

REVISTA DA
AGU

ANO X nº 30 - Brasília-DF, out./dez. 2011

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

DIRETORA DA ESCOLA DA AGU
Juliana Sahione Mayrink Neiva

COORDENADORA-GERAL SUBSTITUTA
Andrea Takenaka Dias

EDITOR/COORDENADOR RESPONSÁVEL
Juliana Sahione Mayrink Neiva

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; Luciana Barbosa Musse; 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 Bensoissan; 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.

Secretaria Editorial: Antonio Barbosa da Silva/Niuzza Gomes Barbosa de Lima
ABNT(ADAPTAÇÃO)/**Diagramação** Niuzza Gomes Barbosa de Lima
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 X – Número 30 – Brasília-DF, out./dez. 2011
Periodicidade: Trimestral - ISSN 1981-2035
1 – Direito Público – Brasil – periódico. Advocacia-Geral da União

CDD 341.05
CDU 342(05)

SUMÁRIO

Editorial.....	5
----------------	---

INSTITUCIONAL

Advocacia de Estado, administração pública e democracia: a função da consultoria jurídica na formulação e execução de políticas públicas <i>State lawyering, public administration and democracy: the role of legal advice in the formulation and execution of public policies</i> Guilherme Francisco Alfredo Cintra Guimarães	7
---	---

ARTIGOS

O Limite de Participação do Capital Estrangeiro no Setor de Transporte Aéreo Brasileiro – Aspectos regulatórios <i>Foreign Capital Limitation in the Air Transport Market - Regulatory Aspects</i> Alessandra Japiassú Maia Sérgio L. B. F. Reis.....	45
--	----

Fidelidade Partidária, Perda de Mandato e Liberdade para Criação de Partidos Políticos no Brasil Álvaro Osório do Valle Simeão	75
---	----

Desaposentação: análise a partir de princípios constitucionais <i>Unretirement: analysis from on Constitutional principles</i> Eduardo Ferreira Pereira.....	85
--	----

Coisa Julgada nas Sentenças de Benefício Previdenciário por Incapacidade Laboral <i>The Res Judicata in Judgments About Social Security Disability Benefits</i> Giovana Bortoluzzi Fleig.....	115
---	-----

O Caráter Contributivo da Previdência Social como um Dever Fundamental <i>Character Contributory Social Security as a Fundamental Duty</i> Leonardo Furian.....	159
---	-----

A proibição de Comportamento Contraditório no Âmbito da Administração Pública: a tutela da confiança nas relações jurídico-administrativas <i>The Prohibition of Contradictory Behavior Within the Public Administration: the protection of trust in legal-administrative relations</i> Lucio Picanço Facci.....	191
--	-----

Há Improbidade por Violação a Princípios sem Dano ao Patrimônio Público? <i>Is There an Act of Improbity by Violating Principles Without Damage to Public Property?</i> <i>Lyts de Jesus Santos</i>	235
O Princípio da Proibição da <i>Reformatio in Pejus</i> e os Princípios do Regime Jurídico-administrativo: uma improvável conciliação! <i>Raimundo Márcio Ribeiro Lima</i>	257
A competência da Justiça do Trabalho e a importância social do “SAT” <i>The Jurisdiction of the Labour Justice and the Social Importance of the “Work Accident Insurance”</i> <i>Robson Silva Mascarenhas</i>	295
Princípio da Oficialidade e Verdade Material no Processo Administrativo Previdenciário: comprovação do exercício de atividade rural <i>Principle of Officiality and Real Truth in the Social Security Process: proof of exercise of rural activity</i> <i>Ruy de Ávila Caetano Leal</i>	329
PARECER	
Benefícios do Montepio Civil da União <i>Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy</i>	359

EDITORIAL

Continuando o trabalho de divulgação da produção científica e acadêmica dos membros da Advocacia-Geral da União, esta 30ª edição da Revista da AGU traz relevantes contribuições àqueles que, como nós, se dedicam ao estudo do direito público e que exercitam, como mister funcional, a Advocacia de Estado.

Sempre focada em uma abordagem multidisciplinar, esta edição da revista da AGU apresenta, como de costume, temas caros não apenas à carreira, mas também àqueles que, ao fim e ao cabo, são os destinatários finais de nossa atuação, a sociedade e o cidadão, como é o caso do artigo que aborda a desapontação à luz dos princípios constitucionais.

Paralelamente, há artigos versando sobre assuntos muito próximos ao Advogado Público Federal, que efetivamente representam o dia-a-dia da instituição da qual somos partes integrantes. Temos como exemplo desses assuntos a coisa julgada nas sentenças de benefício por incapacidade para o trabalho, a proibição do comportamento contraditório no âmbito da administração pública e o princípio da tutela da confiança e a questão da existência ou não de ato de improbidade por violação a princípios que não implicam em lesão ao patrimônio público.

Além disso, e dos demais artigos que a 30ª edição desta revista contempla, há abordagem institucional de fundamental importância especialmente aos Advogados Públicos Federais que atuam na área consultiva, qual seja a papel da Advocacia de Estado consultiva e sua função na formulação e execução de políticas públicas no ambiente democrático.

Por fim, é de se registrar que o parecer publicado, tratando do chamado montepio, é de leitura obrigatória para todos os integrantes da Advocacia-Geral da União.

Assim, ante a importância e variedade dos temas trazidos nesta edição da revista da AGU, os quais refletem a grandeza e importância da instituição e dos seus valorosos membros, convidamos todos à leitura na certeza de que dúvidas serão sanadas e conhecimentos serão adquiridos por meio do material que ora é disponibilizado.

Juliana Sahione Mayrink Neiva
Diretora da Escola da AGU

ADVOCACIA DE ESTADO, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DEMOCRACIA: A FUNÇÃO DA CONSULTORIA JURÍDICA NA FORMULAÇÃO E EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

STATE LAWYERING, PUBLIC ADMINISTRATION AND DEMOCRACY: THE ROLE OF LEGAL ADVICE IN THE FORMULATION AND EXECUTION OF PUBLIC POLICIES

*Guilherme Francisco Alfredo Cintra Guimarães
Advogado da União em exercício na Conjur/MPOG
Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade de Brasília
Pesquisador da Università degli Studi di Genova sobre o tema: Consultoria Jurídica e Políticas Públicas (bolsa de pesquisa Alla scoperta dell'Italia, 2009/2010).*

SUMÁRIO: Introdução. 1 Os obstáculos do positivismo jurídico a uma compreensão adequada da consultoria jurídica: interpretação jurídica e princípio da legalidade; 2 A consultoria jurídica como atividade de “tradução”; 3 Sobre a necessidade de olhar a política sem preconceitos; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O artigo desenvolve uma tese geral sobre a função das atividades de consultoria jurídica desempenhadas pela Advocacia de Estado no âmbito da administração pública, com especial destaque para os contextos brasileiro e italiano. Com o auxílio da teoria dos sistemas sociais desenvolvida pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann, as atividades de consultoria jurídica são descritas como uma espécie de tradução entre os sistemas jurídico e político. A função da consultoria jurídica seria, então, a de traduzir os programas jurídicos que condicionam a atividade político-discricionária da administração pública, com o objetivo principal de contribuir para a legitimidade e a eficiência das políticas públicas necessárias à promoção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

PALAVRAS-CHAVE: Administração pública. Consultoria jurídica. Políticas públicas. Tradução. Democracia. Teoria dos sistemas sociais.

