nos direitos, em detrimento dos deveres, considerando-se que, nos termos da Constituição Federal, a justiça está intimamente ligada à solidariedade.

Esta nova ordem de valores fixada na Constituição promoveu uma releitura dos direitos subjetivos, pela afirmação de deveres de todos como limites da expansão individual de cada um³⁹, e também provocou influxos na construção da dogmática da boa-fé, pois os deveres acessórios dela decorrentes, dentre os quais os deveres de lealdade, o dever de informação e o dever de transparência, não são fundamentados na exclusiva vontade das partes, mas na ordem objetiva instituída pelo próprio ordenamento jurídico.⁴⁰

Destarte, com a inserção na Constituição de cláusulas que consagram os valores da dignidade da pessoa humana, justiça e solidariedade, é forçoso reconhecer a insuficiência do aspecto subjetivo da boa-fé. Em defesa do corpo social, é superada a concepção do Direito sob o enfoque de mera satisfação do indivíduo, e uma ética coletiva passa a ser valorizada e estimulada, pautada na confiança, cooperação, transparência e lealdade, ainda que isso signifique uma limitação da vontade individual, por força da objetivação dos direitos.⁴¹ Disso

38 CF/88, Arts. 1º, III, 3º.

39 GONÇALVES, op. cit., p. 88.

40 DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. *Teoria dos atos próprios no princípio da boa-fé*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 129.

41 GONÇALVES, op. cit., p. 91.

resultou, por exemplo, o reconhecimento da função social da propriedade e do contrato, muito embora tais institutos fossem, historicamente, manifestações do individualismo.

Trata-se, portanto, da boa-fé objetiva, e no conceito de Fernando Noronha, significa que “toda pessoa, em suas relações sociais, deve agir de acordo com certos padrões mínimos de conduta, de lealdade, correção e lisura, determinados socialmente e aos quais correspondem expectativas legítimas de outras pessoas”.⁴²

No Código Civil brasileiro, de 2002, a boa-fé objetiva se encontra positivada, em especial no artigo 422, o qual impõe aos contratantes a obrigação de observar os princípios de probidade e boa-fé, servindo este princípio como limite para o exercício dos próprios direitos no âmbito da relação contratual, e no artigo 113, ao dispor que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da celebração, estabelecendo a boa-fé como função hermenêutica, “exigindo que a interpretação das cláusulas contratuais privilegie sempre o sentido mais conforme à lealdade e honestidade em relação aos propósitos comuns, na busca do sentido mais consentâneo com os objetivos perseguidos pelo negócio.”⁴³ Assim, a boa-fé objetiva é princípio norteador das relações contratuais.

2.3 A TUTELA DA CONFIANÇA NAS CONCREÇÕES DA BOA-FÉ

Deve ser salientado que a boa-fé “tem sido utilizada como instrumento de reenvio a outros princípios e valores, dentre eles o princípio da confiança, de grande utilidade para a concretização daquele princípio”.⁴⁴ Desta feita, do princípio nuclear da boa-fé se irradiam outros princípios, entre os quais o princípio da confiança. A relevância da confiança para compreensão do princípio da boa-fé decorre de ser ela apontada pela doutrina majoritária como explicação principal da origem dos deveres decorrentes da boa-fé, ainda que, por vezes, seja possível descrevê-los sem qualquer alusão à tutela da confiança.⁴⁵

42 NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 126.

43 TEPEDINO, Gustavo.; BARBOSA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 226/227

44 FERREIRA, Keila Pacheco. *Abuso do Direito nas Relações Obrigacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 260.

45 GONÇALVES, op. cit., p. 38.

Para Karl Larenz⁴⁶, o ordenamento jurídico resguarda a confiança, sendo um princípio ético, significando que cada um deve manter fidelidade à palavra dada e não frustrar a confiança do outro, ou dela abusar, já que aquela integra a base indispensável de todas as relações humanas, reconhecendo a importância da confiança para uma vida coletiva pacífica e uma conduta de cooperação entre os homens e, portanto, para a paz jurídica. E mais, ressalta a importância do valor objetivo contido nas palavras fidelidade e confiança, na elaboração do juízo valorativo do qual resultará a aplicação da boa-fé. Sobre o necessário vínculo entre a boa-fé e o princípio da proteção da confiança manifesta-se Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] convém não olvidar (muito embora seja comum a falta de lembrança) que o princípio da proteção da confiança guarda estreita relação com o princípio da boa-fé (no sentido de que a proteção da confiança constitui um dos elementos materiais da boa-fé), que, apesar de estar sendo intensamente versado na esfera do direito privado (pelo menos de algum tempo para cá), ainda se ressentem – pelo menos no direito pátrio – de algum maior desenvolvimento do direito público (especialmente no campo do direito constitucional, administrativo e tributário), em que pese alguns importantes progressos já efetuados. Importante lembrar aqui o fato de que a proteção da confiança constitui um dos elementos materiais do princípio da boa-fé, tendo por corolário – notadamente no âmbito das relações negociais – o dever da parte de não fraudar as legítimas expectativas criadas pelos próprios atos, o que evidencia a conexão direta da boa-fé com a proteção da confiança no sentido de uma certa auto-vinculação dos atos e, portanto, de uma inequívoca relação com a noção de proibição de retrocesso.⁴⁷

Assim, a proteção da confiança constitui um dos elementos objetivos para a concretização da boa-fé. Vale dizer, a garantia da boa-fé e a manutenção da confiança formam a base do tráfico jurídico e, em particular, de toda vinculação jurídica individual, aplicando-se em todos os ramos do direito.⁴⁸ A confiança está inserida tanto na boa-fé objetiva

46 LARENZ, Karl. *Derecho Justo Fundamento de Etica Jurídica*. Madrid: Civitas, 2001. p. 91-92.

47 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro*. In: ANTUNES, Cármen Lúcia (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 97-98.

48 GONÇALVES, op. cit., p. 41.

quanto na boa-fé subjetiva, tratando-se de elemento passível de proteção pelo ordenamento jurídico, quando situada no âmbito interno do ser, quer revelada externamente ou através de sua conduta.

Dentre as exigências advindas do princípio da boa-fé inclui-se a de não criar ou acalentar expectativas indevidas, bem como a de obstar o surgimento, ou mesmo a manutenção, de condutas infundadas, falsas ou temerárias. Logo, o princípio da boa-fé resguarda as legítimas expectativas geradas em uma relação jurídica, e o eventual rompimento desta expectativa se constitui em abuso de direito, por ultrapassar os limites impostos pela boa-fé.⁴⁹

O vínculo entre o princípio da boa-fé e a confiança surge por meio de institutos que dão concreção e auxiliam na aplicação do aludido princípio, como o *venire contra factum proprium*, o qual corresponde à expressão da confiança. O *venire contra factum proprium* é uma regra de conduta advinda da confiança, que conduz à obrigação de comportar-se em conformidade com a boa-fé objetiva. Segundo Antonio Manoel da Rocha e Menezes Cordeiro, é uma categoria típica de exercício inadmissível de posições jurídicas, ao ensinar que:

[...] a locução *venire contra factum proprium* traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente [...] postula dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro – o *factum proprium* – e, porém, contrariado pelo segundo.⁵⁰

Portanto, tal regra de conduta visa garantir a coerência do comportamento do sujeito da relação jurídica, assegurando-se a relação de confiança minimamente necessária para o desenvolvimento das relações negociais (contratos), ou mesmo na relação entre o Poder Público e o administrado, por meio da qual se sanciona a violação do dever objetivo de lealdade para com a outra parte, impedindo-se a indevida frustração de expectativas baseadas no outro pelo próprio comportamento anterior. O recurso à confiança na aplicação da boa-fé fornece um critério de decisão, definindo contrário à boa-fé um comportamento contraditório com a conduta anterior, quando ela tenha suscitado a confiança das pessoas.

49 NORONHA, op. cit., p. 174.

50 MENEZES CORDEIRO, apud FERREIRA, op. cit., p. 223.

CAPÍTULO 3 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

Como já salientado linhas atrás, o princípio da boa-fé já se encontra positivado no nosso ordenamento jurídico. No que concerne ao seu aspecto objetivo, está expressamente previsto no Código Civil de 2003, nos artigos 113, 187 e 422. Há também previsão da boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor, de 1990, nos artigos 4º, III, e 51, IV. Não obstante a sua inegável importância no campo do Direito Civil, já existindo doutrina e jurisprudência sedimentada sobre sua aplicação no campo contratual, não se pode olvidar seu caráter expansivo fora dos campos do âmbito privado, dada a sua força normativa. No sentido da aplicação ampla do princípio da boa-fé, manifesta-se Claudio Godoy:

De toda sorte, expandiu-se a boa-fé objetiva como uma exigência de eticização das relações jurídicas, a ponto, inclusive de espraiar seu campo de abrangência a outras áreas do direito privado, que não só a do contrato, e mesmo a outras áreas do direito, como por exemplo a do direito público.⁵¹

A incidência do princípio da boa-fé, para além do Direito Privado, pode ser verificada a partir de sua relevância no Direito Internacional Público, tendo sido reconhecida como princípio fundamental do Direito Internacional⁵². Do mesmo modo, no âmbito da Administração Pública, o princípio da boa-fé deverá ser aplicado sem qualquer restrição, até com mais razão, haja vista as múltiplas relações que o Estado mantém com os cidadãos.

Entre nós, são poucos os trabalhos doutrinários a respeito da boa-fé no Direito Público, em contraposição aos estudos no âmbito do direito privado. A aplicação do princípio da boa-fé, no âmbito do Direito Público, sofreu resistências, mormente por ser um instituto típico de direito privado, lá surgido e desenvolvido, sob o argumento da existência de uma separação rígida entre os direitos público e privado.⁵³

51 GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 100.

52 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*, 3 ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 113.

53 MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da Boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997. p. 383.

A resistência, em um caráter histórico, vem do Estado Liberal, onde havia uma concepção individual burguesa da sociedade civil, na qual propugnava a separação entre a sociedade e o Estado, garantia da liberdade dos cidadãos. Com efeito, havia um campo onde o Estado não devia intrometer-se, imune à atividade estatal, concernente às atividades econômicas. Na esfera privada, em linhas gerais, estava ligado às idéias de autonomia da vontade e de interesse privado em contraposição ao direito público, onde se vinculava às de interesse público, da relação jurídica de subordinação e justiça distributiva.

No entanto, quando o Estado assumiu o papel de agente fomentador do desenvolvimento social, houve amplas consequências sobre o Estado de Direito, na medida em que ocorreu um grande desenvolvimento do direito público, com repercussões no próprio direito privado, pois se alterou a própria concepção dos direitos individuais burgueses, que passaram a sofrer limitações em face dos princípios que contemplavam uma igualdade não só formal, mas também material: o direito de propriedade e a autonomia de vontade dos contratantes, por exemplo, cediam espaço aos princípios da função social da propriedade e da supremacia do interesse público.⁵⁴

Dentro desse paradigma, o direito privado se viu conformado por preceitos de direito público e social, e, assim, o direito privado não estava mais restrito a autodeterminação individual, mas também objetivava a justiça social, alterando-se os limites do direito privado e do direito público. Logo, não mais se concebe o direito público e privado como dois círculos fechados, mas “como uma única elipse com dois focos como centros de irradiação, sendo um o direito privado; outro, o público – entre os quais se encontra um setor influenciado por ambos.”⁵⁵

Portanto, a boa-fé perdeu suas referências exclusivamente jusprivatistas, considerando também o atual Estado Democrático de Direito que, além de assegurar a participação popular democrática e consensual na condução das decisões administrativas, impõe, de forma mais necessária que no direito privado, a tutela de um comportamento de boa-fé por parte da Administração, pois o Estado, face ao seu gigantismo, exercia um poder demasiadamente amplo em relação aos

54 LAGASSE, apud GIACOMUZZI, José Guilherme. *A Moralidade Administrativa e a Boa-fé da Administração Pública*: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa.. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 256.

55 RAISER, apud GIACOMUZZI. op. cit. p. 262.

cidadãos componentes da sociedade, de forma que deve ser submetido a maiores regras.

Nos tribunais estrangeiros é predominante a aceitação da ideia de que também a Administração Pública, em sua atuação, deve pautar sua conduta segundo os ditames do princípio da boa-fé. Em decisão de 1991, conforme notícia Béatrice Jaluzot, a 3ª Câmara de Cassação, na França, expressamente reconheceu essa aplicação do princípio aos atos da Administração Pública.⁵⁶ Na doutrina estrangeira, oportuno mencionar Jesús Gonzales Pérez, autor de uma das obras mais importantes sobre o tema no Direito Administrativo, que informa a plena aplicação do princípio da boa-fé nas relações entre a Administração e administrado, assim expondo:

El principio general de la buena fe no solo tiene aplicacion en el Derecho administrativo, sino que em este âmbito adquire especial relevancia. Como dice Guasp, “todos los campos del Derecho estatal son clima propicio como cualquier outro, AL desarrollo de esta verdadera patologia de lo jurídico. Y ES más, Ella se da em El seno de los dos principales elementos que conjuga La relación jurídica estatal: La Autoridad y El súbdito”.⁵⁷

Com relação à doutrina nacional de Direito Administrativo, pode-se fazer menção a Celso Antonio Bandeira de Mello, ao discorrer que o princípio da boa-fé, da lealdade e o da confiança legítima, aduz que tais princípios têm aplicação em todos os ramos do Direito e são invocáveis perante as condutas estatais em quaisquer de suas esferas: legislativa, administrativa ou jurisdicional.⁵⁸

3.2 AS FONTES NORMATIVAS DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ NO DIREITO ADMINISTRATIVO

Não há, portanto, qualquer questionamento quanto à aplicação do princípio da boa-fé na Administração Pública, com utilização irrestrita nas relações jurídicas estabelecidas entre o Poder Público e os particulares, considerando-se ainda que, a maior fonte do Direito Público, a Constituição Federal, reconhece o valor da boa-fé, pautada

56 JALUZOT, apud DANTAS JÚNIOR, op. cit., p. 151.

57 PEREZ, Jesús Gonzales. *El Principio General de La Buena Fe em El Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, S.L., 1999. p. 44.

58 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Grandes Temas do Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 177.

na confiança, cooperação, transparência e lealdade, visto que a Carta Maior, como já exposto, contém dispositivos que revelam a preocupação com a justiça material, estabelecendo a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da república e incluindo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária entre seus objetivos fundamentais.

Cumprе ressaltar que, parte da doutrina, com enfoque no Direito Administrativo, entende a boa-fé como subprincípio da moralidade administrativa. Nesta linha, expressa José Guilherme Giacomuzzi, na compreensão de que é veiculada pelo princípio da moralidade do art. 37 da Constituição Federal de 1988, posição que veio, a seu entender, ser ratificada pela Lei do Processo Administrativo.⁵⁹ Juarez Freitas, da mesma forma, sustenta que o princípio da confiança ou da boa-fé nas relações administrativas é manifesto resultado da junção dos princípios da moralidade e da segurança nas relações jurídicas.⁶⁰

Independentemente do assento constitucional que é dado ao princípio da boa-fé, salienta-se que a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, deu expressão, no plano infraconstitucional e no tocante ao direito administrativo, ao princípio da boa-fé. Fê-lo em duas oportunidades: arts. 2º, parágrafo único, IV, ao determinar a observância, nos processos administrativos, do critério de atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé, e o art. 4º, inciso II, ao dispor que são deveres do administrado, perante a Administração, proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé. O primeiro refere-se à boa-fé da Administração Pública; o segundo, do administrado.

Logo, a Lei n. 9.784/99 positivou a boa-fé, a nível infraconstitucional, como dever para a Administração e para as pessoas privadas que com ela interagem. Como acentua Sérgio Ferraz e Adilson de Abreu Dallari, a consideração da boa ou má-fé, tanto do particular que se relaciona com a Administração Pública quanto do agente público que se relaciona com o administrado, é também essencial à Administração Pública, configurando um princípio também de direito administrativo.⁶¹

59 GIACOMUZZI, op. cit., p. 249-250.

60 FREITAS, Juarez. *O controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 73.

61 FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 81.

Egon Bockmman Moreira, além de vincular o aludido princípio à moralidade administrativa, pois o compreende como dever do comportamento leal e honesto, não bastando o mero cumpridor impensado e automático da letra da lei, enuncia quinze conseqüências do princípio da boa-fé.⁶² Dentre elas, algumas, a nosso juízo, mais relevantes, a saber: proibição ao *venire contra factum proprium* (conduta contraditória, dissonante do anteriormente assumido, à qual se havia adaptado a outra parte e que tinha gerado legítimas expectativas); dever do *favor acti* (dever de conservação dos atos administrativos, explorando-se ao máximo a convalidação); lealdade no fator tempo (proibição ao exercício prematuro de direito ou dever, ao retardamento desleal do ato e à fixação de prazos inadequados); dever de sinceridade objetiva (não só dizer o que é verdade, mas não omitir qualquer fato ou conduta relevante ao caso concreto, tampouco se valer de argumentos genéricos e confusos).

A imposição de tais deveres objetivos de conduta administrativa a serem seguidos e proibições, ilustram a relevância da boa-fé objetiva, consubstanciado em um princípio jurídico de caráter cogente para a Administração Pública, não aplicável somente aos processos administrativos, mas também aos atos decisórios, pois esses, na maioria das vezes, são resultado do exercício do devido processo administrativo, asseguradas as garantias constitucionais. Por óbvio, se no decorrer do processo administrativo houver violação aos deveres da boa-fé, reflexos haverá nos atos decisórios correspondentes. Da mesma forma, também se deve impor aos particulares que atuem, em atenção à boa-fé, nas relações com a Administração. Neste sentido, Egon Bockmann Moreira:

A boa-fé, portanto, impõe a supressão de surpresas, ardis ou armadilhas. A conduta administrativa deve guiar-se pela estabilidade, transparência e previsibilidade. Não se permite qualquer possibilidade de engodo – seja ele direto ou indireto, visando à satisfação de interesse secundário da Administração. Nem tampouco poderá ser prestigiada juridicamente a conduta processual de má-fé dos particulares. Ambas as partes (ou interessados) no processo devem orientar seu comportamento, endo e extraprocessual, em atenção à boa-fé. Caso comprovada a má-fé, o ato (ou o pedido) será nulo, por violação à moralidade administrativa.⁶³

62 op. cit, p. 117-118.

63 op. cit, p. 116.

3.3 A DISTINÇÃO DA BOA-FÉ NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Por outro lado, deve-se enfatizar que há dificuldades em precisar a exata dimensão do conceito da boa-fé na Administração Pública em relação ao Princípio da Segurança Jurídica, sendo ambos valores decorrentes do Estado Democrático de Direito. Tal dificuldade se deve em razão dos efeitos da aplicação de ambos os princípios, que podem ser idênticos, consubstanciado na imposição de limitações ao Estado quanto ao poder de modificar atos que tenham produzido vantagens para os destinatários, ainda que eivados de irregularidades, e em virtude da inserção, por alguns autores, da tutela da confiança como subprincípio da segurança jurídica.

De fato, na doutrina nacional, não é uma unanimidade a inclusão da tutela da confiança como princípio decorrente da boa-fé ou seu elemento. Por exemplo, Almiro de Couto e Silva diverge neste sentido, colocando-a como subprincípio do princípio da segurança jurídica, em seu aspecto subjetivo.⁶⁴ Outros estudiosos defendem que o princípio da confiança também deriva do princípio da segurança jurídica, sem desvincular-se do princípio da boa-fé, como assevera Giacomuzzi:

A proteção da confiança – ou confiança legítima (Vertrauensschutz) – liga-se também a segurança jurídica, princípio só aparentemente conflitante com a justiça e revelador, num patamar de análise mais abstrato, de uma das aspirações mais insatisfeitas do gênero humano, havendo quem também a indique como postulado básico do Estado de Direito. De toda sorte, a proteção da confiança constitui-se, hoje, um lugar comum de reflexão da jurisprudência de todos os Tribunais de controle público europeus.⁶⁵

Outros estudiosos, por sua vez, os separaram em princípios autônomos e distintos, como fez Celso Antonio Bandeira de Mello em sua obra “Temas de Direito Administrativo”, ao afirmar que “o princípio da segurança jurídica, tanto como o da lealdade e boa-fé, ou o da proteção

64 COUTO E SILVA, Almiro do. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro o Direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 2, abr./jun. 2005, 48 p. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005->>. Acesso em: 05 jul. 2010.

65 GIACOMUZZI. op. cit, p. 267.

à confiança legítima, são da própria essência do Direito, sobretudo no Estado Democrático de Direito sua vigência é irrefragável”.⁶⁶

É provável que a gênese dessa divergência de concepção sobre o princípio do qual decorre a tutela da confiança se deve à origem no direito privado do princípio da boa-fé, havendo certa relutância em colocá-lo em um papel mais relevante no Direito Administrativo, aliado ao fato de que tal matéria, como bem colocado pelo professor Ingo, carece de um maior desenvolvimento no direito pátrio, não havendo estudos aprofundados sobre a repercussão do princípio da boa-fé na função administrativa.

Todavia, não se deve olvidar que é tênue a diferenciação entre o princípio da boa-fé e segurança jurídica, considerando-se que ambos visam obstar a desconstituição injustificada de atos ou situações jurídicas, mesmo que tenha ocorrido alguma desconformidade com o texto legal durante sua constituição. No entanto, entendo que a segurança jurídica esteja mais ligada à imposição de limites à retroatividade dos atos do Estado, aliado ao fator tempo, pois o decurso do tempo apresenta especial relevância no âmbito do direito administrativo, como causa de convalidação de situações fáticas e a sua transformação em situações jurídicas. São exemplos emblemáticos a proteção à coisa julgada, ao direito adquirido, e à decadência administrativa.

É coerente, no entanto, afirmarmos que ambos possuem, em alguns aspectos, o mesmo conteúdo, pois a tutela à confiança assegura tanto a proteção da boa-fé dos administrados como a estabilização das relações jurídicas, fontes, portanto, de normalidade na relação entre o Estado e o administrado. É possível afirmar que a presença da boa-fé é fator preponderante para a consolidação das situações jurídicas, e, por consequência, condição essencial para a incidência do princípio da segurança jurídica, pois a presença da boa-fé é fator indispensável à ocorrência da decadência administrativa, instituto previsto na Lei de Processo Administrativo. Nestes termos, Almiro de Couto e Silva:

A regra do art. 54 da Lei nº 9.784/99, por traduzir, no plano da legislação ordinária, o princípio constitucional da segurança jurídica, entendida como proteção à confiança, tem como pressuposto a boa fé dos destinatários. A decadência do direito da Administração à anulação não se consuma se houver má fé dos destinatários. Não está em questão a má fé da Administração Pública ou da autoridade administrativa. Assim, mesmo existente esta, se os destinatários

66 op. cit., p. 179

do ato administrativo estavam de boa fé e houve o transcurso do prazo quinquenal sem que o Poder Público houvesse providenciado na anulação do ato administrativo ilegal, configuram-se todos os requisitos para a incidência e aplicação do at. 54, perecendo, pela decadência, o direito à anulação.⁶⁷

Portanto, pode-se afirmar que o princípio da boa-fé e o da segurança jurídica não são excludentes pois, na realidade, se conectam intimamente, e ambos têm relevância na consolidação das situações jurídicas. Não podendo esgotar o assunto, considerando-se os limites deste trabalho, cumpre informar que, de qualquer modo, a proteção da confiança constitui-se, hoje, um lugar comum de reflexão da jurisprudência nacional, como será demonstrado no capítulo seguinte.

Com efeito, a boa fé incorpora o valor ético da confiança. Confiança na forma de atuação que cabe esperar das pessoas com que nos relacionamos. É no âmbito das relações jurídico-administrativas que esse modo de atuar é esperado pela Administração Pública, em respeito ao administrado, e do administrado em relação à Administração Pública.⁶⁸ De fato, a confiança visa evitar que as pessoas sejam surpreendidas por modificações no direito positivo ou na conduta do Poder Público, que possam ferir direitos devidamente constituídos oriundos até mesmo de atos administrativos manifestamente ilegais, ou frustrar-lhes expectativas alimentadas pelo próprio Poder Público.

Feitas estas considerações, a partir de agora discorreremos sobre os reflexos do princípio da boa-fé no poder de autotutela da Administração.

CAPÍTULO 4 OS LIMITES DA INVALIDAÇÃO ADMINISTRATIVA EM FACE DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

4.1 O PRINCÍPIO DA AUTOTUTELA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como já exposto no início deste trabalho, no sistema jurídico-brasileiro o princípio da legalidade, além de assentar-se na concepção do próprio Estado de Direito, e inserir-se no próprio sistema constitucional⁶⁹, exige a fiel subsunção da ação administrativa à lei, “sendo defeso à Administração Pública agir *praeter legem* ou *contra legem*, podendo atuar

67 COUTO E SILVA, op. cit., p. 37.

68 PÉREZ, op. cit., p. 53.

69 CF/88, arts. 5º, II, 37, caput, e 84, IV.

apenas *secundum legem*".⁷⁰ A lei, cujo termo abrange a própria Constituição Federal e as demais espécies legislativas indicadas no artigo 59 da Constituição Federal, prevalecem sobre o ato administrativo, de modo que a Administração, no desempenho de suas atividades, tem o dever de assegurar que a função administrativa seja realizada nos termos da lei, isto é, de respeitar as normas do ordenamento jurídico, sob pena de nulidade.

Cumpra-se enfatizar que se deve tomar a devida cautela para que não haja um desvirtuamento do princípio da legalidade, e não se privilegie o plano da literalidade, ou seja, uma leitura literal e expressa da norma, sem qualquer interpretação com base nos demais valores protegidos pelo ordenamento jurídico, fazendo com que a aparente desconformidade do agir administrativo com o texto legal, tivesse como resultado a anulação do ato e de todos os seus efeitos, um resquício do positivismo jurídico, uma vez que "a legalidade, no moderno Estado Democrático de Direito, assume uma dimensão muito mais rica".⁷¹

Nesta linha de raciocínio, a exata compreensão da legalidade se faz à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito, orientação esta visualizada por Lúcia Vale Figueiredo, ao afirmar que "o princípio da legalidade é bem mais amplo que mera sujeição do administrador à lei, pois o administrador, necessariamente, deve estar submetido também ao Direito, ao ordenamento jurídico, às normas e princípios constitucionais".⁷² Essa ideia é dotada de tanta riqueza que enseja mesmo o uso da expressão juridicidade, como se encontra no trabalho de Carmen Lúcia Antunes Rocha.⁷³

Logo, ao reconhecer que a Administração só pode fazer o que a lei expressamente permite, faz presumir legítimos os atos que a Administração Pública pratica, assim como se presumem verdadeiros os fatos que ela alega, os quais estariam em harmonia com o exigido pela ordem jurídica. A presunção de legitimidade, diga-se de passagem, é relativa (*juris tantum*), pois admite prova em contrário, mas serve de supedâneo àquilo que os franceses chamam de *privilège du préalable*, e

70 ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 25.

71 MOREIRA, Gerfran Carneiro. *Os Princípios Constitucionais da Administração e sua Interpretação: Reflexões sobre a função administrativa no Estado Democrático de Direito*. In: FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Org.). *Devido Processo Legal na Administração Pública*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 108.

72 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 39-40

73 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Apud MOREIRA. op. cit. p. 108.

resulta da possibilidade de os atos administrativos serem executados pela própria Administração Pública, sem a necessidade da concorrência do Poder Judiciário para tanto. É o predicado que, no ordenamento jurídico, se denomina auto-executoriedade.⁷⁴

Estando a Administração Pública autorizada a executar seus atos e decisões de ofício, ocorre, via de consequência, que poderá ela rever aqueles mesmos atos e decisões que colocou no mundo jurídico de forma unilateral e independente, de modo a melhor atender ao princípio da legalidade e ao interesse público. É o que se convencionou chamar de *autotutela*, princípio segundo o qual é permitido ao Poder Público que exerça, ele próprio, o controle de seus atos.

De acordo com Lucia Valle Figueiredo, o dever de invalidar é insito às competências revisora ou controladora da Administração Pública.⁷⁵ Tal princípio foi muito bem sintetizado na Súmula nº 473 do STF, nos seguintes termos:

Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal – A Administração pode anular seus próprios atos quando eivados de nulidade que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada em tais casos, a apreciação judicial.

Muito embora a aludida súmula possa incutir a ideia de uma faculdade da Administração em anular o ato administrativo com vício de ilegalidade, é predominante na doutrina nacional que a Administração Pública tem o poder/dever⁷⁶ de anular os atos ilegais, pois suas atividades são norteadas pelo princípio da legalidade, vale dizer, se o ato é ilegal, cumpre proceder à sua anulação para o fim de restaurar a legalidade malferida. O binômio poder/dever é bem traduzido por Mario Cuervo Silva e Vaz Cerquinho, ao asseverar que:

Assim, com a outorga de competência administrativa, surge para o agente não só o poder, mas o dever de atuar em conformidade, ou seja, com respaldo nos pressupostos fáticos nela enunciados e com

74 SANTOS NETO, João Antunes do. *Da Anulação ex officio do ato administrativo*. Belo Horizonte: Forum, 2004. p. 138.

75 FIGUEIREIDO, op. cit., p. 146.

76 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*- 9.ed. rev. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 182.

vistas à consecução do fim nela abstratamente estratificado, explícita ou implicitamente.⁷⁷

Destarte, oportuno trazer o ensinamento de Weida Zancaner⁷⁸ que, ao fazer críticas à corrente de pensadores que vêem o instituto da anulação como faculdade da Administração, posiciona-se, a nosso juízo, corretamente, no sentido de enfatizar que tal situação só seria aceitável no caso de existir opção discricionária, com norma jurídica que autorizasse a Administração Pública a agir com discricção. Ressalta também que o exercício da discricionariiedade pelo Poder Público provém da lei, asseverando, de modo insofismável, que só uma errônea compreensão da discricionariiedade pode induzir a crer que esta possa existir como inerente à atividade administrativa em si, ou subsistir onde a lei for silente.

De fato, da análise do ordenamento jurídico, não pairam mais dúvidas quanto à obrigatoriedade da anulação do ato administrativo ilegal, pois a Lei do Processo Administrativo Federal dispôs que a Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vícios de legalidade,⁷⁹ pois a função administrativa está vocacionada a satisfazer o interesse público, ou seja, interesses de outrem, e, por ser titularizado pelo interesse público, que não se confunde com o interesse da pessoa jurídica de direito público (interesse secundário da Administração), o Estado é mero gestor, razão pela qual não pode dispor de algo (prerrogativas) que não lhe pertence.

Cumpre, no entanto, abrir um parêntese sobre o dever da Administração em anular os atos administrativos ilegais. Não se pode admitir que a Administração invalide atos os quais, vale lembrar, gozam de presunção de legitimidade, sem conceder àqueles que serão atingidos pela decisão administrativa a oportunidade de sustentar, no curso do devido processo legal, que se trata de atos legítimos. Trata-se, portanto, do primeiro limite ao exercício da autotutela da Administração, no sentido de se observar o contraditório e a ampla defesa, precedentemente à anulação de atos administrativos viciados, que tenham gerado efeitos benéficos a terceiros. Tal entendimento já está sedimentado na

77 VAZ CERQUINHO, Maria Cuervo Silva. *O Desvio de Poder no Ato Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p.15-16 apud SANTOS NETO, op. cit., p.51.

78 ZANCANER, op. cit., p. 64.

79 Lei nº 9.784/99, art. 53.

jurisprudência pátria, em julgados de diversos Tribunais que compõem a estrutura constitucional do Poder Judiciário brasileiro.⁸⁰

Outra observação a ser feita é que a invalidação visa recompor a ordem jurídica, violada em razão dos atos inválidos. No entanto, também a convalidação restaura a ilegalidade, pois “é o suprimento da invalidade de um ato com efeitos retroativos”. Também não há discricionariedade na convalidação, como defendem Weida Zancaner⁸¹ e Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁸², pois, se preencherem os requisitos legais para os atos serem convalidados, quando não acarretem lesão ao interesse público, nem prejuízo a terceiros⁸³, deverão ser convalidados, salvo apenas no caso de ato discricionário praticado por autoridade incompetente.

4.2 OS LIMITES AO PODER/DEVER DE INVALIDAR EM DECORRÊNCIA DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

Todavia, a par dessas premissas, o dever de proceder à anulação dos atos administrativos ilegais produzidos pela dinâmica administrativa não deve ser encarado com rigor extremo, ou seja, não é um dever absoluto, no sentido segundo o qual a Administração terá que anular todos os atos que considerar ilegais, e pronto. Se levássemos ao extremo esta linha de raciocínio, instalar-se-ia o arbítrio, e com ele, a desordem, pois a segurança e a pacificação que devem advir de um ordenamento jurídico sistematizado, simplesmente, não existiriam.

Desse modo, em que pese o princípio da legalidade fundamentar a obrigatoriedade de invalidar os atos administrativos eivados de vícios e não passíveis de convalidação, a retirada desses do mundo jurídico não poderá ser feita de forma unilateral. Existem barreiras ao dever de invalidação, advindas do próprio sistema jurídico, que, ao lado do princípio da legalidade, possuem a mesma hierarquia ou o mesmo *status* jurídico. Assim, destacam-se os princípios da segurança nas relações jurídicas e também a boa-fé, aptos a preservar determinadas situações jurídicas, consolidadas no atendimento do interesse público, sobretudo em decorrência da presunção da legitimidade de que gozam os atos administrativos. Como bem informa Frederico Valdez Pereira:

80 STF - RE nº 158.543-9 RS.

81 ZANCANER, op. cit., p. 65-66.

82 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed., São Paulo: Atlas, 2010. p. 246-247.

83 Lei nº 9.784/1999, art. 55.

[...] deve-se pautar a atividade do controle do ato administrativo em um ordenamento jurídico sistêmico, inserindo o papel essencial do controle dos atos da administração em prisma mais amplo que não apenas o da legalidade, sob a consideração de que não pode ser o único parâmetro para se aferir a higidez do ato administrativo, sendo que se deve circundar o controle dos atos administrativos pelos Princípios Gerais do Direito e pelos Princípios Constitucionais que orientam o Direito Público.⁸⁴

Hely Lopes Meirelles já apregoava que, para fins de anulação do ato administrativo, não se restringia somente à violação frontal da lei, mas também por relegação dos princípios gerais do direito, especialmente os princípios do regime jurídico administrativo:

Em qualquer dessas hipóteses, que ocorra atentado flagrante à norma jurídica, quer ocorra inobservância velada dos princípios do Direito, o ato administrativo padece de vício de ilegitimidade e se torna possível de invalidação pela própria Administração ou pelo Judiciário, por meio da anulação.⁸⁵

Em consideração a estes conceitos, pode-se afirmar que, em observância aos demais princípios que regem o ordenamento jurídico, serão encontrados limites à atividade invalidatória dos atos administrativos viciados, pois como já expusemos, os princípios jurídicos, em razão de sua natureza de norma, desempenham um papel fundamental no controle do ato administrativo, pois a aferição da legitimidade do ato administrativo não tem só como parâmetro um juízo de subsunção à regra legal pertinente, mas se o ato está em conformidade com o Direito, compreendido pelo conjunto de regras e princípios que regulam o caso concreto, dada a sua força regulatória em relação aos atos do Poder Público. Logo, o administrador ou controlador do ato terá que aferi-lo no quadro sistêmico dos princípios.

Assim, não obstante a regra geral ser a de que a Administração deve seguir sua atividade, nos limites fixados pelo ordenamento jurídico, sob pena de serem declarados nulos os atos que violem a norma regente do caso concreto, não se pode desconsiderar que, em sede de exceções encontradas dentro do próprio sistema, esta pode não ser a

84 PEREIRA, Frederico Valdez. *Limite à Invalidação dos atos administrativos*: princípio da segurança jurídica. In: BRUM, Paulo Afonso; PEREIRA, Ricardo Teixeira do Valle (Org.). *Curso Modular de Direito Administrativo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 269.

85 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28. ed., São Paulo: Malheiros, 2003. p. 198.

solução própria a encerrar controvérsias surgidas quanto ao tema de invalidação administrativa. Logo, outros princípios que expressam valores existentes dentro do mesmo ordenamento jurídico merecem o mesmo respeito e proteção.⁸⁶ Dentre estes princípios, se destaca a boa-fé que a ordem instituída deve emprestar às relações jurídicas formalizadas entre a Administração e os administrados.

Desta feita, a prerrogativa da Administração em anular um ato administrativo eivado de vício de ilegalidade, poderá também ser limitada em virtude da incidência de outros princípios, dentre os quais se destaca o princípio da boa-fé. De fato, o ordenamento jurídico e o próprio intérprete, a depender das circunstâncias do caso concreto visando melhor atender o interesse público, pode concluir pela preponderância daquele princípio em relação ao princípio da legalidade. Neste sentido, Juarez Freitas ao afirmar que “O ato administrativo não estará vinculado apenas à legalidade, senão que a totalidade dos princípios regentes das relações jurídico-administrativas, mormente os de vulto constitucional.”⁸⁷

Nesta esteira, o princípio da boa-fé, como princípio informador da Administração Pública, notadamente em seu aspecto objetivo, produziu reflexos na própria legislação, a orientar o próprio legislador ao lhe dar maior peso em determinadas circunstâncias. Este sentido se revela na vedação à aplicação retroativa de nova interpretação, previsto na Lei do Processo Administrativo Federal⁸⁸, orientação normativa destinada a assegurar a lealdade da Administração, já que, se este adotou determinada interpretação como correta e aplicou aos casos concretos, não poderá vir a anular os atos anteriores, sob o pretexto de que foram praticados com base em errônea interpretação adotada em caráter uniforme para toda a Administração, sendo evidente que a boa-fé dos destinatários do ato deve ser respeitada.

Por sua vez, a própria lei impôs expressamente limites ao dever de invalidar ao instituto da decadência administrativa⁸⁹, segundo o qual o direito da Administração Pública de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. Do mesmo modo, o legislador fez preponderar o princípio da

86 SANTOS NETO, op. cit., p. 164.

87 FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. 2. ed., rev. Atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 213.

88 Lei nº 9.784/99, Art. 2º, parágrafo único, inciso XIII.

89 Lei nº 9.784/99, art. 54.

segurança jurídica e da boa-fé, em detrimento da própria ilegalidade do ato, motivo pelo qual, ultrapassado o prazo fixado em lei, a manutenção dos atos inválidos se impõe.

Destarte, a boa fé a que aludiu o preceito quis significar que o destinatário não contribuiu, com sua conduta, para a prática do ato administrativo ilegal. Seria, no dizer de Almiro Couto e Silva, incoerente proteger a confiança de alguém que, intencionalmente, mediante dolo, coação ou suborno, ou mesmo por haver fornecido dados importantes falsos, inexatos ou incompletos, determinou ou influenciou na edição de ato administrativo em seu próprio benefício.⁹⁰

Em ambas as situações aventadas, previstas na legislação, o próprio legislador fez prevalecer o princípio da boa-fé, em confronto com o princípio da legalidade, colocando como interesse maior a manutenção da situação jurídica já consolidada a invalidar o ato eivado de possível ilegalidade. No entanto, a proteção da boa-fé não se reduz aos dispositivos previstos na Lei do Processo Administrativo Federal, pois tal princípio também surge como comando vinculativo de toda a atividade administrativa, revelando-se vetor das relações estabelecidas entre a Administração Pública e particulares e mecanismo de preservação das relações jurídicas, em atendimento ao interesse público. Legalidade e boa fé são princípios constitucionais do mesmo nível hierárquico, que, em face do caso concreto, hão de ser devidamente sopesados, a fim de se estabelecer qual deles trará a realização da justiça material.

Neste contexto, considerando as diversas áreas de intervenção do Estado moderno na vida dos cidadãos e a tecnicidade da linguagem jurídica tornaram complexos o caráter regulador do Direito e a própria verificação da conformidade dos atos concretos e abstratos expedidos pela Administração Pública em face do Direito posto⁹¹, razão pela qual o exercício da função administrativa pode ser levado a equívocos, concedendo vantagens ou outorgando benefícios ou direitos em favor de outrem, os chamados atos ampliativos de direitos⁹², com violação ou interpretação desarrazoada da norma aplicável ao caso concreto.