ABSTRACT: The article advances a general thesis about the role of legal advice in the public administration, regarding mainly the Brazilian and Italian State lawyering realities. With the support of the systems theory of the german sociologist Niklas Luhmann, the provision of legal advice is described as a kind of translation between the legal and political systems. The role of legal advice would be therefore to translate the legal programs that regulate the political and discretionary activities of the public administration, as a means to contribute to the legitimacy and efficiency of the public policies that promote the fundamental rights of the citizens.

KEYWORDS: Public administration. Legal advice. Public policies. Translation. Democracy. Systems theory.

INTRODUÇÃO¹

Pode-se dizer que a figura do especialista em direito, do técnico ou profissional jurídico, tenha sempre sido circundada de um certo sentimento difuso de desconfiança. Como confiar em alguém que utiliza a instituição sagrada da justiça como fonte de renda cotidiana? Trata-se de uma situação que produz naturalmente desconfiança, uma desconfiança que acompanha os juristas desde os primórdios do surgimento e diferenciação da sua profissão como papel social autônomo e especializado até os dias atuais².

Em relação à profissão específica de advogado, a desconfiança é ainda maior. Se o juiz pode se “esconder” atrás da figura do terceiro neutro e imparcial responsável por aplicar a lei e realizar a justiça no caso concreto, o advogado possui sempre o dever profissional de ser parcial, de tomar uma posição, de defender uma das partes em conflito. Um papel realmente paradoxal, que exige do advogado uma espécie de “parcialidade imparcial”: de um lado, ele deve ser imparcial em relação aos seus deveres com a justiça, e de outro, deve ser parcial na defesa dos interesses dos seus clientes³.

O que dizer, então, do advogado do Estado, do advogado cujos “clientes” são, pelos menos em teoria, todos os cidadãos? Por estar submetido ao controle judiciário, o Estado também precisa de advogados. Como podem esses advogados serem “parcialmente imparciais” na defesa da entidade política que representa a união de toda a coletividade?

A necessidade de uma advocacia específica para o Estado pode ser descrita como um resultado da separação dos poderes e da submissão do poder executivo à lei, ambas idéias que se afirmaram durante as revoluções

1 Este artigo foi originalmente escrito em italiano no âmbito de uma pesquisa sobre o tema: Consultoria Jurídica e Políticas Públicas, realizada junto à Seção de Filosofia e Sociologia do Direito do Departamento de Cultura Jurídica Giovanni Tarello – DIGITA da Faculdade de Direito da *Università degli Studi di Genova*, sob a orientação do Professor Doutor Realino Marra (bolsa de pesquisa *Alla scoperta dell'Italia*, 2009/2010). Agradeço ao professor Realino Marra pelas suas importantíssimas críticas e sugestões e pela revisão final do artigo.

2 Cf. M. La Torre, *Il giudice, l'avvocato e il concetto di diritto*. Soveria Mannelli. 2002.

3 “La dialettica, e la tensione, è tra la parzialità della difesa di una parte e l'imparzialità di una pretesa che si dice essere giustificata ed adottabile in via di principio dal giudice” (M. La Torre, *Il giudice, l'avvocato e il concetto di diritto*, Soveria Mannelli 2002, p. 56). Sobre a história, as transformações e os problemas atuais da advocacia nos contextos italiano e europeu, cf. G. Alpa, *L'avvocato: i nuovi volti della professione forense nell'età della globalizzazione*. Bologna 2005. Optou-se pela tradução para a língua portuguesa apenas das citações de obras em línguas estrangeiras inseridas no próprio corpo do texto, mantendo-se na língua original da edição as citações inseridas nas notas de rodapé.

burguesas. A criação de uma instituição especializada responsável por todas as atividades contenciosas e consultivas representa, no entanto, a opção específica de alguns países (Brasil, Itália e Espanha, por exemplo) de atribuir a tutela judicial e a consultoria jurídica do Estado a um único órgão, por razões de eficiência e uniformidade⁴.

As atividades de defesa e assessoramento jurídico ao Estado são essenciais em qualquer regime democrático. Além da importância da separação dos poderes e da existência de uma jurisdição independente capaz de julgar com imparcialidade os conflitos entre o Estado e os cidadãos, a assistência jurídica interna à administração pública também é indispensável para assegurar que os órgãos e entidades estatais atuem em conformidade com os princípios e regras que caracterizam o Estado Democrático de Direito.

Atenta a essa importância, a Constituição Federal brasileira de 1988, símbolo da redemocratização do país após mais de vinte anos de ditadura militar (1964–1985), realizou uma grande mudança no modelo de assistência jurídica ao Estado. A tutela judicial e extrajudicial da administração federal, que antes constituía uma das funções do Ministério Público, e as atividades de assessoramento jurídico, antes desempenhadas pelos diversos departamentos jurídicos dos órgãos e entidades estatais, foram reunidas e atribuídas a uma nova instituição: a Advocacia-Geral da União – AGU.

O objetivo, por um lado, era retirar do Ministério Público a função de representação judicial da administração federal para que ele pudesse se concentrar apenas no desempenho das atividades de controle do Estado e defesa do regime democrático, e por outro lado, reunir as funções de defesa e assessoramento jurídico da administração em uma única instituição, por razões de eficiência e uniformidade⁵.

4 No presente artigo, a atenção será direcionada principalmente aos modelos brasileiro e italiano de Advocacia de Estado, ainda que as reflexões teóricas propostas sobre a função da consultoria jurídica no âmbito da administração pública não se restrinjam a algum modelo específico. Sobre a Advocacia de Estado italiana, cf. I. Caramazza, *Consulenza e difesa dello Stato in giudizio: il sistema italiano*, relazione presentata al convegno “Jornadas sobre la ley de asistencia jurídica al Estado e instituciones publicas”, tenutosi a Madrid il 25 e 26 marzo 1998; e G. Manzari, *Avvocatura dello Stato*, in R. Sacco (org.), *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*. Torino, 1987. Sobre a Advocacia de Estado brasileira, cf. R. Macedo, *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*, São Paulo 2008; e J. Guedes e L. Souza (org.), *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte, 2009.

5 Segundo alguns autores, o modelo italiano de Advocacia de Estado (“*Avvocatura dello Stato*”) exercitou uma influência relevante nessa transformação. A existência, na Itália, de uma instituição já consolidada responsável por todas as atividades contenciosas e consultivas teria servido como uma fonte de inspiração

Após mais de quinze anos de existência⁶, a AGU já progrediu bastante na profissionalização da assistência jurídica ao Estado federal, com grande incremento de eficiência e aumento na economia de recursos públicos. Todavia, a instituição convive ainda com alguns problemas típicos de uma organização relativamente jovem, como a ausência de uma identidade institucional consolidada, a necessidade de uma melhor integração entre os seus diversos departamentos e órgãos internos e os conflitos administrativos que ocorrem frequentemente envolvendo outros órgãos e entidades públicos sobre os limites e características das atividades consultivas.

As atividades consultivas são exatamente o tema central deste artigo. O papel geral e a função específica da consultoria jurídica no interior da administração pública parecem ser muito mais problemáticos e cercados de equívocos e preconceitos do que o papel e a função do contencioso.

No contencioso, a obrigatoriedade do contraditório e da ampla defesa ajuda a delimitar de modo mais claro e preciso o que deve fazer o advogado público: defender o Estado em juízo ou, então, representá-lo contra algum indivíduo ou entidade, assim como fazem todos os advogados em geral. Na consultoria, ao contrário, a situação é um pouco mais complexa. O advogado participa (ou ao menos deveria participar) de todo o processo de formulação e execução das políticas públicas⁷. Direito e política estão em contato direto no âmbito da mesma organização, critérios jurídicos e critérios políticos de decisão se sobrepõem continuamente. Se nos tribunais a linguagem técnico-jurídica familiar aos advogados predomina, na administração pública eles são obrigados a lidar com uma linguagem político-administrativa à qual normalmente não estão muito habituados. Isso torna ainda mais complexo o seu dever paradoxal de tratar com “parcialidade imparcial” os interesses do Estado, os interesses públicos, interesses de toda a coletividade dos cidadãos⁸.

para os juristas e políticos que contribuíram para a criação da Advocacia-Geral da União. Cf. R. Macedo, *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*, São Paulo, 2008, p. 61-73.

6 Não obstante tenha sido prevista na Constituição Federal de 1988, a AGU só foi oficialmente instituída em 1993 com a edição da Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993.

7 O termo política pública deve ser entendido neste artigo como a ação organizada e procedimental do Estado que tem como objetivo fornecer ou regular o fornecimento de bens e serviços aos cidadãos, como forma de promoção de direitos fundamentais e legitimada pela possibilidade de participação e controle social. Sobre a relação entre direito administrativo e políticas públicas, cf. M. P. Bucci (org.), *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo, 2006.

8 Sobre o caráter “mitológico” da concepção tradicional acerca da unidade, neutralidade e superioridade dos interesses públicos, cf. S. Cassese, *Il mondo nuovo del diritto: un giurista e il suo tempo*. Bologna 2008, p. 58-59.

No contexto brasileiro, tem sido difundida aos poucos a idéia segundo a qual a função da consultoria jurídica seria a de um controle interno de legalidade dos atos administrativos⁹. Como resultado dessa compreensão (segundo nós) um tanto quanto distorcida, os órgãos de consultoria tendem a se concentrar muito mais no controle prévio de atos e procedimentos isolados ao invés de contribuírem de forma mais ativa e participativa na formulação e execução jurídica das políticas públicas. Isso produz desconfiança por parte dos órgãos de gestão e as conseqüentes dificuldades de diálogo e compreensão.

A partir do exemplo fornecido pelo contexto brasileiro e da necessidade de desenvolver criticamente um ponto de vista alternativo, o objetivo principal deste artigo é propor uma tese mais genérica sobre o papel e a função da consultoria jurídica no âmbito da administração pública. Ao invés de controle, falaremos de “tradução”: tradução das normas e de toda a linguagem técnico-jurídica no processo de formulação e execução de políticas públicas como função específica da consultoria jurídica¹⁰.

De acordo com essa tese, reconhecendo o caráter estruturalmente indeterminado do direito moderno, os órgãos de consultoria jurídica deveriam se concentrar principalmente na análise das conseqüências e riscos jurídicos de cada decisão administrativa específica, ao invés de apenas proporem interpretações unilaterais e definitivas sobre os posicionamentos jurídicos que devem ser assumidos pela administração. Ao invés de apresentarem somente aquilo que consideram as soluções mais corretas dos seus respectivos pontos de vista, os advogados deveriam demonstrar quais são as interpretações possíveis para cada caso e os seus respectivos riscos e conseqüências possíveis (possibilidades de demandas judiciais, conseqüências na interpretação de casos similares, etc.). Isso pressuporia, então, uma compreensão menos individualista e mais institucional das atividades de consultoria, em que o mais importante não são tanto as opiniões específicas de cada advogado em particular, mas sim a possibilidade de conferir transparência e publicidade aos diversos fundamentos e critérios jurídicos que orientam as decisões estatais, tendo sempre em vista o objetivo principal de contribuir para a eficiência e a legitimidade das políticas públicas.

9 Cf. R. Macedo, *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: 2008. p. 110-157; e J. Guedes e L. Souza (org.), *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte 2009. p. 129-137 e 465-483.

10 Devo agradecer ao amigo Renato Bigliuzzi por ter-me sugerido originalmente pensar as atividades de consultoria jurídica como uma espécie de tradução. Sobre essa idéia original e sobre tantas outras desenvolvidas ao longo deste artigo, posso dizer, com sinceridade, que o crédito é todo seu.

O artigo está dividido em três partes. Na primeira parte, são identificados, analisados e desconstruídos dois obstáculos do positivismo jurídico a uma compreensão adequada das atividades de consultoria jurídica: (i) a imagem ainda presente na cultura jurídica da interpretação como atividade mecânica de subsunção de casos concretos da vida real a normas gerais e abstratas e (ii) a concepção tradicional do princípio da legalidade de acordo com a qual à administração pública compete apenas a execução passiva das leis aprovadas pelo parlamento. Na segunda parte, é desenvolvida a tese central do artigo, isto é, a da consultoria jurídica como atividade de tradução entre direito e política. Na terceira parte, é feito um breve comentário sobre o diagnóstico de crise da política que caracteriza a época atual, uma vez que um certo preconceito generalizado contra a atividade política representaria, ao mesmo tempo, uma causa e um efeito do modelo da consultoria jurídica como atividade de controle, modelo esse que é aqui refutado. Ao final, é feito um apanhado geral conclusivo das idéias desenvolvidas ao longo do artigo e são apresentadas algumas propostas para o futuro da Advocacia de Estado no Brasil.