Com efeito, a proteção da boa-fé dos administrados passou a ter vital importância imperativa num Estado Intervencionista como o nosso, constituindo, juntamente com a segurança jurídica, instrumento

90 COUTO E SILVA, op. cit., p. 38.

91 ZANCANER. op. cit., p. 74.

92 *Ibidem*, p. 71.

indispensável à distribuição da justiça material. É preciso considerá-lo diante das situações geradas por atos inválidos ampliativos de direitos. Assim, o princípio da boa-fé e seu subprincípio da confiança, aliado à segurança jurídica, são princípios vocacionados a impedir que os administrados sejam surpreendidos por conduta do Estado apta a ferir os interesses dos administrados ou frustrar-lhes expectativas, mesmo que tais interesses e expectativas advenham de atos em desacordo com as prescrições legais.

Nesta linha de raciocínio, no escólio de Hely Lopes Meirelles⁹³, a Administração, ao invalidar um ato administrativo, faz com que as relações entre as partes fiquem desfeitas com a anulação, obrigando-as à reposição das coisas aos *status quo ante*, como consequência natural e lógica da decisão anulatória, ou seja, o pronunciamento de invalidade opera *ex tunc*, com a finalidade de recompor a legalidade. Tal consequência, aliás, se impõe nos atos restritivos de direito, os quais impõem obrigações, deveres ou ônus ao administrado, pois, se após a edição do ato restritivo de direito a Administração verificar que o ato é inválido (no sentido de inconvalidável), o dever de invalidá-lo irá se impor *ex officio*, pouco importando o tempo decorrido.⁹⁴

Porém, há limites à invalidação dos atos administrativos ampliativos de direitos, pois estes podem produzir os efeitos a que estavam preordenados, eis que situações terão sido geradas e, na dinâmica da realidade, podem converter-se em situações merecedoras de proteção. Ora, as pessoas não podem ser surpreendidas pela conduta do Estado, quando adota novas providências, em contradição com outras, por ele próprio impostas, surpreendendo os que acreditaram no Poder Público, e os danos sofridos pelo administrado em virtude da invalidação de um ato administrativo não podem ser creditados na sua própria conta.

Logo, é possível os administrados serem expostos a danos, se o ato administrativo que lhes serviu de suporte – e nos quais poderiam estar tranquilamente amparados, ante a presunção de legitimidade dos atos administrativos, vier a ser anulado. É possível que o Poder Público responda por tais danos, com base no artigo 37, § 6º da Constituição Federal, pois as pessoas jurídicas de direito público têm de responder pelos danos que causem a sujeito de boa-fé em decorrência de anulação

93 MEIRELLES, op. cit., p. 200.

94 ZANCANER, op. cit., p. 71.

de atos sobre os quais se assentavam situações ou relações jurídicas produzidas na conformidade com o ato anulado.⁹⁵

Por essas razões, é evidente que, diante do caso concreto, e possível sopesar os princípios regentes do Direito Administrativo e limitar a eficácia de um deles para que outros possam coexistir no mesmo caso concreto. Explico: é possível que, diante das circunstâncias do caso, o intérprete possa ser levado a concluir que o ato é inválido, por ter seus efeitos cassados a partir de então, com efeitos *ex nunc*. Em outras palavras, em face do princípio da boa-fé, muito embora se declare a invalidade do ato administrativo, o conteúdo do ato administrativo invalidador será *ex nunc*, em função da natureza ampliativa de direitos do ato inválido, protegendo-se os que se relacionaram com a Administração e auferiram direitos do ato.

A eficácia *ex nunc* atribuída às invalidações dos atos ampliativos é traduzida com inteira propriedade pelo professor Celso Antonio Bandeira de Mello, cujas palavras pedimos vênias para citar:

Na conformidade desta perspectiva, parece-nos que efetivamente nos autos unilaterais restritivos de direitos da esfera jurídica dos administrados serem inválidos, todas as razões concorrem para que sua fulminação produza efeitos *ex tunc*, exonerando por inteiro quem foram indevidamente agravado pelo Poder Público das consequências onerosas. Pelo contrário, nos atos unilaterais ampliativos da esfera jurídica do administrado, se este não concorreu para o vício do ato, estando de boa-fé, sua fulminação só deve produzir efeitos *ex nunc*, ou seja, depois de pronunciada.⁹⁶

Convém alertar que não há discricionariedade na invalidação do ato, pois é produto de competência vinculada, ou seja, o agente público, ao se deparar com um ato inválido, não goza de uma margem de apreciação subjetiva para decidir se pronuncia a invalidação ou a convalidação do ato administrativo inválido. Entretanto, não significa que não se possa modular os efeitos do ato, a partir de determinado lapso temporal, visando sempre dar máxima efetivação aos princípios da legalidade, consubstanciada no dever de invalidar o ato ilegal, e os princípios da segurança jurídica e da boa-fé.

95 MELLO, op. cit., p. 94.

96 Ibidem, op. cit., p. 472-473.

Não há uma solução pronta, pois se deverá analisar as circunstâncias do caso concreto e verificar se a manutenção dos efeitos do ato inválido é menos prejudicial aos interesses protegidos pela ordem jurídica, em comparação a uma eventual invalidação com efeitos *ex tunc*. Oportuno salientar que a tarefa de ponderação dos princípios é método por meio do qual se autoriza a qualificação do razoável por uma explicação motivada, para que não se confunda com um ato discricionário. É necessário que o procedimento seja discursivo e persuasivo, a fim de alcançar o ponto máximo de realização dos princípios em jogo.

Como bem salienta Almiro de Couto e Silva, nem podem a segurança jurídica e a proteção à confiança se transformar em valores absolutos, capazes de petrificar a ordem jurídica, imobilizando o Estado e impedindo-o de realizar as mudanças que o interesse público estaria a reclamar. Mas, de outra parte, não é igualmente admissível que o Estado seja autorizado, em todas as circunstâncias, a adotar novas providências, em contradição com as que foram por ele próprio impostas, surpreendendo os que acreditaram nos atos do Poder Público.⁹⁷

De fragmento da obra de Lúcia Valle Figueiredo pode se extrair a verdadeira ilação que a matéria suscita. Refere-se a zelosa autora, ao discorrer sobre o dever de invalidação, a “atos desconformes da lei e princípios”, nitidamente remetendo a solução da controvérsia ao conceito de justiça, ínsito da moderna estruturação social democrática, consagrada pelo modelo estatal atualmente adotado pela maioria dos povos civilizados do globo, e pelo Brasil sob o paradigma do Estado Democrático de Direito.⁹⁸

4.3 A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA SOBRE OS LIMITES À INVALIDAÇÃO ADMINISTRATIVA EM DECORRÊNCIA DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

A jurisprudência brasileira sinaliza avanços no tocante ao princípio da boa-fé e tem propagado decisões balizadas neste princípio. Atualmente, é possível constatar que a jurisprudência tem caminhado no sentido da doutrina, posicionando-se favoravelmente à proteção dos administrados de boa-fé, que mantiveram vínculos com a Administração.

Um recente julgado proferido em Apelação Cível⁹⁹ no Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu que seria incabível a repetição de

97 COUTO E SILVA, op. cit., p. 6.

98 FIGUEIREDO, apud SANTOS NETO. op. cit., p. 152.

99 Apelação Cível nº 2008.72.02.003.394-6/SC – TRF da 4ª Região

valores percebidos de boa-fé pelo segurado. No caso em questão, o INSS, em virtude de erro administrativo, pagou benefício de pensão por morte após ter a autora completado 21 anos. O Tribunal entendeu que, a partir da aplicação do princípio da proteção da confiança também nas relações entre a Administração e administrado, não é devida a devolução dos valores recebidos de boa-fé, sendo eles não sujeitos a repetição.

O Superior Tribunal de Justiça, dando guarida expressa aos princípios da boa-fé e da confiança no direito público, julgou, em 24.11.1998¹⁰⁰, interessante caso. O Município de Limeira, SP, celebrara com particulares contrato de promessa de compra e venda de um lote situado em inexistente loteamento, o qual não foi registrado, nem chegando a ser urbanizada a gleba. Na gestão posterior ao negócio jurídico, o Município promoveu a anulação daqueles contratos, porque o parcelamento não estaria regularizado, faltando-lhe o registro. O STJ negou-lhe o pedido, sob o seguinte argumento, segundo o voto relator:

Sabe-se que o princípio da boa-fé deve ser atendido também pela Administração Pública, e até com mais razão por ela, e o seu comportamento nas relações com os cidadãos pode ser controlado pela teoria dos atos próprios, que não lhe permite voltar sobre os próprios passos, depois de estabelecer relações em cuja seriedade os cidadãos confiaram.

Em julgado proferido no RE 370862/SC, através de questão de ordem suscitada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, o STF decidiu modular temporalmente a decisão, dando-lhe efeitos prospectivos. Impõe citar as razões para tanto, já que fulcradas no princípio da boa-fé, em sua vertente confiança:

[...] considerando que não houve modificação no contexto fático e nem mudança legislativa, mas sobreveio uma alteração substancial no entendimento do STF sobre a matéria, possivelmente em face de sua nova composição, entendo ser conveniente evitar que um câmbio abrupto de rumos acarrete prejuízos aos jurisdicionados que pautaram suas ações pelo entendimento pretoriano até agora dominante.

Isso, sobretudo, em respeito ao princípio da segurança jurídica que, no dizer de Celso Antonio Bandeira de Mello, tem por escopo 'evitar alterações surpreendentes que instabilizem a situação dos

100 REsp 184.487-SP. O exemplo é de José Guilherme Giacomuzzi. op. cit, p. 277.

administrados', bem como 'minorar os efeitos traumáticos que resultam de novas disposições jurídicas que alcançaram situações em curso'.

Não se propugna com isso, é evidente, a cristalização da jurisprudência ou a paralisia da atividade legislativa, pois as decisões judiciais e as leis não podem ficar alheias à evolução social e ao devir histórico. Não se pode olvidar, contudo, que cumpre, como sabiamente apontou a Ministra Cármen Lúcia... conferir 'segurança' ao processo de transformação.

Por estas razões entendo que convém emprestar-se efeitos prospectivos às decisões em tela, sob pena de impor-se pesados ônus aos contribuintes que se fiaram na tendência jurisprudencial indicada nas decisões anteriores desta Corte sobre o tema, com todas as conseqüências negativas que isso acarretará nos planos econômico e social. (Voto s/ questão de ordem. Ministro Ricardo Lewandowski)

5 CONCLUSÃO

É indiscutível que as relações entre o Estado e os administrados devem ser pautadas pela observância ao princípio da legalidade. No entanto, no Estado Democrático de Direito não se admite qualquer ilegalidade. Assim, o direito não é apoiado em ideias arbitrárias, mas funda-se em princípios constitucionais, explícitos ou implícitos. Há uma legalidade de valores ou, mais precisamente, uma legalidade constitucional em que os princípios fundamentais constituem, ao mesmo tempo, os parâmetros dos valores positivos e materiais da legitimação e da medida da legalidade.

Logo, a Administração Pública, dado o caráter principiológico da Constituição Federal, não obstante sua vinculação ao princípio da legalidade, recebe os influxos de outros princípios relevantes para ao Estado Democrático de Direito, entre os quais o princípio da boa-fé, pois muito embora não tenham uma menção expressa no corpo da Constituição, deflue dos dispositivos constitucionais.

Os princípios jurídicos, por sua vez, dado o seu caráter de norma jurídica, desempenham um papel fundamental no controle do ato administrativo, pois a aferição da legitimidade do ato administrativo não se tem só como parâmetro um juízo de subsunção com a regra legal pertinente, mas se o ato está em conformidade com o direito,

compreendido pelo conjunto de regras e princípios que regulam o caso concreto, dada a sua força regulativa dos atos do Poder Público. Logo, o administrador ou controlador do ato terá que aferi-lo no quadro sistêmico dos princípios, inclusive sob a projeção do princípio da boa-fé.

A boa-fé teve sua origem no direito privado e lá é inquestionável seu papel como princípio norteador das relações jurídicas entre os particulares. Sendo um dos pilares da teoria contratual moderna, tal princípio, nas relações privadas, possibilita a regulação de interesses e conflitos de uma forma flexível e dinâmica, promovendo condições para o compartilhamento do espaço comum e para o convívio social entre os homens.

Considerando sua natureza ética, o princípio da boa-fé sintetiza normas de comportamento focalizadas à concretização dos valores da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, estimulando normas de conduta em consonância com a lealdade, retidão e respeito à palavra empenhada, superando meros interesses egoísticos e impregnando confiança nas relações jurídicas.

Como mandamento de respeito à confiança, à lealdade, e à correção no agir, o princípio da boa-fé se expande para os demais ramos do direito, como o direito internacional público e, notadamente, o direito administrativo. Sendo assim, é um instrumento de inserção de conteúdos éticos no ordenamento jurídico como um todo. No ordenamento jurídico nacional, o princípio da boa-fé advém da própria Constituição Federal, dos preceitos que asseguram a dignidade da pessoa humana, solidariedade e também a moralidade administrativa.

Muito embora não seja tradição no direito público nacional estudos versando sobre a boa-fé nas relações da Administração, é correto afirmar que a boa-fé, como a legalidade, é um vetor que deve reger as relações constituídas entre a Administração e o administrado, vez que valores como a confiança, lealdade e retidão devem estar presentes em todas as relações. Aliás, a boa fé incorpora o valor ético da confiança. Confiança na forma de atuação que cabe esperar das pessoas com que nos relacionamos. É no âmbito das relações jurídico-administrativas que esse modo de atuar é esperado pela Administração Pública, em respeito ao administrado, e o administrado em relação à Administração Pública.

Logo, a Administração tem o dever de proceder de boa-fé em suas relações com os particulares destinatários da atuação administrativa,

garantindo-lhes a segurança jurídica quanto aos propósitos das ações administrativas por ele encetadas. É indispensável, portanto, a observância do aludido princípio para que haja confiança dos administrados em relação às medidas adotadas pela Administração Pública.

Tendo em vista que a boa-fé regula toda a atividade administrativa, como princípio informador da Administração Pública, é indubitável que a autotutela da Administração sofre influxos da boa-fé, pois impõe várias condicionantes para a invalidação dos atos administrativos. Este sentido se revela na vedação à aplicação retroativa de nova interpretação, de forma que não possam vir a anular os atos anteriores, sob o pretexto de que foram praticados com base em errônea interpretação; a fixação de prazos para anulação dos atos administrativos; a modulação dos efeitos dos atos administrativos inválidos, por meio do qual o ato é anulado, porém, sem aplicação dos efeitos retroativos à data em que foram praticados.

Com efeito, no campo das nulidades, o princípio da boa-fé visa impedir que os administrados sejam surpreendidos por modificações do direito positivo ou pela conduta do Estado, que possam ferir os interesses dos administrados ou frustrar-lhes expectativas, mesmo que tais interesses e expectativas advenham de atos em dissonância com a ordem jurídica.

Enfim, o princípio da boa-fé impõe o dever do gestor público zelar pela estabilidade decorrente de uma relação de confiança mútua, a ser regido pelas relações jurídico-administrativas, porque os postulados do Estado Democrático de Direito, dentre os quais a dignidade da pessoa humana, não se realiza sem que seja garantido ao administrado o direito a uma Administração Pública confiável e leal.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

COSTA, Alexandre Bernardino. *Texto-base 2: Metodologia de Pesquisa e Ensino em Direito*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2009. 12 p. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/resource/view.php?id=398&subdir=/Topico_II-Texto-base_2.pdf>.

COUTO E SILVA, Almiro do. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro o Direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. N. 2 – abr./mai./jun. de 2005 – Salvador – Bahia – Brasil, 48 p. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005->>.

DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. *Teoria dos atos próprios no princípio da boa-fé*. Curitiba: Juruá, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionariiedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *Direito Administrativo*, 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERREIRA, Keila Pacheco. *Abuso do Direito nas Relações Obrigacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1998.

FINGER, Ana Cláudia. *O Princípio da Boa-fé no Direito Administrativo*. 2005. Dissertação (mestrado). Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Ano de defesa: 2005, 146p. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/handle/1884/2618>>.

FREITAS, Juarez. *O controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Estudos de Direito Administrativo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

GABARDO, Emerson. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GIACOMUZZI, José Guilherme. *A Moralidade Administrativa e a Boa-fé na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2002.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GONÇALVES, Camilla de Jesus Mello. *Princípio da Boa-fé. Perspectivas e Aplicações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

KELSEN, Hans. *A Democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

LARENZ, Karl. *Derecho Justo Fundamento da Etica Juridica*. Madrid: Civitas, 2001.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. Texto-base 1: A noção de administração pública e os critérios de sua atuação. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2009. 34 p. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/file.php/9/Biblioteca/Textos-base/1_-_Texto-base_1.pdf>.

MARTINS-COSTA, Judith. *Mercado e Solidariedade Social Entre Cosmos e Taxis: A Boa-fé nas Relações de Consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Publico*, 3 ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 9. ed. Ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

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

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Grandes Temas do Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999*. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA, Gerfran Carneiro. *Os Princípios Constitucionais da Administração e sua Interpretação: Reflexões sobre a função administrativa no Estado Democrático de Direito*. In: FIGUEIREDO, Lucia Valle (Org.). *Devido Processo Legal na Administração Pública*. São Paulo: Max Limonad, 2001..

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de atos de governo pela Jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Limite à Invalidação dos atos administrativos: princípio da segurança jurídica*. In: BRUM, Paulo Afonso; PEREIRA, Ricardo Teixeira do Valle (Org.). *Curso Modular de Direito Administrativo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009..

PEREZ, Jesús Gonzales. *El Principio General de La Buena Fe em El Drecho Administrativo*. Madrid: Civitas, S.L., 1999.

SANTOS NETO, João Antunes do. *Da anulação ex officio do ato administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro*. In: ANTUNES, Cármen Lúcia (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SCHIER, Flora Margarida Clock. *A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1992.

TEPEDINO, Gustavo.; BARBOSA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. São Paulo: Malheiros, 2008.

AS AÇÕES-TESTE NA ALEMANHA, INGLATERRA E LEGISLAÇÃO BRASILEIRA PROJETADA

*THE TEST CLAIMS ESTABLISHED BY GERMANY, ENGLAND AND
THE NEW BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE CODE (PL 8.046/2010)*

*Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues, Advogado da União.
Mestrando em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Especialista em Direito do Estado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro*

SUMÁRIO: Introdução; 1 As ações-teste na Alemanha: o Musterverfahren; 2 As ações-teste na Inglaterra: a Group Litigation Order; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: O artigo tem por objeto a análise comparativa entre as ações-teste instituídas por Alemanha (*Musterverfahren*) e Inglaterra (*Group Litigation Order*) e o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no Projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro (PL 8.046/2010).

PALAVRAS-CHAVE: Processo Civil. Ações-teste. Sistemas Alemão, Inglês e Brasileiro.

ABSTRACT: This paper concerns about the comparative analysis between the test claims established by Germany (*Musterverfahren*) and England (*Group Litigation Order*) and the new Brazilian Civil Procedure Code (PL 8.046/2010).

KEYWORDS: Civil Procedure. Test Claims. Germany, England and Brazilian Systems.

INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea caracteriza-se, dentre inúmeros outros aspectos, pela massificação de múltiplas relações jurídicas idênticas ou semelhantes. Uma sociedade de massa, no dizer de Mauro Cappelletti, gera litígios de massa, ou seja, uma multiplicação de processos sobre idênticas questões fáticas ou jurídicas, e que, por tais razões, podem ser considerados como ações individuais homogêneas quanto à causa de pedir e o pedido.¹

Este panorama crescente de demandas repetitivas descontenta, a um só tempo tanto a sociedade, visto que os jurisdicionados sofrem com a morosidade da justiça e com o sentimento de insegurança jurídica, proveniente da sempre presente possibilidade de decisões antagônicas acerca da mesma situação, como também o próprio Poder Judiciário, que não consegue se desincumbir de modo satisfatório de suas atribuições.

Tais circunstâncias passaram a pôr em xeque o sistema processual tradicional, principalmente pela sobrecarga de trabalho imposta aos órgãos judiciais, inviabilizando a concretização do princípio constitucional da duração razoável do processo.

Do mesmo modo, passou-se a constatar, cada vez com maior frequência, a prolação de decisões judiciais discrepantes acerca de situações jurídicas idênticas, fator que fere de morte os princípios da isonomia e da segurança jurídica.

Os instrumentos processuais típicos para a tutela de pretensões individuais, que a princípio seriam adequados para tratar destes direitos individuais homogêneos, passaram a se revelar insuficientes, devido à explosão da litigiosidade, que também é marca de nosso tempo.²

1 FUX, Luiz. *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa)*: (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil)/ Andrea Carla Barbosa (et. al.); coordenador Luiz Fux. – Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 22.

2 Neste sentido, Humberto Dalla Bernardina de Pinho sustenta que: “Na realidade, a complexidade da sociedade moderna, com intrincado desenvolvimento das relações econômicas, dá lugar a situações nas quais determinadas atividades podem trazer prejuízos aos interesses de um grande número de pessoas, fazendo surgir problemas desconhecidos às lides meramente individuais. Assim, os direitos e os deveres não se apresentam mais, como nos Códigos tradicionais, de inspiração liberal-individualística, como direitos e deveres essencialmente individuais, mas meta-individuais e coletivos. Portanto, continuar, conforme a tradição individualística, a atribuir direitos exclusivamente a pessoas individuais significaria tornar impossível uma efetiva proteção jurídica dos direitos coletivos.” PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A dimensão da garantia do acesso à justiça na jurisdição coletiva. Disponível

Surge, então, a necessidade de criação de uma categoria distinta de processo, que não se identifique com os instrumentos utilizados nas demandas puramente individuais nem com os mecanismos de representação processual, típicos da tutela coletiva.³

Diante dos problemas constatados nas ações de classe, ou mesmo a total falta de tradição com processos coletivos, como no caso da Alemanha, vários ordenamentos buscaram criar instrumentos de tutela que fossem capazes de conferir tratamento adequado a processos repetitivos, mas sem a formação de uma classe, sem a representação por substitutos processuais e, conseqüentemente, sem os problemas práticos e teóricos advindos dessa ficção jurídica.

Conforme apontado por Claudio Consolo e Dora Rizzardo: “*Sono così sorti processi com centinaia o migliaia di parti, difficili – se non quase impossibili – da trattare attraverso gli strumenti tradizionali.*”⁴

É exatamente dos mecanismos processuais desenvolvidos para enfrentar este novo panorama mundial que se ocupa o presente artigo.

As ações-teste consistem, em suma, em instrumento de direito processual individual, mas que têm por escopo justamente a pacificação de questões controvertidas que possuam a potencialidade de produzir, ou

em: <http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/dimensao_da_garantia_do_acesso_a_justica_na_jurisdiacao_coletiva_061103.pdf> Acesso em: 04.08.2011. p. 7-8.

3 No sentido do texto, confira-se Leonardo Carneiro da Cunha: “As causas repetitivas, que consistem numa realidade a congestionar as vias judiciais, necessitam de um regime processual próprio, com dogmática específica, que se destine a dar-lhes solução prioritária, racional e uniforme.” CUNHA, Leonardo Carneiro. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Revista de Processo, n. 193, mar/2011, p. 258. Sobre o tema, são relevantes as lições de Antonio Adonias Aguiar Bastos: “Atenta a estes acontecimentos, a doutrina começa a afirmar a existência de ações de grupo, que consistiriam em procedimentos de resolução coletiva evitando, dentro do possível, as ficções representativas. [...] Procuram-se métodos de decisão em bloco que partam de um caso concreto entre contedores individuais. Trata-se da instauração de uma espécie de incidente coletivo dentro de um processo individual. Preserva-se, dentro da multiplicidade genérica, a identidade e a especificidade do particular. Cada membro do grupo envolvido é tratado como uma parte, ao invés de uma não-parte substituída. É a tentativa de estabelecer algo análogo a uma class action, mas sem classe.” BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. O devido processo legal nas causas repetitivas. p. 4950. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/antonio_adonias_aguiar_bastos.pdf> Acesso em: 15 maio 2011.

4 CONSOLO, Claudio; RIZZARDO, Dora. Due modi di mettere le azioni collettive alla prova: Inghilterra e Germania. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, ano LX, 2006. p. 895.

mesmo já estejam produzindo grave insegurança jurídica, por afetarem a situação jurídica de um expressivo número de pessoas.

De fato, tais instrumentos processuais perseguem seus objetivos sem se valer das notas típicas dos mecanismos de tutela coletiva, dentre os quais se destacam a representação processual extraordinária e a extensão subjetiva da coisa julgada.

Nos modelos que serão vistos a seguir, assim como no modelo que desponta para o sistema brasileiro no Projeto de novo Código de Processo Civil, os membros do grupo são tratados como verdadeiras partes, e não como “não-partes substituídas”, tal como ocorre nas ações representativas.

No que concerne à extensão dos efeitos da decisão proferida, também há nítida diferença entre a ação teste contemplada no Projeto de novo Código de Processo Civil e o sistema brasileiro em vigor para as ações coletivas que têm por objeto a tutela de direitos individuais homogêneos. Com efeito, se nestas ocorre a extensão subjetiva da coisa julgada para alcançar os membros do grupo substituídos somente nas hipóteses de procedência (*secundum eventum litis*), a solução adotada pelo incidente de resolução de demandas repetitivas é diversa, e consideravelmente mais contundente, na medida em que a decisão proferida neste procedimento quanto à questão jurídica central comum às ações repetitivas será dotada de efeitos *erga omnes* e produzirá eficácia *pro et contra*.

Em contraposição ao sistema norte-americano, tradicionalmente adepto das *class actions*, e ao sistema alemão, àquele avesso, e que recentemente instituiu o sistema do procedimento-padrão, tudo indica que, no ordenamento brasileiro, os dois mecanismos coexistirão. A bem da verdade pode-se afirmar que isso já ocorre, uma vez que dispomos de um amplo sistema de ações coletivas e dos mecanismos que compõem o denominado microssistema processual para a tutela dos direitos massificados, composto basicamente pelos artigos 285-A, 543-B e 543-C do Código de Processo Civil.

Vistas as circunstâncias que conduziram ao surgimento das ações-teste,⁵ passam a ser analisados nos tópicos seguintes os seus objetivos e suas regulamentações nos ordenamentos alemão e inglês, cotejando-os, no que couber, com a legislação brasileira projetada para a criação do incidente de resolução de demandas repetitivas.

5 Os termos “ações-teste”, “ações-piloto”, “processo-modelo”, “processo-paradigma” e “procedimento-modelo” serão utilizados indistintamente ao longo do artigo.

1 AS AÇÕES-TESTE NA ALEMANHA: O MUSTERVERFHAREN

No ano de 2005, foi editada na Alemanha a Lei de Introdução do Procedimento-Modelo para os Investidores em Mercados de Capitais⁶, (*Gesetz zur Einführung Von Kapitalanleger-Musterverfahren* cuja abreviação é *KapMuG*), que instituiu um procedimento-padrão (*Musterverfahren*) com o objetivo precípuo de racionalizar o julgamento de milhares de ações idênticas propostas por investidores do mercado de capitais da Bolsa de Frankfurt que sofreram prejuízos em virtude da divulgação de informações falsas.

O ordenamento alemão se viu obrigado a disciplinar uma técnica processual que contivesse o afluxo de demandas propostas nos Estados Unidos em face de empresas alemãs. Utilizando-se da técnica da *class action*, demandantes alemães ingressavam com pedidos de ações coletivas nos Estados Unidos, principalmente em face das empresas *Deutsche Telekom*, *Daimler Chrysler* e inúmeros bancos alemães.⁷

O caso mais significativo foi protagonizado pela empresa de telecomunicações *Deutsche Telekom*, que, ao deixar de prestar informações aos seus investidores, deu ensejo à propositura de aproximadamente 2200 ações por mais de 14000 autores. Diante deste cenário, o Poder Judiciário alemão chegou a asseverar que o julgamento de todas estas ações em 1º grau de jurisdição poderia levar até quinze anos.⁸

Diante deste cenário, e considerada a inexistência de um sistema de ações coletivas no direito alemão⁹, o legislador decidiu intervir para criar um

6 Tal Lei nasceu com prazo de vigência de cinco anos, o qual restou prorrogado no mês de novembro do ano de 2010 por mais dois anos.

7 FERRARESI, Eurico. *Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo*: instrumentos processuais coletivos. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 67.

8 HESS, Burkhard. "Relatório nacional da Alemanha". In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MULLENIX, Linda; WATANABE, Kazuo. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law, uma análise de direito comparado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 142.

9 Ressalvadas as menções a previsões legais esparsas existentes no sistema jurídico alemão e apontadas por Antonio do Passo Cabral: "O ordenamento processual alemão não possui regulamentação extensa e genérica sobre tutela coletiva tal qual existe no Brasil. Ao contrário, optou o legislador tedesco por modificações normativas pontuais, havendo poucas leis previdentes de qualquer tipo de tutela para direitos transindividuais. Raras manifestações de instrumentos de tutela coletiva são encontradas no § 33 da Lei contra Práticas de Restrição à Concorrência (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* ou *GWB*, a Lei dos Cartéis), no § 13 da Lei contra Práticas de Concorrência Desleal (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* ou *UWG*), e nos §§ 13, 22 e 22a, todos da Lei das Condições Gerais dos Negócios (*Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, abreviada de *AGB-Gesetz* ou *AGBG*)."
CABRAL, Antonio do Passo. *O novo*

procedimento-modelo (*Musterverfahren*), o qual tem por escopo racionalizar a prestação jurisdicional quanto a estas demandas repetitivas.¹⁰

Tal racionalização no julgamento destas ações segue a lógica típica das *test claims*, ou seja, é buscada através da resolução de questões comuns a todas as ações isomórficas a partir de um processo individual tomado como paradigma.

O entendimento firmado neste procedimento-modelo passa então a ser aplicado aos demais casos semelhantes, proporcionando isonomia entre os jurisdicionados, segurança jurídica e celeridade processual.

Passa-se, a partir deste momento, à análise crítica dos principais dispositivos da *KapMuG*, bem como ao cotejo de certos aspectos da regulamentação do procedimento-padrão alemão com a legislação brasileira projetada para disciplinar o incidente de resolução de demandas repetitivas (atualmente, Projeto de Lei n.º 8046, em trâmite na Câmara dos Deputados e que, uma vez aprovado, tornar-se-á o novo Código de Processo Civil brasileiro).

A análise mais detida do sistema alemão se justifica em razão da inspiração declarada da Comissão de Juristas encarregada de elaborar o Anteprojeto do Novo CPC naquele procedimento-modelo tedesco.¹¹

A Lei alemã encontra-se dividida em três partes e vinte seções. A Primeira Parte trata do requerimento de instauração do procedimento-padrão e de seus procedimentos.

A Primeira Seção, que versa sobre o requerimento de instauração do procedimento-padrão em um processo individual de primeira instância, fixa as hipóteses de seu cabimento, ao estabelecer que este processo deverá versar sobre uma pretensão para compensação de

procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. Revista de Processo n. 147, maio/2007, p. 130.

10 Além de Frankfurt, hoje tramitam procedimentos-modelo também em Stuttgart e Munique.

11 Conforme Exposição de Motivos do Anteprojeto de Novo Código Civil, p. 21: “Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta.” BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil: anteprojeto/Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

danos decorrentes de informações públicas do mercado de capitais falsas, enganosas ou omitidas, ou para cumprimento de um contrato baseado em oferta regida pela lei de valores mobiliários e aquisições de empresas.

Esta Seção também prevê que o requerimento de instauração do *Musterverfahren* pode ser feito pelo autor ou pelo réu, além de definir o alcance da expressão “informações públicas do mercado de capitais”.

Cumprir destacar que, a *contrario sensu*, a instauração do procedimento-modelo alemão não poderá ocorrer a partir de uma iniciativa do juízo, tal como previsto no parágrafo 1º do artigo 930 do Projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro, que, ao dispor sobre a legitimação para propositura do incidente de resolução de demandas repetitivas, prevê, em seu inciso I, a possibilidade de que o requerimento para sua instauração emane de um juiz de primeira instância ou de um desembargador relator.

Ainda no que diz respeito ao requerimento de instauração do procedimento-modelo, o item n.º 2 da Primeira Seção da *KapMug* traz três exigências: a) o requerimento deve ser elaborado no momento em que o judiciário analisa a questão (antes de sua definição, evidentemente) e deve conter a indicação expressa de seu objetivo e da respectiva informação pública sobre mercado de capitais; b) o requerimento deve conter informações sobre todas as circunstâncias fáticas e legais (pontos de disputa), bem como a descrição das evidências que o requerente pretende usar para fundamentar ou refutar demandas concretas, e c) o requerente deverá demonstrar que a decisão sobre seu pedido de instauração de procedimento-modelo pode ter relevância para outros casos similares, ou seja, a questão sobre a qual se solicita a instauração do *Musterverfahren* deverá transcender o interesse individual das partes que formam o processo originário no bojo do qual tal pedido é realizado. O mesmo dispositivo estabelece que ao requerido é garantida a oportunidade de submeter uma petição escrita sobre o assunto.

Quanto ao disposto na alínea “b”, cumpre alertar para uma importantíssima diferença entre as disciplinas do *Musterverfahren* e o incidente de resolução de demandas repetitivas brasileiro: o objeto.

Nas precisas palavras de Antonio do Passo Cabral, o objeto da cognição judicial no procedimento-modelo alemão:

Pode versar tanto sobre questões de fato como de direito, o que denota a possibilidade de resolução parcial dos fundamentos da pretensão,

com a cisão da atividade cognitiva em dois momentos: um coletivo e outro individual. Esse detalhe é de extrema importância, pois evita uma potencial quebra da necessária correlação entre fato e direito no juízo cognitivo. Vale dizer, se na atividade de cognição judicial, fato e direito estão indissociavelmente imbricados, a abstração excessiva das questões jurídicas referentes às pretensões individuais poderia apontar para um artificialismo da decisão, o que não ocorre aqui, com a vantagem de evitar as críticas aos processos-teste.¹²

O julgamento do procedimento-modelo alemão, portanto, terá como limite a definição das questões fáticas e jurídicas que sejam comuns às ações repetitivas¹³. Esta é exatamente a ideia de cisão da cognição judicial ou de processo de cognição seguímentada.¹⁴

Ao estudar o objeto do *Musterverfahren*, Cristiana Hamdar Ribeiro explicita sua característica de processo de cognição seguímentada nos seguintes termos:

O Tribunal Superior (Corte de Apelação) decidirá apenas as questões relativas à existência, ou não, de informação falsa, enganadora ou omitida, ou mesmo sobre a responsabilidade nos contratos de aquisição de ações, e não se o investidor faz jus, efetivamente, à indenização ou não. Esta análise será feita, de forma individual, pelos tribunais originários de cada causa, nos quais deverá ser provado pela parte reclamante o dano sofrido para que seja concedida a indenização pleiteada.¹⁵

12 CABRAL, op. cit., p. 132-133.

13 Burkhard Hess, responsável pelo Relatório nacional da Alemanha apresentado no XIII Congresso Mundial de Direito Processual Civil, realizado em Salvador/BA, no ano de 2007, aduziu que: “*After the master decision has become final, the court of first instance must then decide each action on a case-by-case basis. Although the master decision may address a number of common issues raised in each case, it is still possible that the court of first instance has to decide a variety of questions that are not common to several actions. However, the most important issues are decided by appellate courts in the master proceedings.*” *Op. Cit.* p. 144.

14 Sobre a cisão da cognição judicial ou processo de cognição seguímentada, confira-se Dierle José Coelho Nunes: “*O mecanismo de pinçamento, em última análise, é uma clara técnica de varejo para solucionar um problema do atacado, que somente poderia ser abordado adequadamente tematizando-se a utilização de ações coletivas representativas ou a utilização de procedimentos com cognição seguímentada (como o Musterverfahren tedesco), no qual em um procedimento coletivo (incidente), com ampla participação de todos os interessados, resolvem-se as questões comuns das causas onde se debatem pretensões isomórficas, “deixando para um procedimento complementar a decisão de cada caso concreto”* NUNES, Dierle José Coelho. Decisão do STJ: Corte especial nega desistência de recurso repetitivo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2002, 24 dez. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12123>>. Acesso em: 4 jul. 2011. p. 3.

15 RIBEIRO, Cristiana Hamdar. A lei dos recursos repetitivos e os princípios do direito processual civil brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Volume V, p. 626.

No mesmo sentido, Renato Xavier da Silveira Rosa assevera que:

Uma vez definida a decisão-modelo, cada magistrado de primeiro grau deve julgar individualmente cada uma das ações, obedecendo à eficácia da decisão-modelo, julgando apenas as demais questões do caso concreto submetido à jurisdição por meio da demanda individual. Assim, ainda que haja mais questões a serem decididas, as questões centrais, a tese jurídica em si, já foi decidida, e de maneira uniforme para todos os processos individuais.¹⁶

No modelo de procedimento-padrão brasileiro também haverá uma cisão da atividade cognitiva, uma vez que o objeto de cognição do incidente de resolução de demandas repetitivas será apenas a definição da tese jurídica central e comum à totalidade das ações repetitivas.

Todavia, o Projeto do novo Código de Processo Civil, ao contrário do sistema alemão, não previu a possibilidade de que questões fáticas submetam-se ao rito de julgamento delineado pelo incidente, o qual terá por objeto tão-somente questões de direito capazes de causar grave insegurança jurídica, conforme disposto no *caput* do art. 930.¹⁷

A despeito desta diferença, que certamente não compromete a identidade de escopos precípuos dos incidentes alemão e brasileiro, defende-se o posicionamento de que ambos os procedimentos revestem-se da característica de verdadeiros processos objetivos.¹⁸

16 SILVEIRA, op. cit. p. 17.

17 Daí surge o risco da já citada “quebra da necessária correlação entre fato e direito no juízo cognitivo”, com a conseqüente “abstração excessiva das questões jurídicas”. Lenio Streck já manifestava preocupação com tal fenômeno à época das discussões que precederam a inserção em nosso sistema das súmulas vinculantes: “O precedente, para ser aplicado, deve estar fundado em um contexto, sem a dispensa de profundo exame acerca das peculiaridades do caso que gerou o aludido precedente. Além disto, o próprio precedente deverá ser examinado no contexto da posição (atual) que o Tribunal tem sobre a referida matéria. Numa palavra: precedentes não são significantes primordiais-fundantes (de cariz aristotélico-tomista), nos quais estariam contidas as universalidades de cada “caso” jurídico, a partir das quais o intérprete teria a simplista tarefa de “subsumir” o particular...! Isto significa chamar a atenção da comunidade jurídica para o fato de que a instituição das súmulas vinculantes é (também e fundamentalmente) um problema filosófico (hermenêutico). STRECK, Lenio Luiz. *O Fahrenheit Sumular do Brasil: O Controle Panóptico da Justiça*, p. 4. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=17&Itemid=40>. Acesso em: 02 ago. 2011.

18 Veja-se, neste sentido, o entendimento de Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha por ocasião da análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no que concerne à possibilidade de desistência de recurso especial escolhido como paradigma nos termos do artigo 543-B do CPC, “quando se seleciona um dos recursos para julgamento, instaura-se um novo procedimento. Tal procedimento incidental é instaurado por provocação oficial e não se confunde com o procedimento principal recursal. Este último procedimento tem uma feição coletiva, não devendo ser objeto de desistência, da mesma forma que não

Com efeito, o objeto das ações-teste é a definição das questões comuns à totalidade de ações repetitivas, as quais se revestem de interesse coletivo justamente em razão do amplo espectro de pessoas e situações jurídicas que atingem. Tal modalidade de julgamento vinculará as instâncias inferiores apenas quanto à definição de tais questões, resguardando a liberdade dos juízes quanto ao julgamento dos demais aspectos periféricos e eventuais peculiaridades das ações individuais seriadas.¹⁹

Neste sentido, pode-se sustentar que o procedimento-modelo alemão, assim como o incidente delineado no Projeto de novo CPC, possui natureza de processo objetivo, uma vez que ambos têm por escopo não a resolução da lide individual na qual surgem, mas sim a elaboração de uma “decisão-quadro” para as questões comuns que dão origem à multiplicidade de demandas repetitivas.

O terceiro e último parágrafo da Primeira Seção trata das hipóteses em que o requerimento de instauração do procedimento-modelo deverá ser inadmitido. São elas: a) a decisão judicial sobre a ação individual na qual o requerimento de instauração do procedimento-modelo é formulado já está próxima, pronta para ser proferida; b) a solicitação de instauração do procedimento-modelo é feita com o propósito de protelar a ação individual; c) as evidências descritas (provas) são inapropriadas para a instauração do procedimento; d) as razões do requerente não justificam a instauração do procedimento e e) a questão legal suscitada não parece carecer de esclarecimento.

O dispositivo prevê, ainda, que o juízo de admissibilidade do requerimento de instauração do *Musterverfahren* emanará da Corte competente para o julgamento da ação individual na qual aquele fora formulado, ou seja, tal competência foi confiada ao juízo *a quo*.

Verifica-se que, quanto a este aspecto, o legislador nacional optou por solução oposta, e a nosso ver mais adequada, ao atribuir a

se admite a desistência em ações coletivas (Ação Civil Pública e Ação Direta de Inconstitucionalidade). O objeto desse incidente é a fixação de uma tese jurídica geral, semelhante ao de um processo coletivo em que se discutam direitos individuais homogêneos. Trata-se de um incidente com objeto litigioso coletivo”. DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. Vol. 3. 9. ed. Bahia: Editora JusPodium, p. 321.

19 Neste sentido, NUNES, op.cit. p. 4 e ss.

competência para a realização do juízo de admissibilidade ao órgão *ad quem*, nos termos da regra contida no artigo 933 do Projeto.²⁰

Nota-se também que o modelo alemão instituiu um sistema vinculado de inadmissibilidade de seu procedimento-padrão, ou seja, verificada a ocorrência de uma das hipóteses descritas acima, restará à Corte negar o pedido.

Tal sistemática não foi adotada pelo Projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro, uma vez que, da leitura do parágrafo primeiro de seu artigo 933, infere-se que a admissibilidade do nosso futuro procedimento-modelo não se encontra estritamente condicionada ao implemento de determinadas condições previstas em lei.

Em outras palavras, o Projeto de novo CPC não previu um rol taxativo de hipóteses que, uma vez constatadas, conduzem necessariamente à inadmissibilidade do requerimento de instauração do procedimento-padrão. Ainda que o artigo 930 faça menção à “*controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de decisões conflitantes*”, é certo que o seu parágrafo primeiro, ao tratar do juízo de admissibilidade do incidente, estabeleceu que, além de considerar a presença daqueles requisitos, aos tribunais foi atribuída a *conveniência* da instauração do procedimento-padrão.

Em suma, pode-se concluir que, no sistema alemão, o juízo de admissibilidade do procedimento-modelo possui natureza vinculada, ao passo que na legislação brasileira projetada, ainda que haja um norte para um juízo positivo de admissibilidade, tal decisão situa-se no âmbito da discricionariedade dos tribunais.²¹

Prosseguindo na análise da *KapMuG*, passa-se à sua Segunda Seção, a qual dispõe sobre o registro público dos procedimentos-modelo.

20 Ressalte-se que, ainda que a iniciativa de instauração parta de um juiz ou desembargador relator, nos termos da previsão contida no artigo 930, parágrafo 1º, inciso I do PL n.º 8.046/10, tal ato consiste em mera solicitação, consubstanciada em ofício (e não de ofício), estando sujeita à análise do tribunal.

21 Neste sentido, Arthur Mendes Lobo sustenta que se trata de decisão política a cargo dos tribunais. Manifestamos concordância com tal entendimento, uma vez que parece nítido que a intenção do legislador foi a de justamente atribuir esta discricionariedade ao Poder Judiciário. LOBO, Arthur Mendes. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. *Revista de Processo*, n. 185, p. 238, jul/2010.

A Lei alemã estabelece que, uma vez admitida a instauração do *Musterverfahren* pela Corte competente para o julgamento da ação na qual aquele fora suscitado, caberá àquela realizar anúncio público de sua decisão na Gazeta Federal eletrônica.

Disciplina semelhante foi estabelecida no Projeto de novo Código de Processo Civil, uma vez que seu artigo 931 prevê que a instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos de ampla publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.

A Lei alemã dispõe sobre o registro de requerimentos de instauração de procedimentos-modelo que se refiram à mesma matéria, asseverando que, nestes casos, eles serão listados em ordem cronológica de acordo com a data de seus anúncios públicos. A *KapMuG* prevê, entretanto, que solicitações para a instauração do procedimento-padrão não deverão mais ser anunciadas no registro público se as condições para a admissão do procedimento descritas na Seção 4 (1) já forem conhecidas.

Nosso Projeto de novo Código de Processo Civil não disciplina tais casos. Parece que, ao menos no que concerne ao registro de incidentes relativos à matéria idêntica, deveria ter sido previsto seu agrupamento e listagem em ordem cronológica, a fim de que, em se tratando de matéria de repercussão nacional, pudesse haver o deslocamento da competência dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais para o Superior Tribunal de Justiça,²² ou ao menos a ciência prévia por parte dos tribunais de segunda instância da instauração do procedimento-modelo em corte de jurisdição diversa.

A Quarta Seção da *KapMuG* estabelece que o juízo no qual tramita a ação individual em que fora suscitado o requerimento de instauração do procedimento-modelo submeterá a questão à corte de instância imediatamente superior, evidentemente se o juízo de admissibilidade for positivo, e desde que atendidos outros dois requisitos legais: a) o primeiro requerimento de instauração do procedimento-modelo deve ter sido formulado perante aquele juízo e b) ao menos em outros nove processos semelhantes tenham sido formuladas, no mesmo juízo ou em outros, solicitações de instauração do procedimento-padrão dentro do

22 Tal solução, embora pudesse conferir um efeito uniformizador da jurisprudência ainda mais amplo ao incidente de resolução de demandas repetitivas, reclamaria, a princípio, a edição de emenda à Constituição da República, uma vez que o rol taxativo de competências do Superior Tribunal de Justiça constante do artigo 105 não contempla esta atribuição.

período de quatro meses, contados a partir da data de publicação no registro eletrônico do primeiro requerimento.

Uma vez supridas tais exigências, o juízo *a quo* encaminhará a(s) questão(ões) coletiva(s) à corte superior. Tal remessa, que a nosso sentir reveste-se da natureza de decisão de admissibilidade do procedimento-padrão, não se sujeita a qualquer tipo de recurso e possui efeito vinculante em relação ao órgão *ad quem*. Em outras palavras, desde que atendidos os requisitos dispostos na Quarta Seção, o tribunal não poderá se furtar ao julgamento das questões de interesse coletivo.²³

Relevante destacar que tais questões de interesse coletivo, que constituem justamente o mérito do *Musterverfahren*, são delineadas pelo juízo de origem e não pelo tribunal que efetivamente o julgará.²⁴ Com efeito, o item n.º 2 da Quarta Seção confere ao juízo *a quo* o dever de descrever o objetivo do procedimento-modelo, com todos os pontos controvertidos relevantes para decisão coletiva, as provas a serem produzidas e um resumo dos direitos reclamados e os correspondentes argumentos em sentido contrário apresentados pela parte ré.

A lei prevê a possibilidade de que, para garantir segurança jurídica e uniformidade da jurisprudência, quando existentes tribunais estaduais diversos (nos *Ländern*, Estados-membros), possa a matéria ser atribuída ao julgamento de um tribunal superior, admitindo ainda que, por acordo ou convênio entre os governos estaduais, possa ser a decisão submetida a um determinado e específico tribunal.²⁵ Ao comentar este dispositivo, Renato Xavier da Silveira Rosa sustenta, a nosso ver com total propriedade, que:

Se o procedimento for afeto a várias cortes de segundo grau, o julgamento do procedimento-modelo será feito pelo tribunal superior, impondo então a todo o território alemão a decisão, o que tem o condão de com melhor eficiência adjudicar questões que envolvam todo o território do país, efetivamente uniformizando a

23 Reforça-se aqui o caráter vinculante da instauração do procedimento alemão. Parece-nos, todavia, que tal disposição se coaduna perfeitamente com o sistema proposto. Vale dizer: uma vez delineados requisitos rígidos, sem os quais não se permite a instauração do incidente, parece razoável não franquear ao tribunal a discricionariedade sobre o julgamento de questões de relevância coletiva fortemente demonstrada.

24 Neste sentido, CABRAL, op. cit. p. 135.

25 CABRAL, op. cit. p. 135.

jurisprudência dos tribunais, sobre as mesmas questões de fato ou de direito.²⁶

A Quinta Seção, que encerra a Primeira Parte da *KapMuG*, dispõe sobre os efeitos preclusivos operados pelo juízo de admissibilidade positivo do *Musterverfahren*. Após a constatação da presença dos requisitos elencados na seção precedente e da consequente remessa do procedimento à instância superior, veda-se a instauração de um novo procedimento, que seria suspenso em razão da identidade de objetos, conforme a regra disposta na Sétima Seção.

Não existe previsão similar para o incidente de resolução de demandas repetitivas no Projeto de Novo CPC. Com efeito, dispõe o artigo 934 que, uma vez admitido o incidente, “o presidente do tribunal determinará, na própria sessão, a suspensão dos processos pendentes, em primeiro e segundo graus de jurisdição”.

Tal previsão não impede, todavia, a coexistência de dois ou mais procedimentos-modelo com idêntico objeto tramitando em tribunais diversos, hipótese que possibilitará o indesejável efeito de fixação de teses jurídicas antagônicas acerca de questões de direito que transcendam os limites territoriais do órgão jurisdicional.

Com o nítido objetivo de mitigar tais efeitos indesejáveis e que acabariam por comprometer um dos principais escopos do instituto, qual seja, a uniformização da jurisprudência, criaram-se regras facilitadoras da subida das questões de repercussão nacional ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal (artigos 937 *caput*, 938 parágrafo único e 940).

Ainda que rendamos homenagens a tais regras, consideramos que teria sido preferível a adoção do modelo alemão quanto a este ponto. Assim, uma vez constatada a discussão acerca de questão jurídica com o potencial de gerar grave insegurança jurídica e decisões conflitantes em todo o território nacional,²⁷ reiteramos o entendimento exposto linhas acima, no sentido de que a competência para julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas nestes casos deveria ter sido atribuída desde logo ao Superior Tribunal de Justiça.

²⁶ ROSA, op. cit. p. 16.

²⁷ Tal como a hipótese de discussão acerca da legalidade de determinado tributo federal ou sobre a forma de cálculo de determinada gratificação a servidores públicos federais.

A Sexta Seção inaugura a Segunda Parte da Lei, relativa aos procedimentos aplicáveis ao *Musterverfahren*, ao trazer a disciplina dos procedimentos do registro público do procedimento-modelo.

A Sétima Seção, por sua vez, estabelece que, após o registro público da instauração do procedimento-modelo por parte do tribunal, serão suspensos *ex officio* pelas instâncias inferiores todos os processos pendentes ou quaisquer processos ajuizados anteriormente à instauração do procedimento-modelo cujas decisões ou questões jurídicas a serem resolvidas dependam da decisão a ser proferida naquele procedimento-padrão pelo tribunal.

A suspensão será aplicada às ações de objeto idêntico que tenham sido ajuizadas antes da instauração do procedimento-modelo, independentemente da existência de requerimento neste sentido. Em outras palavras, serão suspensas mesmo as ações individuais nas quais não tenha havido requerimento de instauração de procedimento-padrão.

Por fim, a *KapMuG* dispõe, nesta Seção, que a decisão de suspensão destas ações não se submete a nenhum tipo de recurso.

Existe disposição semelhante no Projeto de novo CPC, qual seja, o artigo 943, que prevê a suspensão dos processos pendentes, em primeiro e segundo grau de jurisdição pelo presidente do tribunal que admitir o incidente de resolução de demandas repetitivas.

A Oitava Seção da *KapMug* traz o regramento acerca das partes do procedimento-modelo, mediante a escolha (irrecorrível) de um autor “modelo” e de um réu “modelo”.²⁸ Antonio do Passo Cabral preleciona que tais “líderes”, denominados, respectivamente de *Musterkläger* e *Musterbeklagte*, serão os interlocutores diretos dos vários autores e réus com a corte. Prossegue sustentando que:

Nada mais razoável, já que, como estamos diante de procedimento de coletivização de questões comuns a vários processos individuais, faz-se necessária a intermediação por meio de um “porta-voz”. Estes são uma espécie de “parte principal”: são eles, juntamente com seus advogados, que traçarão a estratégia processual do grupo. Os demais, se não poderão contradizer ou contrariar seus argumentos, poderão

28 Quanto à irrecorribilidade da decisão que elege as partes-líderes ou modelo, veja-se uma vez mais HESS In “Relatório nacional da Alemanha”: “*This selection of the master plaintiff is based on the discretion of the appellate court.*” op. cit. p. 143.

integrá-los, acrescentando elementos para a formação da convicção judicial.²⁹

Constata-se que a Comissão de Juristas designada para a elaboração do Anteprojeto de novo CPC não encampou nem mesmo uma singela influência do modelo alemão neste ponto.

Aliás, nem deveria tê-lo feito, já que o nosso modelo projetado para o incidente de resolução de demandas repetitivas contempla a já mencionada cisão da cognição judicial, mediante a atribuição de competência aos tribunais para o julgamento das questões de direito comuns às demandas isomórficas, com a posterior restituição de tais ações ao juízo inferior, ao qual competirá julgar o processo levando em consideração todos os seus aspectos fáticos e eventuais questões de direito periféricas, sem poder se afastar, todavia, da observância da tese jurídica relativa à questão jurídica central firmada no procedimento-modelo.

Ainda que o sistema do procedimento-modelo alemão também se caracterize por esta técnica de cisão da cognição judicial, tal fenômeno se passa de maneira diversa, já que são submetidas ao julgamento do tribunal não apenas questões jurídicas, mas também os aspectos fáticos que possam influir no desfecho de todas as ações repetitivas, conforme já visto por ocasião da análise do objeto do *Musterverfahren*.

Esta distinção fundamental quanto à extensão do objeto dos dois modelos parece deixar fora de dúvida que a adoção do sistema alemão de partes “modelo” ou “líderes” revelar-se-ia, a nosso sentir, desnecessária e mesmo incompatível com os limites mais estreitos que o Projeto do novo CPC conferiu ao instituto do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Isto porque, ao se limitar à definição da tese jurídica aplicável às demandas isomórficas, o incidente brasileiro relega aos juízes de primeira instância e também às partes destas ações um maior campo de discussão, uma vez que todos os seus aspectos fáticos poderão, ao menos em tese,³⁰ constituir objeto de debate e contraditório irrestrito.

Deste modo, salvaguardado o direito ao contraditório quanto a todos os aspectos do processo que não se refiram especificamente à tese jurídica central definida pelo julgamento do incidente, não vislumbramos

²⁹ CABRAL, op. cit. p. 137.

³⁰ Ressalva-se aqui, uma vez mais, a dificuldade de separação das questões fáticas das jurídicas, apontada por Lenio Luiz Streck.

a necessidade de encampação do sistema de eleição de partes-líderes, tal como prevista no direito alemão.

Provavelmente tal cautela por parte do legislador alemão deve-se ao fato do procedimento-modelo daquele país possuir objeto mais amplo, com a conseqüente redução do âmbito de decisão por parte das instâncias inferiores após o julgamento do *Musterverfahren*.

No que concerne à Nona Seção, que trata das regras gerais de procedimento, cumpre destacar algumas peculiaridades interessantes e que até o momento do fechamento deste trabalho não foram cogitadas pelo legislador para o nosso procedimento-modelo.

A primeira delas refere-se à obrigatoriedade de transcurso de um período mínimo de quatro semanas entre o registro público do *Musterverfahren* e a data da audiência para seu julgamento.

Tal cautela parece de todo recomendável, já que o julgamento do procedimento-modelo repercutirá no desfecho de um expressivo número de ações idênticas.

Ao assegurar este considerável lapso temporal entre a divulgação da instauração do procedimento e a audiência de julgamento assegura-se a sua publicidade, e, por via de consequência, cria-se um cenário propício ao amadurecimento do debate entre todas as partes e interessados no deslinde daquelas questões comuns.

Do mesmo modo, tal regra possui o condão de viabilizar a previsibilidade da decisão, já que as circunstâncias favoráveis ao amplo debate reduzem drasticamente a possibilidade de prolação das indesejáveis decisões-supresa.

Apesar da obrigatoriedade de observância deste lapso temporal não assegurar, por si só, o respeito ao princípio do contraditório, não se pode desconsiderar que a garantia de um período mínimo de quatro semanas entre o registro público do procedimento e a audiência de julgamento contribui para que as partes possam influir eficazmente na decisão judicial que será proferida, ou seja, a fixação de tal prazo concorre para a efetivação do contraditório participativo.³¹

31 Leonardo Greco ensina que contraditório "é um megaprincípio que, na verdade, abrange vários outros e, nos dias atuais, não se satisfaz apenas com uma audiência formal das partes, que é a comunicação às partes dos atos do processo, mas deve ser efetivamente um instrumento de participação eficaz das partes

Por tais razões, entende-se que o legislador pátrio deveria cogitar a possibilidade de adoção de dispositivo semelhante na regulamentação do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Ainda que se refute tal sugestão com base no ideal de celeridade processual positivado na Constituição da República e ambicionado pelo Projeto de novo CPC, não se pode perder de vista o fato de que o julgamento pelo procedimento-padrão de questões comuns a ações repetitivas, pela sua própria essência e razão de existir, deve pressupor o maior amadurecimento possível, visto que eventuais erros ou equívocos em seu julgamento terão o perigoso efeito de gerar uma enxurrada de novas ações ou impugnações.

Ainda quanto a esta Seção, é digna de nota a previsão de utilização da forma eletrônica do procedimento-padrão.

Tudo leva a crer que, uma vez em vigor, nosso incidente de resolução de demandas repetitivas também tramitará por meio eletrônico. Contudo, o Projeto de Novo CPC não traz nenhuma disposição neste sentido, o que, a nosso sentir, poderia ser repensado, a fim de evitar a utilização de mecanismos de tramitação totalmente díspares entre os diversos tribunais estaduais e federais.³²

Outra relevante distinção entre o incidente constante do Projeto de novo CPC e o procedimento-modelo alemão é que, neste último, admite-se a ampliação de seu objeto por iniciativa das partes na fase de preparação para a audiência.

Com efeito, estabelece a Décima Seção que, no procedimento de preparação para a audiência, o juiz poderá instruir as partes interessadas citadas para a audiência a submeter pedidos adicionais às postulações escritas formuladas pelo autor-modelo ou pelo réu-modelo.³³ Poderá ainda o juiz fixar um prazo limite para o esclarecimento de certos pontos em disputa que requeiram melhor elucidação.

no processo de formação intelectual das decisões.” GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*, v. 1, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 450.

32 Hoje não existe nenhuma regulamentação legal sobre a padronização de sistemas entre os 27 tribunais de justiça, 5 tribunais regionais federais, 24 tribunais da justiça do trabalho e tribunais superiores. Tal quadro prejudica os jurisdicionados e advogados, consistindo em mais um motivo de descontentamento da sociedade com o Poder Judiciário.

33 Registre-se que tal prerrogativa dos intervenientes é criticada por parte da doutrina, porque poderia permitir uma demora excessiva no processo. CABRAL, op. cit. p. 136.

Tais pedidos de acréscimo do objeto feitos pelas partes interessadas deverão ser submetidos ao conhecimento do autor e do réu escolhidos como líderes. Todavia, tais postulações não serão disponibilizadas para conhecimento das demais partes interessadas citadas.

Ainda quanto às demais partes interessadas citadas, mesmo as petições escritas do autor e do réu-modelo somente serão disponibilizadas para conhecimento se elas tiverem postulado por escrito neste sentido à corte competente.

A Décima Primeira Seção dispõe sobre os efeitos da desistência do pedido de instauração do procedimento-modelo por parte do autor ou do réu escolhido como modelo.

A *KapMuG* estabeleceu, em primeiro lugar, que esta desistência não altera, por si só, o status do autor-líder ou do réu-líder.

O parágrafo segundo desta Seção dispõe que, se o autor-líder desiste de seu requerimento durante o curso do procedimento-modelo, o tribunal deve designar um novo autor-líder. O mesmo se aplicará nos casos de início de procedimento para aferição de sua insolvência, sua morte ou perda de sua capacidade para demandar ou ser demandado.

Por fim, consta a previsão de que a desistência do requerimento de instauração do procedimento-modelo formulado pelas partes interessadas citadas não produz qualquer efeito em relação ao regular processamento do *Musterverfahren*.

A Décima Segunda Seção versa sobre a posição legal das partes interessadas citadas para o procedimento-padrão.

De acordo com a regra disposta nesta Seção, a parte interessada deve ingressar no procedimento-modelo no estágio em que este se encontra no momento em que é citada. A parte será chamada a avaliar seu interesse em oferecer defesa ou submeter todos os atos processuais que considerar relevantes ao julgamento.

Importante destacar que as suas declarações e ações não poderão se contrapor à linha de atuação de sua respectiva parte principal, ou seja, o autor-modelo, se a parte for citada para ingressar no processo no pólo passivo, ou o réu-modelo, se pretender ingressar no pólo passivo.

Conforme asseverado por Antonio do Passo Cabral, a Lei alemã possibilita uma participação efetiva dos interessados, os quais poderão inclusive utilizar meios de ataque e defesa,³⁴ desde que não se verifique a contraposição acima descrita.

O processualista consigna, neste ponto, a crítica que vem sendo feita ao legislador alemão, uma vez que este tratou a participação dos interessados por intermédio da *Beiladung*, que consistiria numa curiosa modalidade interventiva, às vezes assemelhada às intervenções de terceiros, outras similar ao litisconsórcio, que é prevista em alguns procedimentos especiais do Código de Processo Civil alemão, mas sem qualquer tratamento uniforme.³⁵

A Décima Terceira Seção trata da ampliação do objeto do procedimento-padrão. Consta a previsão de que os autores-líderes, os réus-líderes, bem como as demais partes interessadas citadas podem procurar o estabelecimento de pontos adicionais de disputa para definição pelo procedimento-modelo, desde que a decisão sobre tais questões esteja relacionada ao objeto do *Musterverfahren*. Demais disso, exige-se que o juízo de primeira instância (a quem compete a decisão sobre a definição do objeto do procedimento, como já visto) considere relevante para o deslinde do caso o acréscimo de tais pontos de disputa.

Esta decisão proferida pelo juízo *a quo* acerca da ampliação do objeto do procedimento-modelo vincula o tribunal e não se sujeita a qualquer tipo de recurso.

A decisão do procedimento-modelo foi disciplinada pela Décima Quarta Seção, a qual estabelece que a mais alta corte regional a proferirá em audiência, com ciência ao autor e ao réu-modelo, sem que sejam nomeadas em sua ementa as partes interessadas citadas, as quais somente tomarão conhecimento do teor da decisão por notificação informal.

O parágrafo segundo desta Seção estabelece que a decisão sobre as custas referentes aos processos semelhantes que foram suspensos permanecem como de competência dos juízos de primeira instância nos quais aqueles procedimentos tramitavam antes do julgamento do *Musterverfahren*.

34 CABRAL, op. cit. p. 136.

35 op. cit. p. 136.

O terceiro e último parágrafo da Seção traz a regra segundo a qual a conclusão do procedimento-modelo por intermédio de acordo somente poderá ocorrer mediante a prévia aquiescência de todas as partes interessadas.

Tal dispositivo ressalta a opção do legislador alemão em considerar todos os interessados no deslinde da questão de interesse coletivo como verdadeiras partes. Isto porque, apesar destes formalmente ocuparem a posição de meros terceiros em relação ao julgamento de algumas demandas individuais nas quais se admitiu a instauração do procedimento-modelo, despontam como verdadeiras partes para fins de resolução do litígio dotado de repercussão coletiva por intermédio de acordo.

Esta característica do *Musterverfahren* certamente confere uma nota garantística ao instituto, revelando-se coerente com a tradição da doutrina tedesca em repudiar a representação processual extraordinária, a qual se manifestaria de forma inequívoca caso a *KapMuG* tivesse atribuído o poder de realizar acordos ao autor ou ao réu escolhidos como modelos.³⁶

A Décima Quinta Seção traz a regulamentação acerca dos recursos contra a decisão que julga o *Musterverfahren*.

Frise-se, desde já, que tais recursos somente poderão versar sobre questões de direito. Ainda assim, a lei condiciona a admissibilidade do apelo à verificação de importância fundamental dentro do escopo descrito no *ZPO* (Código de Processo Civil alemão).³⁷

Desde que atendidas tais condições, todas as partes serão consideradas legitimadas para a interposição de recurso. A lei também admite a adesão a recursos propostos por outras partes.

³⁶ No sentido do texto, confira-se Andrea Carla Barbosa e Diego Martinez Ferverza Cantoario: “Esse é um dos aspectos que diferencia o *Musterverfahren* das *class actions*, pois, nestas, o legitimado coletivo assume uma proeminência absoluta, não deixando nenhum espaço de atuação aos substituídos, o que não ocorre no procedimento ora examinado.” BARBOSA, Andrea Carla/CANTOARIO, Diego Martinez Ferverza. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de Código de Processo Civil: apontamentos iniciais. In: O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil)/Andrea Carla Barbosa... (et AL.); coordenador Luiz Fux. – Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 474.

³⁷ Antonio do Passo Cabral considera, a nosso sentir com razão, que a exigência de tais requisitos específicos confere a este recurso a característica da fundamentação vinculada, tal qual ocorre como a exigência de demonstração de repercussão geral em nosso recurso extraordinário. Op. cit. p. 142.

Para viabilizar tal prerrogativa, a Corte de Apelação notificará as partes interessadas citadas para o procedimento-modelo do recebimento de recurso, desde que este seja admissível de *per se* e interposto conforme a forma prescrita em lei e dentro do prazo permitido.

O parágrafo terceiro desta Seção dispõe que, se o autor-modelo interpuser recurso contra a decisão do *Musterverfahren*, ele deverá continuar a figurar no procedimento-modelo nesta posição destacada, desta feita designado como apelante-modelo. Se, todavia, ele desistir de seu recurso, a Corte de Apelação deverá designar um novo apelante-modelo dentre as partes interessadas que tenham intervindo naquele apelo, a menos que estas também tenham desistido do recurso.

Se o recurso acerca de pontos de direito decididos no procedimento-modelo não for interposto pelo autor-líder, mas por uma ou algumas das partes citadas para o procedimento, então esta ou a primeira que interpuser o apelo deverá ser designada como apelante-modelo pela Corte de Apelação.

Por fim, se o réu-líder interpuser um recurso a respeito da decisão proferida no *Musterverfahren*, a prerrogativa de oponente-líder recairá sobre a pessoa que havia sido indicada pelo tribunal como autor-modelo.

A Décima Sexta Seção inaugura a Terceira e última parte da *KapMuG*, a qual se ocupa dos efeitos da decisão proferida no procedimento-modelo e seus custos.

Quanto ao primeiro e importantíssimo tema, tal Seção estabelece que a decisão proferida no *Musterverfahren* vinculará os juízos de instância inferior cujas decisões dependam da fixação da tese ou da resolução das questões legais enfrentadas no procedimento-padrão.

Cabe ressaltar que, ao contrário do incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no Projeto de novo Código de Processo Civil, que, ao que tudo indica, será dotado de efeitos prospectivos, isto é, afetará as decisões que serão proferidas em ações individuais em curso e também nas que lhe forem posteriores,³⁸ no procedimento-modelo alemão o julgamento das questões comuns afetará tão somente as ações individuais propostas até a decisão de mérito, sem interferir nos

38 Neste sentido, vide Andrea Carla Barbosa e Diego Martinez Fervenza Cantoario: "Portanto, ao que parece, a decisão do incidente almeja projetar-se para o futuro, o que permite a equiparação da decisão do incidente a um verdadeiro precedente vinculante." BARBOSA; CANTOARIO, op. cit. p. 480.

processos futuros, conforme se infere do parágrafo primeiro desta Seção da *KapMuG*.

Somos da opinião de que o legislador pátrio andou bem neste ponto, visto que a adoção do sistema alemão neste particular esvaziaria quase que por completo o escopo de racionalização da justiça perseguido pelo novo instituto. Nas palavras de Andrea Carla Barbosa e Diego Martinez Ferverenza Cantoario:

Não faria muito sentido que a decisão do incidente valesse apenas para os processos já instaurados. Do contrário, seria possível se instar o tribunal, todo o tempo, a se manifestar sobre uma questão que já se manifestou. Haveria grande desperdício de tempo e energia por parte dos litigantes e dos órgãos jurisdicionais. A cada vez que uma nova ação contendo aquela discussão fosse ajuizada, um novo incidente poderia ser instaurado.³⁹

A decisão adotada no procedimento-modelo produzirá efeitos a favor ou contra todas as partes interessadas citadas, independentemente destas terem expressamente discutido todos os pontos de disputa ou de terem intervindo em eventual recurso.

Esta regra também será aplicada nos casos onde as partes interessadas tenham desistido de suas pretensões em seus processos individuais, uma vez que tais procedimentos poderão ser reiniciados pela parte que ocupou o pólo oposto do procedimento-modelo após a submissão da decisão final e vinculante proferida no *Musterverfahren*.

Resta claro que a lei alemã buscou evitar uma “fuga” dos efeitos vinculantes desfavoráveis da decisão exarada no procedimento-modelo por intermédio do artifício da desistência das ações individuais nas hipóteses em que seria possível aos seus autores vislumbrar previamente uma grande probabilidade de decisão contrária aos seus interesses no julgamento do processo-piloto.

Em suma, pode-se afirmar que a decisão proferida no procedimento-modelo alemão acerca das questões fáticas ou jurídicas de repercussão coletiva sempre vinculará os autores individuais de ações que estejam em curso naquele momento e que cujo mérito verse sobre tais controvérsias dotadas de interesse transindividual.

³⁹ Ibidem. p. 480.

Ressalvada a limitação de alcance dos efeitos da decisão proferida no *Musterverfahren* às ações individuais já em curso no momento daquele julgamento, vale lembrar que a *KapMuG* não fez qualquer ressalva a este efeito vinculante, seja quanto a eventuais efeitos desfavoráveis gerados pela decisão proferida no incidente (conforme se passa no sistema brasileiro de extensão dos efeitos da coisa julgada nas ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos, ou seja, *secundum eventum litis*), ou a eventuais falhas ou mesmo conluíus entre autor e réu na instrução probatória (motivos que servem de alicerce à limitação da extensão de efeitos subjetivos da decisão pelo sistema *secundum eventum probationis*). De igual modo, o ordenamento alemão não estabeleceu a possibilidade de exclusão voluntária e prévia do grupo, tal como ocorre nos sistemas que preveem a possibilidade de exclusão (*opt-out*).⁴⁰

Diante da constatação de que no modelo alemão inexistia a possibilidade de não se sujeitar aos efeitos da decisão proferida no *Musterverfahren*, consideramos relevante esclarecer que a opção de inclusão (*opt-in*) conferida a cada autor para participar do incidente, mencionada no “Relatório nacional da Alemanha” e comentada por Ada Pellegrini Grinover e Eurico Ferraresi⁴¹ não guarda nenhuma relação com o modelo de vinculação *opt-in* relativo às ações coletivas.

Com efeito, o sistema de vinculação *opt-in*, assim como o *opt-out*, bem como os modelos de extensão da coisa julgada *secundum eventum litis* e *secundum eventum probationis*, mencionados linhas acima, consistem em mecanismos de grande utilidade prática na regulamentação das ações coletivas, as quais se regem pela lógica da representação processual extraordinária por um único ente, onde todos os membros do grupo, que são os verdadeiros titulares dos direitos materiais em jogo, são por aquele substituídos, e, portanto, não participam do processo, não podendo ser considerados como partes formais.

A lógica das ações-teste, entretanto, é inteiramente diversa. Não há de se cogitar em um sistema de inclusão pela simples razão de o indigitado titular do direito material individual (ainda que seja dotado de interesse coletivo em razão do universo de pessoas afetadas) já ter ajuizado a sua ação.

Ante o exposto, pensamos que a expressão *opt-in*, utilizada pelo responsável pelo “Relatório nacional da Alemanha” não remete, a nosso ver, ao citado sistema de vinculação à coisa julgada adotado por alguns

40 Neste sentido, confira-se ROSA, op. cit. p. 16-17.

41 FERRARESI, op. cit. p. 67.

ordenamentos que se utilizam de ações representativas. Ao contrário, acreditamos que tenha sido empregada no sentido de que caberá a cada titular do direito material decidir pelo ajuizamento ou não de ação judicial individual, arcando com os ônus das respectivas custas processuais geradas pelo procedimento-modelo na proporção do valor de sua causa.⁴²

A Décima Sétima Seção trata da repartição dos custos do *Musterverfahren*, dispondo, em síntese, que tais ônus serão constituídos por parte dos valores já despendidos nos processos individuais de primeira instância e que o rateio das custas será determinado levando-se consideração os valores daquelas ações individuais.

As custas relativas ao procedimento recursal estão disciplinadas na Décima Nona Seção, a qual correlaciona o rateio das despesas ao êxito e à participação efetiva (inclusive por intermédio de recurso adesivo) das partes e intervenientes no apelo.⁴³

A Décima Oitava Seção aborda a violação dos requisitos para tratamento da questão de repercussão coletiva pela mais alta corte regional.

Tal Seção prevê que a sentença de um juízo de primeira instância que enfrente o mérito da questão não poderá ser contestada com base na alegação de que a mais alta corte regional não seria o juízo competente para proferir a decisão no procedimento-modelo, ou que os requisitos para o encaminhamento para a mais alta instância de um procedimento-padrão não tenham sido verificados.

A Vigésima e última Seção da *KapMuG* refere-se às regras de transição, dispondo que suas disposições continuarão a ser aplicadas aos processos nos quais tenha sido requerida a instauração de procedimento-modelo em data anterior à prevista para o término do prazo de cinco anos de sua vigência, ou seja, 1º de novembro de 2010.

Analisadas as disposições do *Musterverfahren*, cumpre apenas pontuar que, após o transcurso do prazo de cinco anos inicialmente previsto, além do primeiro ano de prorrogação, cuja previsão de término é o dia 1º de novembro de 2012, a doutrina alemã considera

42 HESS, "Compared to the United States' class actions, the German master proceedings are distinctively different: The first and most important divergence in the German rules is that there will be no abstract class definition. Each plaintiff has to opt in by filing his claim with the court and sharing the costs of litigation." op. cit. p. 144.

43 CABRAL, op. cit. p. 143.

decepcionantes os reflexos de seus resultados práticos no funcionamento da máquina judiciária daquele país. Neste sentido, Rolf Stürner assevera que: “Até agora não há nenhum resultado visível que não tivesse sido igualmente alcançado sem essa lei por uma habilidosa e pragmática condução processual, mediante uma qualificada magistratura”.⁴⁴

2 AS AÇÕES-TESTE NA INGLATERRA: A *GROUP LITIGATION ORDER*

Diferentemente da tradição germânica, avessa às ações representativas, como já assinalado, a Inglaterra é apontada por considerável parte da doutrina como o berço dos litígios coletivos.⁴⁵

Na Inglaterra contemporânea, no entanto, além dos processos representativos, existem outros dois mecanismos processuais para tratar de litígios com múltiplas partes, a saber, o litígio consolidado, que consiste em procedimento simplificado e cabível em apenas alguns casos (que não guarda relação com o escopo deste trabalho e, portanto, não será analisado), e a *Group Litigation Order – GLO* (ordem para litígio em grupo), utilizada especificamente para as ações de massa e que, por tal razão, será objeto de estudo, especialmente no que concerne à possibilidade de estabelecimento de uma ou mais ações-teste em seu bojo.

As *GLO – Group Litigation Order* – são uma forma específica de reunião das partes (sem a utilização da ficção jurídica da representação processual), por meio de listagem de ações com registro em grupo,⁴⁶ a fim de racionalizar o julgamento de processos que versem sobre as mesmas questões de fato ou de direito.

Ressalte-se, desde já, que as Ordens para Litígio em Grupo (*GLO*) consistem hoje no principal instrumento do sistema inglês para o tratamento dos litígios com múltiplas partes.⁴⁷

44 STÜRNER, Rolf. Sobre as reformas recentes no direito alemão e alguns pontos em comum com o projeto brasileiro para um novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 193, mar/2011. p. 361.

45 Vide, por todos, Stephen Yeazell, YAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven and London: Yale University Press, 1986. p. 38.

46 ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*/ Neil Andrews; (orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier). São Paulo: Revista os Tribunais, 2009. p. 343.

47 *Ibidem*. p. 343.

A disciplina da *Group Litigation Order* consta das regras 19.10 a 19.15 da Seção III do Código de Processo Civil para a Inglaterra e País de Gales, bem como das normas da *Practice Direction 19B*, que as complementam.

A Regra 19.10 traz a definição do instituto, que consistiria em uma decisão judicial tomada sob a Regra 19.11, para prover a “administração do caso”, ou *case management*⁴⁸ de ações que tenham origem em questões comuns ou semelhantes de fato ou de direito. Tais questões comuns são chamadas de “*GLO issues*”.

A Regra 19.11 explicita as hipóteses de cabimento do procedimento-padrão inglês, dispondo, em seu parágrafo 1º, que a Corte pode admitir a *GLO* onde existam ou pareçam existir um expressivo número de ações que tenham por origem “*GLO issues*”.

O parágrafo 2º desta Regra estabelece os requisitos imprescindíveis à instauração do procedimento, a saber: a) a *Group Litigation Order* deverá contemplar instruções acerca do estabelecimento de um *group register* (registro em grupo), no qual as ações administradas sob este procedimento deverão ser incluídas; b) especificação das questões comuns (*GLO issues*) que identificarão as ações a serem administradas como um grupo sob o procedimento da *Group Litigation Order*; e c) especificação do juízo (*management court*) que irá administrar as ações no *group register*.

O parágrafo 3º da Regra 19.11 traz as circunstâncias que podem ser determinadas durante o procedimento da *GLO*.

48 Diogo Assumpção Rezende de Almeida ensina que o *case management* “corresponde à idéia de que os juízes são responsáveis pela condução do procedimento, estabelecendo seu formato e duração e impulsionando-o em direção à solução da controvérsia. O princípio dispositivo ou da inércia da jurisdição é respeitado, mas, uma vez provocado, o juiz passa a ter o poder-dever de levar adiante o processo.” Tal noção, comum entre nós, de ordenamento jurídico filiado à família da *civil law*, consiste em ruptura de paradigma para o direito inglês, que até o advento do Código de Processo Civil, no ano de 1999, regia-se pelo sistema adversarial, no qual o processo era conduzido quase que exclusivamente pelos advogados. ALMEIDA assevera que “A nova legislação processual mexeu com tradições enraizadas na cultura anglosaxã e promoveu uma revolução na justiça civil inglesa e galesa. A nova ideologia tem como principal alicerce o controle e a gestão dos processos pelos magistrados, retirando das mãos dos advogados o poder de administrar o tempo e a forma do ato processual.” Louvando-se nas lições de Neil Andrews, o processualista informa que o Relatório Woolf, documento que serviu de base para a grande reforma processual inglesa e galesa pretendeu que: “o novo sistema de *case management* fosse capaz de i) acelerar a justiça; ii) tornar o processo civil mais acessível para pessoas comuns e empresários; iii) simplificar a linguagem usada no processo; iv) promover acordos o quanto antes; e v) transformar o exercício da jurisdição mais eficiente e menos custoso, evitando gastos excessivos e desproporcionais.” ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *O case management inglês: um sistema maduro?* Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume VII, p. 288-300.

Sua alínea “a” estabelece que, com relação às ações que dão ensejo ao surgimento de uma ou mais questões comuns, pode ocorrer uma das três hipóteses a seguir: a) seu encaminhamento à *management court*; b) sua manutenção no juízo de origem até nova decisão; e c) determinação de seu ingresso no *group register*.

Poderá ainda haver a determinação de que, a partir de determinada data, ações que dão origem a uma ou mais questões comuns (*GLO issues*) deverão ser iniciadas diretamente na *management court* e cadastradas no *group register* (alínea “b”).

Quanto à possibilidade de início da ação já no tribunal competente, ainda que a nossa legislação projetada não tenha encampado tal regra, entendemos não existir grande diferença prática entre o incidente inglês e brasileiro neste ponto, uma vez que, conforme previsto no artigo 934 do Projeto de novo Código de Processo Civil, todas as ações individuais que versem sobre a questão jurídica objeto do incidente de resolução de demandas repetitivas ficarão suspensas, aguardando a definição, pelo tribunal, da tese jurídica aplicável ao caso.