1 OS OBSTÁCULOS DO POSITIVISMO JURÍDICO A UMA COMPREENSÃO ADEQUADA DA CONSULTORIA JURÍDICA: INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O positivismo jurídico é ainda hoje um paradigma dominante na teoria e na prática do direito. Os seus princípios, conceitos e métodos continuam influenciando o ensino jurídico nas universidades e o cotidiano das atividades forenses em todo o mundo ocidental, não obstante as diversas teorias críticas desenvolvidas principalmente a partir da segunda metade do século passado. De modo resumido, pode-se caracterizá-lo como a abordagem científica ao direito (a) comprometida com a construção e utilização de um método específico capaz de fornecer descrições neutras sobre o fenômeno jurídico e (b) que concebe o direito como um sistema de normas produzidas pelos órgãos oficiais do Estado¹¹.

Para que as atividades de consultoria jurídica desenvolvidas pela Advocacia de Estado possam ser descritas de forma mais adequada, devem ser inicialmente superados dois obstáculos teóricos derivados da tradição positivista: (i) a idéia, atualmente um tanto quanto ingênua, segundo a qual a interpretação jurídica pode ser reduzida a uma atividade mecânica de subsunção de casos concretos da vida real a normas gerais e abstratas e (ii) a concepção clássica do princípio da legalidade que

11 Para uma análise mais rica e aprofundada, cf. o clássico N. Bobbio, *Il positivismo giuridico: lezioni di filosofia del diritto*. Torino, 1996.

atribui à administração pública a função passiva de simples executora das leis aprovadas pelo parlamento.

Ambos os obstáculos têm origem em uma descrição hierárquica da separação dos poderes característica do iluminismo revolucionário do século XVIII e posteriormente herdada pelas teorias jurídicas positivistas do século XIX. A substituição da soberania de origem divina do monarca pela soberania popular de origem democrática como fonte de legitimação do poder foi acompanhada pela identificação do parlamento como legislador onipotente e racional, encarregado de traduzir a vontade geral do povo em leis gerais e abstratas capazes de regular diretamente todos os aspectos da vida social. Aos demais poderes foram atribuídas, então, funções subalternas de aplicação das normas já legitimamente produzidas pelo legislador: o judiciário na resolução dos conflitos e somente quando requerido pelos interessados, e o executivo na administração cotidiana dos negócios do Estado, ainda reduzidos se se considera o contexto dos Estados liberais pós-revolucionários¹².

Uma característica dessa descrição hierárquica é a centralidade quase absoluta da lei no processo de produção e aplicação do direito. O direito é, assim, reduzido à lei produzida pelo Estado, que deve ser suficientemente simples e clara para poder ser interpretada de forma literal e dedutiva pelos juízes e administradores. Uma espécie de “fetiche da legalidade” que acompanhou todo o positivismo jurídico oitocentescos e que ainda hoje se faz presente na dogmática jurídica tradicional, mesmo que de forma velada.

Em relação ao poder judiciário, a distinção hierárquica entre legislação e jurisdição produz a ilusão de que a interpretação jurídica seja

12 Essa é, obviamente, uma descrição bastante simples e superficial. Os eventos históricos dos períodos revolucionário e pós-revolucionário relacionados ao tema da separação dos poderes são muito mais complexos do que se poderia dizer em um único parágrafo. O movimento de codificação do direito na França, por exemplo, foi guiado não por um parlamento livre composto pelos legítimos representantes do povo, mas sim por uma comissão de juristas sob o controle direto do imperador. E na Alemanha, os teóricos do Estado tiveram que ser bastante “criativos” para conciliar o ideal de um governo das leis com os poderes absolutos (ou quase absolutos) do monarca. Sobre as diversas formas de traduzir a fórmula do “*rule of law*” nas tradições anglo-americana, francesa e alemã, cf. M. Rosenfeld, *The rule of law and the legitimacy of constitutional democracy*, in *Southern California Law Review*, Los Angeles 2001. Sobre a relação entre absolutismo, iluminismo e os movimentos de codificação, cf. G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976. Sobre os paradoxos e contradições que acompanharam a invenção e afirmação da concepção moderna de soberania popular, cf. J. Magalhães, *O paradoxo da soberania popular: o reentrar da exclusão na inclusão*, in *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte 1998. Sobre as origens teológicas do conceito moderno de soberania, cf. G. Agamben, *Il Regno e la Gloria: per una genealogia teologica dell'economia e del governo*, Vicenza 2007.

uma atividade mecânica. As leis aprovadas pelos órgãos competentes devem determinar diretamente a decisão do juiz, descrito como um simples agente encarregado de expressar, nas situações concretas, a vontade prévia do legislador.

Na verdade, a distinção serve para ocultar o fato de que o direito regula a sua própria produção. Em outras palavras, a distinção oculta o paradoxo derivado da constatação de que o juiz cria, ao interpretar a lei produzida pelo legislador, o direito que ele mesmo aplica. Ela permite que sejam concebidas como separadas as atividades de produção e aplicação do direito. De um lado, há a formulação de leis gerais e abstratas, cuja modificação é justificada por motivos políticos, e de outro, a aplicação individualizada dessas leis às situações particulares, em que devem ser levadas em conta as especificidades de cada caso concreto. Pode-se admitir, então, que os juízes, por estarem vinculados à lei produzida pelo parlamento, decidam de maneira livre e independente, embora essa vinculação seja, ela mesma, objeto de interpretação¹³.

Do dogma da onipotência e racionalidade do legislador derivam também os dogmas da ausência de lacunas na lei e da completude do ordenamento jurídico, ou seja, a descrição do direito como um sistema fechado, completo e coerente de normas previamente aprovadas pelo legislador (ou, ao menos, já explicitadas nas decisões precedentes dos tribunais) que regula, ainda que de forma implícita, todas as situações concretas de aplicação, não deixando qualquer espaço à criatividade e à iniciativa inovadora do intérprete.

A situação, no entanto, se modifica durante o século XX. As transformações contínuas e sempre mais velozes das estruturas sociais, especialmente a transição do Estado liberal para o Estado social, apresentam novos problemas para a teoria do direito¹⁴. A percepção da crescente complexidade dos fenômenos sociais, em conjunto com a multiplicação de normas variadas e, em grande parte, desconexas, coloca em xeque a concepção positivista da interpretação jurídica como atividade mecânica de subsunção. A complexidade dos fatos e a patente imprecisão do material legislativo produzido pelo parlamento

13 Sobre essa função paradoxal da distinção legislação/jurisdição, cf. N. Luhmann. *El derecho de la sociedad*, México, 2005. p. 367-372.

14 Para uma análise sintética da transição do Estado liberal para o Estado social, cf. C. Araújo Pinto, *Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito*, in C. F. Pereira (org.), *O novo direito administrativo brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor*. Belo Horizonte: 2003. p. 32-46.

evidenciam o papel criativo e construtivo do juiz e da administração pública na interpretação e aplicação do direito¹⁵.

A interpretação se torna, assim, o problema fundamental da teoria jurídica. A partir das novas teses e idéias desenvolvidas pela filosofia da linguagem das primeiras décadas do século, em particular a partir da “virada lingüística” guiada pelo filósofo austríaco Ludwig Wittgenstein, autores clássicos como Hans Kelsen e Herbert Hart, mesmo que ainda inseridos na tradição positivista, introduzem o debate sobre a “indeterminação estrutural” ou “textura aberta” do direito, ou seja, a impossibilidade de controlar previamente o significado das normas jurídicas, seja através da legislação, seja através dos modelos dogmáticos produzidos pela ciência jurídica. Reconhecendo o caráter ativo e criativo da interpretação jurídica, ambos os autores admitem que os seus resultados não podem ser totalmente determinados ou mesmo previstos com antecedência, pois dependem sempre das particularidades e características de cada situação concreta de aplicação¹⁶.

A teoria do direito inicia, então, a descrever a interpretação não como uma atividade de descoberta do sentido jurídico previamente contido na lei, mas sim como uma verdadeira atividade de criação e produção de direito, na qual as preferências e as escolhas específicas do intérprete desempenham um papel fundamental. Os teóricos começam a se ocupar da análise das diversas possibilidades de leitura dos textos normativos e do papel da argumentação baseada em princípios na construção das decisões jurídicas¹⁷. Partindo da figura dos princípios,

15 De acordo com Jürgen Habermas: “I temi che stanno al centro dell’attuale critica del diritto vertono sulla diminuita forza vincolante delle leggi parlamentari e sulla crisi della divisione dei poteri nell’ambito di un Stato gravato da compiti crescenti e qualitativamente inediti. Finché l’amministrazione classica poteva limitarsi a mantenere l’ordine in una società mercantile affidata all’autoregolazione economica, essa doveva intervenire soltanto quando quell’ordine – fissato dal diritto costituzionale e dallo Stato di diritto – veniva disturbato. A questi casi si attagliava una legge generale e astratta, che precisa delle fattispecie tipiche in concetti giuridici certi, collegandole a conseguenze giuridiche ben definite. Il senso dell’ordinamento giuridico consisteva infatti nel mettere al riparo la libertà giuridica dei privati cittadini dalle interferenze di un apparato statale limitato a custodire l’ordine. Ma non appena l’amministrazione prese ad essere utilizzata dal legislatore dello Stato sociale per compiti di pianificazione e controllo politico, la legge nella sua forma classica non poteva più bastare a programmare la prassi amministrativa” (J. Habermas, *Fatti e norme*: contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia. Milano: 1996. p. 510).

16 Cf. H. Kelsen, *Teoria pura do direito*, São Paulo 2006, p. 387-397; e H. Hart, *O conceito de direito*, Lisboa 2005, p. 137-149. Para uma contextualização dos dois autores em relação aos novos paradigmas propostos pela filosofia da linguagem da primeira metade do século XX, cf. H. Simon, *Direito, hermenêutica e filosofia da linguagem*: o problema do decisionismo em Hans Kelsen e Herbert Hart. Belo Horizonte, 2006.

17 Sobre o tema da argumentação jurídica, cf. o clássico N. MacCormick, *Argumentação jurídica e teoria do direito*, São Paulo, 2006. No contexto italiano, as pesquisas sobre o tema da interpretação e da linguagem

autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy desenvolvem uma crítica radical do modelo positivista tradicional do direito como sistema fechado e completo de regras aplicáveis através de um procedimento simples de subsunção¹⁸. A atividade de interpretação é, assim, elevada ao patamar de operação central do sistema jurídico.

Se interpretar significa criar, construir, fazer escolhas, lidar com princípios e argumentos complexos, e não simplesmente deduzir, a partir da lei, a norma aplicável aos fatos, e uma vez que as leis devem sempre ser interpretadas antes de serem “executadas”, como é possível descrever a atividade da administração pública a partir do tradicional princípio da legalidade, segundo o qual administrar significa somente “executar a lei”?

A atividade administrativa é, sem sombra de dúvidas, a maior e mais onerosa, diversificada e onipresente das atividades estatais. Conseqüentemente, é também a que representa maior risco à liberdade dos cidadãos. Isso explica a importância histórica da fórmula clássica do princípio da legalidade administrativa: a administração pode fazer apenas aquilo que foi previamente autorizado pela lei. Ou seja, deve circunscrever-se aos limites teoricamente estabelecidos pelos próprios cidadãos representados em parlamento¹⁹. Trata-se de um princípio verdadeiramente democrático, especialmente se acompanhado das

do direito em geral foram explorados por autores importantes como Norberto Bobbio, Uberto Scarpelli e Giovanni Tarello. Esse último desenvolveu, em conjunto com outros representantes da chamada “escola genovesa”, como Riccardo Guastini e Paolo Comanducci, uma teoria cética da interpretação que submete à crítica as principais premissas do modelo da interpretação jurídica como atividade mecânica de subsunção. Cf. R. Guastini, *Nuovi studi sull'interpretazione*, Roma 2008; e P. Chiassoni, *L'ineluttabile scetticismo della “scuola genovese”*, in P. Comanducci e R. Guastini (org.), *Analisi e diritto 1998. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 1999.

18 Cf. R. Dworkin, *O império do direito*. São Paulo, 2003; e R. Alexy, Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica, in *Revista Doxa*, 1988.

19 Segundo Sabino Cassese: “Dalla necessaria superiorità dell’interesse pubblico e dalla forza vincolante della decisione amministrativa è agevole il passaggio alla nozione di *supremazia* della pubblica amministrazione. Contro questa posizione di forza del diritto amministrativo si svilupperà il principio di legalità. [...] Divenuti rappresentativi i parlamenti, questi, infatti, utilizzarono la legge come strumento di tutela dei cittadini nei confronti delle pubbliche amministrazioni” (S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari 2003, p. 152). Sobre as origens autoritárias da concepção moderna de administração pública na França e sobre o desenvolvimento do direito administrativo no contexto de uma maior democratização do Estado e da administração, cf. S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*. Milano, 2000, p. 15-90. A simples invenção do princípio da legalidade não significa, porém, que a administração tenha se submetido automaticamente aos limites impostos pelo parlamento. A história jurídico-política dos últimos dois séculos desmente claramente essa idealização ingênua, pois os governos autoritários conseguiram, com frequência, impor exceções ao princípio da legalidade típico do Estado de direito, ao menos nas situações descritas como situações de “emergência”. Cf. G. Aganbem, *Stato di eccezione*. Torino, 2003.

possibilidades de controle judicial dos atos administrativos e de responsabilização do Estado por danos causados aos particulares.