Por fim, a alínea “c” prevê que a corte responsável pela *Group Litigation Order* poderá determinar instruções para a publicidade do procedimento.

Antes de avançarmos na análise da Seção III do Código de Processo Civil inglês, cumpre consignar duas importantes peculiaridades da *GLO*, quanto à legitimidade para a sua instauração e seu juízo de admissibilidade.

No que concerne à primeira, a disposição prevista no quarto parágrafo da *Practice Direction 19B* contempla a possibilidade de instauração da *Group Litigation Order* de ofício pelo próprio Poder Judiciário.

Quanto à segunda peculiaridade, a qual provavelmente foi inserida na legislação inglesa como forma de controle de eventuais abusos no exercício da prerrogativa acima descrita, refere-se à fixação de uma espécie de dupla instância de admissibilidade do procedimento.

Neil Andrews explica que na Inglaterra vige um sistema de dois níveis de aprovação da ordem de litígio em grupo. Ou seja, nas hipóteses de decisão pela *GLO* de ofício pelos tribunais ou mesmo nos casos mais comuns de estabelecimento deste procedimento por provocação das partes, há a necessidade de ratificação desta decisão preliminar por

um *senior judge*, conforme previsto no parágrafo 3.3 e seus incisos da *Practice Direction 19b*.⁴⁹

A Regra 19.12 aborda a questão dos efeitos da *Group Litigation Order*.

Seu parágrafo 1º determina que, nos casos em que um julgamento ou decisão são proferidos numa demanda incluída no *group register*, com relação a uma ou mais questões comuns, tal julgamento ou decisão será vinculante sobre as partes de todas as outras ações que se encontrem registradas no grupo no momento em que o julgamento é proferido ou que a decisão é exarada, a menos que a corte determine de modo contrário (regra da alínea “a”). Além disso, a corte poderá determinar que tal julgamento ou decisão também sejam vinculantes com relação às partes de qualquer demanda que seja incluída no *group register* em momento posterior (disposição da alínea “b”).

Constata-se, neste ponto, certa semelhança com o procedimento-modelo previsto no Projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro (artigo 938), com a extensão dos efeitos da tese jurídica aos demais casos que versem sobre a mesma questão de direito. A diferença é que, no instituto inglês, como regra, a decisão só é aplicada aos processos que se encontram previamente registrados no *group register*. A Corte poderá, todavia, conforme mencionado, estender os efeitos da decisão aos casos semelhantes posteriormente registrados. No Brasil, o instituto do incidente de resolução de demandas repetitivas não terá como requisito, para a extensão dos efeitos da tese jurídica nele decidida, o prévio registro de ações. Aqui, a aplicação da tese jurídica seria obrigatória para todas as demandas ajuizadas antes ou após a decisão proferida no incidente.⁵⁰

Tal limitação de efeitos justifica a filiação do procedimento-modelo inglês ao modelo *opt-in*. Ainda que tenhamos sustentado linhas acima que tal sistema de vinculação de decisões judiciais somente teria aplicação nas ações coletivas, admitimos a utilização do termo – ainda que por analogia – nas ações-teste inglesas. Explica-se: diante da possibilidade (a bem da verdade, da regra), de extensão dos efeitos da decisão proferida quanto às questões comuns apenas quanto aos autores

49 ANDREWS, op. cit. 345.

50 OTHARAN, Luiz Felipe. *Incidente de resolução de demandas repetitivas como uma alternativa às ações coletivas*: notas de direito comparado. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/49-artigos-nov-2010/7267>> .p. 8.

ou réus de ações que tenham sido incluídas no *group register*; surge, aqui, certa semelhança com os sistemas de processos representativos de determinados ordenamentos jurídicos que disciplinam seus efeitos vinculantes pelo sistema de inclusão.⁵¹

Isto porque, ao não exercer seu direito de inclusão no grupo, o autor individual de uma demanda que também verse sobre as mesmas questões comuns discutidas na *GLO* não será afetado pelos efeitos da decisão proferida sob aquele procedimento.

O parágrafo 2º desta Regra prevê que qualquer parte que seja negativamente afetada pelo julgamento ou decisão que lhe alcance com efeito vinculante poderá pedir permissão para recorrer, a menos que se aplique a regra contida no parágrafo 3º.

A conjugação das regras dispostas nos parágrafos 1º e 2º deixa claro, portanto, que a decisão do tribunal quanto a uma questão comum vincula todos os membros do grupo, desde que esta lhes seja favorável.⁵²

Cabe aqui a ressalva feita por Neil Andrews no sentido de que:

Essa questão comum geralmente envolve questões de responsabilidade ou de determinada categoria de prejuízo. Daí em diante, entretanto, cada autor deve declarar que sofreu perdas pessoais. O direito inglês não permite indenização por danos sem que haja provas de perdas reais sofridas por autores individuais.⁵³

Nesta linha de raciocínio, vale afirmar que, tal como ocorre com o incidente de resolução de demandas repetitivas e o procedimento-modelo alemão, o desfecho desfavorável quanto ao julgamento das questões comuns numa *GLO* não significa, necessariamente, a derrota em processo individual que verse sobre aquele mesmo assunto, já que no julgamento da ação individual podem ser detectadas circunstâncias fáticas ou jurídicas peculiares que conduzam a uma decisão em sentido diverso.⁵⁴

51 França, Itália, Suécia e Colômbia são exemplos de países cujos ordenamentos jurídicos adotam o sistema de vinculação *opt-in* quanto à extensão subjetiva dos efeitos das decisões proferidas em ações coletivas.

52 Neste sentido, vide ANDREWS. *op. cit.*, p. 347.

53 *Ibidem*, p. 347.

54 Neste sentido, ROSSONI, Igor Bimkowski: “*Contudo, importante ter presente que a vinculação às questões de fato ou de direito (GLO issues) é apenas em relação aos aspectos comuns tratados no GLO e constantes no registro. Isso não significa que o resultado do processo coletivo tenha, a priori, o mesmo desfecho do processo individual,*

Isto se dá em virtude da cisão da cognição judicial, que, conforme já sustentado neste trabalho, cria dois âmbitos distintos de julgamento, a saber, um coletivo, referente às questões comuns a todas as demandas repetitivas, e outro destinado à averiguação das peculiaridades de cada ação individualmente considerada.

Tal mecanismo confere o necessário equilíbrio às ações-teste, ao proporcionar a efetivação do princípio da efetividade da tutela jurisdicional por ocasião do julgamento das questões comuns, com a extensão dos efeitos desta decisão àqueles que se encontrem em situação semelhante, além de também assegurar as imprescindíveis garantias processuais individuais aos jurisdicionados, ao possibilitar que estes exerçam de forma irrestrita o contraditório e a ampla defesa no que concerne às questões jurídicas periféricas e eventuais peculiaridades fáticas de suas causas.

De volta à Regra 19.12, seu parágrafo 3º estabelece que a parte de uma ação que foi incluída no registro em grupo após o julgamento ou decisão que lhe produz efeito vinculante não poderá: a) requerer que o julgamento ou decisão sejam anulados, alterados ou mantidos; ou b) interpor recurso contra o julgamento ou decisão, podendo, todavia, solicitar à corte que tais determinações judiciais não lhe sejam vinculantes.

Forçoso reconhecer, portanto, três notas garantísticas do procedimento-modelo inglês: a) a faculdade de aderir ou não ao grupo, resguardando-se a possibilidade de não se submeter à eficácia vinculante da decisão nele proferida, caso o autor da demanda individual opte pela segunda alternativa (filiação à sistemática *opt-in*, conforme já analisado); b) a possibilidade de, mesmo tendo manifestado interesse em integrar o grupo, escapar da incidência de efeitos desfavoráveis aos seus interesses, mediante a formulação de requerimento para interposição de recurso contra a decisão proferida no incidente; e c) mesmo nos casos em que a parte passa a integrar o grupo após o julgamento de questões que lhe produzem efeitos vinculantes desfavoráveis, existe a possibilidade de requerer à corte que tais determinações não lhe sejam vinculantes.

pois decidida a questão comum, passa-se à individual.” O “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas” e a introdução do Group Litigation no Direito Brasileiro: Avanço ou Retrocesso? Porto Alegre - RS: Magister, 2010. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=802>. Acesso em: 09 jul. 2011. p. 7.

Cumpra consignar que, a nosso ver de forma acertada, nenhuma previsão semelhante foi adotada pelo Projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro.⁵⁵

De fato, como já afirmado, não se nega o caráter garantístico destas normas do direito inglês. Todavia, a “importação” de tais disposições para a disciplina do nosso incidente de resolução de demandas repetitivas comprometeria sobremaneira o seu escopo de promoção da celeridade processual tão almejado pela sociedade contemporânea e defendido com tanta veemência pela comissão de juristas que o idealizou.⁵⁶

O quarto e último parágrafo desta Regra dispõe que, a menos que a corte decida de modo diverso, a revelação de qualquer documento relacionado às questões comuns por uma parte de uma demanda registrada no grupo será considerada como revelação de tal documento a todas as partes integrantes de ações já registradas no grupo ou que sejam incluídas neste grupo em momento subsequente.

55 Cumpra registrar que parte da doutrina manifesta-se em sentido diametralmente oposto. Confira-se, por todos, Daniel de Andrade Lévy, para quem a possibilidade de aderir voluntariamente ao grupo e, por via de consequência, de poder ou não se submeter à decisão proferida no incidente, assim como o poder de recorrer atribuído às partes que se sentem prejudicadas no julgamento de uma ação-teste inglesa, denotam uma maior preocupação com o jurisdicionado por parte do legislador inglês, se comparado ao legislador pátrio: “*Vê-se aqui uma clara diferença de concepção do Anteprojeto, onde a tese jurídica decidida no incidente será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito*” (art. 938), ao contrário da GLO, em que os efeitos estendem-se apenas às causas registradas no grupo. Talvez se possa ver na regra do Anteprojeto uma preocupação antes com o desafogamento do Poder Judiciário e, em seguida, com as partes envolvidas, enquanto a regra da GLO transmite uma inquietação antes com os indivíduos inseridos no grupo e, após, com o bom funcionamento do judiciário.” LÉVY, Daniel de Andrade. *O incidente de resolução de demandas repetitivas no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Exame à luz da Group Litigation Order britânica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Revista de Processo, n. 196, jul/2011. p. 193-194.

56 O fundamento de tal assertiva repousa nas profundas diferenças sociais e econômicas verificadas entre os dois países, as quais acabam por refletir em diferenciados níveis de litigiosidade de suas populações. Com efeito, somente no primeiro semestre deste ano, o Superior Tribunal de Justiça julgou mais de 300 recursos repetitivos sob o rito do artigo 543-C do CPC, conforme notícia extraída do sítio do Superior Tribunal de Justiça em 25.07.2011 <<http://www.stj.jus.br>>. Ainda que se trate de instrumento processual diverso, parece inegável que o mecanismo processual de julgamento dos recursos especiais repetitivos possui natureza semelhante à do ainda projetado incidente de resolução de demandas repetitivas, podendo ser tomado de base, portanto, para uma estimativa da frequência de sua utilização, caso aprovado. Na Inglaterra, porém, as *Group Litigation Orders*, em vigor desde o ano de 2000, contam apenas com aproximadamente 70 casos formalmente instituídos, conforme informa Daniel de Andrade Lévy. *Op. Cit.* p. 185. Ante o exposto, não há como negar o abismo que separa as realidades judiciárias de Brasil e Reino Unido, razão pela qual entendemos como pertinentes e mesmo necessárias as sensíveis diferenças no regramento das ações-teste dos dois países.

A Regra 19.13 trata do *case management*, ou seja, da administração da *Group Litigation Order* pela corte designada para tal mister, a qual poderá determinar as seguintes providências: a) alterar as questões comuns que serão decididas; b) eleger uma ou mais ações integrantes do *group register* para prosseguir como ações-teste; c) indicar o advogado de uma ou mais partes para ser o principal advogado dos autores ou réus; d) especificação dos detalhes que serão incluídos na descrição de um caso, a fim de demonstrar que o critério de inclusão de uma ação no *group register* tenha sido cumprido; e) especificação de uma data, depois da qual nenhuma ação será admitida no *group register*, a menos que a corte conceda permissão e f) para a admissão de qualquer ação particular, que enfrente uma ou mais das questões comuns no *group register*.

A Regra 19.14 trata da possibilidade de exclusão do registro público.

Seu parágrafo 1º estabelece que a parte de uma demanda incluída no *group register* pode requerer à corte que administra a *GLO* a exclusão de sua ação de tal registro.

O parágrafo 2º dispõe que, se a *management court* deferir o pedido de exclusão da ação do registro público, poderá dar orientações acerca do tratamento a ser conferido ao caso.

A Regra 19.15, última da Seção III do Código de Processo Civil inglês, trata especificamente das ações-teste que podem ser instauradas durante o procedimento da *Group Litigation Order*. Pela importância para o estudo ora empreendido, também serão comentadas as regras da *Practice Direction 19B* aplicáveis ao ponto.

Dispõe o primeiro parágrafo da Regra que, nos casos em que tenha sido expedida orientação para que uma ação do registro em grupo prossiga como uma ação teste e esta ação venha a ser extinta por acordo, a *management court* poderá ordenar que outra ação do registro em grupo a substitua como ação teste.

O parágrafo 2º, por sua vez, estabelece que, nos casos em que a ordem tenha sido exarada sob a regra do parágrafo anterior, qualquer decisão tomada na ação teste antes da data de sua substituição por outra será vinculante sobre a nova ação tomada como piloto, a menos que a corte decida de modo diverso.

A Regra 15 da *Practice Direction 19B*, ao dispor sobre o julgamento, assevera, em seu parágrafo primeiro que a *management court* pode expedir orientações tanto quanto ao julgamento das questões comuns como quanto ao julgamento das questões individuais.

O segundo parágrafo traz a regra segundo a qual as questões comuns e as ações-teste serão normalmente julgadas pela *management court*. As questões individuais, todavia, poderão ser encaminhadas para julgamento em outras cortes cuja localização seja conveniente para as partes.

Aqui se manifesta, uma vez mais, a característica que, a nosso sentir consiste na nota típica das ações-teste e que as diferenciam tanto dos modelos processuais tipicamente individuais quanto das ações coletivas: a cisão da cognição judicial ou cognição judicial seguímentada.

De fato, tais dispositivos demonstram de forma inequívoca que, tal como ocorre nos procedimentos-modelo alemão e brasileiro, as *test claims* inglesas são igualmente regidas pela sistemática da repartição da cognição judicial entre o tribunal, a quem compete o julgamento das questões comuns, e outras instâncias julgadoras (normalmente de instância inferior), às quais cabe a análise das demais questões fáticas e jurídicas periféricas.⁵⁷

Por fim, cabe o registro do *Senior Master Robert Turner* quanto ao sucesso obtido pelo sistema da *Group Litigation Order*:

Em GLOs nas quais estive envolvido, conseguimos acordos ou chegamos a decisões em cerca de metade ou um terço do tempo que um litígio normal levaria. Em todos os casos, as partes saíram satisfeitas com os resultados. A quantidade de processos no tribunal foi drasticamente reduzida. Diversas pessoas, que de outra forma não conseguiriam indenização justa, obtiveram a compensação desejada, que nem mesmo tentariam obter não fosse o sistema GLO.⁵⁸

57 Neste sentido, confira-se MENDES: “Em primeiro lugar, há que se destacar que o processo pode conter questões predominantemente coletivas e outras de natureza individual, sendo possível, portanto, a repartição do procedimento tendo em vista estas peculiaridades. [...] As questões comuns ou as ações de ensaio devem ser processadas e julgadas por um determinado órgão judicial (management court), que ficará prevento para, inclusive, efetuar, também o registro de pretensões individuais relacionadas com a common question ou com a test claim. Todavia, as questões individuais são normalmente julgadas por tribunais locais, levando em consideração a decisão coletiva ou o resultado da ação de ensaio e eventuais diretrizes formuladas pela management court.” MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. (Temas atuais de direito processual civil; v. 4), p. 55-56.

58 ANDREWS, op. cit., p. 350.

3 CONCLUSÃO

Com o objetivo de atender às necessidades da sociedade contemporânea, Alemanha e Inglaterra desenvolveram mecanismos processuais próprios para o tratamento de pretensões que, apesar de individuais, revestem-se de interesse coletivo, por abarcarem expressivo número de interessados.

Tais pretensões dão ensejo à propositura de ações chamadas de repetitivas, “de massa”, isomórficas ou seriadas, e geralmente têm por fundamento um direito individual homogêneo surgido da multiplicidade de relações jurídicas idênticas ou semelhantes travadas entre o Estado e seus cidadãos, concessionárias de serviços públicos e usuários, grandes empresas e consumidores e etc.

Para enfrentar os reflexos desta nova realidade verificados na relação entre investidores do mercado de capitais e grandes empresas com ações em bolsa, a Alemanha acrescentou, no ano de 2005, a ação-teste denominada *Musterverfahren* ao seu sistema processual até então regido exclusivamente pelo modelo processual individual clássico.

Do mesmo modo, a Inglaterra, notoriamente filiada à *common law* e berço das *class actions*, também passou a adotar procedimento-modelo semelhante (*Group Litigation Order*), por ocasião do advento de seu Código de Processo Civil em 1999.

O fato de dois países com ordenamentos jurídicos tão distintos adotarem mecanismos processuais tão semelhantes conduz à conclusão de que a adoção das ações-teste pode despontar como a solução mais adequada para o tratamento das ações repetitivas.

Na esteira desta revolução processual, o legislador brasileiro inseriu no Projeto de novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei n.º 8.046/10, em trâmite na Câmara dos Deputados) o incidente de resolução de demandas repetitivas, cuja inspiração no modelo alemão foi declarada pela própria Comissão de Juristas encarregada da elaboração do texto.

Seja nos modelos de direito comparado ora analisados ou no incidente previsto na legislação brasileira projetada, a nota característica das ações-teste consiste na cisão da cognição judicial (também chamada de cognição judicial seguitada) entre o julgamento das questões comuns a todas as ações repetitivas num primeiro momento e, após a

definição destas, a remessa para outro órgão julgador, ao qual competirá o julgamento das demais questões jurídicas e fáticas de cada ação individualmente considerada.

Seus principais escopos são a promoção dos princípios da isonomia entre os jurisdicionados e da segurança jurídica, alcançados pela uniformização da jurisprudência obtida no primeiro momento da citada cognição judicial seguitada, ou seja, pelo julgamento das questões comuns que deram ensejo à propositura de um grande número de ações isomórficas.

As ações-teste também possuem o condão de concretizar os princípios da celeridade e da economia processual, contribuindo para a racionalização da prestação jurisdicional, ao aliviar a carga de trabalho do Poder Judiciário.

Por tais razões, sustentamos que, uma vez aprovado, o incidente de resolução de demandas repetitivas contribuirá de forma significativa para o aprimoramento da prestação jurisdicional em nosso país.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. O case management inglês: um sistema maduro? *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. v. VII.

ANDREWS, Neil. Multi-party proceedings in England: representative and group actions. *Duke Journal of Comparative and International Law*, v. 11, n. 2, Durham, Duke University School of Law, Spring-Summer 2001, p. 249-267. Disponível em: <www.law.duke.edu/shell/cite.pl?11+Duke+J.+Comp.+&+Int'l+L+249>. Acesso em: 14 out. 2010.

_____. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orientação e revisão da tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista os Tribunais, 2009.

BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de Código de Processo Civil: apontamentos iniciais. In: *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil*/ Andrea Carla Barbosa... (et AL.); coordenado por Luiz Fux. – Rio de Janeiro: Forense, 2011.

- BARBOSA, Andrea Carla; et. al. *O novo processo civil brasileiro - direito em expectativa*: reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. Coordenação de Luiz Fux. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. *O devido processo legal nas causas repetitivas*. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/antonio_adonias_aguiar_bastos.pdf> Acesso em: 15 maio 2011.
- BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil: *anteprojeto/Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.
- CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 147, maio 2007.
- CONSOLO, Claudio; RIZZARDO, Dora. Due modi di mettere le azioni collettive alla prova: Inghilterra e Germania. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, ano LX.
- CUNHA, Leonardo Carneiro. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 193, mar. 2011.
- DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. v. 3. 9. ed. Bahia: JusPodium.
- FERRARESI, Eurico. *Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo: instrumentos processuais coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. v. I, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; MULLENIX, Linda; WATANABE, Kazuo. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law, uma análise de direito comparado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- HESS, Burkhard. Relatório nacional da Alemanha. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MULLENIX, Linda; WATANABE, Kazuo. *Os processos coletivos*

nos países de civil law e common law, uma análise de direito comparado. 2. ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2010.

LÉVY, Daniel de Andrade. O incidente de resolução de demandas repetitivas no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Exame à luz da Group Litigation Order Britânica. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 196, jul/2011.

LOBO, Arthur Mendes. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 185, jul/2010.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2010. (Temas atuais de direito processual civil; v. 4).

NUNES, Dierle José Coelho. Decisão do STJ: Corte especial nega desistência de recurso repetitivo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2002, 24 dez. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12123>>.

OTHARAN, Luiz Felipe. *Incidente de resolução de demandas repetitivas como uma alternativa às ações coletivas*: notas de direito comparado. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/49-artigos-nov-2010/7267>>.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A dimensão da garantia do acesso à justiça na jurisdição coletiva*. Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/dimensao_da_garantia_do_acesso_a_justica_na_jurisdicao_coletiva_061103.pdf> Acesso em: 04.ago. 2011.

RIBEIRO, Cristiana Hamdar. A lei dos recursos repetitivos e os princípios do direito processual civil brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. v. V.

ROSA, Renato Xavier da Silveira. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: artigos 895 a 906 do Projeto de Código de Processo Civil, PLS n.º 166/2010*. Disponível em: <<http://www.renatorosa.com/incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas>>. Acesso em: 11 jun. 2011.

ROSSONI, Igor Bimkowski. *O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e a introdução do Group Litigation no Direito Brasileiro: Avanço ou Retrocesso?* Porto Alegre - RS: Magister, 2010. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=802>. Acesso em :14 abr. 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *O fahrenheit sumular do Brasil: O controle panóptico da justiça*, p. 4. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=17&Itemid=40>. Acesso em: 02.08.2011.

STÜRNER, Rolf. Sobre as reformas recentes no direito alemão e alguns pontos em comum com o projeto brasileiro para um novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 193, mar. 2011.

YAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

A RESPONSABILIDADE DOS MEMBROS DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO POR PARECERES EXARADOS EM LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

*THE MEMBERS OF THE ATTORNEY GENERAL'S OFFICE
ACCOUNTABILITY FOR ITS LEGAL ADVICE IN PROCUREMENT
PROCESSES AND ADMINISTRATIVE CONTRACTS*

Tatiana Bandeira de Camargo Macedo

*Advogada da União lotada na Consultoria Jurídica junto ao Ministério das
Relações Exteriores. Pós-Graduada em Direito Penal e em Direito do Trabalho.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A inviolabilidade do advogado público no exercício profissional; 2 A atuação consultiva dos membros da Advocacia-Geral da União em licitações e contratos administrativos; 3 O exame jurídico de editais de licitações e contratos: responsabilidade sob a ótica do Supremo Tribunal Federal; 4 A responsabilização do Advogado Público: análise à luz dos entendimentos do tribunal de contas da união; 5 A responsabilização dos membros da Advocacia-Geral da União: delimitação constitucional; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: Segundo a Constituição Federal de 1988, compete à Advocacia-Geral da União prestar consultoria jurídica ao Poder Executivo Federal. Inserida dentre as Funções Essenciais à Justiça, essa instituição tem sua organização e sua competência disciplinadas pela Lei Complementar nº 73, de 1993. O objetivo deste artigo é analisar a responsabilização dos membros da Advocacia-Geral da União em sua atuação consultiva, mais especificamente em processos de licitações e contratos administrativos. Tal responsabilização será examinada tomando por base, precipuamente, a Constituição Federal de 1988 e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia-Geral da União. Consultoria Jurídica. Responsabilização. Tribunal de Contas da União. Supremo Tribunal Federal. Controle.

ABSTRACT: In accordance with the Federal Constitution of 1988, the Attorney General's Office is to provide legal advice to the Federal Executive Branch. Included among the Essential Functions for Justice, this Office assumes its organization and its assigned powers from Complementary Law No. 73 of 1993. The purpose of this paper is to analyze the accountability of the members of the Attorney General's Office in the office's advisory role, more specifically in procurement processes and administrative contracts. Such accountability is examined primarily on the basis of the Federal Constitution of 1988 and the jurisprudence of the Federal Supreme Court.

KEYWORDS: Attorney General's Office. Legal advice. Accountability. Court of Auditors of the Union. Federal Supreme Court. Auditing.

INTRODUÇÃO

Em matéria de responsabilização dos agentes públicos, deve-se inicialmente perquirir a natureza das atividades desempenhadas por esses profissionais e o respectivo tratamento no âmbito da Constituição Federal de 1988, que se constitui em fundamento de validade de todas as demais normas do ordenamento jurídico.

Partindo dessa premissa, este artigo tem por objeto a atuação consultiva dos membros da Advocacia-Geral da União, especialmente em processos de licitações e contratos, perquirindo em que hipóteses esses Advogados Públicos podem ser responsabilizados, administrativamente, em razão do exercício da consultoria jurídica.

Na primeira etapa deste trabalho, será abordada a inviolabilidade do Advogado Público no exercício profissional, tomando por base os preceitos da Constituição Federal e da Lei nº 8.906, de 1994.

Em seguida, será examinada a atuação consultiva dos membros da Advocacia-Geral da União, nos processos de licitações e contratos administrativos, observando-se seu disciplinamento na Lei nº 8.666, de 1993, e na Lei Complementar nº 73, de 1993.

Posteriormente, será analisada a responsabilização dos membros da Advocacia-Geral da União, tendo por parâmetros, sucessivamente, os entendimentos do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas da União acerca do tema.

Numa derradeira etapa deste artigo, será delimitada a forma de responsabilização que, à luz das pertinentes disposições constitucionais, releva-se mais consentânea com a função desempenhada pelos membros da Advocacia-Geral da União, na análise jurídica empreendida em processos de licitações e contratos administrativos.

Em suma, pretende-se com esse trabalho contribuir para o estudo dessa relevante matéria que é a responsabilização do Advogado Público, abordando-se com maior especificidade essa temática no âmbito da Advocacia-Geral da União.

1 A INVIOABILIDADE DO ADVOGADO PÚBLICO NO EXERCÍCIO PROFISSIONAL

Ao tratar da “Advocacia Pública”, a Constituição Federal prevê que “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” (art. 131).

Ainda na Constituição Federal, encontra-se previsto que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei” (art. 133).

Em consonância com esses dispositivos constitucionais, a Lei nº 8.906, de 1994 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil), estipula que:

Art. 7º São direitos do advogado:

I - exercer, com liberdade, a profissão em todo o território nacional;

[...]

§ 2º O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer.

Este preceito legal se aplica aos membros da Advocacia-Geral da União, conforme o § 1º do art. 3º da Lei nº 8.906, de 1994, segundo o qual:

Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem, *os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional.* (grifo nosso).

Tal disposição normativa se coaduna com a Constituição Federal de 1988, que situa a Advocacia-Geral da União em seção intitulada “Da

Advocacia Pública”. A este respeito, deve-se adotar a acepção empregada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao esclarecer que:

A expressão advogado público, utilizada em oposição ao advogado que atua como empregado do setor privado ou como profissional liberal, designa aqueles que, *com vínculo de emprego estatutário*, integram a Advocacia-Geral de União, a Procuradoria-Geral do Estado e a Procuradoria do Município (embora esta última não esteja referida na Constituição). E abrange também os advogados que representam as autarquias e fundações *de direito público* alcançados pelo regime jurídico único a que se refere o art. 39 da Constituição Federal.¹

Em consonância com tal arcabouço normativo, foi exarado o Parecer nº GQ - 24, da Advocacia-Geral da União, aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República. Esta manifestação, ao se referir à atuação funcional dos membros da instituição, aduz que “a positividade da disciplina específica dos servidores públicos, na condição de advogados, não lhes tolhe a isenção técnica ou independência da atuação profissional.”² Trata-se, portanto, de um pronunciamento que, de forma vinculante para toda a Administração Pública Federal³, consagra a independência técnico-funcional dos Advogados Públicos. art. 40, § 1º, da Lei Complementar nº 73, de 1993.

No mesmo rumo, Sérgio de Andréa Ferreira defende que:

Se o advogado, profissional liberal, ‘é inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão’ (art. 133), também a advocacia pública (Advocacia-Geral da União e Procuradorias locais) [...] tem sua independência funcional. Se aquele ‘é indispensável à administração da justiça’ [...], tomada essa no seu sentido amplo sublinhado, igualmente o são os *advogados públicos* [...].⁴

1 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Advocacia pública. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Município de São Paulo*, São Paulo, p. 11-30, dez. 1996, p. 11.

2 ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Parecer GQ-24. Pareceres da AGU, Brasília, v. 2, p. 243, [1994]. Disponível em: <http://200.181.70.163/pareceres/index_default.htm>. Acesso em: 26 jun. 2006.

3 Vide o art. 40, caput e § 1º, da Lei Complementar nº 73, de 1993: “Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República.

§ 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.”

4 FERREIRA, Sergio de Andréa. Comentários à Constituição. In: CUNHA, Fernando Whitaker da (Coord.). *Comentários à Constituição*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991. v. 3, p. 12.

Vejam-se, também, o que afirma Ronny Charles Lopes e Torres:

Essa inviolabilidade é indispensável ao exercício pleno das funções advocatícias. Seu tolhimento afronta uma garantia reconhecida pelo constituinte para o desempenho de uma função essencial à Justiça, que se consagrou como instrumento de resguardo e defesa de direitos e garantias fundamentais.⁵

Resta claro, portanto, que os membros da Advocacia-Geral da União possuem sim garantida a inviolabilidade no exercício de suas atribuições, à luz dos preceitos constitucionais e legais aplicáveis.

2 A ATUAÇÃO CONSULTIVA DOS MEMBROS DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO EM LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Segundo o art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 1993, “as minutas de *editais de licitação, bem como as dos contratos*, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e *aprovadas* por assessoria jurídica da Administração” (grifou-se). A referida disposição normativa tem gerado sensíveis dificuldades, no âmbito da Administração Pública, tanto para os advogados como para os administradores públicos, tendo em vista que se incumbe à assessoria jurídica a *aprovação* das minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos administrativos. Ao utilizar a expressão “aprovadas”, o aludido preceito legal acaba por tratar, de maneira uniforme, as funções desempenhadas pelo advogado e pelo administrador na esfera pública, na medida em que a ambos é incumbida a responsabilidade pelos atos administrativos praticados.

A este respeito, deve-se inicialmente salientar que, enquanto o papel do advogado é de caráter *consultivo*, a função do administrador é de natureza eminentemente executiva, cabendo-lhe a formulação e a implementação de políticas públicas. Deste modo, ao dispor que minutas (ou seja, atos administrativos) serão “aprovadas” por advogados, o legislador ordinário acaba por amalgamar as funções desempenhadas por essas duas espécies de agentes públicos, olvidando a clara distinção entre suas respectivas funções (consultiva e administrativa).

Por outro lado, insta observar que o art. 11, inciso VI, alínea “a”, da Lei Complementar nº 73, de 1993 (Lei Orgânica da Advocacia-Geral da

5 TORRES, Ronny Charles Lopes de. A responsabilidade do Advogado de Estado em sua função consultiva. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 157.

União), ao tratar das Consultorias Jurídicas, incumbe-lhes “examinar” os textos de edital de licitação, assim como os dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados. Por conhecer as nuances do exercício da advocacia pública, o legislador complementar entendeu que a manifestação jurídica, *in casu*, não se tratava de uma aprovação, mas sim de um *exame* dos atos praticados pela Administração. Garante-se, assim, a necessária independência entre as esferas jurídica e administrativa, permitindo que cada uma bem exerça a parcela de atribuições que a lei e a Constituição lhes conferem.

Traçadas essas considerações, impende analisar o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da responsabilização do Advogado Público em sua atuação consultiva.

3 O EXAME JURÍDICO DE EDITAIS DE LICITAÇÕES E CONTRATOS: RESPONSABILIDADE SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Inicialmente, cumpre observar que o Supremo Tribunal Federal adotou, no Mandado de Segurança nº 24073/DF, o entendimento de que o parecer jurídico “não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa”. Nesta perspectiva, “o advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo”.⁶

Mais recentemente, a Suprema Corte proferiu julgado nos seguintes termos, no Mandado de Segurança nº 24584/DF:

Prevedo o artigo 38 da Lei nº 8.666/93 que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação, ou não, descabe a recusa à convocação do Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos.⁷

Pela leitura desse último acórdão, infere-se que o Supremo Tribunal Federal admite, em tese, a responsabilização de Advogado Público

6 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MS 24073/DF. Rel. Min. Carlos Velloso. DJ de 31 out. 2003.

7 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MS 24584/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. DJe de 20 jun. 2008.

perante o Tribunal de Contas da União, em razão de parecer exarado em processos de licitações e contratos administrativos. A este respeito, dúvida surge acerca dos eventuais limites dessa responsabilização, ou seja, em que hipóteses ela poderia ocorrer.

Neste sentido, buscando aclarar os casos em que seria cabível a responsabilização funcional do Advogado Público, foi prolatado o seguinte julgado da Suprema Corte, no bojo do Mandado de Segurança nº 24631/DF:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA. I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato. III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido.⁸

⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MS 24631/DF. Rel. Min. Joaquim Barbosa. DJe de 1º fev. 2008.

Tal acórdão deixa claro que a responsabilização do Advogado Público somente é cabível se esse profissional agir com “culpa ou erro grosseiro”, quando se tratar de “parecer de natureza meramente opinativa”. Este entendimento parte de uma interessante distinção entre espécies de parecer jurídico, quais sejam: “facultativo”, “obrigatório” e “vinculante”.

Evidenciados os mais relevantes julgados do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, cumpre passar à análise dos entendimentos proferidos pelo Tribunal de Contas da União.

4 A RESPONSABILIZAÇÃO DO ADVOGADO PÚBLICO: ANÁLISE À LUZ DOS ENTENDIMENTOS DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Relativamente às competências do Tribunal de Contas da União, impende observar o disposto na Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

[...]

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

[...]

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

Em sua atividade de controle externo, ao examinar os processos de contratação da Administração Pública, o Tribunal de Contas da União tem apreciado as manifestações jurídicas exaradas pelos competentes órgãos de Advocacia Pública, nos termos do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 1993.⁹

Considerando os mais recentes julgados do Supremo Tribunal Federal em matéria de responsabilização dos Advogados Públicos, o Tribunal de Contas da União proferiu acórdão com o seguinte teor:

No tocante aos pareceristas, em regra, há responsabilização desse tipo de profissional quando o ato enunciativo por ele praticado contém erro grosseiro ou inescusável com dolo ou culpa. Todavia observo que o indigitado parecer pauta suas considerações a partir de uma análise objetiva das questões tratadas em face da realidade local.

Em verdade, os pareceristas chamam a atenção da administração para o que se considerou riscos potenciais. E, como já mencionado, tais riscos potenciais apontavam para uma eventual inexecuibilidade dos preços, caso em que, repito, caberia à administração a adoção de outras medidas, antes da pronta desclassificação do interessado.

Agindo dessa forma, a administração poderia ter afastado as dúvidas suscitadas pelo parecer, situação em que seria juridicamente sustentável a contratação da referida empresa.

Como arremate, vale dizer que as considerações constantes do parecer em tela não poderiam ser consideradas equivocadas, mesmo se, com a consulta, a empresa [...] tivesse comprovado a viabilidade de sua proposta.

Posto isso, entendo não haver sustentação para a responsabilização dos pareceristas nestes autos, até porque, como visto, referido parecer não contém erros grosseiros ou inescusáveis com dolo ou culpa que justifiquem a responsabilização dos autores pelas falhas observadas. (grifou-se)

⁹ Art. 38. [...]

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.”

É certo que tal julgado delimita as hipóteses de responsabilização à ocorrência de “erros grosseiros ou inescusáveis com dolo ou culpa”. Ocorre que, mesmo com tais delimitações, entende-se que a responsabilidade de Advogado Público perante o Tribunal de Contas da União é matéria controversa, à luz dos contornos que a própria Corte atribui à atividade de consultoria jurídica da Administração Pública.

A este respeito, deve-se inicialmente ressaltar que o Tribunal de Contas da União reconhece a ausência de vinculação da área técnico-administrativa ao parecer jurídico exarado por Advogado Público, consoante de extrai da leitura do Acórdão nº 4.127/2008 - Primeira Câmara¹⁰ e do Acórdão nº 128/2009 - 2ª Câmara.¹¹ Ou seja, em consonância com o entendimento dessa Corte, a manifestação jurídica consultiva não vincula o gestor público.

Da mesma forma, impende consignar que o Tribunal de Contas da União, embora reconheça a obrigatoriedade de a área técnico-administrativa remeter os processos licitatórios à prévia análise jurídica, nos termos do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 1993, é certo que essa Corte vem admitindo que, em casos excepcionais, nos quais não se vislumbre prejuízo ao erário nem dolo ou má-fé, a ausência de parecer jurídico constitui mera “falha de natureza formal”.¹²

- 10 TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Primeira Câmara. Acórdão nº 4.127/2008. Rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça. DOU de 18 nov. 2008. Por oportuno, leia-se o que se recomenda no referido acórdão:
“1.5. Determinar à Superintendência Federal de Agricultura, Pecuária e Abastecimento no Rio Grande do Sul que:
[...]
e) apresente as razões para o caso de discordância, nos termos do inciso VII do art. 50 da Lei nº 9.784/99, de orientação de órgão de assessoramento jurídico à Unidade;” (grifou-se)
- 11 TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Segunda Câmara. Acórdão nº 128/2009. Rel. Auditor Augusto Sherman. DOU de 6 fev. 2009. Veja-se a recomendação expendida nesse acórdão:
“Os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão de 2ª Câmara, ACORDAM, por unanimidade, em:
[...]
1.5. determinar à Defensoria Pública da União - DPU que:
[...]
1.5.15. em caso de não atendimento às recomendações da Consultoria Jurídica do Órgão, emitidas em parecer que trata o parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/93, insira nos processos de contratação documento contendo as justificativas para o descumprimento dessas recomendações;” (grifou-se)
- 12 TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Plenário. Acórdão nº 96/2004. Rel. Min. Humberto Guimarães Souto. DOU de 19 fev. 2004. Veja-se o que consta no Relatório do Ministro Relator desse acórdão:
“19. O Tribunal, nas questões relativas à ‘ausência de parecer jurídico nas licitações’, não sendo detectado prejuízo ao erário, vem sinalizando no sentido de ausência de dolo ou má-fé por parte dos responsáveis, falha formal e determinação, conforme as supracitadas decisões apresentadas nas razões de justificativa: Acórdão 62/1999 - Segunda Câmara e Decisão 561/98 - Plenário. No primeiro, por não haver sido detectado nenhum prejuízo ao Erário foi determinada a imediata regularização das

À luz desses entendimentos do Tribunal de Contas da União, no sentido de que o administrador público não se encontra realmente vinculado ao parecer jurídico e de que a ausência dessa manifestação (nos processos licitatórios) é simples “falha de natureza formal” mostra-se questionável a responsabilização de Advogado Público por essa Corte de Contas. Com efeito, tais posicionamentos reforçam uma natureza meramente opinativa do parecer jurídico, deixando na esfera do administrador público o real poder decisório em matéria de licitações e contratos administrativos. Portanto, decidir por uma responsabilização solidária entre quem opina (consultivamente) e quem decide não se mostra razoável.

Em verdade, constata-se que a responsabilização dos Advogados Públicos decorre, sobretudo, de uma incompreensão quanto à exata natureza da atuação consultiva desses profissionais, à luz do tratamento que a Constituição Federal de 1988 confere ao tema. Eis o objeto de análise do tópico final deste artigo.

5 A RESPONSABILIZAÇÃO DOS MEMBROS DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO: DELIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL

Ao tratar da organização dos Poderes, a Constituição Federal de 1988 dedica um capítulo próprio ao que denomina “Funções Essenciais à Justiça”, situando dentre elas a “Advocacia Pública”. É justamente nesse contexto que se inserem a Advocacia-Geral da União e os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, que vêm respectivamente previstos nos arts. 131 e 132 do texto constitucional.