O conteúdo democrático do princípio da legalidade não deve, todavia, ser confundido com a concepção tradicional da administração pública como mera executora passiva das leis aprovadas pelo parlamento. Administrar não significa simplesmente aplicar passivamente a lei. Quem quer que tenha um mínimo de contato com o cotidiano de uma organização administrativa é capaz de perceber que essa imagem passiva e simplificadora não corresponde à realidade, principalmente no contexto de um Estado regulador e intervencionista²⁰. Trata-se apenas de um mito produzido pelo positivismo jurídico oitocentescos. De acordo com Sabino Cassese:

[...] é provável que o paradigma da administração como execução de leis jamais tenha encontrado correspondência no direito positivo. Se hoje ele é desmentido pelo direito positivo, o era ainda mais nos Oitocentos, quando menor era o peso do Parlamento e menos extensa a área regula por leis. Como se explica, então, o sucesso da fórmula? É provável que a explicação deva ser procurada em um fator ideológico, sucessivamente teorizado. Trata-se da influência do liberalismo e do positivismo, os quais, para fornecer uma proteção ao cidadão e um fundamento seguro de observação à ciência, apontaram tudo para a lei. Para eles, o direito é o produto de uma vontade constitucionalmente habilitada (o Parlamento) e a administração tende a desaparecer por detrás das leis. Desse modo, as escolas positivistas se meteram em um labirinto inextrincável. Tiveram, na verdade, que explicar por que a administração, sendo mera execução de leis, gozava de tanta liberdade de escolha. E recorreram a dois argumentos. Afirmaram que somente em alguns casos existe tal liberdade de escolha, sendo a atividade administrativa, em regra, vinculada (invertendo, assim, os termos reais do problema). E sustentaram que, para explicar os casos nos quais estava presente essa liberdade de escolha, era necessário recorrer à discricionariedade, uma coisa diversa da autonomia²¹.

20 A tradição estadunidense das “*independent agencies*” ou agências reguladoras, posteriormente difundida em quase todo o mundo ocidental no contexto das reformas administrativas do último quarto do século XX, é um exemplo claro da complexidade e multiplicidade das tarefas impostas às organizações administrativas modernas, cujas atividades não podem ser descritas simplesmente como mera “execução de leis”.

21 S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*. Milano, 2000, p. 43-44 (tradução livre). Sobre outros mitos do positivismo jurídico em relação aos conceitos, métodos e princípios do direito administrativo, cf. S. Cassese, *Il mondo nuovo del diritto: un giurista e il suo tempo*. Bologna, 2008, p. 57-63.

A fórmula da discricionariedade é uma fórmula paradoxal. Uma fórmula (ou forma) que contém uma distinção, a distinção entre vinculação e discricionariedade. Ambos os lados da distinção têm sentido somente se referidos um ao outro, isto é, à outra metade da distinção, ao seu respectivo sentido oposto²². Fala-se de discricionariedade da administração apenas porque a administração é concebida como uma atividade vinculada à lei. É para justificar a sua freqüente liberdade de escolha que se diz que, ainda que programada pela lei, a administração possui poderes ou competências discricionárias, ou seja, não vinculadas (ou não totalmente vinculadas) à própria lei.

No direito administrativo, essa fórmula da discricionariedade da administração pública reflete o fato de que as decisões administrativas, não obstante sejam condicionadas juridicamente, são, na maioria dos casos, decisões políticas, e não jurídicas, pois a administração é uma organização do sistema político, e não do sistema jurídico²³.

Mas qual seria a diferença entre decisões jurídicas e decisões políticas? E o que significa ser uma organização do sistema político?

Em uma democracia, a separação dos poderes pode ser descrita como um mecanismo de escalonamento e filtro da influência política sobre os diversos órgãos estatais. Se o legislativo é o espaço legítimo dessa influência e o judiciário o espaço onde ela é geralmente considerada ilegítima, na administração pública deve-se em parte aceitar a sua legitimidade e em parte refutá-la em nome do direito²⁴.

O direito em geral e os direitos constitucional e administrativo em particular desempenham, então, uma função de neutralização parcial da influência política sobre as decisões da administração pública. Na

22 Sobre essa "lógica das formas" ("law of forms"), que trabalha sempre com os conceitos de distinção e paradoxos, introduzida no debate científico pelo matemático inglês George Spencer Brown, cf. N. Luhmann, *Introducción a la teoría de sistemas*, México 1996, p. 61-75. Sobre os paradoxos do sistema jurídico, cf. N. Luhmann, *The third question: the creative use of paradox in law and legal history*, in *Journal of Law and Society*, Cardiff 1988; e J. Magalhães, *Interpretando o direito como um paradoxo: observações sobre o giro hermenêutico da ciência jurídica*, in C. E. Boucault e J. R. Rodriguez (org.), *Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. São Paulo, 2002.

23 No presente artigo, direito e política devem ser compreendidos como sistemas sociais autônomos e funcionalmente diferenciados no sentido proposto pela teoria da sociedade moderna desenvolvida pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann. Cf. N. Luhmann e R. De Giorgi, *Teoria della società*. Milano, 1994. Sobre os principais conceitos da teoria da sociedade de Luhmann, cf. C. Baraldi, G. Corsi e E. Esposito, *Luhmann in Glossario: i concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali*. Milano, 1996.

24 Cf. N. Luhmann, *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: 1985. p. 45-46.

verdade, eles delimitam o espaço do que é jurídico, e deve, então, ser tratado de acordo com critérios jurídicos, e do que é político, devendo, assim, ser tratado segundo critérios políticos. Esse é o verdadeiro sentido da distinção vinculação/discricionariedade: indicar, de um lado, que existem limites ou vínculos impostos pelo direito às atividades administrativas, e de outro, que existem também espaços nos quais a administração é livre para decidir de acordo com critérios (técnicos, políticos, econômicos) que escapam a qualquer tipo de controle jurídico. No final das contas, trata-se sempre da definição (ou disputa) dos confins entre direito e política²⁵.

Direito e política podem ser descritos como sistemas sociais autônomos que realizam funções sociais diversas. Ao direito compete a generalização e estabilização das expectativas normativas de conduta. A política, por sua vez, é responsável pela produção das decisões que vinculam a coletividade. Enquanto as decisões jurídicas são programadas de forma condicional, de acordo com a fórmula se/então, orientado-se à correção ou reparação de ações realizadas no passado, as decisões políticas são guiadas a partir de programas teleológicos ou finalísticos, segundo a fórmula meio/fim, e são voltadas à produção de conseqüências específicas no futuro²⁶.