Ao analisar a atividade de consultoria jurídica desempenhada pela Advocacia-Geral da União, Rommel Macedo enquadra esse mister como um controle de legalidade e de legitimidade.¹³ Noutros termos, pode-se afirmar que consiste num verdadeiro controle de juridicidade, à luz da doutrina de Diogo de Figueiredo Moreira Neto.¹⁴

impropriedades subsistentes. No segundo, o fato de inexistir dano ao Erário sinalizou no sentido de ausência de dano ou má fé por parte dos responsáveis, considerando *falha de natureza formal*, propondo determinação para que o órgão adotasse as providências de modo a coibir a reincidência de tal falha. Vê-se, assim, *que se trata de falha semelhante, merecendo o mesmo tratamento.*” (grifou-se)

- 13 MACEDO, Rommel. A atuação da Advocacia-Geral da União no controle preventivo de legalidade e de legitimidade: independência funcional e uniformização de entendimentos na esfera consultiva. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 471.
- 14 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. Debates em Direito Público: *Revista de Direito dos Advogados da União*, São Paulo, ano 4, n. 4, p. 36-65, out./2005.

Nesta perspectiva, não se pode olvidar que o exercício da atividade de consultoria jurídica “sem o mínimo de consistência técnica, inviabiliza o controle de legalidade e, em consequência, impossibilita a realização do Estado de Direito”, como bem aduzido por Moreira Neto.¹⁵

Considerando que a consultoria jurídica se traduz em atividade de controle, a ser desempenhada por membros da Advocacia-Geral da União, é evidente que a responsabilização desses agentes públicos não pode ser feita com os mesmos parâmetros adotados relativamente aos administradores públicos. Com efeito, o advogado que exerce consultoria jurídica possui função diversa daquela desempenhada pelos órgãos técnico-administrativos, distinção que é evidenciada no modelo italiano de Advocacia do Estado, que muito influenciou a Constituição Federal de 1988.¹⁶

É justamente em consonância com esses parâmetros jurídicos que foi elaborado o Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal e Entes de Colaboração, por Comissão de Juristas constituída pela Portaria nº 426, de 6 de dezembro de 2007, alterada pela Portaria nº 84, de 23 de abril de 2008, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Tal anteprojeto trata da atividade de consultoria jurídica no bojo de Seção intitulada “Do controle”, estipulando que:

Art. 54. Os órgãos de consultoria jurídica da administração, independentemente de sua função de assessoria, devem, no exercício do controle prévio de legalidade, prestar orientação jurídica quanto à adoção de medidas aptas a permitir a efetividade da ação administrativa, em conformidade com os preceitos legais.

§ 1º Os agentes dos órgãos a que se refere o *caput* deste artigo não são passíveis de responsabilização por suas opiniões técnicas, ressalvada a hipótese de dolo ou erro grosseiro, em parecer obrigatório e vinculante para a autoridade a quem competir a decisão.

§ 2º Não se considera erro grosseiro a adoção de opinião sustentada em interpretação razoável, em jurisprudência ou em doutrina, ainda que não pacificada, mesmo que não venha a ser posteriormente aceita, no caso, por órgãos de supervisão e controle, inclusive judicial.

15 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Constituição e revisão: temas de direito político e constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 248.

16 FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 163. QUINTÃO, Geraldo Magela da Cruz. Funções essenciais à justiça: da Advocacia do Estado. In: MONTEIRO, Meire Lúcia Gomes (Coord.). *Introdução ao Direito Previdenciário*. São Paulo: LTR, 1998. p. 229.

Pelo exame desses dispositivos, infere-se que:

a atividade de consultoria jurídica é, adequadamente, caracterizada como “controle prévio de legalidade”;

não se trata, porém, de um controle com efeito inibidor sobre a atuação dos órgãos governamentais, mas sim de uma atuação destinada à “orientação jurídica quanto à adoção de medidas aptas a permitir a efetividade da ação administrativa, em conformidade com os preceitos legais”;

a responsabilização dos Advogados Públicos somente é cabível na “hipótese de dolo ou erro grosseiro, em parecer obrigatório e vinculante para a autoridade a quem competir a decisão”.

No que tange, especificamente, aos membros da Advocacia-Geral da União, não se pode admitir uma dupla responsabilização administrativa pelos pareceres que exararem. Com efeito, não se revela consentâneo com os princípios da razoabilidade e da eficiência admitir que esses profissionais tenham sua conduta passível de responsabilização tanto internamente (no âmbito da própria instituição a que se vinculam) como também perante o Tribunal de Contas da União.

A este respeito, saliente-se que a Constituição Federal é clara no sentido de que “organização e funcionamento” da Advocacia-Geral da União são matérias afetas à lei complementar. Neste sentido, vige a Lei Complementar nº 73, de 1993, dispondo expressamente que:

Art. 5º - A Corregedoria-Geral da Advocacia da União tem como atribuições:

I - *fiscalizar as atividades funcionais dos Membros da Advocacia-Geral da União;*

II - promover correição nos órgãos jurídicos da Advocacia-Geral da União, *visando à verificação da regularidade e eficácia dos serviços,* e à proposição de medidas, bem como à sugestão de providências necessárias ao seu aprimoramento;

III - apreciar as representações relativas à atuação dos Membros da Advocacia-Geral da União;

IV - coordenar o estágio confirmatório dos integrantes das Carreiras da Advocacia-Geral da União;

V - emitir parecer sobre o desempenho dos integrantes das Carreiras da Advocacia-Geral da União submetidos ao estágio confirmatório, opinando, fundamentadamente, por sua confirmação no cargo ou exoneração;

VI - *instaurar, de ofício ou por determinação superior, sindicâncias e processos administrativos contra os Membros da Advocacia-Geral da União* (grifou-se).

Vê-se, portanto, que a Advocacia-Geral da União possui sim uma Corregedoria-Geral com competência disciplinada em lei complementar, cabendo-lhe “fiscalizar as atividades funcionais dos membros” da instituição, promover correição nos respectivos órgãos jurídicos e até mesmo instaurar “sindicâncias e processos administrativos”. Desta forma, eis o órgão legalmente competente para apurar as faltas funcionais cometidos pelos membros dessa instituição.

6 CONCLUSÃO

Conforme se observou ao longo deste artigo, os membros da Advocacia-Geral da União exercem uma atividade advocatícia que, constitucionalmente, é designada como “Função Essencial à Justiça”. Desta forma, no estudo da responsabilização funcional desses agentes públicos, o texto constitucional se constitui no adequado parâmetro de análise, de modo a bem delimitar as hipóteses e os mecanismos de responsabilização.

Frente a todas as considerações expendidas neste trabalho, não se mostra cabível a responsabilização de membros da Advocacia-Geral da União por parte do Tribunal de Contas da União, vez que:

- a) a Advocacia-Geral da União é uma instituição com *status* constitucional, com organização e funcionamento disciplinados em lei complementar (art. 131 da Constituição Federal);
- b) os membros dessa instituição desempenham atividade de controle de juridicidade na esfera consultiva, sendo dotados de inviolabilidade em suas manifestações (art. 133 da Carta Magna);

- c) tal função de controle se deve sujeitar a mecanismos de fiscalização que levem em conta a distinção entre as atribuições dos advogados e dos administradores públicos;
- d) desta forma, considerando que existe uma Corregedoria-Geral da Advocacia da União, com atribuições expressamente previstas no art. 5º da Lei Complementar nº 73, de 1993, esse deve ser o órgão competente para a responsabilização administrativa dos membros da Advocacia-Geral da União.

É evidente que tais Advogados Públicos são sim responsáveis pelo exercício de sua atividade consultiva. Porém, tal responsabilização somente pode ocorrer nas hipóteses de dolo ou erro grosseiro, em parecer obrigatório e vinculante para a autoridade a quem competir a decisão. Trata-se da exegese que mais se coaduna com as elucidativas premissas traçadas pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 24631/DF, interpretado em consonância com a abalizada doutrina que trata da Advocacia Pública.

Desta forma, impende garantir que a atividade de consultoria jurídica, nos processos de licitações e contratos administrativos, seja realizada com o legítimo escopo de orientar o administrador público, em prol da efetivação do ordenamento jurídico. Isto, contudo, demanda um reconhecimento das prerrogativas dos membros da Advocacia-Geral da União, de modo a viabilizar um controle de juridicidade realmente eficiente, em consonância com o disposto na Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Advocacia pública. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Município de São Paulo*, São Paulo, p. 11-30, dez. 1996.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1992.

FERREIRA, Sergio de Andréa. Comentários à Constituição. In: CUNHA, Fernando Whitaker da (Coord.). *Comentários à Constituição*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991. v. 3, p. 12.

MACEDO, Rommel. A atuação da Advocacia-Geral da União no controle preventivo de legalidade e de legitimidade: independência funcional e

uniformização de entendimentos na esfera consultiva. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Constituição e revisão: temas de direito político e constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

_____. Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. Debates em Direito Público, *Revista de Direito dos Advogados da União*, São Paulo, ano 4, n. 4, p. 36-65, out./2005.

QUINTÃO, Geraldo Magela da Cruz. Funções essenciais à justiça: da Advocacia do Estado. In: MONTEIRO, Meire Lúcia Gomes (Coord.). *Introdução ao Direito Previdenciário*. São Paulo: LTR, 1998. p. 229.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MS 24073/DF. Rel. Min. Carlos Velloso. DJ de 31 out. 2003.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MS 24584/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. DJe de 20 jun. 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MS 24631/DF. Rel. Min. Joaquim Barbosa. DJe de 1º fev. 2008.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. A responsabilidade do Advogado de Estado em sua função consultiva. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Plenário. Acórdão nº 96/2004. Rel. Min. Humberto Guimarães Souto. DOU de 19 fev. 2004.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Primeira Câmara. Acórdão nº 4.127/2008. Rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça. DOU de 18 nov. 2008.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Segunda Câmara. Acórdão nº 128/2009. Rel. Auditor Augusto Sherman. DOU de 6 fev. 2009.



PARECER AGU/CGU/AG/06/2012

*Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy
Consultor-Geral da União*

Mercado Comum do Sul-MERCOSUL. Tratado de Assunção. Protocolo de Ouro Preto. Protocolo de Ushuaia I. Protocolo de Olivos. Agenda Democrática. Compromissos do MERCOSUL para com o regime democrático. Suspensão de Estado-parte. Efeitos. Constrangimentos políticos. Impossibilidade de imposição de embargo econômico. Atos deliberativos pendentes de apreciação. Carta Democrática Interamericana. Hipótese de Adesão de Novo Estado Membro, pendente suspensão de Estado-parte originário. Compreensão relativa à existência de Estado-parte, de Estado-associado e de Estado-parte suspenso. A suspensão de Estado-parte, em decorrência do não cumprimento de agenda democrática não pode ter como efeito o prejuízo e o constrangimento das atividades e do andamento do MERCOSUL.



Exmo. Sr. Advogado-Geral da União,

1 A propósito de desdobramentos, avanços, recuos, problemas e dilemas do Mercado Comum do Sul-MERCOSUL, questiona-se, o quanto segue:

- a) na hipótese de descumprimento de compromissos para com agenda democrática em país signatário do Tratado de Assunção, poderia haver a suspensão do signatário faltoso?
- b) quais seriam os efeitos concretos de medida de suspensão, se eventualmente aplicável? isto é, eventual suspensão teria efeitos meramente políticos ou provocaria também resultados comerciais, fiscais e econômicos, a exemplo da fruição de benefícios previstos no conjunto de tratados do MERCOSUL?
- c) haveria equivalência entre suspensão e exclusão?
- d) na hipótese da aludida suspensão, como se desdobrariam os atos deliberativos dos signatários que permanecessem unidos pelo pacto?
- e) em questões nas quais o tratado originário prevê consenso, poderia se deliberar na ausência de manifestação e aquiescência do signatário suspenso?
- f) quais seriam os efeitos de eventual suspensão em relação a questões pendentes de deliberação?
- g) poderia, durante a suspensão de Estado-parte, se cogitar de adesão de novo Estado, como membro do MERCOSUL?

2 São esses os problemas que as observações vindouras enfrentam, e que são produzidas no contexto dos marcos convencionais do MERCOSUL, a exemplo do Tratado de Assunção, do Protocolo de Ouro Preto, do Protocolo de Defesa de Concorrência do MERCOSUL, do Protocolo de Ushuaia I sobre o Compromisso Democrático no MERCOSUL, Bolívia e Chile, no Protocolo de Olivos, bem como no Protocolo de Assunção sobre o Compromisso com a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos do MERCOSUL. Na essência, transita-se em matéria de direito comunitário, centrada em conceito clássico de *organização*

*internacional intergovernamental*¹. Deve-se, ainda, socorrer-se da Carta Democrática Interamericana, especialmente no que se refere a um compromisso democrático que deve animar a estruturação das instituições políticas locais e internacionais no contexto sul-americano.

3 A questão exige interpretação do Protocolo de Ushuaia I sobre Compromisso Democrático no MERCOSUL, Bolívia e Chile, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 452, de 14 de novembro de 2001, promulgado pelo Decreto nº 4.210, de 24 de abril de 2002. Cuida-se de documento normativo devidamente internalizado, pelo que absolutos e inegáveis seus efeitos².

4 Neste documento os signatários retomaram a Declaração Presidencial de Las Leñas, de 27 de junho de 1992, no sentido de que a plena vigência das instituições democráticas seja condição indispensável para o desenvolvimento do MERCOSUL. A agenda democrática é problema histórico e recorrente no contexto da América do Sul, com estações em instâncias conceituais que se inserem inclusive no discurso da teologia da libertação³, plasmado na pregação da emancipação do habitante desta parte da América Latina. Além do que, direitos humanos, cidadania e democracia são conteúdos que se comunicam, se informam e se prestigiam⁴.

5 Pactuou-se que as disposições negociadas e acordadas em Ushuaia são parte integrante do Tratado de Assunção, bem como dos respectivos acordos de integração celebrados entre o MERCOSUL e a República da Bolívia e entre o MERCOSUL e a República do Chile⁵.

6 Substancialmente fixou-se também que o Protocolo se aplicaria às relações que decorressem dos respectivos Acordos de Integração vigentes entre os Estados-partes do próprio protocolo, no caso de ruptura da ordem democrática em algum deles⁶. A quebra da ordem democrática, assim, é o ponto de partida para qualquer forma

1 Conferir, por todos, Campos, João Mota e Campos, João Luiz Mota de, *Manual de Direito Comunitário*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004. p. 63 e ss.

2 Conferir, também por todos, Mazzuoli, Valerio de Oliveira. *Direito dos Tratados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 372 e ss.

3 Cf. Chasteen, John Charles. *Born in Blood and Fire- A Concise History of Latin America*. New York: Norton, 2005. p. 274 e ss.

4 Cf. Fernandes, Antonio José. *Direitos Humanos e Cidadania Europeia*. Coimbra: Almedina, 2004, Gorjão-Henriques, Miguel. *Direito Comunitário*. Coimbra: Almedina, 2005.

5 Protocolo de Ushuaia I, art. 8º.

6 Protocolo de Ushuaia I, art. 2º.

de sanção, abominando-se, completamente, uma concepção de Direito Internacional Público qualificado como *soft law*, isto é, como indicativo normativo de baixíssima densidade de aplicabilidade. Não é o caso.

7 O regime de sanções é da essência do Direito Internacional Público contemporâneo, especialmente em âmbito de direitos humanos e de formulações políticas democráticas. Há cogência absoluta nas normas que decorrem do regime dos tratados⁷, especialmente num contexto interpretativo de compromisso com a ordem internacional, à luz das Convenções de Viena.

8 Assim, em tema de MERCOSUL, consignou-se que toda a ruptura da ordem democrática nos Estados-partes ensejaria a aplicação dos rigorosos procedimentos fixados no referido Protocolo⁸. A notícia de solução de continuidade na ordem democrática em um dos Estados-partes suscita consultas entre os demais Estados, bem como com o Estado afetado⁹.

9 Não há rito, forma, norma, padrão ou *blue print* -- guia -- para a referida troca de consultas, do que resulta que nenhuma formalidade absoluta possa ser exigida, por falta mesmo de expressa disposição convencional ou legal. A troca de informações, impressões, preocupações e considerações, ainda que informais, entre os Estados-partes, é suficiente para que se tenha cumprida a exigência, no que se refere à troca de consultas.

10 Por isso, não há necessidade de depósito das notas das consultas na Secretaria do MERCOSUL, bem como de instauração de procedimento formal, supostamente concebido para comprovação do contraditório. Insista-se, a movimentação entre chanceleres e ministros é suficiente para qualificar a existência de *consultas*, cuja informalidade prefere ao rigor de fórmulas, até porque não há previsão convencional, nesse sentido.

11 O Protocolo dispõe que na hipótese de que se comprove a imprestabilidade das *consultas* feitas, os *demais Estados Partes (...)*, no âmbito específico dos Acordos de Integração vigentes entre eles, considerarão a natureza e o alcance das medidas a serem aplicadas, levando em conta a gravidade da situação existente¹⁰.

7 Cf. ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 108 e ss.

8 Protocolo de Ushuaia I, art. 3º.

9 Protocolo de Ushuaia I, art. 4º.

10 Protocolo de Ushuaia I, art. 5º.

12 Necessário, assim, que qualquer movimento de suspensão de Estado-parte e, principalmente, de exclusão, deva considerar o contexto dos fatos, bem como o alcance real das medidas a serem aplicadas. Sempre, a avaliação da gravidade da situação orientará o intérprete e o aplicador da norma convencional.

13 Quanto à natureza das medidas, o tratado permite a suspensão do direito de participar em diferentes órgãos dos respectivos processos de integração até a suspensão dos direitos e obrigações resultantes destes processos¹¹.

14 Há, assim, previsão convencional para suspensão de Estado-parte, em face de situações de gravidade, nas quais se comprove a ruptura da ordem democrática. Esta última, como cediço em Ciência Política, dá-se mediante golpe de estado, usurpação e adulteração de eleições, julgamentos sem que se permita o exercício do amplo contraditório, em seu sentido substantivo, bem entendido.

15 Exige-se o consenso, no que se refere à medida de suspensão¹². E porque a Convenção remete o consenso ao caso que enseja a medida, não se deve confundir *consenso* com *unanimidade*, especialmente no que se refere à necessidade de concordância do Estado-parte que será penalizado com a suspensão. E assim,

Embora exista uma tendência a identificar o consenso com a unanimidade, alguns autores, procurando abrandar as consequências dessa rigidez, assinalaram a existência de diferenças importantes entre os dois conceitos. Enquanto a unanimidade somente pode ser obtida mediante concordância expressa e voto positivo de todos os integrantes do corpo (todos devem estar presentes e votar da mesma maneira), o consenso ocorre quando não existe voto negativo expresso à posição adotada, embora possa haver uma abstenção¹³.

16 Não se poderia obter a concordância de Estado-parte a ser excluído. Não se tem como se captar sua aquiescência, porquanto, por óbvio, o juízo de valor quanto ao desprezo da agenda democrática é dos Estados-partes que se insurgem em face do desrespeito para com as instituições democráticas. Insista-se, a vigência das instituições

11 Protocolo de Ushuaia I, art. 5º, parte final.

12 Protocolo de Ushuaia I, art. 6º.

13 OCAMPO, Raúl Granillo. *Direito Internacional Público da Integração*. Tradução de S. Duarte. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 490-491.

democráticas é condição potestativa para a existência e o desenvolvimento do MERCOSUL.

17 Uma vez efetivada a suspensão de Estado-parte, por desapego aos compromissos democráticos, deve-se fazer a comunicação respectiva; a partir da referida comunicação é que a medida de suspensão entre em vigor¹⁴. Prevê-se também que a sanção cessará a partir da data da comunicação e comprovação de que houve pleno restabelecimento da ordem democrática¹⁵.

18 Conclui-se, assim, quanto ao questionamento de letra *a*, que na hipótese de comprovado déficit democrático em país signatário do Tratado de Assunção poderá haver suspensão do signatário faltoso para com o compromisso democrático, por expressa previsão no Protocolo de Ushuaia I, devidamente incorporado ao referido Tratado de Assunção. A regra deve ser cumprida. Afinal, *o tratado é um acordo formal: ele se exprime, com precisão, em determinado momento histórico, e seu teor tem contornos bem definidos*¹⁶.

19 Quanto aos efeitos concretos de eventual suspensão, são duas circunstâncias que se desenham no horizonte. A sanção varia da suspensão do direito de participação nos diferentes órgãos do MERCOSUL, transcendendo-se até a suspensão dos direitos e obrigações resultantes dos processos inerentes ao MERCOSUL¹⁷.

20 A suspensão do direito de participação nos diferentes órgãos do MERCOSUL é um *minus*, ainda que sanção política gravíssima, não obstante instrumental e finalística, na persecução do ideal democrático, que plasma e orienta o modelo do MERCOSUL.

21 É medida necessária, suficiente, provoca reações no Estado-parte atingido. Decorre do próprio contexto do modelo do MERCOSUL, que radica em compreensão de ordem local que sufrague fórmulas democráticas.

22 Neste caso, suspensão do direito de participação nos diferentes órgãos do MERCOSUL, deve-se socorrer do Protocolo de Ouro

14 Protocolo de Ushuaia I, art. 6º, parte final.

15 Protocolo de Ushuaia I, art. 7º.

16 RESEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 16.

17 Protocolo de Ushuaia I, art. 5º, parte final.

Preto, e da estrutura institucional definitiva que se ajustou para o MERCOSUL. Assim, o Estado-parte suspenso, enquanto durar a suspensão, fica excluído de participar, de opinar, de decidir, de ponderar e de influir no Conselho do Mercado Comum, no Grupo do Mercado Comum, na Comissão de Comércio do MERCOSUL, na Comissão Parlamentar Conjunta, no Foro Consultivo Econômico-Social, bem como na Secretaria Administrativa.

23 Os referidos órgãos são estruturados no Protocolo de Ouro Preto, que lhes atribuiu funções e competências, que o Estado-parte suspenso por força de menoscabo para com a agenda democrática não poderá participar, em nenhuma de suas formas institucionais e operacionais. Especialmente, o Estado-parte suspenso fica sem poderes e funções nos órgãos de capacidade decisória, a exemplo do Conselho do Mercado Comum, do Grupo Mercado Comum e da Comissão de Comércio do MERCOSUL.

24 É justamente esse o sentido da suspensão; isto é, veda-se -- ainda que transitoriamente -- a participação do Estado-parte penalizado nos órgãos acima identificados. De imediato, e para que se tenha um ajuste nos *quadros* e grupos de autoridades, deve-se promover ao imediato afastamento de representantes do Estado-parte suspenso, na hipótese de que exerça alguma presidência ou liderança, a exemplo do que ocorre nos órgãos nos quais haja rotação e alternância de chefia.

25 A suspensão do Estado-parte, por descumprimento de agenda democrática, no que se refere ao direito de participação nos órgãos do MERCOSUL, tem como resultado -- ao menos transitório -- o afastamento de seus representantes na direção dos referidos órgãos. E não poderia ser de outra forma.

26 Mais. A suspensão de Estado-parte, por descumprimento de compromisso democrático, no que se refere ao direito de participação nos órgãos do MERCOSUL, altera o conteúdo fático de disposição do art. 37 do Protocolo de Ouro Preto, que dispõe que *as decisões dos órgãos do MERCOSUL serão tomadas por consenso e com a presença de todos os Estados-partes*.

27 O Estado-parte suspenso não será ouvido e nem seu voto colhido, como expressão concreta do fato de que está suspenso, viz., não é elemento a ser considerado para efeito de indicação de consenso, bem como, suspenso, não pode estar presente em nenhum colégio deliberativo previsto pelo modelo MERCOSUL. E de outro modo não se poderia fazer.

28 A suspensão do Estado-parte do conjunto de prerrogativas adrede acertadas corresponde a limite extremo, com consequências graves. Os efeitos seriam similares a uma exclusão.

29 E porque a República Federativa do Brasil anela a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações¹⁸, a par do fato de que há miríade de interesses, expectativas, investimentos e prognósticos que substancializam o MERCOSUL, deve-se ter na exclusão uma *ultima ratio*.

30 Trata-se de um derradeiro suspiro, quando todas as outras opções se mostrarem inócuas, na luta intransigente pela defesa do ideário democrático, núcleo político que anima o MERCOSUL.

31 Respondidos, assim, os questionamentos de letras *b*, *c* e *e*. Os efeitos concretos são de ordem política. Suspende-se o direito do Estado-parte de participar nos órgãos do MERCOSUL, com todas as consequências práticas advindas.

32 Ao Estado-parte suspenso fica vedado o direito de participação nos órgãos do MERCOSUL, tal como descritos no quadro institucional tratado no Protocolo de Ouro Preto. Não se veda, porém, o gozo de prerrogativas comerciais, fiscais e econômicas, já pactuadas.

33 E quanto a matérias cuja decisão demande consenso, a suspensão do Estado-parte penalizado retira deste o poder de opinar. O consenso se dará entre os Estados-partes que ainda gozam de todas as prerrogativas de membro do MERCOSUL.

34 A suspensão, assim, qualifica *capitis deminutio* provisória, que opera sob condição. A justificativa para a sanção encontra-se no pactuado, dado que se acenou que a plena vigência das instituições democráticas seja condição indispensável para o desenvolvimento do MERCOSUL.

35 Não há, assim, equivalência entre suspensão e exclusão. Aquela primeira é transitória, decorre de um contexto substancialmente político. Esta última é definitiva, subtrai do Estado-parte penalizado o direito de exercer todas as prerrogativas que decorrem da participação no MERCOSUL. E ainda que não seja irreversível contempla consequências fiscais, econômicas e comerciais muito gravosas, com prejuízos para as populações atingidas.

18 Constituição Federal, parágrafo único do art. 4º.

36 O compromisso democrático orienta o conteúdo institucional do continente americano. Há uma Carta Democrática Interamericana, aprovada em Sessão Plenária da Organização dos Estados Americanos-OEA em 11 de setembro de 2001, quando se pactuou, entre outros, com ênfases próprias:

Artigo 1

Os povos da América têm direito à democracia e seus governos têm a obrigação de promovê-la e defendê-la.

A democracia é essencial para o desenvolvimento social, político e econômico dos povos das Américas.

Artigo 2

O exercício efetivo da democracia representativa é a base do Estado de Direito e dos regimes constitucionais dos Estados membros da Organização dos Estados Americanos. A democracia representativa reforça-se e aprofunda-se com a participação permanente, ética e responsável dos cidadãos em um marco de legalidade, em conformidade com a respectiva ordem constitucional.

Artigo 3

São elementos essenciais da democracia representativa, entre outros, o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, o acesso ao poder e seu exercício com sujeição ao Estado de Direito, a celebração de eleições periódicas, livres, justas e baseadas no sufrágio universal e secreto como expressão da soberania do povo, o regime pluralista de partidos e organizações políticas, e a separação e independência dos poderes públicos.

Artigo 4

São componentes fundamentais do exercício da democracia a transparência das atividades governamentais, a probidade, a responsabilidade dos governos na gestão pública, o respeito dos direitos sociais e a liberdade de expressão e de imprensa.

A subordinação constitucional de todas as instituições do Estado à autoridade civil legalmente constituída e o respeito ao Estado de Direito por todas as instituições e setores da sociedade são igualmente fundamentais para a democracia.

Artigo 5

O fortalecimento dos partidos e de outras organizações políticas é prioritário para a democracia. Dispensar-se-á atenção especial à problemática derivada dos altos custos das campanhas eleitorais e ao estabelecimento de um regime equilibrado e transparente de financiamento de suas atividades.

Artigo 6

A participação dos cidadãos nas decisões relativas a seu próprio desenvolvimento é um direito e uma responsabilidade. É também uma condição necessária para o exercício pleno e efetivo da democracia. Promover e fomentar diversas formas de participação fortalece a democracia.

37. A ordem democrática orienta o sistema interamericano, dimensionando-o com os direitos humanos, com a busca do desenvolvimento integral, com o combate a pobreza. No sistema interamericano há previsão de suspensão de Estado-parte da OEA, no contexto que segue, com ênfases minhas:

Artigo 19

Com base nos princípios da Carta da OEA, e sujeito às suas normas, e em concordância com a cláusula democrática contida na Declaração da Cidade de Québec, a ruptura da ordem democrática ou uma alteração da ordem constitucional que afete gravemente a ordem democrática num Estado membro constitui, enquanto persista, um obstáculo insuperável à participação de seu governo nas sessões da Assembleia Geral, da Reunião de Consulta, dos Conselhos da Organização e das conferências especializadas, das comissões, grupos de trabalho e demais órgãos estabelecidos na OEA.

Artigo 20

Caso num Estado membro ocorra uma alteração da ordem constitucional que afete gravemente sua ordem democrática, qualquer Estado membro ou o Secretário-Geral poderá solicitar a convocação imediata do Conselho Permanente para realizar uma avaliação coletiva da situação e adotar as decisões que julgar convenientes.

O Conselho Permanente, segundo a situação, poderá determinar a realização das gestões diplomáticas necessárias, incluindo os

bons ofícios, para promover a normalização da institucionalidade democrática.

Se as gestões diplomáticas se revelarem infrutíferas ou a urgência da situação aconselhar, o Conselho Permanente convocará imediatamente um período extraordinário de sessões da Assembleia Geral para que esta adote as decisões que julgar apropriadas, incluindo gestões diplomáticas, em conformidade com a Carta da Organização, o Direito Internacional e as disposições desta Carta Democrática.

No processo, serão realizadas as gestões diplomáticas necessárias, incluindo os bons ofícios, para promover a normalização da institucionalidade democrática.

Artigo 21

Quando a Assembleia Geral, convocada para um período extraordinário de sessões, constatar que ocorreu a ruptura da ordem democrática num Estado membro e que as gestões diplomáticas tenham sido infrutíferas, em conformidade com a Carta da OEA tomará a decisão de suspender o referido Estado membro do exercício de seu direito de participação na OEA mediante o voto afirmativo de dois terços dos Estados membros. A suspensão entrará em vigor imediatamente.

O Estado membro que tiver sido objeto de suspensão deverá continuar observando o cumprimento de suas obrigações como membro da Organização, em particular em matéria de direitos humanos.

Adotada a decisão de suspender um governo, a Organização manterá suas gestões diplomáticas para o restabelecimento da democracia no Estado membro afetado.

Artigo 22

Uma vez superada a decisão que motivou a suspensão, qualquer Estado membro ou o Secretário-Geral poderá propor à Assembleia Geral o levantamento da suspensão. Esta decisão será adotada pelo voto de dois terços dos Estados membros, de acordo com a Carta da OEA.

38 Fixada a necessidade de suspensão de Estado-parte, por incúria no compromisso com a agenda democrática, deve-se enfrentar quais são

os desdobramentos da suspensão, quanto aos demais atos deliberativos dos signatários, ainda unidos pelo pacto, em temas pendentes de definição, especialmente no que se refere a discussões que demandam o consenso.

39 Deve-se atentar para o fato de que os Estados-partes devem internalizar o pactuado no contexto do MERCOSUL para que, em seguida, possa se garantir a vigência simultânea do pactuado, nos exatos termos do art. 40 do Protocolo de Ouro Preto, com ênfases minhas:

Artigo 40

A fim de garantir a vigência simultânea nos Estados Partes das normas emanadas dos órgãos do MERCOSUL previstos no Artigo 2 deste Protocolo, deverá ser observado o seguinte procedimento:

I) Uma vez aprovada a norma, os Estados Partes adotarão as medidas necessárias para a sua incorporação ao ordenamento jurídico nacional e comunicarão as mesmas à Secretaria Administrativa do Mercosul;

II) *Quando todos os Estados Partes tiverem informado sua incorporação aos respectivos ordenamentos jurídicos internos, a Secretaria Administrativa do Mercosul comunicará o fato a cada Estado Parte;*

III) As normas entrarão em vigor simultaneamente nos Estados Partes 30 dias após a data da comunicação efetuada pela Secretaria Administrativa do Mercosul, nos termos do item anterior. Com esse objetivo, os Estados Partes, dentro do prazo acima, darão publicidade do início da vigência das referidas normas por intermédio de seus respectivos diários oficiais.

40 Pendente o cumprimento da regra pactuada no inciso II do art. 40 do Protocolo de Ouro Preto acima citado a Secretaria Administrativa do MERCOSUL somente não levará em conta, para efeitos de vigência simultânea, a internalização havida (ou não) no Estado-parte suspenso, na hipótese aqui estudada. Isto é, na pendência de internacionalização de qualquer matéria, por parte do Estado suspenso, não se cogita de suspensão de vigência do pactuado.

41 O inciso II do art. 40 do Pacto de Ouro Preto refere-se tão somente ao Estado-parte cuja participação do MERCOSUL não seja limitada ou obstruída por nenhum constrangimento, a exemplo de

suspensão eventualmente ocorrida, por força de afastamento de uma ordem democrática, por todos perseguida. Por isso, para efeito de entrada em vigor de normas pendentes de internalização, serão consideradas, enquanto ainda houver a suspensão, apenas as internalizações efetivadas nos ordenamentos dos demais Estados-partes.

42 Cumprido o rito da internalização por parte dos demais Estados o inciso II do art. 40 do Pacto de Ouro Preto opera-se de pleno direito. Num contexto de compreensão hermenêutica deve-se partir da premissa de que a suspensão não pode prejudicar os demais Estados-partes, pena que se tome o efeito pela causa. Em outras palavras, e do ponto de vista pragmático, tem-se uma efetiva suspensão da exigência do inciso II do art. 40 do Protocolo de Ouro Preto, como condição necessária e suficiente para proteção da instituição.

43 Seria esta a hipótese, por exemplo, de eventual medida multilateral para elevação de tarifas externas comuns, cuja internalização não dependeria, efetivamente, da efetiva internalização do pactuado no ordenamento jurídico do Estado-parte suspenso.

44 Respondidas, de tal modo, as questões postas nas letras *d*, *e* e *f*. Isto é, os atos deliberativos serão tomados apenas pelos Estados-partes que permaneceram no MERCOSUL, o consenso não depende da manifestação do Estado-parte suspenso e os atos pendentes de deliberação e de internalização não dependem de qualquer manifestação do Estado-parte suspenso.

45 Resta uma última situação a ser enfrentada. Considere-se que, enquanto durar suspensão de Estado-parte por força de descumprimento de compromisso democrático, tenha-se movimento relativo a adesão de novo Estado, na qualidade de Estado-membro do MERCOSUL. *Quid inde?*

46 A matéria decorre da compreensão do art. 20 do Tratado de Assunção, que dispõe que, nesse pormenor:

O presente Tratado estará aberto á adesão, mediante negociação, dos demais países membros da Associação Latino-Americana de Integração, cujas solicitações poderão ser examinadas pelos Estados Partes depois de cinco anos de vigência deste Tratado. Não obstante, poderão ser consideradas antes do referido prazo as solicitações apresentadas por países membros da Associação Latino-Americana

de Integração que não façam parte de esquemas de integração subregional ou de uma associação extra-regional. A aprovação das solicitações será objeto de decisão unânime dos Estados Partes.

47 Como consignado e pactuado, a aprovação de solicitação de adesão depende de decisão unânime dos Estados-partes. Ocorre que o Estado-parte suspenso está impedido de se manifestar, como resultado e efeito político da suspensão sofrida, por força do descumprimento para com compromissos com o regime democrático.

48 A aprovação da solicitação é, conseqüentemente, de competência, interesse e preocupação única e exclusiva dos Estados que permanecem no bloco e que não sofrem os efeitos da suspensão. O bloco precisa sobreviver, sobreviverá, e não poderá depender, para tomar decisões, de Estado-membro suspenso.

49 Com a suspensão de um dos membros, por falta de exercício do compromisso democrático, deve-se reconhecer que os Estados-partes são apenas três, e que o consenso e a unanimidade decorrem e se limitam – *sic et simpliciter* – aos três Estados remanescentes. Isto é, enquanto perdurar a suspensão.

50 Exmo. Sr. Advogado-Geral da União, lembrando que a questão é substancialmente política são as seguintes as conclusões que são encaminhadas ao elevadíssimo crivo de Vossa Excelência:

- a) o sistema MERCOSUL prevê mecanismo de suspensão de país signatário faltoso para com o compromisso democrático; o rito demanda consulta entre os chefes de Missão, o que antecede ao efetivo ato de suspensão;
- b) os efeitos da suspensão são políticos, vedando-se que o Estado-parte suspenso, enquanto durar a suspensão, possa participar dos organismos institucionais do MERCOSUL;
- c) a suspensão qualifica-se por um contexto substancialmente político, de vedação de participação nos organismos do MERCOSUL; a suspensão de direitos e obrigações relativos aos Tratados firmados no âmbito do MERCOSUL é medida extrema, que subtrai do Estado-parte o direito de gozo das prerrogativas de membro do bloco;

- d) os atos deliberativos pendentes de aprovação não dependem da aquiescência do Estado-parte suspenso;
- e) o consenso e a unanimidade circunscrevem-se aos Estados-partes que permanecem no bloco;

Brasília, 27 de junho de 2012.

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy
Consultor-Geral da União

O POSITIVISMO JURÍDICO EM KELSEN E BOBBIO NO CONTEXTO DO JULGAMENTO DA ADPF 130

Filipo Bruno Silva Amorim

Procurador Federal

Vice-diretor da Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal

SUMÁRIO: Introdução; 1 Teoria pura do direito (Hans Kelsen); 1.1 Noções introdutórias; 1.2 Dinâmica jurídica; 1.2.1 O fundamento de validade de uma ordem normativa: a norma fundamental; 1.2.2 A estrutura escalonada da ordem jurídica; 1.2.3 Criação do direito, aplicação do direito e observância do direito; 1.2.4 Da jurisprudência; 1.2.5 Da lei “inconstitucional”; 1.3 A interpretação; 2 Teoria geral do direito (Norberto Bobbio); 2.1 Teoria da norma jurídica;

2.2 Teoria da norma jurídica; 2.2.1 A unidade do ordenamento jurídico; 2.2.2 O ordenamento como sistema; 2.2.3 Da completude do ordenamento jurídico; 3 Da não recepção da lei de imprensa pela nova Ordem Constitucional de 1988; 3.1 Cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF; 3.2 Regime constitucional da liberdade de imprensa; 3.3 Mecanismo constitucional de calibração de princípios e a relação entre a liberdade de imprensa e a democracia; 3.4 O núcleo duro da liberdade de imprensa e a interdição parcial do poder de legislar e a autorregulação social da atividade jornalística; 3.5 Não recepção em bloco da lei 5.250/67 pela CF/88; Conclusão; Referências

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem por escopo estudar as obras *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen e *Teoria Geral do Direito*, de Norberto Bobbio, procurando conferir ao leitor uma perspectiva global da visão de ambos os autores acerca do positivismo jurídico.

A inexistência de uma única resposta previamente certa, o ordenamento jurídico escalonado e a norma posta como objeto de estudo da ciência do direito são algumas das características dessa escola jurídica que tem nesses autores dois dos seus maiores expoentes.

Pretende-se, ainda, estudar o voto proferido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto, relator da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 130, que decidiu acerca da não recepção em bloco da Lei nº 5.250/67 (Lei de Imprensa) e tentar encontrar pontos de intersecção entre o referido voto e a doutrina de Kelsen e Bobbio.

Deste modo, o trabalho está dividido em basicamente três capítulos: o primeiro, destinado à Teoria Pura do Direito, especialmente no que toca à teoria da dinâmica jurídica, pedra de toque da teoria kelseniana; o segundo, destinado à Teoria Geral do Direito, de Bobbio, livro composto da junção de duas outras obras do mesmo autor, a Teoria da Norma Jurídica e a Teoria do Ordenamento Jurídico; o terceiro, tratando do voto proferido pelo Ministro relator na ADPF 130.

Por fim, será exposta uma breve conclusão, a fim de deixar consignada a impressão sobre o estudo.

1 TEORIA PURA DO DIREITO (HANS KELSEN)

1.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Neste capítulo será tratado o pensamento Kelseniano exposto na obra Teoria pura do direito. Não é, contudo, objetivo deste trabalho esgotar toda a discussão travada no livro, nem tratar de todas as especificidades abordadas pelo autor. Absolutamente. O que se pretende é proporcionar uma visão geral dos principais aspectos que envolvem a teoria pura do direito de modo a aproximar o leitor, ainda que tão somente com uma visão *a priori*, dos conceitos chave desenvolvidos por Kelsen.

Neste sentido, é de se dizer que o primeiro passo do autor na empreitada a que se propôs – desenvolver uma teoria “pura” do direito –, foi o de conceituar a própria “pureza”, e assim dispôs:

A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação.

Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito.

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental. (p. 01)

Pela leitura do trecho acima transcrito, vê-se claramente a proposta de Kelsen: sua teoria é uma teoria voltada ao direito positivo e voltada exclusivamente ao conhecimento do seu próprio objeto. Ou seja, a pureza da teoria está no fato de que ela tem por escopo a garantia do conhecimento dirigido apenas ao direito, excluindo tudo o que não pertença ao seu objeto, tudo o que lhe seja estranho.

Assim, como próximo passo deve-se limitar o objeto de estudo da tese Kelseniana. Por óbvio que pronto se percebe ser o “direito” o seu objeto de estudo; mas o “direito” visto sob que ótica? Com efeito, o “direito” estuda fatos externos, fatos sociais, condutas humanas, isto é inegável. Mas todos os fatos externos, sociais ou condutas humanas são objeto de estudo do direito? O que transforma ditos conceitos em atos ou fatos jurídicos (condutas lícitas ou ilícitas)? Nas palavras de Kelsen tem-se que:

O que transforma este fato num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua facticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a esse ato, a significação que ele possui. O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma. A norma funciona como esquema de interpretação. [...] isto quer dizer, em suma, que o conteúdo de um acontecer fático coincide com o conteúdo de uma norma que consideramos válida. (p. 04-05).

Deste modo, tem-se que o objeto de estudo de Kelsen é nada mais nada menos que a “norma jurídica”. Para ele o direito seria “uma ordem normativa da conduta humana, um sistema de normas que regulam o comportamento humano” (p. 05)¹

Ora, se o objetivo é regular condutas humanas na medida em que tal conduta é posta em relação com outras pessoas (mediata ou imediatamente), tem-se, por consequência uma *ordem social*, cuja função consiste basicamente em “obter uma determinada conduta por parte daquele que a esta ordem está subordinado, fazer com que essa pessoa omita determinadas ações consideradas como socialmente [...]”

1 Noutro trecho da obra essa posição se torna mais clara ainda: “Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação – menos evidente – de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou – por outras palavras – na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas. Pelo que respeita à questão de saber se as relações inter-humanas são objeto da ciência jurídica, importa dizer que elas também só são objeto de um conhecimento jurídico enquanto relações jurídicas, isto é, como relações que são constituídas através de normas jurídicas. A ciência jurídica procura apreender o seu objeto ‘juridicamente’, isto é, do ponto de vista do Direito. Apreender algo juridicamente não pode, porém, significar senão apreender algo como Direito, o que quer dizer: como norma jurídica ou conteúdo de uma norma jurídica, como determinado através de uma norma jurídica.” (p. 79)

prejudiciais, e, pelo contrário, realize determinadas ações consideradas socialmente úteis.” (p. 26)

Nessa linha de raciocínio, Kelsen nos fala que uma ordem social (como é o caso da ordem jurídica) pode prescrever uma determinada conduta como socialmente desejável ligando à conduta oposta uma desvantagem (privação de um algum bem como p. ex. o patrimônio, a liberdade e até mesmo a vida). Assim, nesses casos, só se poderia ter uma conduta como prescrita (juridicamente falando) na medida em que a conduta oposta é *pressuposto de uma sanção* (p. 26)².

Aqui, interessante notar a diferenciação normalmente posta entre “direito” e “moral”. Ambas são *ordens sociais* já que regulam condutas humanas prescrevendo comportamentos devidos e indevidos. Todavia, a diferença básica apontada por Kelsen entre as duas ordens sociais

2 Em outra passagem o autor afirma expressamente: “A sanção é consequência do ilícito; o ilícito (ou delito) é um pressuposto da sanção.” (p. 43) O que nos leva a concluir que o ilícito, por não ser o conteúdo da norma jurídica estaria fora do direito, embora fosse objeto de estudo da ciência do direito, já que se consubstancia na conduta humana contrária à norma e, portanto, pressuposto da sanção que também é norma.

Todavia, em outro momento da obra, Kelsen reserva um tópico inteiro para tratar do tema “O ilícito (delito) não é negação, mas pressuposto do Direito”, contrariando a conclusão que antes expusemos. Assim aduz em um de seus trechos mais contundentes: “Se uma ordem normativa prescreve uma determinada conduta apenas pelo fato de ligar uma sanção à conduta oposta, o essencial da situação de fato é perfeitamente descrito através de um juízo hipotético que afirme que, se existe uma determinada conduta, deve ser efetivado um determinado ato de coação. Nesta proposição, o ilícito aparece como um pressuposto (condição) e não como uma negação do Direito; e, então, mostra-se que o ilícito não é um fato que esteja fora do Direito e contra o Direito, mas é um fato que está dentro do Direito e é por este determinado, que o Direito, pela sua própria natureza, se refere precisa e particularmente a ele. Como tudo o mais, também o ilícito (não-Direito) juridicamente apenas pode ser concebido como Direito. Quando se fala de conduta ‘contrária’-ao-Direito, o elemento condicionante é o ato de coação; quando se fala de conduta ‘conforme’-ao-Direito, significa-se a conduta oposta, a conduta que evita o ato de coação.” (p. 127)

Embora tachado de ingênuo e pré-científico pelo próprio Kelsen (p. 127), ousou por em dúvida a argumentação acima exposta, buscando uma linha de raciocínio baseada nos próprios conceitos que o jus-filósofo declina em sua obra, senão vejamos: segundo o autor o “direito positivo” coincide com a “norma jurídica”. A ciência do direito tem por objeto de estudo referidas normas jurídicas (seus pressupostos e consequências). A conduta humana só será objeto de estudo da ciência jurídica quando determinada pela norma como sendo pressuposto ou consequência dessa mesma norma. O ilícito, por sua vez, é a conduta humana contrária à previsão normativa e pressuposto da aplicação da sanção prevista. Com base nessas premissas não vemos como inserir dentro do “direito” o conceito de “ilícito”. Num resumo bastante elementar, entendendo-se o “direito” como sendo a “norma”, ele regula as condutas humanas devidas e prevê “sanções” para as condutas contrárias. Neste sentido, o “ilícito” embora seja objeto da ciência jurídica, pois é uma conduta humana e, portanto, pressuposto da aplicação de uma “sanção”, não poderia integrar o “direito”, já que o “ilícito” não se consubstancia na “norma”. *Data vênia*, reputamos coerente e lógico esse raciocínio, embora seja considerado ingênuo e não científico por Kelsen. Fica o registro.

reside no fato de que na primeira, ordem social jurídica, há previsão de sanções para condutas opostas às prescritas normativamente, já na ordem normativa moral não há a figura da sanção:

Uma distinção entre o Direito e a Moral não pode entrar-se *naquilo* que as duas ordens sociais prescrevem ou proíbem, mas no *como* elas prescrevem ou proíbem uma determinada conduta humana. O Direito só ode ser distinguido essencialmente da Moral quanto [...] se concebe como uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado, enquanto a Moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo, visto que as suas sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme as normas e na desaprovação da conduta contrária às normas, nela não entrando sequer em linha de conta, por tanto, o emprego da força física. (p. 71)³

Ultrapassada essa discussão, importante comentar-se, ainda que brevemente, acerca da teoria jurídica estática e da teoria jurídica dinâmica, para, em seguida, se adentrar ao cerne da teoria Kelseniana.

Kelsen divide basicamente o estudo da teoria jurídica sob duas óticas: 1) uma dirigida às normas jurídicas produzidas, a aplicar ou a observar por atos de conduta humana; 2) e outra dirigida aos atos de produção, aplicação ou observância determinados por normas jurídicas.

3 Interessante notar que Kelsen, em passagem anterior a que acima foi transcrita, registra o fato que as aprovações ou desaprovações sociais da ordem social moral podem ser vistas como sanções e até como sanções mais eficazes do que as previstas pela ordem social jurídica, de modo que entende ser duvidosa a possibilidade de que a ordem moral seja efetivamente não sancionadora. Expõe, outrossim, que na ordem social moral há sim a previsão de sanções, mas de diferente espécie: "Para avaliar a possibilidade de uma ordem moral desprovida de sanções, tem de ter-se em conta que, quando uma ordem moral prescreve uma determinada conduta, prescreve ao mesmo tempo que a conduta de uma pessoa conforme à conduta prescrita seja aprovada pelas outras pessoas, mas que a conduta posta seja desaprovada. Quem desaprova a conduta prescrita, ou aprova a conduta oposta, comporta-se imoralmente e deve ser, ele próprio, moralmente reprovado. Ora, também a aprovação ou a desaprovação por parte dos nossos semelhantes são recebidas como recompensa e castigo e podem, por isso, ser interpretadas como sanções. Por vezes, constituem sanções mais eficazes do que outras formas de recompensa e de castigo, pois satisfazem ou ferem o desejo de valimento (importância do homem), um dos mais importantes componentes do instituto de conservação. [...] É por isso duvidoso que seja sequer possível uma distinção entre ordens sociais sancionadas e ordens sociais não sancionadas. A única distinção de ordens sociais a ter em conta não reside em que umas estatuem sanções e outras não, mas nas diferentes espécies de sanções que estatuem." (p. 29-30)

No primeiro caso, diz estar-se diante de uma teoria estática e no segundo de uma teoria dinâmica do direito.

A teoria estática, neste sentido, tem por escopo o estudo do direito com um sistema de normas em vigor, já a teoria dinâmica objetiva o estudo da produção e da aplicação do direito, o direito em movimento. Interessante registrar que a dinâmica jurídica é regulada pelo próprio direito, ou seja, o direito regula a sua criação e aplicação. Sob este ponto de vista, a dinâmica, tal qual a estática, também estuda normas jurídicas em vigor (normas Constitucionais do processo legislativo, por exemplo), mas tão somente aquelas que regulam a produção e aplicação do direito.

Sem desmerecer a parte do estudo que trata da estática jurídica, roga-se escusas para apontar o foco do trabalho à dinâmica jurídica: pedra de toque e ponto mais difundido da obra Kelseniana.

1.2 DINÂMICA JURÍDICA

1.2.1 O FUNDAMENTO DE VALIDADE DE UMA ORDEM NORMATIVA: A NORMA FUNDAMENTAL

Neste momento da Teoria Pura do Direito, Kelsen inicia seu arrazoado fazendo dois questionamentos básicos que irão nortear toda a dinâmica jurídica: afirmando que o direito constitui-se em uma ordem normativa, pergunta o que é que fundamenta a unidade de uma pluralidade normas e por que uma determinada norma pertence a uma determinada ordem jurídica? E pergunta mais: o que constitui o fundamento de validade de uma norma?

Ao tentar responder essas perguntas, afirma que o fundamento de validade de uma norma não pode ser a verificação de um fato da ordem do “ser”, pois o fato de algo “ser” não quer dizer quer algo “deve ser”, e o fato de algo “dever ser” não quer dizer que algo “é”, desse modo o fundamento de validade de uma norma só pode ser outra norma que lhe é superior.

Neste sentido, necessário se faz transcrever trecho do livro em que o autor afirma:

Como já notamos, a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação

da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser *pressuposta*, visto que não pode ser *posta* por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (*Grundnorm*). Já para ela tivemos de remeter a outro propósito.

Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa. (p. 217)

Essa norma fundamental não possui um conteúdo do qual logicamente se deduz o restante das normas que integram um sistema normativo. Ela, a norma fundamental pressuposta, se caracteriza por ser a “instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou [...] uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental” (p. 219)⁴.

Nesta linha de raciocínio, para determinar a vigência de uma norma individual, deve-se regredir na busca da norma superior que lhe conferiu essa validade. Assim, uma sentença, p. ex., que institui uma pena a ser cumprida por um indivíduo retira sua validade da lei geral que prescreveu a norma infringida. Essa lei retirou sua validade da norma Constitucional (chamemos exclusivamente de Constituição) que prevê o processo de produção legislativa. E qual a norma que determina a validade da Constituição? No caso, seria uma Constituição anterior que eventualmente previsse uma reforma Constituição posterior. Mas essa regressão histórica fatalmente chegaria a uma

4 “Por outras palavras: se a norma fundamental não pode ser uma norma querida, mas a sua afirmação na premissa maior de um silogismo é logicamente indispensável para a fundamental da validade objetiva das normas, ela apenas pode ser uma norma pensada.” (p. 227)

determinada Constituição que não retiraria seu conteúdo de validade de uma anterior: ou pelo fato de ser a primeira, a mais antiga e remota, ou pelo fato de ser fruto de um rompimento com a ordem Constitucional⁵ anterior (revolução). Nesse caso, seu fundamento de validade não poderia mais ser uma norma posta, mas tão somente uma norma pressuposta, a norma fundamental.

Neste sentido, é de se dizer que uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por uma outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela.(p. 246).

Isto, em outras palavras constitui a *estrutura escalonada da ordem jurídica*.

1.2.2 A ESTRUTURA ESCALONADA DA ORDEM JURÍDICA

a) A Constituição

Como dito, a ordem jurídica não é um sistema de normas ordenadas no mesmo plano, mas uma construção escalonada/hierarquizada e a unidade é produto justamente dessa conexão de dependência resultante do fato de a validade de uma norma se apoiar sobre outra norma que lhe é hierarquicamente superior e assim sucessivamente, até chegarmos à norma fundamental pressuposta.

Numa ordem Estatal, a Constituição representa o escalão de direito positivo mais elevado, podendo ser produzida pela via consuetudinária ou através de um ato legislativo (condensada num texto – Constituição escrita).

A Constituição, além de regular a produção de normas gerais, pode também determinar o conteúdo de futuras leis, prescrevendo ou excluindo determinados conteúdos. No primeiro caso, geralmente apenas existe uma promessa de leis a fixar e não qualquer obrigação de estabelecer tais leis (normas programáticas). As normas fundamentais e as *cláusulas pétreas*, por sua vez, representam determinação de segunda ordem, pois sua previsão impede a produção de normas infraconstitucionais cujo conteúdo afronte suas prescrições.

5 Em ambos os casos estaríamos diante da chamada “Constituição histórica”.

b) Legislação e costume

Na hierarquia proposta por Kelsen, o escalão normativo imediatamente seguinte ao da Constituição é constituído pelas normas gerais criadas pela legislação ou pelo costume.

Kelsen afirma que as normas jurídicas gerais criadas pela via legislativas são normas conscientemente postas. Os atos que constituem o fato legislação são atos produtores de normas, são atos instituidores de normas; quer dizer: o seu sentido subjetivo é um dever-ser. Através da Constituição, este sentido subjetivo é alçado a uma significação objetiva, o fato legislativo é instituído como fato produtor de Direito.

Relativamente aos costumes, sustenta que a Constituição também pode instituir como fato produtor de direito um determinado fato consuetudinário. Este fato é caracterizado pela circunstância de os indivíduos se conduzirem por forma sempre idêntica sob certas e determinadas circunstâncias por tempo suficientemente longo, de forma a surgir o costume, a vontade coletiva de assim se conduzir. Então, o sentido subjetivo do fato que constitui o costume é um dever-ser: o sentido de que nos devemos conduzir de acordo com o costume. Porém, o sentido subjetivo do fato consuetudinário só pode ser pensado como norma jurídica objetivamente válida se este fato assim qualificado é inserido na Constituição como fato produtor de normas jurídicas.

Nesse contexto tem-se que tanto o direito legislado quanto o direito consuetudinário revogam-se mutuamente, segundo o princípio da *lex posterior*. Todavia, enquanto uma lei constitucional em sentido formal não pode ser revogada ou alterada por uma lei simples, mas somente através de uma outra lei constitucional, o direito consuetudinário tem também eficácia derogatória relativamente a uma lei constitucional formal, bem como em face de uma lei constitucional que expressamente exclua a aplicação de direito consuetudinário. É a chamada força corrosiva do costume. Tal força corrosiva, contudo, só é verificável em uma Constituição que perdura no tempo, eis que para a fixação de um determinado costume numa sociedade leva-se tempo considerável e mais tempo leva ainda para que esse determinado costume seja reconhecido como válido pelo direito.

Por fim, neste particular, pode-se afirmar que uma distinção politicamente relevante entre direito legislado e direito consuetudinário

consiste no fato de aquele ser produzido através de um processo relativamente centralizado (por um órgão especial criado especificamente para esse fim) e este através de um processo relativamente descentralizado (através de uma determinada conduta dos indivíduos sujeitos à ordem jurídica).

c) Lei e decreto

Num último seguimento da sua pirâmide, Kelsen aduz acerca das chamadas normas gerais. Estas são subdivididas, na conformação positiva das ordens jurídicas estatais, em dois ou mais escalões, os quais podem-se destacar a lei e o decreto, cuja distinção é de particular importância onde a Constituição atribua fundamentalmente a produção das normas jurídicas gerais a um parlamento eleito pelo povo, permitindo, porém, a elaboração mais pormenorizada das leis por meio de normas gerais que são editadas por certos órgãos da administração, ou onde, para certos casos excepcionais, dê ao governo competência para, no lugar do parlamento, editar todas as normas gerais necessárias ou apenas certas normas gerais. As normas gerais que provêm não do parlamento, mas de uma autoridade administrativa, são designadas como decretos, que podem ser decretos regulamentares ou decretos-lei.

Particularmente no caso brasileiro, seguindo o modelo italiano, sabe-se da existência de outra categoria legislativa oriunda do Poder Executivo que superou de forma incontestável os decretos regulamentares ou decretos-lei, as Medidas Provisórias, previstas no texto Constitucional no seu artigo 62.

1.2.3 CRIAÇÃO DO DIREITO, APLICAÇÃO DO DIREITO E OBSERVÂNCIA DO DIREITO

Um ponto de suma importância no pensamento Kelseniano, especialmente no que toca à teoria da dinâmica jurídica, e o entendimento de que todo ato jurídico é simultaneamente *aplicação* de uma norma superior e *produção/criação*, regulada por esta mesma norma, de uma norma inferior. De modo a confirmar essa afirmativa deve-se ter em mente uma ordem jurídica Estatal. Nesse caso, a norma fundamental determina a criação da Constituição; que por sua vez é aplicação da norma fundamental. Por meio da aplicação da Constituição tem-se a criação das normas jurídicas gerais (legislação e costume), cuja aplicação cria normas individuais através das decisões judiciais e das resoluções administrativas. “A aplicação do direito é, por conseguinte, criação de

uma norma inferior com base numa norma superior ou execução do ato coercivo estatuído por uma norma.” (p. 261)

As únicas exceções a essa regra são os dois extremos da cadeia jurídico-positiva: 1) o caso da norma fundamental que é pressuposta, portanto não há outra norma superior de onde provenha sua criação; 2) e a sanção que é tão somente aplicação da norma jurídica individual, não sendo fonte criadora do direito.

Sobre o tema, por derradeiro, é de se destacar que a criação e aplicação do direito distinguem-se da observância do direito:

Observância é a conduta a que corresponde, como conduta oposta, aquela a que é ligado o ato coercitivo da sanção. É antes de tudo a conduta que evita a sanção, o cumprimento do dever jurídico constituído através da sanção. Criação do direito, aplicação do direito e observância do direito são funções jurídicas no sentido mais amplo. Também o uso de uma permissão positiva pode ser designando como observância do Direito. Porém, só a criação e aplicação do direito são designadas como funções jurídicas num sentido estrito específico. (p. 263)

Deste modo, pode-se dizer que o cerne da dinâmica jurídica Kelseniana envolve-se primordialmente com os fenômenos da aplicação e criação do direito.

1.2.4 DA JURISPRUDÊNCIA

Segundo Kelsen, uma decisão judicial não tem um simples caráter declaratório; significa dizer que o juiz não tem simplesmente de descobrir e declarar um direito já existente, e mesmo esta determinação não tem um caráter simplesmente declarativo, mas um caráter constitutivo, já que cria o direito individual: eis a sua crucial relevância.

Do ponto de vista de uma consideração centrada sobre a dinâmica do direito, o estabelecimento da norma individual pelo tribunal representa um estágio intermediário de um processo que começa com a elaboração da Constituição e segue através da legislação e do costume, até a decisão judicial, passando desta para a execução da sanção. Este processo, no qual o direito como que se recria em cada momento, partindo do geral para o individual é um processo de individualização ou concretização sempre crescente.

A decisão judicial está via de regra posta sempre entre duas posições opostas: a do autor que tem uma pretensão em face do réu e a deste réu que visa infirmar a pretensão do autor. O órgão judicial, por sua vez, deve buscar na análise entre os fatos apresentados e as normas gerais vigentes no ordenamento uma subsunção, para que seja criada a norma individual a ser aplicada ao caso concreto. Todavia, quando não há essa norma geral, a demanda é julgada improcedente e muitas vezes interesses tidos por legítimos deixam de ser alcançados, pois a ordem jurídica não elegeu aquele determinado fato com digno de proteção jurídica.

Há outros casos, porém em que a ordem jurídica permite ao órgão julgador, mesmo ante a inexistência de referida norma geral, o julgamento equitativo da demanda. Neste caso, no exercício constitutivo da norma individual, mesmo na inexistência da norma geral, o tribunal pode ser utilizar da norma geral que o permite criar o direito material *ex novo*. Seriam esses os casos das lacunas do direito?

Com efeito, a existência de uma lacuna só se verifica se a ausência de uma tal norma jurídica é considerada pelo órgão aplicador do Direito como indesejável do ponto de vista da política jurídica e, por isso, a aplicação do direito vigente é afastada por esta razão político-jurídica, por ser considerada como não equitativa ou desacertada.

Ao tratar do tema, Kelsen oferece um exemplo bastante didático para escudar a afirmação antes declinada:

O fato de a ordem jurídica não conter qualquer norma que estabeleça uma pena para o furto de energia elétrica pode ser considerado tão iníquo ou desacertado como o fato de uma ordem jurídica conter uma norma que é de aplicar tanto ao roubo acompanhado de homicídio como à hipótese de um filho matar o pai que sofre de doença incurável, a pedido deste. Lacuna no sentido da inaplicabilidade lógica do direito vigente tampouco existe num caso como no outro; e é pelo menos inconsequente ver num dos casos, e não no outro, uma lacuna. A isto acresce que o juízo segundo o qual a ausência de uma norma jurídica de determinado conteúdo vai contra a equidade ou é desacertada representa um juízo de valor altamente relativo que de forma alguma exclui um juízo de valo posto. (p. 274)

Entretanto, a teoria das lacunas, isto é, a suposição de que existem hipóteses em que o direito vigente não pode ser aplicado porque não

contém uma norma geral aplicável ao caso, desempenha na técnica da moderna legislação um papel importante⁶.

1.2.5 DA LEI “INCONSTITUCIONAL”

Outro ponto acerca da dinâmica jurídica que merece destaque é o estudo acerca do conceito de inconstitucionalidade proposto por Kelsen. Diz o autor que a afirmação de que uma lei válida é “contrária à Constituição” é uma *contradictio inadjecto*, pois uma lei somente pode ser válida com fundamento na Constituição⁷. Significa dizer que de uma lei inválida não se pode afirmar que ela é contrária à Constituição, pois uma lei inválida não é sequer uma lei, porque não é juridicamente existente e, portanto, não é possível acerca dela qualquer afirmação jurídica.

Portanto, o significado da expressão “inconstitucionalidade de uma lei” apenas pode ser o de que a lei em questão pode ser revogada não só por uma outra lei (*lex posterior derogat priori*), mas também através de um processo especial, previsto pela Constituição (controle de constitucionalidade). Todavia afirma: “Enquanto, porém, não for revogada, tem de ser considerada como válida; e, enquanto for válida, não pode ser inconstitucional.” (p. 300)

Kelsen também propõe uma diferenciação entre dois casos de controle de constitucionalidade: no primeiro, prevê a hipótese de todos os tribunais de um determinado Estado serem competentes para controlar a constitucionalidade da lei a ser aplicada, no segundo, prevê a hipótese de apenas um tribunal deter essa competência. Vejamos as distinções desses dois modelos (controle difuso e controle concentrado):

Se todo tribunal é competente para controlar a constitucionalidade da lei a um caso concreto, em regra ele apenas tem a faculdade de, quando considere a lei como “inconstitucional”, rejeitar a sua aplicação ao caso concreto, quer dizer, anular a sua validade somente em relação ao

6 “O legislador pode ser levado a utilizar essa ficção pela idéia de que a aplicação da norma geral por ele estabelecida possa conduzir a um resultado insatisfatório em certas circunstâncias por ele não previstas nem previsíveis e de que, por isso, é aconselhável conferir poder ao tribunal, para em tais casos, em vez das normas gerais que predeterminam o conteúdo da sua decisão, fixar o próprio tribunal uma norma jurídica individual, por ele criada, adaptada às circunstâncias pelo legislador não previstas.” (p. 275)

7 “De uma lei inválida não se pode afirmar que ela é contrária à Constituição, pois uma lei inválida não é sequer uma lei, porque não é juridicamente existente e, portanto, não é possível acerca dela qualquer afirmação jurídica.” (p. 300)

caso concreto. A lei, porém, permanece em vigor para todos os outros casos a que se referia e deve ser aplicada a esses casos pelos tribunais, na medida em que estes não afastem também a sua aplicação num caso concreto. Se o controle da constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como “inconstitucional” não só em relação a um caso concreto, mas em relação a todos os casos a que a lei se refira – quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do direito. Uma tal lei pode permanecer em vigor e ser aplicada durante muitos anos antes que seja anulada pelo tribunal competente como “inconstitucional”. Isto significa, porém, que os preceitos constitucionais relativos à anulação das leis que não correspondam às determinações da Constituição que diretamente regulam a legiferação têm o sentido de que também essas leis devem valer na medida e pelo tempo em que não forem anuladas pela forma constitucionalmente prevista. As chamadas leis “inconstitucionais” são leis conformes à Constituição que, todavia, são anuláveis por um processo especial. Também nestes casos as determinações constitucionais que regulam a legiferação têm a natureza alternativa acima caracterizada, pelo que o órgão legislativo detém a possibilidade de opção entre duas vias: a determinada diretamente pela Constituição e a que há de ser determinada pelo próprio órgão legislativo. A diferença, contudo, reside em que as leis criadas pela segunda via, sendo embora válidas, são anuláveis por um processo especial. (p. 303-304)

Em face dessas observações, Kelsen é um dos primeiros estudiosos acerca do controle de constitucionalidade, seja ele de viés difuso ou concentrado (Norte Americano ou Austríaco, respectivamente), sendo, deste modo, considerado um dos seus teóricos fundadores.

1.3 A INTERPRETAÇÃO

No último capítulo de sua obra, Kelsen trata da “interpretação”, tema de fundamental importância para o entendimento da norma jurídica e, por conseqüência, para o entendimento da teoria pura do Direito, especialmente a dinâmica jurídica.

Inicialmente, aduz ser a interpretação uma “operação mental” (p. 387) necessária ao processo de aplicação do direito, especialmente no que toca à sua progressão de um escalão superior para um inferior.

Tratando do tema à luz dos órgãos aplicadores do direito, distingue espécies de “indeterminação” na aplicação do direito, a saber:

1. Relativa indeterminação do ato de aplicação do direito;
2. Indeterminação intencional do ato de aplicação do direito; e
3. Indeterminação não-intencional do ato de aplicação do direito.

O primeiro caso diz respeito à indeterminação própria de um ordenamento escalonado, onde a aplicação da norma do escalão superior implica na produção da norma do escalão inferior. Afirma o autor que a norma do escalão superior deixa sempre uma margem de livre apreciação em relação ao ato de produção normativa, tendo, nesse sentido o caráter de uma “moldura” (p. 388) a ser preenchida por esse ato.

Exemplifica o caso da seguinte forma:

Se o órgão A emite um comando para que o órgão B prenda o súdito C, o órgão B tem de decidir, segundo seu próprio critério, quando, onde e como realizará a ordem de prisão, decisões essas que dependem de circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e, em grande parte, nem sequer podia prever. (p. 388)

O segundo caso se reporta a indeterminação intencional da própria norma. Exemplifica o autor dizendo que uma norma penal pode cominar pena de prisão ou de multa para o mesmo delito. A decisão acerca dessa indeterminação intencional será tomada pelo magistrado ao analisar o processo.

Por fim, o terceiro caso de indeterminação ou é consequência da pluralidade de significações de uma palavra ou de uma seqüência de palavras – afirma Kelsen: “o sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem de aplicar a norma encontra-se perante várias significações possíveis” (p. 389) – ou é consequência do fato de duas normas (de vigência simultânea) se contradizerem total ou parcialmente.

Em importante passagem é dito que o direito a aplicar é como uma moldura dentro da qual há várias possibilidades de aplicação. Em razão de toda essa gama de indeterminação, “O Direito a aplicar forma uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que

é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.” (p. 390)

As possibilidades de aplicação do direito estão dentro da moldura, o que não significa que o aplicador não possa fixar uma norma fora dessa moldura. Há essa possibilidade, todavia tal norma não estará conforme o direito.

Depreende-se do texto que Kelsen resiste à idéia de que seria possível por meio da interpretação extrair-se uma única solução correta e justa. Para ele, como dito, há uma série de possibilidades para o preenchimento da moldura, e todas essas normas seriam normas igualmente possíveis, sendo inexistente qualquer critério com base no qual uma das possibilidades pudesse ser preferida à outra⁸.

Ao tratar da interpretação jurídico-científica, sustenta a tese de esta última deve evitar a ficção de que um a norma jurídica somente permite uma única interpretação (a correta/justa) e arremata, *verbis*:

Não se pretende negar que esta ficção da univocidade das normas jurídicas, vista de uma certa posição política, pode ter grandes vantagens. Mas nenhuma vantagem política pode justificar que se faça uso desta ficção numa exposição científica do Direito positivo, proclamando como única correta, de um ponto de vista científico objetivo, uma interpretação que, de um ponto de vista político subjetivo, é mais desejável do que uma outra, igualmente possível do ponto de vista lógico. Neste caso, com efeito, apresenta-se falsamente como uma verdade científica aquilo que é tão-somente um juízo de valor político. (p. 396)

Em resumo, o texto normativo descreve uma moldura dentro da qual, por meio da interpretação, podem-se extrair diversas normas. Quaisquer normas validamente contidas dentro da moldura são cientificamente normas

8 “Todos os métodos de interpretação até ao presente elaborados conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto.” (p. 392)

[...]

“A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a ‘correta’, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito. A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas). Assim como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas.” (p. 393)

jurídicas. A norma escolhida e imposta ao caso concreto é, portanto, tão científica quanto qualquer outra, a única diferença é que mais conveniente sob um juízo de valor político social. Todavia repita-se: muito embora seja a norma posta, não significa que do texto normativo seja unívoco, sob pena de reduzirmos à ciência jurídica a juízos de conveniência política.

2 TEORIA GERAL DO DIREITO (NORBERTO BOBBIO)

A Teoria geral do direito de Bobbio é a junção de duas outras obras publicadas em separado, a Teoria da norma jurídica e a Teoria do ordenamento jurídico. Nesta parte da monografia se estudará, ainda que brevemente, os principais conceitos veiculados pelo autor, tanto no que se refere à norma quanto ao ordenamento jurídicos.

2.1 TEORIA DA NORMA JURÍDICA

O estudo proposto por Bobbio parte da premissa de que “a experiência jurídica é uma experiência normativa” (p. 3), mas não só a experiência jurídica como também a própria vida está repleta de “placas indicativas” (p. 4) que prescrevem comportamentos (comandos), ora permissivos, ora proibitivos. Muitas dessas “placas” veiculam regras de direito, que ordinariamente é a parte mais notável dessa experiência normativa.

De modo singular, pode-se concluir, portanto, que o elemento característico da experiência jurídica é o fenômeno da normatização.

Há, todavia, quem critique essa conclusão. Há autores que caracterizam o direito menos como norma e mais como INSTITUIÇÃO⁹. Outros, ainda, identificam o direito com sendo as próprias RELACÕES INTERSUBJETIVAS¹⁰. Esta última também é combatida pela teoria

9 “A teoria do direito como instituição foi elaborada, ao menos na Itália [...], por Santi Romano num livro muito importante: *L'ordinamento giuridico* [...]. O alvo polêmico de Romano é exatamente a teoria normativa do direito. Desde as primeiras páginas ele lamenta a insuficiência e a equívocidade da teoria normativa tal como é acolhida pela maior parte dos juristas; e contrapõe à concepção do direito como norma a concepção do direito como instituição.” (p.08)

10 “[...] Immanuel Kant, expõe na sua *Doutrina do direito* (1797) uma clara teoria do direito como relação jurídica. Depois de dar sua célebre definição de direito como ‘o conjunto das condições, por meio das quais o arbítrio de um pode conciliar-se com o arbítrio de um outro, segunda uma lei universal da liberdade’ (*Metafísica dei costumi*, trad. It. Ed. Utet, 1956, p. 407), Kant dedica-se à pesquisa dos elementos constitutivos do conceito do direito. E ele descreve o primeiro desses requisitos da seguinte maneira: ‘O conceito do direito, enquanto ele se refere a uma obrigação correspondente [...], diz respeito em primeiro lugar apenas à relação externa, e precisamente prática, de uma pessoa para com uma outra,

do direito como instituição, cujo trecho crítico abaixo transcrito, nos permite conhecer os pontos de vista tanto de uma como da outra, *verbis*:

Segundo os defensores da instituição (sobretudo os franceses), uma pura e simples relação entre dois sujeitos não pode constituir direito; para que surja o direito, é necessário que essa relação esteja inserida numa série mais ampla e complexa de relações constituintes, isto é, a instituição. Duas pessoas isoladas que se encontram apenas para estabelecer entre elas a regulamentação de certos interesses mútuos não constituem ainda direito; o direito só nascerá quando essa regulamentação se tornar de certo modo estável e der origem a uma organização permanente da atividade dos dois indivíduos.

Os institucionalistas em geral refutam a doutrina da relação, por considerá-la inspirada por uma concepção individualista do direito, por aquela concepção predominante no jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII, segundo a qual o direito é o produto da vontade de cada indivíduo, considerado como uma mônada separada das outras mônadas, e que, de fato, elevava à suprema categoria jurídica o acordo de duas ou mais vontades individuais, ou seja, o contrato, de modo que faça surgir a sociedade por excelência, o Estado, mediante aquele acordo de vontades de cada indivíduo, que se chamou contrato social. Ao contrário, a doutrina da instituição inspira-se nas correntes sociológicas mais modernas, que tacharam de utopismo e de racionalismo abstrato o individualismo jusnaturalista e afirmam a realidade do grupo social como realidade distinta daquela dos indivíduos que a compõem. Partindo, então, desse pressuposto, consideram o direito como um produto não do indivíduo ou dos indivíduos, mas da sociedade no seu todo.” (p. 17)

Analisando criticamente essas teorias, Bobbio nem a teoria da instituição nem a da relação intersubjetiva excluem a teoria normativa,

uma vez que as ações delas podem (imediate ou mediatamente) ter, como fato, influência umas sobre as outras’ (*op. cit.*, p. 406). Quanto ao segundo requisito uma relação jurídica, deve ser uma relação entre dois arbítrios, e não entre o arbítrio de um e o simples desejo do outro. O que importa sobretudo para Kant, ao colocar o direito como relação entre dois sujeitos, é repelir a tese de que o direito possa também consistir numa relação entre um sujeito e uma coisa. Para Kant há quatro tipos possíveis de relação de um sujeito com outros sujeitos: 1) a relação de um sujeito que tem direitos e deveres com um sujeito que tem apenas direitos e não deveres (Deus); 2) a relação de um sujeito que tem direitos e deveres com um sujeito que tem apenas deveres e não direitos (o escravo); 3) a relação de um sujeito que tem direitos e deveres com um sujeito que não tem nem direitos nem deveres (o animal, as coisas inanimadas); 4) a relação de um sujeito que tem direitos e deveres com um sujeito que tem direitos e deveres (o homem). Dessas quatro relações, só a última é uma relação jurídica.” (p. 18)

mas, ao contrário, incluem-na. Segundo afirma, a teoria normativa é pressuposto de validade para as outras duas teorias. Interessante passagem resume bem a idéia que o autor pretende externar:

Pode-se acrescentar ainda a seguinte consideração: as três teorias não se excluem reciprocamente e, portanto, é estéril toda batalha doutrinária para fazer triunfar uma ou outra. Eu diria até que essas três teorias se integram utilmente uma com a outra. Cada uma delas evidencia um aspecto da multiforme experiência jurídica: a teoria da relação, o aspecto da *intersubjetividade*; a teoria da instituição, o aspecto da *organização social*; a teoria normativa, o aspecto da *regularidade*. Com efeito, a experiência jurídica nos coloca diante de um mundo de *relações* entre sujeitos humanos *organizados* de maneira estável em sociedade mediante o uso de *regras* de conduta. De resto, dos três aspectos complementares, o fundamental continua a ser o aspecto normativo. A intersubjetividade e a organização são condições *necessárias* para a formação de uma ordem jurídica; o aspecto normativo é a condição *necessária e suficiente*. (p. 24)

Norberto Bobbio, em seguida, trata dos critérios de valoração da norma. Afirma serem três as ordens/critérios de valoração, *independentes*¹¹, aos quais deve ser submetida a norma, a fim de se dotar de fundamentos sólidos a teoria da norma jurídica: justiça, validade e eficácia.

Quanto à *justiça*, é de se dizer que a norma deve corresponder aos valores últimos que inspiram o ordenamento jurídico daquele Estado. Partindo-se do pressuposto de que existem ditos valores últimos (supremos), perquirir a justiça ínsita em uma determinada norma, corresponde a se questionar se ela é apta ou inapta a realizar ditos valores. “Mas também no caso de quem não crê em valores absolutos, o problema da justiça ou não de uma norma tem um sentido; equivale a se perguntar se aquela norma está apta ou não a realizar os valores históricos que inspiram aquele ordenamento jurídico concreto e historicamente determinado.” (p. 26)

Em suma, colocar o problema da justiça da norma é tentar verificar a correspondência existente entre o “real” e o “ideal”. Assim, o problema da justiça é um problema *deontológico* do direito.

11 *Independente* porque, segundo Bobbio, uma norma pode ser justa sem ser válida, válida sem ser justa, válida sem ser eficaz, eficaz sem ser válida, justa sem ser eficaz e eficaz sem ser justa (p. 28-31)

No que toca à *validade* de uma norma, passa-se por um juízo de fato e não de valor, como ocorre na justiça. Assim, a validade para o direito, em breves palavras, equivale à *existência* ou não de uma norma enquanto regra jurídica.

De modo a concluir pela validade ou não de determinada norma, deve-se realizar três operações:

1) Verificar se a autoridade que a emanou *tinha o poder legítimo de emanar normas jurídicas*, ou seja, normas obrigatórias naquele determinado ordenamento jurídico [...]; 2) verificar se não foi *abrogada*, tendo em vista que uma norma pode *ter sido* válida, no sentido de que foi emanada por um poder autorizado para tanto, mas não significa *que ainda seja válida*, o que ocorrer quando uma outra norma sucessiva no tempo a abrogou expressamente ou regulou a mesma matéria; 3) verificar se não é *incompatível* com outras normas do sistema [...], sobretudo com uma norma hierarquicamente superior [...] ou com uma norma sucessiva, a partir do momento em que em todo ordenamento jurídico vigora o princípio de que duas normas incompatíveis não podem ser ambas válidas [...]. Trata-se, caso se queira adotar uma terminologia familiar entre os filósofos do direito, do problema *ontológico* do direito. (p. 26-27)

A *eficácia*, por sua vez, diz respeito ao problema de saber se a norma é ou não observada pelas pessoas a quem é destinada e, caso violada, se é imposta com meios coercitivos pelo ordenamento jurídico que a estabeleceu. Trata-se de um problema *fenomenológico* do direito.

Como dito anteriormente, as normas jurídicas veiculam comandos, portanto é-nos autorizado concluir ser a linguagem jurídico-normativa *prescritiva*. Referido tema é objeto de estudo da chamada *Teoria da Imperatividade do Direito*.