O importante é que entre direito e política existe uma verdadeira diferenciação de base na comunicação, que pode ser percebida no momento em que se devem analisar as conseqüências jurídicas de uma decisão político-administrativa, isto é, nas atividades cotidianas desempenhadas pelos órgãos de consultoria jurídica do Estado. Enquanto a política se preocupa em produzir decisões que possam atingir os objetivos prometidos ou acordados nos processos de negociação e discussão entre as organizações estatais e os diversos grupos políticos e sociais, o direito se preocupa em assegurar que essas decisões estejam de acordo com as normas que regulam a atuação e o funcionamento do Estado.

A existência dessa diferença nas formas de comunicação constitui freqüentemente uma fonte de problemas no relacionamento entre órgãos de consultoria jurídica e órgãos de gestão. Problemas que não se limitam a simples dificuldades de compreensão entre diferentes órgãos

25 Sobre a constituição como mecanismo de acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico, cf. N. Luhmann, *La costituzione come acquisizione evolutiva*, in J. Luther, P. P. Portinaro e G. Zagrebelsky (org.), *Il futuro della costituzione*. Torino, 1996.

26 Sobre a diferenciação funcional dos sistemas jurídico e político, cf. N. Luhmann, *El derecho de la sociedad*. México, 2005; e N. Luhmann, *Teoría política en el Estado de bienestar*. Madrid, 1994.

estatais, mas que possuem também um impacto sobre a qualidade das políticas públicas implementadas pelo Estado.

Esses problemas parecem ser o resultado da ausência de uma compreensão adequada acerca da função da consultoria jurídica, em grande parte devido à persistência do “mito” positivista da administração pública como simples executora passiva da lei. Esse é o ponto central: no contexto de um Estado regulador e intervencionista, administrar não significa simplesmente executar as leis, mas sobretudo fazer política, isto é, formular e executar políticas públicas a partir das orientações e diretrizes políticas aprovadas pelo parlamento, com o objetivo de promover os direitos fundamentais dos cidadãos²⁷. Portanto, a imagem clássica do positivismo oitocentista é anacrônica e não corresponde à realidade da administração pública hodierna, sobrecarregada de encargos regulatórios, de prestação de serviços, de prevenção dos novos riscos tecnológicos e ambientais, etc. De acordo com Jürgen Habermas:

[...] sobrecarregada pelos encargos de regulação, a administração não pode mais se limitar, no quadro de unívocas competências normativas, a dar execução às leis de maneira especializada e normativamente neutra. Segundo o modelo espartocrático, a administração deveria apenas adotar decisões pragmáticas: um ideal ao qual ela jamais pode se ater. Mas na moderna administração “prestadora de serviços”, acumulam-se problemas que requerem, em alguns casos, uma ponderação de bens coletivos, em outros, uma escolha entre finalidades concorrentes, em outros ainda, um juízo normativo sobre casos particulares. Esses problemas, para serem tratados racionalmente, requerem discursos de fundação

27 De acordo com Luhmann: “[...] sería equivocado ver que lo fundamental de la administración política consiste en la aplicación de leyes. Ya no nos encontramos en la situación de la modernidad temprana en la que no existía otra cosa, en la administración local, que tribunales. La obligación de observar la ley por parte de la administración pública, lograda en el siglo XIX es algo indiscutible. Pero esa obligación sólo ofrece la posibilidad de que se recurra al derecho en caso de que surjan dificultades. Y aún análisis actuales que investigan la “implementación” de los programas aprobados jurídicamente, e que se quejan o de los defectos jurídicos correspondientes, o del procedimiento equivocado típicamente burocrático, parten, con frecuencia, del prejuicio de que las leyes deberían ser puestas “en práctica”. El gobierno estatal y la administración son, sin embargo, de arriba a abajo, una organización del sistema político. Este sistema realiza política y no derecho – con la salvedad de que en cualquier momento puede saltar la pregunta de si esto ocurre legal e ilegalmente. Con esta pregunta, la comunicación cambia la aguja del sistema a que hace referencia” (N. Luhmann, *El derecho de la sociedad*, México 2005, p. 497). Poderíamos acrescentar: essa pergunta sobre a legalidade ou ilegalidade de uma decisão política qualquer que “muda a agulha” da comunicação é direcionada principalmente aos órgãos de consultoria jurídica do Estado.

e de aplicação que ultrapassam os confins profissionais de uma cumprimento normativamente neutro de funções²⁸.

A complexidade e multiplicidade das atividades administrativas não se adapta, então, ao modelo teórico da simples execução de leis. Obviamente, isso não quer dizer que a administração não esteja vinculada à lei. A lei é o principal instrumento de programação da administração, mas não é capaz de determinar previamente todas as suas decisões, de apontar sempre e em todos os casos aquilo que ela pode e não pode fazer – assim como não é capaz de regular previamente todas as suas respectivas situações de aplicação, pois as normas devem sempre ser interpretadas, e interpretar também significa criar, construir, produzir alguma coisa nova. Por isso se fala em discricionariedade administrativa, ainda que a administração tenha sempre o dever de observar a lei – na verdade, em uma democracia, esse é um dever de todos²⁹.

Tendo como referência a diferenciação funcional entre direito e política, as organizações da administração pública devem ser descritas como organizações do sistema político, assim como os tribunais são organizações do sistema jurídico³⁰. Implementar políticas públicas

28 J. Habermas, *Fatti e norme: contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano 1996, p. 521 (tradução livre). Ainda segundo Habermas: “[...] lo schema classico della divisione dei poteri diventa sempre meno sostenibile nella misura in cui le leggi perdono la forma di programmi condizionali e assumono quella di programmi finalizzati. Di solito anche queste leggi materializzate si presentano come norme generali, ossia formulate senza “nomi e cognomi” e rivolte a un numero impreciso di destinatari. Tuttavia esse contengono clausole generali e concetti giuridici indeterminati, oppure programmi concreti che, non diversamente dai provvedimenti specifici, lasciano all’amministrazione ampi margini di discrezionalità. Ampliandosi l’intervento attivo dello Stato, la materializzazione di sempre nuovi ambiti giuridici ha progressivamente indotto l’amministrazione a fornire pianificazioni e prestazioni concretamente programmate, esorbitando sempre più dall’implementazione meramente tecnica (e normativamente neutrale) di norme generali e sufficientemente determinate” (J. Habermas, *Fatti e norme: contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano 1996, p. 525-526). O diagnóstico da teoria dos sistemas é mais ou menos o mesmo: “Aquello que desde la perspectiva jurídica aparece como aplicación de la ley, la administración pública lo practica, más bien, como un comportamiento orientado hacia la resolución de problemas. En especial, desde que la administración pública se extendió inmensamente al orientarse hacia las tareas del Estado de bienestar y, más recientemente, hacia las tareas ecológicas, cada vez menos se trata de problemas jurídicos que se presentan bajo la forma de casos, sino de circunstancias sobre las que hay que influir: pureza del agua y del aire; establecimiento de industrias; absentismo escolar y alcoholismo; aligerar e organizar el tráfico” (N. Luhmann, *El derecho de la sociedad*. México 2005, p. 497).