Acerca da imperatividade, há quem sustente ser a norma jurídica totalmente imperativa, outros sustentam ser parcialmente imperativa, bem como os que negam o caráter imperativo às proposições que compõem o ordenamento jurídico. Excluindo, contudo, do objeto da análise o ponto de vista negativo da imperatividade, tem-se que esse imperativo pode ser positivo ou negativo (comandos de fazer ou não fazer). Daí, concluir-se que o direito é composto de normas tanto positivas quanto negativas.

A título meramente ilustrativo registre-se que houve quem sustentasse¹² que o direito só seria composto de imperativos negativos e que os imperativos positivos eram próprios das normas morais, tentado, desta forma, estabelecer uma diferenciação entre as normas jurídicas e as normas morais por meio do tipo de imperatividade que elas veiculavam. “Em resumo, pode-se dizer que a partir dessa doutrina deveríamos concluir que a moralidade consiste no preceito de fazer o bem, e o direito naquele de abster-se de fazer o mal.” (p. 90)¹³

Todavia, análises eminentemente formais sobre o direito, como é o caso da imperatividade de suas proposições normativas, não são capazes de distinguir as normas jurídicas de outras ordens de normas. Afirma o autor:

Tentativas de solução puramente formal do caráter distintivo do direito são aquelas, que já examinamos e consideramos inaceitáveis, voltadas a compreender, por exemplo, o elemento característico das normas jurídicas no fato de elas serem constituídas de imperativos negativos (enquanto a moral seria constituída de imperativos positivos), ou no fato de serem constituídas de normas técnicas (enquanto a moral seria constituída de normas éticas), ou, ainda, no fato de serem constituídas de normas heterônomas, de imperativos impessoais, e assim por diante (enquanto a moral é constituída de normas autônomas, de comandos pessoais etc.); em suma, todas aquelas doutrinas que procuram uma resposta para a pergunta: “O que é o direito?” na *forma* do imperativo jurídico, como se o elemento diferencial das normas jurídicas consistisse em serem *formalmente* diversas das outras normas. [...]

O mundo jurídico pareceu-nos até agora muito mais articulado e complexo do que revelaram as várias tentativas de redução a esta ou àquela fórmula; e, de outro lado, o mundo do normativo é tão extenso, como vimos desde as primeiras páginas, que não existe nenhum tipo de prescrição observável num ordenamento normativo jurídico que não possa ser encontrada em qualquer outro sistema normativo. Consideramos, portanto, que a tentativa de dar uma resposta ao problema da definição do direito definindo uma espécie

12 O jusnaturalista Christianus Thomasius.

13 É de se frisar que Bobbio rejeita essa distinção de forma veemente, taxando de “inaceitável” a teoria proposta por Thomasius. (p. 90)

de prescrição é realmente uma tentativa fadada ao insucesso. (p. 125-126)¹⁴

Pondo de lado os critérios eminentemente formais, como os acima apontados, e buscando definir o direito, Bobbio elenca outros fundamentos para alicerçar tal intento:

1. *Critério do conteúdo*: Afirma que a característica básica da norma jurídica é sempre regular relações intersubjetivas. Também atribui à norma jurídica um caráter bilateral (institui ao mesmo tempo um dever para um sujeito e um direito para outro), o que a diferenciaria da norma moral que seria unilateral.

14 Distingamos em breves linhas os conceitos mencionados na citação acima: 1) direito como norma técnica e moral como norma ética: distinção proposta por Adolfo Ravá. Significa que a norma jurídica não é do tipo “Você deve X”, mas do tipo “Se você quer Y, deve X”. Isto quer dizer que a norma jurídica não é um fim em si mesma, ela busca uma finalidade. Ela é *boa* para buscar um fim desejado, ao contrário da norma ética que traz um *fim* em si mesma. Tal norma conduz a uma imperatividade categórica, ou seja uma imposição/obrigação, já que a norma ética (moral) é boa em si mesma. Quanto à norma jurídica Ravá sustenta que “o ordenamento jurídico no seu todo é um instrumento para atingir um certo objetivo 9º paz social). Esse modo de considerar o direito é semelhante ao apresentado por Kelsen quando ele define o direito como um *técnica da organização social*. Se o direito no seu todo é uma técnica, pode-se muito bem dizer que as normas que o compõem são normas técnicas, ou seja, normas que estabelecem ações que não são boas em si mesmas, mas são boas para alcançar aquele determinado fim a que todo o direito está destinado.” (p. 98-97)

2) O direito como sendo constituído por normas heterônomas e a moral como sendo constituída por normas autônomas: “A distinção entre imperativos autônomos e heterônomos é importante para o estudo do direito, pois constituiu um dos muitos critérios com que se pretendeu distinguir a moral do direito. Na esteira de Kant, afirmou-se que amoral se resolve sempre em imperativos autônomos e o direito em imperativos heterônomos, uma vez que o legislador moral é interno e o legislador jurídico é externo. Em outras palavras, essa distinção pretende sugerir que, quando nos comportamos moralmente, obedecemos apenas a nós mesmos; em contrapartida, quando agimos juridicamente, obedecemos a leis que nos são impostas por outros.” (p. 70)

3) O direito como sendo constituído por imperativos impessoais e a moral como sendo constituída por comandos pessoais: “Essa tese foi defendida pelo jurista sueco Karl Olivecrona [...]. Olivecrona parte de uma definição restrita de ‘comando’, afirmando que ‘um comando pressupõe uma pessoa que comanda e uma outra a quem o comando é endereçado’. Ora, na lei, segundo ele, falta a pessoa daquele que comanda [...]. Observe-se como é emanada uma lei em um Estado constitucional: primeiro uma comissão elabora um projeto, depois o ministro o submete ao Parlamento e, por fim, o Parlamento o aprova com a maioria simples. Qual entre todas essas pessoas pode-se dizer que expressou um comando? A teoria de Olivecrona se propõe como uma teoria realista do direito, ou seja, como uma teoria que visa livrar o terreno de todas as tradicionais ficções que impediram que os fenômenos jurídicos fossem considerados na sua efetividade: e uma dessas ficções seria a identificação da lei com o comando, que deu lugar à teoria imperativista do direito. [...] Estabelecendo a distinção de comando como imperativo que implica uma relação pessoal, os imperativos que não devem ser confundidos com os comandos são aqueles que ‘funcionam *independentemente* de uma pessoa que comande’”. (p. 91-92)

Essa doutrina nasce de uma constatação de que não se pode deixar de conhecer o fundamento empírico: vale dizer, que o direito é um regulamento das ações sociais dos homens, ou ações do homem que vive em sociedade com os seus semelhantes. Isso explica o grande êxito dessa doutrina. Pode-se objetar que critério semelhante talvez sirva para distinguir o direito da moral, mas não é igualmente útil para distinguir o direito das chamadas normas sociais, que visam, como aquelas jurídicas, a regular as relações sociais dos indivíduos e, portanto, também elas têm por conteúdo relações intersubjetivas. (p. 127)

2. *Crítério da finalidade*: Afirma que o direito regula relações intersubjetivas específicas em razão do fim que o ordenamento jurídico propõe em relação a qualquer outro ordenamento normativo, qual seja, o da *conservação da sociedade*. “Em toda sociedade vêm se distinguindo, no conjunto das regras de conduta, aquelas sem as quais a sociedade não poderia subsistir e aquelas que podem modificar-se ou desaparecer sem que determinada estrutura social deixe de existir. As regras a que se atribui a qualificação de jurídicas são as primeiras.” (p. 128). A maior objeção que essa teoria enfrenta é o fato de que a depender da sociedade, as normas tidas por essenciais variam, significa dizer: normas essenciais para determinado Estado podem não ser para um outro e vice versa.
3. *Crítério do sujeito que põe a norma (Teoria Positivista)*: Esse critério aduz que a norma jurídica será aquela posta por quem detém o Poder Soberano, independentemente da forma que assume, do conteúdo que veicula e da finalidade que almeja. “Essa resposta, claramente, é a proveniente do mais puro positivismo jurídico, segundo o qual o soberano não cria as normas essenciais para a conservação da sociedade, mas as normas estabelecidas pelo soberano tornam-se essenciais simplesmente porque são feitas valer também recorrendo à força” (p. 129)
4. *Crítério dos valores (Teoria Jusnaturalista)*: Sustenta, no extremo oposto ao critério positivista, que a essência da direito está nos valores ou ideais em que o legislador se inspira ao elaborar a norma jurídica. Não se nega o fato de o direito ser posto por quem detém o Poder Soberano, seja um monarca, seja um Parlamento, mas “será necessário distinguir as decisões segundo os idéias em que se inspiram; logo, nem todas as regras serão jurídicas, mas apenas aquelas inspiradas em certos valores. Em geral, dá-se ao

supremo valor em que o direito se inspira o nome de *justiça*.” (p. 130)¹⁵

5. *Crítério da natureza da obrigação*: Referido critério propõe, tradicionalmente, duas soluções para o problema da definição do direito por meio da norma jurídica: 1^a) a norma jurídica é aquela que se obedece tão somente pelas vantagens que dela podem advir (adesão/obediência exterior), ao passo que a norma moral deve ser obedecida por si mesma (adesão/obediência interior); 2^a) só se pode dizer estar-se diante de uma norma jurídica quando aquele a quem ela é dirigida está convencido da sua obrigatoriedade, ao passo que as normas não-jurídicas, “caracterizam-se por um menor sentido de dependência do sujeito passivo diante delas, por uma obrigação não-incondicionada, mas condicionada à livre escolha do fim. (p. 131)

Bobbio afirma que esses critérios não se excluem mutuamente, ao contrário se complementam. Todavia, afirma haver outro critério, sem o qual o panorama acerca da compreensão do direito a partir da norma jurídica estaria incompleto, trata-se do *critério da resposta à violação*, ou seja, a *sanção*¹⁶.

Nas palavras de Bobbio, uma norma prescreve o que *deve ser*. Todavia, nem sempre o que *deve ser* corresponde àquilo que efetivamente é. Se a ação praticada não corresponde à ação prescrita, diz-se que a norma foi violada, ou seja, praticou-se um ilícito.

Diz-se que a possibilidade de transgressão distingue uma norma de uma lei científica. O mesmo conceito pode ser expresso com outras

15 “O defeito da doutrina jusnaturalista é que as opiniões sobre o que se deve entender por ‘justiça’ são muito discordantes. Por ‘justiça’ entende-se, em geral, ‘igualdade’. Podemos dizer, então, que normas jurídicas são aquelas que tornam possível o estabelecimento de relações de igualdade entre os consociados? Mas ‘igualdade’ não é um termo um pouco vago? Igualdade *em relação* a quê? Na história do pensamento jurídico se conhecem ao menos quatro respostas para esta última pergunta: igualdade segundo o mérito, segundo a necessidade, segundo o trabalho, segundo a classe. Qual desses critérios é *justo*, ou seja, aquele que permite dizer se uma norma é jurídica para quem afirma que uma norma, para ser jurídica, também deve ser justa?” (p. 130)

16 Frise-se que o autor, em outra passagem do livro, fala da existência de normas jurídicas sem sanção, assim, se a sanção é uma característica essencial das normas jurídicas, poder-se-ia pensar que normas sem sanção não seriam jurídicas. Mas não é isso que Bobbio defende, noutra linha ele afirma que “quando falamos de um sanção organizada como elemento constitutivo do direito, referimo-nos não às normas singulares, mas ao *ordenamento normativo considerado no seu todo*, razão pela qual dizer que a sanção organizada distingue o ordenamento jurídico de qualquer outro tipo de ordenamento não implica que *todas* as normas desse sistema sejam sancionadas, mas apenas que *a maior parte* o seja.” (p. 147)

palavras, dizendo-se que a lei científica não permite exceções. Tanto a norma quanto a lei científica estabelecem uma relação entre uma condição e uma consequência. Se no segundo caso a consequência não se verifica, a lei científica deixa de ser verdadeira. Se, ao contrário, não se verifica no primeiro caso, a norma continua a ser válida. Uma lei científica não observada deixa de ser uma lei científica; uma norma ineficaz continua a ser uma norma válida do sistema. Essa diferença nos põe diante dos olhos um critério de distinção entre sistema científico e sistema normativo, que diz respeito à matéria desta seção. Em um sistema científico, caso os fatos contradigam uma lei, devemos nos orientar em direção à modificação da lei; em um sistema normativo, caso a ação que deveria ocorrer não corra, devemos nos orientar, ao contrário, a modificar a ação e a salvar a norma. No primeiro caso, o contraste é sanado agindo-se sobre a lei e, portanto, sobre o sistema; no segundo caso, agindo-se sobre a ação não-conforme e, portanto, procurando fazer de modo com que a ação não ocorra ou ao menos neutralizar suas consequências. A ação realizada sobre a conduta não-conforme para anulá-la ou ao menos para eliminar suas consequências danosas é exatamente aquilo que se chama de *sanção*. A sanção pode ser definida, a partir desse ponto de vista, como o expediente com que se busca, em um sistema normativo, salvaguardar a lei da erosão das ações contrárias; é, portanto, uma consequência do fato de que em um sistema normativo, diferentemente do que ocorre em um sistema científico, os princípios dominam os fatos, e não o contrário. Essa diferença, de resto, nos reconduz àquilo que tivemos ocasião de mencionar outras vezes, ou seja, que sistema científico e sistema normativo se diferenciam pelo critério diferente com base no qual se estabelece a pertinência das proposições ao sistema, valendo no primeiro caso o critério da verificação empírica e, no segundo, o princípio da autoridade. (p. 132-133)

Todavia, a sanção pode existir em qualquer sistema normativo, seja ele moral, social ou jurídico. Para que ela efetivamente caracterize o direito deve-se distingui-la das demais espécies de sanção.

No caso, afirma-se que sanção jurídica é *externa*, assim sendo, distingue-se da sanção moral que é interna ou interior (sentimento de culpa, estado de desconforto, de perturbação, angústia traduzida no sentimento de remorso ou arrependimento), bem como que é *institucionalizada*. Nesse segundo ponto, a sanção jurídica se distingue da sanção social, que muito embora também seja externa é *não institucionalizada*, já que, principalmente, desprovida da proporcionalidade que deve predominar entre a violação e

a resposta. Mas o que significa se externa e institucionalizada? É externa, pois consiste na resposta de um grupo, resposta social à ação praticada, e é institucionalizada pois: 1) para toda violação de uma regra primária é estabelecida uma sanção; 2) toda sanção estabelecida o é dentro de um certo limite; e 3) são estabelecidas as pessoas encarregadas de obter sua execução. Frise-se que esses três requisitos da institucionalização da sanção estão sempre presentes.

2.2 TEORIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Na segunda parte do seu livro, Bobbio inicia informando ao leitor que este curso (Teoria do ordenamento jurídico) é uma continuação do anterior (Teoria da norma jurídica) e que, juntos, formam a Teoria do direito complete, especialmente no seu aspecto formal.

Aduz que a necessidade de se estudar o ordenamento jurídico advém do fato de que a norma jurídica nunca está sozinha, mas sempre em um contexto de normas que se inter-relacionam, e formam o que se costuma chamar de ordenamento.

Nesse contexto Bobbio¹⁷ preleciona que “a teoria da instituição teve o grande mérito [...] de ressaltar que só se pode falar de direito quando existe um conjunto de normas formadoras de um ordenamento e que, portanto, o direito não é norma, mas um conjunto coordenado de normas; em suma, que uma norma jurídica nunca está sozinha, mas está ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo.” (p. 175)

Retomando o conceito de direito declinado na Teoria da norma jurídica, lembra que a norma foi determinada por meio da sanção e a sanção jurídica em face das suas duas características definidoras, a exterioridade e a institucionalização, daí surgindo a definição da norma jurídica como sendo aquela norma “cuja execução é garantida por uma sanção externa e institucionalizada.” (p. 181) Tomando por base essa definição, Bobbio afirma que ela é comprovação de que em um determinado ponto no estudo do direito o teórico se vê obrigado a deixar de lado a norma singularmente visualizada para analisar o ordenamento.

Se sanção jurídica é apenas a institucionalizada, é sinal de que, para haver direito, é preciso haver, em maior ou menor medida, uma organização, ou seja, um sistema normativo completo. Definir o direito por meio da

17 Esta citação é uma referência que faz o autor à teoria da instituição tratada por ele na primeira parte desta obra, Teoria da norma jurídica.

noção de sanção organizada significa procurar o caráter distintivo do direito não em um elemento da norma, mas em um conjunto orgânico de normas. Em outras palavras, poderíamos dizer que a pesquisa por nós realizada na *Teoria da norma jurídica* é uma confirmação do caminho obrigatório que o teórico geral do direito realiza da parte ao todo, ou seja, do fato de que, mesmo partindo da norma, chega-se, se se pretende entender o fenômeno do direito, ao ordenamento.

Para maior clareza, podemos também exprimir-nos do seguinte modo: *o que costumamos chamar de direito é um caráter de certos ordenamentos normativos mais que de certas normas*. Se aceitamos essa tese, o problema da definição do direito torna-se um problema de definição de um ordenamento normativo e da conseqüente distinção entre esse tipo de ordenamento normativo e um outro, não um problema de definição de um tipo de normas. (p. 181)

Em resumo, o entendimento que Bobbio externa na Teoria do ordenamento jurídico é o de que o termo *direito* indica um tipo de sistema normativo (ordenamento jurídico) e não um tipo de norma.

Assim, forçoso concluir que um ordenamento jurídico é composto por várias normas. Se é composto por várias normas, deve enfrentar dificuldades concernentes às relações entre essas diversas normas entre si. Nesse passo, o autor relaciona os principais problemas existentes em um ordenamento, a saber¹⁸:

1. O problema da unidade do ordenamento: principal discussão – HIERARQUIA DAS NORMAS.
2. O problema de se saber se o ordenamento constitui de fato um sistema: principal discussão – ANTINOMIAS JURÍDICAS.
3. O problema da completude do ordenamento: principal discussão – LACUNAS DO DIREITO.

Se verificará, a partir de agora, os principais pontos elencados por Bobbio em cada uma dessas discussões.

¹⁸ Bobbio elenca um quarto problema que seria o da relação entre os diversos ordenamentos entre si, todavia, este não será analisado no presente trabalho.

2.2.1 A UNIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Bobbio, com toda a autoridade que lhe é peculiar, afirma de modo definitivo que não se poderia falar em ordenamento jurídico se não se considerasse esse mesmo ordenamento como um todo unitário. Mas como se falar em unidade se há uma complexidade de normas postas no ordenamento regulando as mais diversas matérias, nos mais diversos níveis? Enxergando-se assim, o ordenamento não seria um ordenamento (pressupõe ordem, organização) mas um emaranhado de normas.

Para explicar a unidade do ordenamento, Bobbio se utiliza da teoria Kelseniana e expõe que as normas de um ordenamento não estão todas postas no mesmo plano. Significa dizer: há hierarquia entre as normas, existindo normas superiores e normas inferiores, que são derivadas, por sua vez, das superiores.

Partindo-se das normas inferiores e passando pelas normas superiores, chega-se, ao fim, a uma norma suprema, que independe de qualquer outra norma e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento: a norma fundamental.¹⁹

É essa norma fundamental que dá unidade a todas as outras normas; ou seja, faz das normas esparsas e de proveniência variada um conjunto unitário, que se pode chamar a justo título de “ordenamento”. A norma fundamental é o termo unificador das normas que compõem um ordenamento jurídico. Se uma norma fundamental, as normas de falamos até agora constituiriam um amontoado, não um ordenamento. Em outras palavras, por mais numerosas que sejam as fontes do direito em um ordenamento complexo, esse ordenamento constitui uma unidade pelo fato de que, direta ou indiretamente, com percursos mais ou menos tortuosos, todas as fontes do direito podem remontar a uma única norma. (p. 199-200)

Fazendo-se um retrocesso da norma mais simples a mais complexa, vê-se que da norma individual aplicada ao caso concreto pelo magistrado deriva da obrigação do magistrado de julgar as demandas que lhe são impostas, esta obrigação por sua vez tem fundamento na legislação que determinar caber ao Poder Judiciário dirimir os conflitos que lhes postos, essa legislação, no mesmo turno, deriva da Constituição que lhe confere a validade própria para que possa ser considerada uma norma

19 Ver capítulo 1, item 2.1 desta monografia.

jurídica. Nessa escala de regresso chega-se ao poder constituinte como o poder último. Acima dele, de modo que esse retrocesso não seja eterno, *pressupõe-se*²⁰ tão somente a existência da norma fundamental, a qual, nas palavras do autor, teria o seguinte conteúdo: “O poder constituinte é autorizado a emanar normas obrigatórias para toda a coletividade” ou: “A coletividade é obrigada a obedecer às normas emanadas do poder constituinte.” (p. 208)

2.2.2 O ORDENAMENTO COMO SISTEMA

Agora que vimos que o ordenamento jurídico é uno, já que na sua base há uma norma fundamental que lhe dá sustentabilidade, resta saber se essa unidade é sistemática.

Entendemos por “sistema” uma *totalidade ordenada*, ou seja, um conjunto de organismos, entre os quais existe uma certa ordem. Para que se possa falar de uma ordem, é preciso que os organismos constitutivos não estejam apenas em relação com o todo, mas estejam também em relação de compatibilidade entre si. Pois bem, quando nos perguntamos se um ordenamento jurídico constitui um sistema, perguntamo-nos se as normas que o compõem estão em relação de compatibilidade entre si e em que condições é possível essa relação. (p. 219)

Kelsen distingue dois tipos de sistema, o estático e o dinâmico, e Bobbio assim os explica:

20 “A essa altura alguém pode perguntar: ‘E a norma fundamental, em que se funda?’ Grande parte da hostilidade em se admitir a norma fundamental deriva da objeção que é formulada com essa pergunta. Dissemos várias vezes que a norma fundamental é um pressuposto do ordenamento: ela cumpre, num sistema normativo, a mesma função a que estão destinados os postulados num sistema científico. Os postulados são aquelas proposições primitivas de que se deduzem as outras, mas que por sua vez não são dedutíveis. Os postulados são postos ou por convenção ou por sua suposta evidência. Pode-se dizer o mesmo da norma fundamental: ela é uma convenção ou, se se preferir, um proposição evidente que é posta no vértice do sistema, para que todas as outras normas possam reconduzir-se a ela. À pergunta ‘em que ela se funda’, deve-se responder que ela não tem nenhum fundamento, pois, se o tivesse, deixaria de a norma fundamental, mas existiria uma outra norma superior da qual ela depende. Sejam como for, permaneceria sempre em aberto o problema do fundamento dessa nova norma: e esse problema só poderia ser resolvido remontando-se mais uma vez a outra norma ou aceitando-se a nova norma como postulada. Todo sistema tem um início. Questionar-se sobre o que existia antes desse início é um problema mal colocado. A única resposta que se pode dar aos que queiram saber qual é o fundamento do fundamento é que, para sabê-lo, é preciso sair do sistema. Sendo assim, no que diz respeito ao fundamento da norma fundamental, pode-se dizer que, se esse é um problema, não é mais um problema jurídico, mas um problema cuja solução deve ser buscada fora do sistema jurídico, ou seja, fora daquele sistema em que é postulada a norma fundamental.” (p. 211-212)

Sistema estático é aquele em que as normas estão ligadas umas às outras, como as proposições em um sistema dedutivo, ou seja, pelo fato de que se deduzem umas das outras partindo de uma ou mais normas originárias de caráter geral, que têm a mesma função dos postulados ou axiomas em um sistema científico. [...] Com outras palavras, pode-se dizer que num sistema desse tipo as normas estão ligadas entre si em relação ao seu *conteúdo*.

Sistema dinâmico, por sua vez, é aquele em que as normas que o compõem derivam umas das outras através de sucessivas delegações de poder, ou seja, não através do seu conteúdo, mas da *autoridade* que as estabeleceu: uma autoridade inferior deriva de uma autoridade superior, até se chegar à autoridade suprema, que não tem nenhuma outra autoridade acima de si. Pode-se dizer, em outras palavras, que a ligação entre as várias normas, nesse tipo normativo, não é material, mas *formal*. (p. 220)²¹

Bobbio, noutro turno, destaca três diferentes significados para a expressão sistema, o primeiro é aquele que diz que todas as normas de um sistema derivam de alguns princípios gerais (se aproxima muito do significado de sistema dedutivo). Tal concepção de sistema é própria do pensamento jusnaturalista moderno (escola racionalista).

O segundo significado do termo sistema tem origem na pandectística alemã e é própria da moderna ciência do direito. E o que significa sistema nessa concepção?

Nesse caso, o termo “sistema” é usado [...] para indicar um ordenamento da matéria, realizado com procedimento indutivo, ou seja, partindo do conteúdo das normas singulares com o objetivo de elaborar conceitos cada vez mais gerais, e classificações ou divisões de toda a matéria: a consequência dessas operações será o ordenamento do material jurídico, do mesmo modo que as laboriosas classificações do zoólogo dão um ordenamento ao reino animal. Na expressão “jurisprudência sistemática” usa-se a palavra “sistema” não no sentido das ciências dedutivas, mas no das ciências empíricas ou naturais, ou seja, como

21 “Feita essa distinção, Kelsen sustenta que os ordenamentos jurídicos são sistemas do segundo tipo, ou seja, são sistemas dinâmicos, Sistemas estáticos seriam, por sua vez, os ordenamentos morais. Surge aqui um outro critério para a distinção entre direito e moral. O ordenamento jurídico é um ordenamento em que a pertinência das normas é julgada com base num critério meramente formal, ou seja, independentemente do conteúdo; o ordenamento moral é aquele em que o critério de pertinência das normas ao sistema é fundado naquilo que a normas prescrevem (não na autoridade da qual derivam).” (p. 221)

ordenamento primitivo, do mesmo modo com que se fala de uma zoologia sistemática. O procedimento típico dessa forma de sistema não é a dedução, mas a classificação. Seu objetivo não é desenvolver de forma analítica, mediante regras preestabelecidas, alguns postulados iniciais, mas reunir os dados fornecidos pela experiência com base nas semelhanças para formular conceitos cada vez mais gerais até chegar àqueles conceitos generalíssimos que permitam unificar todo o material fornecido. (p. 226)

O terceiro significado de sistema jurídico é aquele que sustenta que não podem coexistir normas incompatíveis. “Nesse caso, ‘sistema’ equivale a validade do princípio que exclui a *incompatibilidade* das normas.” (p. 227) Frise-se, contudo, que a compatibilidade das normas não significa que tenham implicação uma na outra, ou que constituam um sistema normativo dedutivo, como no primeiro significado de sistema, antes explicado.

Portanto, não é correto falar, como frequentemente acontece, de *coerência* do ordenamento jurídico no seu todo: pode-se falar de exigência de coerência somente entre as partes singularmente consideradas desse ordenamento. Num sistema dedutivo, caso haja um contradição, todo o sistema desmorona. Num sistema jurídico, a admissão do princípio que exclui a incompatibilidade tem por consequência, em caso de incompatibilidade de duas normas, não o colapso de todo o sistema, mas apenas de uma das duas normas ou, no máximo, de ambas.

De resto, se o sistema jurídico, confrontado com um sistema dedutivo, é algo menor, confrontado com o sistema dinâmico, de que falamos na seção anterior, é algo maior: de fato, se admitirmos o princípio de compatibilidade, para considerar a pertinência de uma norma ao sistema, não bastará mais mostrar sua derivação de uma das fontes autorizadas, mas será necessário também mostrar que ela não é incompatível com outras normas. Nesse sentido, nem todas as normas produzidas pelas fontes autorizadas seriam normas válidas, mas apenas aquelas que fossem compatíveis, com as outras. Trata-se de ver, de resto, se esse princípio que exclui a incompatibilidade existe e qual é a sua função. (p. 227-228)

Seguindo a esteira do terceiro significado do termo sistema jurídico, temos que o direito não tolera as antinomias, ou seja, a coexistência de normas contrárias ou contraditórias entre si. Tais antinomias não de ser eliminadas pelo intérprete já que constituem um

defeito no ordenamento. Nesse sentido, há três regras fundamentais para a superação de antinomias: a) o critério cronológico (*lex posterior derogat priori*); b) o critério hierárquico (*lex superior derogat inferiori*); e c) o critério da especialidade (*lex specialis derogat generali*).

O primeiro critério privilegia as normas mais recentes em detrimento das anteriores. A vontade legislativa sucessiva ab-roga a que lhe precede. No segundo critério, privilegia-se a hierarquia normativa, ou seja, se houver alguma incompatibilidade entre uma norma de um escalão inferior e uma do escalão superior, esta última prevalecerá. Trata-se de um critério por demais lógico, já que a norma inferior retira a sua validade da norma que lhe é superior (sistema dinâmico de Kelsen). Já no terceiro e último critério prepondera a especialidade normativa em face da generalidade. Esta última visa um ideal de justiça, entendida como igual tratamento das pessoas que pertencem à mesma categoria. “A passagem da regra geral para a regra específica corresponde a um processo natural de diferenciação das categorias e a uma descoberta gradual, por parte do legislador, dessa diferenciação.” (p. 241)

As soluções possíveis para o intérprete, tendo em vista os critérios fundamentais acima postos, são eliminar²² uma das normas, eliminar ambas as normas, não eliminar nenhuma das normas.

O primeiro caso é o mais simples: verifica-se a antinomia, aplica-se o critério pertinente (cronológico, hierárquico ou o da especialidade) e aplica-se a norma que superar a outra no critério próprio para o caso concreto. O segundo já é um pouco mais difícil de visualizar e não ocorre simplesmente diante de uma contradição, mas, sim, diante de uma verdadeira *contrariedade* entre as normas. Por exemplo, uma norma que preveja uma obrigação e uma norma que preveja uma proibição, ambas de mesma hierarquia, cronologicamente contemporâneas e sem discrepar quanto ao critério da especialidade, ou seja, gerais uma em relação a outra. Trata-se de hipótese de eliminação recíproca ou de dupla ab-rogação. A terceira solução (conservação de ambas as normas incompatíveis), segundo Bobbio, talvez seja a que o intérprete recorra com maior frequência. Tenta-se eliminar a incompatibilidade, por meio de uma interpretação corretiva, ou como o Supremo Tribunal Federal (no caso brasileiro) convencionou chamar de interpretação conforme, nos casos de antinomias entre normas infraconstitucionais e a própria Constituição. No caso, não haverá a ab-rogação da norma, mas a ab-rogação do sentido

22 Por “eliminar” entenda-se: afastar sua aplicação ao caso concreto.

que gera a incompatibilidade. “É estrito dever do intérprete, antes de chegar à interpretação ab-rogante (à qual, num primeiro momento, estaria inclinado), tentar todas as vias, para que a norma jurídica tenha um sentido. Existe um direito à existência, que não pode ser absolutamente negado à norma, a partir do momento em que ela veio à luz.”²³ (p. 249)

Por fim, ainda quanto às antinomias, não se pode olvidar que há a possibilidade de haver conflito entre os próprios critérios fundamentais para solução das incompatibilidades normativas. São três as possibilidades:

1. Conflito entre o critério hierárquico e o critério cronológico: prevalece o critério hierárquico, caso contrário estar-se-ia admitindo que o legislador ordinário alterasse a Constituição ao seu bel prazer, o que retiraria em último grau o próprio sentido do texto constitucional.
2. Conflito entre o critério de especialidade e o critério cronológico: mais uma vez o critério cronológico cede espaço, ou seja, a lei geral posterior não derroga a lei especial anterior. Todavia, Bobbio frisa que essa regra não é tão forte (peremptória) quanto a primeira, digamos que a vitória da norma especial é mais difícil do que a da norma hierarquicamente superior, mas cronologicamente anterior.
3. Conflito entre o critério hierárquico e o critério da especialidade: neste caso não há uma regra segura para afirmar qual das duas normas prevalecerá. Sobre o tema, diz o autor:

Qual dos dois critérios deve ser aplicado? Uma resposta segura é impossível. Não existe uma regra geral consolidada. A solução dependerá também nesse caso, como no caso da ausência dos critérios, do intérprete, que irá aplicar ora um ora outro critério segundo as circunstâncias. A gravidade do conflito deriva do fato de que estão em jogo dois valores fundamentais de todo ordenamento jurídico, aquele do respeito à ordem, que exige o respeito à hierarquia e, portanto, ao critério da superioridade, e aquele da justiça, que requer a adaptação gradual do direito às necessidades sociais e, portanto o respeito ao critério da especialidade. Teoricamente, deveria prevalecer o critério hierárquico: caso se admitisse o princípio de que uma lei ordinária especial possa derrogar os princípios constitucionais,

²³ Passagem extraída da Teoria geral do direito, quando Bobbio cita F. MESSINEO, *Variazioni sul concetto dirinunzia Allá prescrizione*.

que são normas generalíssimas, os princípios fundamentais de um ordenamento jurídico estariam destinados a ser rapidamente esvaziados de todo conteúdo. Mas, na prática, a exigência de adaptar os princípios gerais de uma constituição às situações sempre novas leva muitas vezes a fazer com que triunfe a lei especial, ainda que ordinária, sobre a lei constitucional [...]. (p. 253)²⁴

Vê-se, portanto, que nesta última hipótese o caso concreto ditará qual das normas deverá prevalecer, podendo ser, em determinadas ocasiões, o critério da hierarquia, quando a norma criada, embora especial, afronte de modo peremptório o texto Constitucional, as cláusulas pétreas por exemplo, ou, em outras ocasiões, o critério da especialidade. Neste último caso, a norma inferior não excluirá do ordenamento a norma hierarquicamente superior, mas amoldará a interpretação que dela se extrai para conferir à norma especial inferior validade/constitucionalidade.

2.2.3 A COMPLETUDE DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Compleitude significa a propriedade que os ordenamentos jurídicos detêm de conter uma norma para cada regular cada caso. Considerando que a ausência de uma norma é considerada uma “lacuna”, pode-se dizer que a completude é a ausência de lacunas no ordenamento jurídico. Bobbio nos dá uma definição mais técnica da completude afirmando que: “um ordenamento é completo quando nunca se verifica o caso de que nele não se possam demonstrar a pertinência *nem* de uma determinada norma *nem* da norma contraditória. Se quisermos especificar, a incompletude consiste no fato de que o sistema não compreende nem a norma que proíbe um determinado comportamento nem a norma que o permite.” (p. 259)

A partir dessa definição técnica de completude, compreende-se melhor qual é o nexos entre o problema da completude e o da coerência, examinado no capítulo anterior. De fato, podemos definir a coerência como aquela propriedade pela qual nunca se verifica o caso de que se possa demonstrar a pertinência ao sistema *e* de uma determinada norma *e* da norma contraditória. Como vimos, estamos diante de uma antinomia quando percebemos que pertencem ao mesmo tempo ao sistema tanto a norma que proíbe um determinado comportamento quanto aquela que o permite. Sendo assim, o nexos entre coerência e completude está no seguinte: a coerência significa

24 Registre-se que este comentário leva em conta a experiência Italiana e não pode ser generalizada.

exclusão de toda situação em que pertençam ao sistema ambas as normas que se contradizem; a completude significa exclusão de toda situação em que não pertençam ao sistema nenhuma das duas normas que se contradizem. Diremos que é “incoerente” um sistema em que existem tanto a norma que proíbe um determinado comportamento quanto aquela que o permite; “incompleto”, um sistema em que não existem nem a norma que proíbe um determinado comportamento nem aquela que o permite. (p. 260)

Bobbio afirma que diferentemente do dogma da coerência, que visa a exclusão das antinomias do sistema jurídico²⁵, a completude é uma condição necessária ao bom funcionamento do sistema jurídico. Essa afirmação se sobreleva de conteúdo nos ordenamentos que prevêem a obrigação do magistrado em decidir todas as controvérsias que lhe são apresentadas com bases nas normas pertencentes ao sistema²⁶.

Neste particular, importante citar trecho da obra Teoria pura do direito, de Kelsen, no ponto em que o referido autor trata das lacunas. Embora não se tenha tratado do tema de modo específico no Capítulo 1 desta monografia, roga-se *venia* para fazê-lo nesta oportunidade:

O que importa na apreciação da teoria das lacunas é determinar as circunstâncias nas quais, segundo esta teoria, se apresenta uma “lacuna” no Direito. Segundo esta teoria, o Direito vigente não é aplicável num caso concreto quando nenhuma norma jurídica geral se refere a este caso. Por isso, o tribunal que tem de decidir o caso precisa colmatar esta lacuna pela criação de uma correspondente norma jurídica. O essencial desta argumentação reside em que a aplicação do Direito vigente, como conclusão do geral para o particular, não é possível neste caso, pois falta a premissa necessária, a norma geral.

25 Visa a exclusão das antinomias, mas a existência de antinomias não faz ruir o sistema. O ordenamento jurídico consegue conviver com normas a priori incompatíveis sem se extinguir. Como dito, há técnicas interpretativas que visam preservar normas contraditórias sob uma determinada ótica, mas coerentes sobre outro ponto de vista. Um exemplo claro disso é a técnica da interpretação conforme a Constituição.

26 Esse é exatamente o caso do Brasil, que no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e nos artigos 126 e 127 do Código de Processo Civil dispõem:
“Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”
“Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.”
“Art. 127. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.”

Esta teoria é errônea, pois funda-se na ignorância do fato de que, quando a ordem jurídica não estatui qualquer dever de um indivíduo de realizar determinada conduta, permite esta conduta. A aplicação da ordem jurídica vigente não é, no caso em que a teoria tradicional admite a existência de uma lacuna, logicamente impossível. Na verdade, não é possível, neste caso, a aplicação de uma norma jurídica singular. Mas é possível a aplicação da ordem jurídica – e isso também é aplicação do Direito. A aplicação do Direito não está logicamente excluída. E, efetivamente, não se costuma de forma alguma presumir a existência de uma “lacuna” em todos os casos nos quais o dever do demandado ou acusado afirmado pelo demandante ou acusador não é estipulado por qualquer norma do Direito vigente. Vistas as coisas mais de perto, verifica-se que a existência de uma “lacuna” só é presumida quando a ausência de uma tal norma jurídica é considerada pelo órgão aplicador do Direito como indesejável do ponto de vista da política jurídica e, por isso, a aplicação – logicamente possível – do Direito vigente é afastada por esta razão político-jurídica, por ser considerada pelo órgão aplicador do Direito como não equitativa ou desacertada. (p. 273-274)

O dogma da completude do ordenamento também foi bastante criticado pela *escola do direito livre*, que tem como um dos seus principais representantes Eugen Ehrlich²⁷, fruto da “revolta contra o monopólio estatista do direito” (p. 266). Um dos principais pontos do combate travado traduz-se na seguinte frase: “Se se quer atingir o fetichismo legislativo dos juristas, é preciso antes de tudo desfazer a crença de que o direito estatal seja completo” (p. 266).

Diferentemente de Kelsen, para quem não há lacunas no direito (sob uma ótica eminentemente jurídica, pois sob uma perspectiva política e social pode sim haver tais lacunas), os defensores da escola do direito livre defendiam que o direito estava repleto de lacunas que deveriam ser preenchidas principalmente pelo poder criativo do juiz: a jurisprudência criativa, o juiz como legislador positivo... Esse tema ainda hoje provoca acaloradas discussões.

De arremate, é de se finalizar dizendo para a escola do direito livre o dogma da completude do ordenamento significava uma “inútil e perigosa resistência à adequação do direito às exigências sociais.” (p. 270)

27 Jurista alemão que escreveu um livro dedicado ao estudo e à crítica da mentalidade tradicional do direito: *A lógica dos juristas* (Die juristische Logik, Tübingen, 1925)

Observe-se, noutra vertente, que o que restou consignado na nota de rodapé nº 26, sob o nosso particular ponto de vista, não significa que o direito brasileiro tenha a pretensão de ser completo, absolutamente. Não existindo uma norma específica sob determinado tema posto ao exame do judiciário, este, pelo fato de não poder eximir-se de decidir alegando a inexistência de uma norma, deverá integrar o direito tendo em vista o sistema jurídico em que está inserido. Para isso se presta a técnica integrativa da analogia, bem como para nortear os passos do aplicador da norma está prevista a utilização dos costumes e dos princípios gerais de direito.

Vista essa afirmação sob uma ótica eminentemente positivista, pode-se concluir que ciente da impossibilidade legislativa de se abarcar todas as condutas sociais que precisam ou precisarão ser disciplinadas, o direito confere ao magistrado uma válvula de escape de modo a fechar coerentemente o sistema. Isto pode ser visto como uma tentativa de conferir ao sistema jurídico a completude que se deseja. Por outro lado, essa válvula de escape não rechaça peremptoriamente o anseio da escola do direito livre, já que permite ao juiz da causa “criar” direito novo utilizando-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito (e até mesmo da equidade, nos casos previstos em lei²⁸).

3 DA NÃO RECEPÇÃO DA LEI DE IMPRENSA PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL DE 1988²⁹

3.1 CABIMENTO DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - ADPF

De início cumpre registrar que a Lei 5.250 (Lei de Imprensa) data 09 de fevereiro de 1967, portanto instituída sob a égide da Constituição de 1946, mas já sob a batuta do Regime Militar de 1964³⁰. Deste modo, o remédio Constitucional apto a verificar sua recepção pela nova ordem constitucional instituída pela Constituição de 1988 é a ADPF que, a teor do inciso I do art. 1º da Lei 9.882/99 é a ação

28 No Brasil pode-se citar como exemplo clássico a Lei nº 9.099/95, que em seu artigo 6º dispõe: “O juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum.”

29 Análise do voto do Ministro Carlos Brito na ADPF 130 – questionava a não recepção da Lei 5.250/67 (Lei de Imprensa) pela CF/88.

30 A Constituição de 1967 muito embora seja datada de 24 de janeiro de 1967, só entrou em vigor em 15 de março de 1967, a teor do que dispunha o seu art. 189, posteriormente, assim, à Lei de Imprensa.

adequada a ser proposta quando houver controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Ademais, consoante a dicção do art. 4º, §1º do mesmo diploma legal, possui caráter subsidiário em relação às demais ações constitucionais de caráter objetivos (Ação Direita de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão), já que nenhuma delas é apta a analisar a constitucionalidade de diplomas legais pré-constitucionais, confirmando-se, assim, seu correto manejo no caso vertente: “Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.”

3.2 REGIME CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE IMPRENSA

O Capítulo V do Título VIII da CF/88 foi inteiramente destinado à imprensa, tendo sido tabulado com a seguinte designação: “Da Comunicação Social”. O que significa que:

[...] a modalidade de comunicação que a imprensa exprime não se dirige a essa ou aquela determinada pessoa, nem mesmo a esse ou aquele particularizado grupo, *mas ao público em geral. Ao maior número possível de pessoas humanas.* Com o que a imprensa passa a se revestir da característica central de *instância de comunicação de massa*, de sorte a poder influenciar cada pessoa de *per se* e até mesmo formar o que se convencionou chamar *de opinião pública*. (p. 11-12 do voto)

É função da imprensa, portanto, controlar e revelar as coisas que dizem respeito à vida do Estado e da própria sociedade, como uma alternativa à explicação/versão oficial/Estatal dos fatos, visando gerar um espaço do pensamento crítico no meio social³¹. Nesta linha de raciocínio declina o relator:

31 “O pensamento crítico é parte integrante da informação plena e fidedigna. O possível conteúdo socialmente útil da obra compensa eventuais excessos de estilo e da própria verve do autor. O exercício concreto da liberdade de imprensa assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero ou contundente, especialmente contra as autoridades e os agentes do Estado. A crítica jornalística, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura, mesmo que legislativa ou judicialmente tentada. O próprio das atividades de imprensa é operar como formadora de opinião pública, espaço natural do pensamento crítico e ‘real alternativa à versão oficial dos fatos’ (Deputado Federal Miro Teixeira).” (p. 07 de ementa)

24. Pois, bem, assim binariamente concebida e praticada entre nós é que a imprensa possibilita, por modo crítico incomparável, *a revelação e o controle de praticamente todas as coisas respeitantes à vida do Estado e da sociedade*. Coisas que, por força dessa invencível parceria com o tempo, a ciência e a tecnologia, se projetam em patamar verdadeiramente global. Com o mérito adicional de se constituir, ela, imprensa, num necessário contraponto à leitura oficial dos fatos e suas circunstâncias, eventos, condutas e tudo o mais que lhes sirva de real motivação. Quero dizer: *a imprensa como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade*, conforme realçado pelo jurista, deputado federal e jornalista Miro Teixeira, um dos subscritores da presente ADPF. O que já significa visualizar a imprensa como *garantindo espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência*. Pensamento crítico ou racionalmente exposto, com toda sua potencialidade emancipatória de mentes e espíritos. Não aquele pensamento sectariamente urdido, ou então superficialmente engendrado, quando não *maquinadamente* elaborado para distorcer fatos e biografias. Sendo de toda relevância anotar que, *a título de reforço à manutenção dessa verdadeira relação de inerência entre o pensamento crítico e a imprensa livre*, a própria Constituição impõe aos órgãos e empresas de comunicação social a seguinte interdição: “Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio” (§5º do art. 220). Norma constitucional de concretização de um pluralismo finalmente compreendido como fundamento das sociedades autenticamente democráticas; isto é, *o pluralismo como a virtude democrática da respeitosa convivência dos contrários* [...]. (p. 16-17 do corpo do voto)

Neste sentido, entende o Ministro relator que as normas veiculadas nesse capítulo externalizam a mais pura e ampla LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA ou LIBERDADE DE IMPRENSA, as quais afastam qualquer ordem de censura prévia.

Tal entendimento, como não poderia deixar de ser, é extraído da dicção do art. 220, Constituição de 1988, que assim assevera: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo *não sofrerão qualquer restrição*, observado o disposto nesta Constituição”. (grifo nosso)

Observa-se pela normatização inerente ao texto constitucional que não haverá qualquer restrição, seja prévia ou posterior, à manifestação do pensamento, da criação, expressão e informação. Diz mais, essa liberdade pode ser exercida sob qualquer forma ou veículo.

Todavia, a própria Constituição põe um freio a essa plena e irrestrita liberdade. Tal está consignado na parte final do referido dispositivo sob a oração “observado o disposto nesta Constituição”.

É de se frisar, contudo, que essa expressão, “observado o disposto nesta Constituição”, traduz tão somente a incidência de dispositivos tutelares de outros bens de personalidade, como conseqüência ou responsabilização do uso pleno da liberdade de informação jornalística. Diz-se “outros bens de personalidade”, pois o Ministro Carlos Ayres Britto qualifica a livre manifestação do pensamento e o direito à informação e à expressão artística, científica, intelectual e comunicacional como uma manifestação direta da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88) e, portanto, como bens da personalidade, os quais são qualificados como “sobredireitos”.

Por fim, deve-se registrar que o Ministro relator traz à baila discussão muito atual e de relevante interesse social: a utilização da INTERNET como veículo jornalístico. Crê-se que há uma certa contraditoriedade entre o que restou consignado no corpo do voto do Ministro Carlos Britto e o que consta da ementa do julgado, razão pela qual transcrever-se-á, na parte em que interessa, trechos de ambos:

Do corpo do voto

23. Numa frase, estamos a lidar com atividades e meios ou empresas de comunicação social que, no seu conjunto, encerram o estratégico setor da imprensa livre em nosso País. Ficando de fora do conceito de imprensa, contudo, por absoluta falta de previsão constitucional, a chamada “Rede Mundial de Computadores – INTERNET”. Artefato ou empreitada tecnológica de grandes e sedutoras possibilidades informativas e de relações interpessoais, sem dúvida, dentre elas a interação *em tempo real* dos seus usuários; ou seja, emissoras e destinatários da comunicação *internetizada* a dispor da possibilidade de inverter as suas posições a todo instante. O fisicamente presencial a cada vez mais ceder espaço ao *telepresencial* (viagem que vai do concreto ao virtual), porém, ainda assim, constitutivo de relações sem a menor referência constitucional. *O que se explica em função da data de*

promulgação da Carta Política brasileira (5 de outubro de 1988), quando os computadores ainda não operavam sob o tão refinado quanto espantoso sistema eletrônico-digital de intercomunicação que veio, com o tempo, a se chamar de “rede”. (grifos nossos) (p. 15-16 do voto)

Da ementa

Silenciando a Constituição quanto ao regime da *internet* (rede mundial de computadores), não há como se lhe recusar a qualificação de território virtual livremente veiculador de idéias e opiniões, debates, notícias *e tudo o mais que signifique plenitude de comunicação*. (grifos nossos) (p. 04 da ementa)

Extraí-se da leitura do corpo do voto que a internet, embora seja um espaço veiculador de idéias, informações e notícias, inclusive em tempo real, não seria uma expressão da atividade jornalística, imprensa, portanto, ante o silêncio da Constituição, muito embora consigne o fato de que tal expressa previsão não era possível, em razão da data de promulgação da Carta Política brasileira.

Já o texto da ementa transmite outra sensação aos que a lêem, pois assevera que, ainda que silenciando a Constituição quanto à internet, não se lhe pode recusar a qualificação de território livre de veiculação de idéias, opiniões, debates e notícias e tudo o mais que signifique plenitude de comunicação. Ou seja, a internet poderia, sim, ser considerada como parte do conceito de imprensa.

Somos da opinião de que a ementa do acórdão traduz mais claramente a idéia que se tentou externar no corpo do voto e que, de certo modo, ficou incompleta ou confusa. Afirma-se isto pelo próprio raciocínio que o relator vem traçando durante todo o seu arrazoado, bem como por uma razão bastante simples que restou, inclusive, expressa no voto ora analisado, o fato de que a rede mundial de computadores só veio a ganhar força posteriormente à promulgação da Constituição de 1988, razão pela qual impossível ao Constituinte originário prever expressamente no texto constitucional a internet como veículo jornalístico. Entretanto, prudentemente, esse mesmo Constituinte não engessou o texto constitucional, já que o art. 220, *caput*³², acima transcrito contém a expressão “qualquer veículo”, que permite ao intérprete colmatar o texto

32 “Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, *sob qualquer* forma, processo ou *veículo* não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.”

constitucional às alterações tecnológicas e sociais futuras, preservando, deste modo, a integridade da idéia veiculada pela norma.

Por óbvio não se vai tachar de imprensa ou informação jornalística todas as informações livremente postadas na internet (sítios de relacionamento, *blogs* particulares, *e-mails* etc.), contudo, não se pode fechar os olhos à aberta utilização da internet por empresas jornalísticas com notoriedade no mercado da comunicação e informação, bem como outras que se especializaram nessa nova modalidade jornalística, virtual.

3.3 MECANISMO CONSTITUCIONAL DE CALIBRAÇÃO DE PRINCÍPIOS E A RELAÇÃO ENTRE A LIBERDADE DE IMPRENSA E A DEMOCRACIA

Ao se ter contato com a norma inserta no art. 220 da Constituição acima transcrito, percebe-se de logo a força e a peremptoriedade de suas prescrições. Dispõe a norma acerca da impossibilidade restrição aos direitos da personalidade subsumidos na manifestação do pensamento, na criação, expressão e informação, externados sob qualquer forma, processo ou veículo. Só depois de fixados os amplos direitos é que o dispositivo informa acerca das possibilidades de temperamentos a essa plena liberdade com a oração: “observado o disposto nesta Constituição”.

E onde estariam as limitações constitucionais ao direito de imprensa? Justamente no §1º do próprio art. 220:

Art. 220 *omissis*

§1º. Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

Referido dispositivo em sua primeira parte corrobora com a regra do *caput* e reafirma a liberdade de imprensa adjetivando-a de *plena* e dizendo que nenhuma lei conterà dispositivo que possa embaraçá-la, para ao final consignar os temperamentos constitucionais: “observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”.

O art. 5º da CF/88, por sua vez, traz o rol dos direitos fundamentais do nosso ordenamento, dentre os quais alguns que não poderiam ser violados nem mesmo pela plena liberdade de informação jornalística, abaixo listados:

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:

IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

Sob essa perspectiva o relator assevera:

Os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como *sobredireitos*. Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua exclusão, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras. A expressão constitucional “*observado o disposto nesta Constituição*” (parte final do art. 220) traduz a incidência dos dispositivos tutelares de outros bens de personalidade, é certo, mas como consequência ou responsabilização pelo desfrute da “*plena liberdade de informação jornalística*” (§1º do mesmo art. 220 da Constituição Federal). (p. 04 da ementa)

E prossegue o relator:

Noutros termos, primeiramente, assegura-se o gozo dos *sobredireitos* de personalidade em que se traduz a “livre” e “plena” manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que

se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana. Determinação constitucional de momentânea paralisia à inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, porquanto a cabeça do art. 220 da Constituição veda qualquer cerceio ou restrição à concreta manifestação do pensamento (vedado o anonimato), bem assim todo cerceio ou restrição que tenha por objeto a criação, a expressão e a informação, seja qual for a forma, o processo, ou o veículo de comunicação social. Com o que a Lei Fundamental do Brasil veicula o mais democrático e civilizado regime da livre e plena circulação das idéias e opiniões, assim como das notícias e informações, mas sem deixar de prescrever o direito de resposta e todo um regime de responsabilidades civis, penais e administrativas. Direito de resposta e responsabilidades que, mesmo atuando *a posteriori*, infletem sobre as causas para inibir abusos no desfrute da plenitude de liberdade de imprensa. (p. 04 da ementa)

Vê-se, portanto, que a chamada calibração de princípios, oriunda de um conflito aparente de normas constitucionais, se dá garantindo-se em primeiro lugar a plena liberdade de imprensa. Caso haja violação à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas serão aplicados mecanismos de repressão contra essas más práticas, tal qual consignado, especialmente, nos incisos V e X do art. 5º acima transcrito³³.

Noutra esteira, não se pode olvidar da íntima relação existente entre a liberdade³⁴ de imprensa e a democracia: *liberdade de imprensa como corolário dos ideais democráticos*.

33 “55. Outra não podia ser a escolha da nossa Lei Maior, em termos operacionais, pois sem essa absoluta primazia do que temos chamado de *sobredireitos* fundamentais *sobejariam falsas desculpas, sofismas, alegações meramente retóricas para, a todo instante, crucificá-los no madeiro da mais virulenta reação por parte dos espíritos renitentemente autoritários, antiéticos, ou obscurantistas, quando não concomitantemente autoritários, antiéticos e obscurantistas*. Inimigos figadais, por consequência, da democracia e da imprensa livre. Do que aflora a nítida compreensão de que os bens jurídicos em confronto são daqueles que, em parte, se caracterizam por uma recíproca excludência no tempo. A opção que se apresentou ao Poder Constituinte de 1987/1988 foi do tipo radical, no sentido de que não era possível, no tema, *servir ao mesmo tempo a dois senhores*. Onde a precedência que se conferiu ao pensamento e à expressão, resolvendo-se tudo o mais em direito de resposta, ações de indenização e desencadeamento da chamada *persecutio criminis*, quando for o caso.” (p. 46-47 do corpo do voto)

34 “27. Mas a decisiva questão é comprovar que o nosso Magno Texto Federal levou o tema da liberdade de imprensa na devida conta. *Deu a ela, roupagem formal na medida exata da respectiva substância*. Pois é definitiva lição da História que, em matéria de imprensa, não há espaço para o meio-termo ou a contemporização. *Ou ela é inteiramente livre, ou dela já não se pode cogitar senão como jogo de aparência jurídica*. É a trajetória humana, é a vida, são os fatos, o pensamento e as obras dos mais acreditados

Segundo palavras do Ministro relator, “A plena liberdade de imprensa é um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloqüente atestado de evolução político-cultural de todo um povo.” (p. 06 da ementa)

Neste sentido a Imprensa passa manter com a democracia uma relação de *retroalimentação*, pois é a possibilidade de expressão de idéias, pensamentos e informação de modo livre e desvinculado que concretiza os ideais democráticos em uma sociedade plural. Desse modo quando mais livre e pleno for o exercício da atividade jornalística, mais enraizado estará o sentimento democrático de um povo, de um Estado. Do mesmo modo, quanto mais enraizado estiver o sentimento democrático de um povo, de um estado, mais e livre e pleno será o exercício da atividade jornalística.

Essa natural complementaridade entre os ideais democráticos e a liberdade de imprensa também é reflexo do pluralismo que a nossa Constituição prestigia (preâmbulo e art. 1º, V). Pluralismo esse que não pode permitir seja a imprensa expressão de oligopólios ou monopólios, sob pena de não ser democrática.

Neste sentido, como já mencionado no item 3.2, preceitua o art. 220, § 5º³⁵, que “Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objetos de monopólio ou oligopólio.”

Conclui-se, destarte, que de fato neste campo há um sistema de princípios e normas constitucionais que convergem para uma complementação mútua. Neste sentido, a sustentação deste sistema depende primordialmente da harmonia/equilíbrio constante do tripé: liberdade de imprensa, ideais democráticos e pluralismo.

formadores de opinião que retratam sob todas as cores, luzes e contornos que imprensa apenas *meio livre* é um tão arremedo de imprensa como a própria meia verdade das coisas o é para a explicação cabal dos fenômenos, seres, condutas, idéias. Sobretudo idéias, cuja livre circulação no mundo é tão necessária quanto o desembaraçado fluir do sangue pelas nossas veias e o desobstruído percurso do ar pelos nossos pulmões e vias aéreas. O que tem levado interlocutores sociais de peso – diga-se de passagem – a se posicionar contra a exigência de diploma de nível superior para quem se disponha a escrever e falar com habitualidade pelos órgãos de imprensa.

28. Se é assim, não há opção diferente daquela que seguramente fez o nosso Magno Texto Republicano: consagrar plenitude de uma liberdade tão intrinsecamente luminosa que sempre compensa, de muito, de sobejo, inumeravelmente, *as quedas de voltagem* que lhe infligem profissionais e organizações aferrados a práticas de um tempo que estrebucha, porque já deu o que tinha de dar de voluntarismo, chantagem, birra, perseguição. *Esparsas nuvens escuras a se esgueirar, intrusas, por um céu que somente se compraz em hospedar o sol a pino.* Exceção feita, já o vimos, a eventuais períodos de estado de sítio, mas ainda assim ‘na forma da lei’. Não da vontade caprichosa ou arbitrária dos órgãos e autoridades situados na cúpula do Poder Executivo, ou mesmo do Poder Judiciário.” (p. 20-21 do corpo do voto)

35 Ver Capítulo 3, item 3.2, citação p. 39.

3.4 O NÚCLEO DURO DA LIBERDADE DE IMPRENSA E A INTERDIÇÃO PARCIAL DO PODER DE LEGISLAR E A AUTORREGULAÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE JORNALÍSTICA

Com a expressão NÚCLEO DURO (extraída do item 8º da ementa) o relator quis externar o ponto intangível, a pedra de toque, de toda a discussão que se travou no julgamento da ADPF 130: a atividade jornalista, de imprensa, além de LIVRE é PLENA. Significa dizer que tal atividade é imune a qualquer espécie de censura prévia. A *plena liberdade*, portanto, é da *essência* mesma do jornalismo. Tal tema já foi tratado nos tópicos anteriores, todavia, sem tal qualificação (núcleo duro), de sorte que já se tem a noção de que em primeiro lugar vem o exercício plenamente livre dos veículos de imprensa, para só então, verificado algum tipo de excesso, serem aplicadas as reprimendas constitucionalmente previstas.

Há, contudo, uma exceção à intangibilidade da liberdade plena, contudo tal hipótese encontra-se prevista constitucionalmente e, portanto, caminha lado a lado com o art. 220 do texto da nossa Lei Fundamental, que na sua parte final consigna a fórmula de resguardo normativo: “*observado o disposto nesta Constituição*”. Assim, a atividade de imprensa é plena e livre, observado o disposto nesta Constituição que poderá prever, em face de situações que ameacem a manutenção do Estado Democrático de Direito, exceções a essa regra.

Esse é justamente o caso do art. 139 do texto constitucional que prevê o Estado de Sítio, *verbis*:

Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no artigo 137, I³⁶, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:

- I – obrigação de permanência em localidade determinada;
- II – detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns;

36 “Art. 137. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de: I – comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa.”

III – restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei;

IV – suspensão da liberdade de reunião;

V – busca e apreensão em domicílio;

VI – intervenção nas empresas de serviços públicos;

VII – requisição de bens.

Parágrafo único. *Não se inclui nas restrições do inciso III a difusão de pronunciamentos de parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas, desde que liberada pela respectiva Mesa.* (grifos nossos)

Excluindo-se unicamente as exceções previstas na própria CF/88 (Estado de sítio – art. 139, III, acima mencionado, que necessita de lei que o regulamente), o Poder Público somente pode dispor sobre matérias *reflexamente* de imprensa, respeitado sempre o seu núcleo duro, significa dizer: quem quer que seja tem o direito de dizer o que quer que seja. Assim, as matérias reflexamente de imprensa que podem ser conformadas legislativamente são as indicadas na própria Constituição, por força do § 1º do art. 220, a saber³⁷:

direito de resposta e indenização, proporcionais ao agravo; proteção ao sigilo da fonte ('quando necessário ao exercício profissional'); responsabilidade por calúnia, injúria e difamação; diversões e espetáculos públicos; estabelecimento dos 'meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente' (inciso II do §3º do art. 220 da CF); independência e proteção remuneratória dos profissionais de imprensa como elementos de sua própria qualificação técnica (inciso XIII do art. 5º); participação do capital estrangeiro nas empresas de comunicação social (§4º do art. 222 da CF); composição e funcionamento do Conselho de Comunicação Social (art. 224 da Constituição).³⁸

37 Conforme enumerado pelo relator nas páginas 08 e 09 da ementa.

38 "Regulações estatais que, sobretudo incidindo no plano das conseqüências ou responsabilizações, repercutem sobre as causas de ofensas pessoais para inibir o cometimento dos abusos de imprensa.

Ademais, não há que se falar em censura prévia, pois, como afirma o relator, devemos nos lembrar que a maturidade democrática de um povo tende, com o passar do tempo, a selecionar a imprensa séria, responsável, e a afastar os tablóides sensacionalistas, ofensivos e irresponsáveis.

29. O que se tem como expressão da realidade, portanto, é, de uma banda, um corpo social progressivamente esclarecido por uma imprensa livre e, ela mesma, plural [...]. Corpo social também progressivamente robustecido nos seus padrões de exigência enquanto destinatário e conseqüentemente parte das relações de imprensa. De outra banda, uma imprensa que faz de sua liberdade de atuação um necessário compromisso com a responsabilidade quanto à completude e fidedignidade das informações comunicadas ao público. *Do que decorrer a permanente conciliação entre liberdade e responsabilidade*, até porque, sob o prisma do conjunto da sociedade, quanto mais se afirma a igualdade como característica central de um povo, *mais a liberdade ganha o tônus de responsabilidade*. É que os iguais dispõem de reais condições de reagir ativamente às injustiças, desafios e provocações do cotidiano, de modo a refrear os excessos ou abusos, partam de onde partirem, venham de quem vierem. Donde o “Jornal da ABI” (Associação Brasileira de Imprensa), comentar que até mesmo os escandalosos tablóides ingleses, premidos pela perda de leitores, não raras vezes mudam sua linha sensacionalista de orientação; “Porque do regime da plena liberdade surge a responsabilidade, e o cidadão passa a não comprar porcaria” [...].

30. Este o ponto nuclear da questão, à face de um alógica especificamente referida à interação da imprensa livre com um público-alvo cada vez mais em condições de se posicionar à moda de *filtro* ou *peineira* do que lhe chega como informação ou como conhecimento pronto e acabado. *Lógica encampada pela nossa Constituição de 1988*, e prescientemente captada pelo inglês William Pitt (1759/1806), para quem “à imprensa deve tocar o encargo de se corrigir a si própria”; pelo norte-americano Thomas Jefferson (1743/1826), autor da afirmação de que, se lhe fosse dado escolher

Peculiar fórmula constitucional de proteção de interesses privados em face de eventuais descomedimentos da imprensa (justa preocupação do Ministro Gilmar Mendes), mas sem prejuízo da ordem de precedência a esta conferida, segundo a lógica elementar de que não é pelo temor do abuso que se vai coibir o uso. Ou, nas palavras do Ministro Celso de Mello, ‘a censura governamental, emanada de qualquer um dos três Poderes, é a expressão odiosa da face autoritária do poder público.’” (p. 09 da ementa)

entre um governo sem jornais e jornais sem um governo, não hesitaria em optar por esta última fórmula, e pelo francês Alexis de Tocqueville (1805/1859), ao sentenciar que, numa democracia, o modo mais eficaz de se combater os excessos de liberdade é com mais liberdade ainda. A imprensa, então, cabalmente imunizada contra o veneno da censura prévia, como lúcida e corajosamente pregou o poeta John Milton, em 1644, no seu famoso discurso “A Aeropagítica” [..]. A imprensa livre a viabilizar, assim, o ideal daqueles que, à semelhança de Gluksman, vêem a liberdade como um rio impetuoso cujo único anseio é não ter margens. Não ter margens fixas – penso que seria melhor dizer –, *pois a autorregulação da imprensa nunca deixa de ser um permanente ajuste de limites em sintonia com o sentir-pensar de uma sociedade civil de que ela, imprensa, é simultaneamente porta-voz e caixa de ressonância*. Não só porta-voz, não só caixa de ressonância, mas as duas coisas ao mesmo tempo. (p. 21-23 do corpo do voto)

A autorregulação, pois, é fruto de uma evolução natural e de uma adaptação constante entre o exercício da atividade jornalística e a capacidade crítica do seu destinatário, conformada pela lei de mercado que é regulada pela oferta e pela procura: oferta de informações sérias e fidedignas e procura de uma alternativa (opção) imparcial e confiável acerca da “versão” oficial das informações.

3.5 NÃO RECEPÇÃO EM BLOCO DA LEI 5.250/67 PELA CF/88

Por derradeiro, após um longo arrazoado, que se tentou condensar nas seções pretéritas, o Ministro relator chega à conclusão de que a Lei 5.250/67 não foi recepcionada, em nenhum ponto, pela nova ordem constitucional instituída em 1988.

Primeiramente, desenvolve um raciocínio de adequação das normas constitucionais acerca do tema a necessidade/possibilidade de uma regulamentação posterior (por meio de lei) exauriente, ou com feição estatutária. Diz o relator:

58. Fácil demonstrar o acerto deste novo juízo. Primeiramente, sinta-se que as comentadas referências constitucionais à lei (e, por implicitude, à função executiva do Estado) é para interditá-la quanto àquilo que verdadeiramente interessa: *dispor sobre as coordenadas de tempo e de conteúdo das liberdades de pensamento e de expressão em seu mais abrangente sentido* (“liberdade de

informação jornalística” ou matéria essencialmente de imprensa, vimos dizendo). É afirmar: para a nossa Constituição, o concreto uso de tais liberdades implica um quando, um quê e um para quê antecipadamente excluídos da mediação do Estado, a partir da própria função legislativa. Confira-se, ainda uma vez, a própria voz da nossa Magna Carta Federal:

I – Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição” (ou seja, observado *apenas* o que se contiver na própria Constituição. Não o que for acrescentado por modo legislativo, ou executivo);

§1º. Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV;” (de novo, observado *tão-somente* o disposto nos dispositivos constitucionais de logo citados);

§2º. É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística” (disposição também proibitiva de atuação mediadora do Estado, e que, em verdade, incorre numa redundância somente explicável pelo deliberado intento da Constituição em se fazer expletiva, minudente, casuística, para que nenhuma dúvida interpretativa restasse quanto à pré-exclusão estatal nos encarecidos ‘quando’, ‘como’ e ‘quê’ da liberdade de imprensa, com a única ressalva, vimos dizendo, do direito de resposta). (p. 51-52 do corpo do voto)

Após a explicitação dos dispositivos constitucionais, declina que sua leitura o convence de que a *mens legis* visa frear a atuação do Estado Legislador na matéria “imprensa”, já que a Constituição a todo momento visa dar à imprensa um ar de liberdade e plenitude incompatível com normatizações infraconstitucionais posteriores ou anteriores (como é o caso da Lei 5.250/67) que tenham por objetivo regular a atividade jornalística, por um motivo muito singelo, não poderá ela (a lei) tratar de essencial ou axial (nas palavras do relator) acerca da temática “imprensa”.

Afirma, ao se reportar aos dispositivos constitucionais que tratam da liberdade de imprensa, que estaríamos diante de *normas*

constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata (classificação de José Afonso da Silva) ou de *normas constitucionais de pronta aplicação* (classificação de Celso Ribeiro Bastos), “*porém, mais que isto, cuida-se de ‘normas irregulamentáveis’*. E normas irregulamentáveis porque, no caso, têm na própria interdição da interferência do Estado o seu modo cabal e ininterrupto de incidir.” (p. 54 do corpo do voto)

Em segundo lugar, e corroborando o entendimento acerca da impossibilidade de existência de uma lei com viés orgânico a regulamentar a atividade da jornalística, afirma haver óbice lógico a confecção legislativa com compleição estatutária sobre o tema IMPRENSA. Nesse sentido, aduz que a Constituição de 1988 quando assim o quis, declinou expressamente a necessidade de regulação legislativa dos temas que tratou, como são exemplos claros a previsão das leis orgânicas de cada Município brasileiro (art. 29 da CF/8) e os Estatutos da Magistratura (art. 93 da CF/88) e do Ministério Público (art. 128, §5º da CF/88).

Assim, conclui o relator neste ponto, não há como existir de forma prévia qualquer interdição Estatal sobre o modo do exercício da liberdade de imprensa, eis que o conteúdo próprio ou substrato da referida liberdade é justamente a inexistência da referida interferência Estatal.

Em seqüência, o Ministro Carlos Ayres Britto declara, *verbis*:

64. É o quanto me basta para chegar a duas outras centradas conclusões deste voto: a) *não há espaço constitucional para movimentação interferente do Estado em qualquer das matérias essencialmente de imprensa*; b) a Lei Federal nº 5.250/67, sobre disciplinar matérias essencialmente de imprensa, misturada ou englobadamente com matérias circundantes ou periferias e até sancionatórias (de *enfiada*, portanto), *o faz sob estruturação formal estatutária*. Dois procederes absolutamente inconciliáveis com a superveniente Constituição de 1988, notadamente pelo seu art. 20 e §§1º, 2º e 6º dele próprio, *a acarretar o kelseniano juízo da não-recepção do Direito velho, todo ele, pela ordem constitucional nova*. Circunstância que viabiliza o emprego da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental como fórmula processual subsidiária da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIN, nos termos das regras que se lê no §1º do art. 102 da CF e no §1º do art. 4º da Lei nº 9.882/99 – Lei da ADPF. Fórmula instauradora de um substitutivo controle abstrato de constitucionalidade que se revela tanto mais necessário

quanto envolto em concreta (agora sim) ambiência jurisdicional timbrada por decisões conflitantes.

65. Sob esse prisma, não vale a contradita de ser a vigente Lei de Imprensa um diploma normativo contemporâneo da Carta de 1967, o que lhe propiciaria escapar, por dois aspectos, ao exame de compatibilidade com a ordem constitucional que lhe sobreveio (a de 1988): a) primeiro aspecto, atinente ao órgão estatal de que a lei agora sindicada proveio; b) segundo aspecto, alusivo à forma estatutária como a Lei nº 5.250/67 dispôs sobre as coisas. E não vale a contradita *porque subsiste uma incompatibilidade material que é tão em bloco quanto insuperável*. (p. 56-57 do corpo do voto)

Não há, no entender do relator, possibilidade de conciliação material entre o texto da CF/88 com o texto da Lei 5.250/67 por dois motivos básicos:

- a) para cada regra afirmativa da liberdade de imprensa existente na lei há um sem número de exceções que praticamente tudo desfaz³⁹;

39 “Por ilustração, se o art. 1º da Lei de Imprensa, cabeça, assenta que ‘É livre a manifestação do pensamento e a procura, o recebimento e a difusão de informações ou idéias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer’, passa a dizer já no §1º desse mesmo artigo que ‘Não será tolerada a propaganda [...] de processos de subversão da ordem política e social [...]’, e, na mesma toada de prepotência e camuflagem discursiva, acrescenta no parágrafo subsequente que ‘O disposto neste artigo não se aplica a espetáculos e diversões públicas, que ficarão sujeitos à censura, na forma da lei, nem na vigência do estado de sítio, quando o Governo poderá exercer a censura sobre os jornais ou periódicos e empresas de radiodifusão e agências noticiosas nas matérias atinentes aos motivos que o determinaram, como também em relação aos executores daquela medida’ (sem ao menos dizer ‘nos termos’ ou ‘na forma da lei’). Por igual, se, no *caput* do seu art. 2º, estabelece que ‘É livre a publicação e circulação, no território nacional, de livros e jornais e outros periódicos [...]’, aí mesmo já principia a fragilizar o seu enunciado com um tipo de exceção que põe tudo abaixo: ‘salvo clandestinos ou quando atentem contra a moral e os bons costumes’. Sobremais, impõe aos jornais e periódicos um regime tal de obrigações de registro e controle estatais que passa a corresponder ao mais rigoroso enquadramento com a ideologia de Estado então vigente (arts. 8º a 11). Já pelo seu art. 61, sujeita a apreensão os impressos que ‘contiverem propaganda de guerra ou de preconceitos de raça ou de classe, bem como os que promoverem incitamento à subversão da ordem política e social’ (inciso I), ou, então, ‘ofenderem a moral pública e os bons costumes’ (inciso II). Apreensão que, de início é regrada como da competência do Poder Judiciário, a pedido do Ministério Público (§1º do mesmo art. 61), porém já na cabeça do art. de nº 63 é transferida para o ministro da Justiça e Negócios Interiores, nas situações de urgência. E assim de ressalva em ressalva, de exceção em exceção, de aparentes avanços e efetivos recuos, a Lei nº 5.250/67 é um todo *pro-indiviso* que encerra modelo autoritário de imprensa em nada ajustado ao art. 220 da CF, mais os §§1º, 2º e 6º desse mesmo artigo, consagradores do clima de democracia plena que a nação passou a respirar com a promulgação da Magna Carta de 1988.” (p. 59-60 do corpo do voto)

- b) “quanto ao seu *spiritus rectus* ou fio condutor do propósito último de ir além de um simples projeto de governo para alcançar a realização de um projeto de poder. Projeto de poder que, só para ficar no seu viés político-ideológico, imprimia forte contratura em todo o pensamento crítico e remetia às *calendas gregas* a devolução do governo ao poder civil.” (p. 58 do corpo do voto)

Afastando toda sorte de dúvidas que porventura ainda pudessem existir quanto ao seu entendimento acerca da impossibilidade de salvaguarda de qualquer dispositivo veiculado pela Lei 5.250/67, o Ministro relator declara serem imprestáveis quaisquer tentativas de conciliação hermenêutica da referida lei com o texto constitucional, seja pela *simples retirada* de dispositivos não recepcionados, seja pela *utilização da refinada técnica da interpretação conforme a Constituição*. É que esta última não pode “artificializar ou forçar a *descontaminação* da parte restante do diploma legal interpretado, pena de descabido incursionamento do intérprete em legiferação por conta própria.” (p. 10 da ementa) E continua, “Não se muda, a golpes de interpretação, nem a inextrincabilidade de comandos nem as finalidades da norma interpretada. Impossibilidade de se preservar, após artificiosa hermenêutica de depuração, a coerência ou o equilíbrio interno de uma lei (a Lei federal nº 5.250/67) que foi ideologicamente concebida e normativamente apetrechada para operar em bloco ou como um todo *pro indiviso*.” (p. 11 da ementa)

Desde modo, e a título de conclusão, no entender do relator, na falta (ou na impossibilidade de se ter) de uma lei “orgânica” ou “estatuto” da liberdade de expressão, aplicam-se as normas da legislação comum, notadamente o Código Civil, o Penal, o de Processo Civil e o de Processo Penal às causas decorrentes das relações de imprensa. O direito de resposta, noutro turno, é norma constitucional de eficácia plena e, portanto, não necessita de regulamentação, bastando o disposto no art. 5º, V da Constituição de 1988, com densidade normativa suficiente para sua efetiva aplicabilidade.

CONCLUSÃO

Após analisar as obras *Teoria Pura do Direito* e *Teoria Geral do Direito*, de Hans Kelsen e Norberto Bobbio, respectivamente, vê-se que o positivismo jurídico é uma tendência muito forte e presente no dia-dia das querelas jurídicas.

A teoria da dinâmica jurídica, que mostra um ordenamento em escala, onde a aplicação da norma superior cria a norma inferior, é de uso corrente pelo nosso judiciário. Dela decorre uma das técnicas para resolução de antinomias normativas, pois impõe o critério da hierarquia como parâmetro para o ajustamento do sistema, eis que, por ser sistema, não pode haver contradições entre as normas que compõem um mesmo ordenamento jurídico.

Ademais, é de Kelsen que se extrai a teoria da recepção da norma pela Constituição que lhe é posterior, eis que seria impossível ao legislador a cada alteração constitucional reorganizar ou mesmo reconstruir todo o sistema normativo elaborando novamente todas as leis necessárias ao funcionamento da máquina estatal e da sociedade como um todo.

É nesse sentido que Kelsen sustenta que as normas criadas pela Constituição anterior não mais retiram dela sua legitimidade, sua validade, mas da nova Constituição. É como se houvesse um “renascimento” da norma com a nova ordem constitucional. Mas esse nascimento só ocorre se houver compatibilidade entre a norma anteriormente existente e a nova Constituição. Daí é que se diz que a nova Constituição recepcionou determinada lei, e quando o faz pode inclusive alterar sua natureza jurídica formal⁴⁰, desde que seu conteúdo se subsuma aos novéis ditames constitucionais.

Foi justamente esse exercício hermenêutico que o Ministro Carlos Ayres Britto executou no voto declinado no julgamento da ADPF 130: buscou-se verificar se a Lei 5.250/67, concebida sob os grilhões da *ditadura*, trazia em seu conteúdo normas que se adequassem à Lei Fundamental de 1988 que redemocratizou o país e, por consequência, a ordem jurídica.

A fim de se evitar as famigeradas antinomias normativas explicitadas por Bobbio, deve-se buscar uma harmonização entre o sentido das normas, sob pena de se expurgar do sistema aquelas normas que não se conformem com aquela que lhes dá validade, a Constituição.

40 Exemplo clássico disto é o Código Tributário Nacional - CTN, que foi criado como lei ordinária e recepcionado pela Constituição de 1988 como lei complementar. Alguns tributaristas dizem que apenas parte do CTN tem natureza jurídica de lei complementar, e outros dizem que todo o CTN seria uma lei complementar. Essa discussão não vem ao caso neste momento, tal exemplo só nos serve para demonstrar a afirmação feita anteriormente.

Nesse sentido, muito se tenta preservar a norma aparentemente contraditória conferindo-lhe uma interpretação que se amolde à Constituição. Como dito no item 1.3, o direito a aplicar é como uma moldura que comporta diversas interpretações possíveis e esse é justamente o esforço do aplicador da norma, escolher dentre as diversas possibilidades lógicas de interpretação aquela que, em sua opinião, melhor se conforme com os ditames constitucionais.

Todavia, na lição do Ministro Carlos Ayres Britto externada no item 3.5, não se pode artificializar ou forçar a descontaminação de um determinado diploma legal interpretado, sob pena de indevido incursionamento do intérprete na atividade legislativa positiva. E arremata o relator: “Não se muda, a golpes de interpretação, nem a inextrincabilidade de comandos nem as finalidades da norma interpretada. Impossibilidade de se preservar, após artificiosa hermenêutica de depuração, a coerência ou o equilíbrio interno de uma lei (a Lei federal nº 5.250/67) que foi ideologicamente concebida e normativamente apetrechada para operar em bloco ou como um todo *pro indiviso*”. (p. 11 da ementa)

Assim, há situações em que não se pode aplicar a técnica da interpretação conforme, na tentativa de salvaguardar o texto normativo. Nesses casos, deve-se sim alijar referida norma do ordenamento de modo a preservar sua higidez, pois a antinomia restou insuperável.

Foi justamente esse o fim da Lei 5.250/67 no entendimento do Ministro relator, acompanhado pela maioria dos demais Ministros do Supremo Tribunal Federal, o que resultou na não recepção em bloco da Lei de Imprensa pela Constituição de 1988, entendimento esse que se conforma com as lições da escola positivista, que tem em Kelsen e Bobbio, dois dos seus maiores expoentes.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. 321 p.

BRASIL. Lei nº 5.250, de 09 de fevereiro de 1967.

BRASIL. Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999.

BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988.

BRASIL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 130. Voto do Ministro Carlos Ayres Britto.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. 427 p.

Esta obra foi impressa pela Imprensa Nacional
SIG, Quadra 6, Lote 800
70610-460, Brasília – DF
Tiragem: 4.000 exemplares