29 Sobre as modificações recentes na teoria do direito administrativo e na ciência da administração, cf. J. Català, *Direito e Gerenciamento nas Administrações Públicas: notas sobre a crise e renovação dos respectivos paradigmas*, in *Revista do Serviço Público*. São Paulo, 1996.

30 O próprio sistema político pode ser dividido em três espaços distintos: o espaço da política em sentido estrito, onde se desenvolvem os conflitos e as conciliações de interesses que resultam na produção das principais decisões de governo (parlamento, órgãos de cúpula do governo, partidos políticos), o espaço da administração, responsável pela execução concreta das decisões produzidas no espaço da política

significa, acima de tudo, contribuir para a formação e a execução das decisões políticas que vinculam a coletividade. Decisões, na maioria dos casos, discricionárias, voltadas à produção de conseqüências futuras e orientadas a partir da fórmula meio/fim, que implicam escolhas entre alternativas diversas e que impõem a avaliação de inúmeros critérios técnicos, políticos e econômicos, além da essencial consideração dos vínculos e limites jurídicos existentes³¹.

Assim como um tribunal, a administração pública também deve interpretar o direito, interpretação que não é nunca mecânica e que requer sempre criatividade e competência no tratamento de regras, princípios e argumentos complexos³². Os objetivos, porém, são diversos. Os juízes interpretam o direito para decidir, em definitivo, quem tem e quem não tem direito em um caso concreto e são, portanto, obrigados – uma vez que, devido à proibição do “non liquet”, “a não decisão não é permitida” – a apresentar e justificar as suas próprias decisões como se fossem as “únicas respostas corretas”, ainda que, obviamente, existam sempre várias formas de ler um texto normativo³³. Já a administração interpreta o direito não simplesmente para executar passivamente a lei, mas, sobretudo, para esclarecer quais são os vínculos jurídicos que delimitam a sua discricionariedade na implementação das políticas

em sentido estrito (organizações burocráticas da administração pública), e o espaço do público, que exerce pressão, participa da formulação e realiza o controle das decisões estatais (associações de classe, movimentos sociais, sociedade civil organizada). Cf. N. Luhmann, *Teoria Política en el Estado de Bienestar*. Madrid 1994. p. 61-66. Sobre a posição dos tribunais no sistema jurídico, cf. N. Luhmann. *El derecho de la sociedad*. México, 2005. p. 359-399.

- 31 Para caracterizar uma decisão como política ou jurídica importa não tanto o órgão que a produziu (parlamentar, administrativo ou judicial) quanto os critérios utilizados na sua formulação. Decisões jurídicas caracterizam-se pela sua programação do tipo condicional: dadas certas circunstâncias, deve-se adotar uma decisão que aponte quem tem e quem não tem direito. Já as decisões políticas são adotadas de acordo com programas teleológicos, que se orientam em direção ao futuro: o importante é identificar os meios que permitam a obtenção dos resultados apontados como desejáveis. Logo, quando as organizações da administração pública funcionam como uma espécie de “tribunal administrativo”, as suas respectivas decisões, assim como as comunicações produzidas acerca da sua formulação e execução, podem ser, a depender da hipótese e dos procedimentos utilizados, de natureza muito mais jurídica do que política.
- 32 De acordo com Habermas: “Accollandosi compiti del legislatore politico e dando esecuzione a programmi da essa stessa stabiliti, l’amministrazione deve decidere in propria gestione molte questione di fondazione e di applicazione normativa. Si tratta di questioni che non sono decidibili in base a criteri di efficienza, ma che richiedono piuttosto un trattamento razionale di ragioni normative” (J. Habermas, *Fatti e norme: contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*. Milano, 1996. p. 517).
- 33 Sobre a função da proibição do “non liquet” (no sentido de uma dupla negação: “a não decisão não é permitida”) em relação ao fechamento operacional do direito e à posição dos tribunais no sistema jurídico, cf. N. Luhmann. *El derecho de la sociedad*. México, 2005. p. 359-399. Sobre a tese da “única resposta correta” como artifício teórico construído para negar a discricionariedade dos juízes na interpretação das normas e “levar os direitos a sério”, cf. R. Dworkin. *Levando os direitos a sério*. São Paulo, 2002.

públicas. Daí a necessidade de “traduzir” os limites produzidos pelo direito a sua liberdade política de escolha. Ou seja, a necessidade de consultoria jurídica.

2 A CONSULTORIA JURÍDICA COMO ATIVIDADE DE “TRADUÇÃO”

[...] toda tradução é somente um modo sempre provisório de lidar com a estranheza das línguas. Outra solução que não temporária e provisória, uma solução instantânea e definitiva dessa estranheza, permanece vetada aos homens ou não é, em todo caso, diretamente perseguível (Walter Benjamin, “Il compito del traduttore”)³⁴.

Traduzir é uma tarefa complexa. Complexa e paradoxal. As línguas nunca são completamente traduzíveis entre si. E, no entanto, é preciso traduzi-las. Cada palavra ou expressão possui uma história própria e específica que é peculiar a sua língua de origem. História nem sempre compartilhada pelas outras línguas nas quais a mesma palavra ou expressão deve ser traduzida. De acordo com Benjamin: “Que uma tradução, por melhor que seja, jamais possa significar alguma coisa para o original é algo bastante evidente. E todavia, ela mantém uma relação íntima com o original em razão da sua traduzibilidade”³⁵.

Essa imagem da tradução é útil como uma espécie de metáfora que nos ajuda a visualizar melhor as funções dos advogados públicos no desempenho das atividades de consultoria jurídica ao Estado. Os advogados devem traduzir a linguagem técnica e especializada típica do direito moderno aos políticos e administradores responsáveis pela tomada de decisões nas organizações da administração pública. Devem fazer com que eles entendam as conseqüências e riscos jurídicos das suas respectivas decisões, assim como devem traduzir em termos jurídicos essas mesmas decisões. Também essa uma tarefa complexa e paradoxal.

Já vimos que direito e política podem ser descritos como sistemas sociais que utilizam linguagens diversas, assim como diferentes critérios de decisão. Linguagens e critérios que devem ser traduzidos no interior da administração, pois a programação jurídica das decisões político-administrativas deve ser compreendida pelos administradores para que seja realmente efetiva. Cabe, então, aos advogados públicos desempenhar essa função.

34 In *Angelus novus. Saggi e frammenti*. Torino, 1995. p. 45 (tradução livre).

35 W. Benjamin. *Il compito del traduttore*, in *Angelus novus. Saggi e frammenti*. Torino, 1995. p. 41.

O principal objetivo dessa tradução é dar sustentação jurídico-constitucional às políticas públicas formuladas e implementadas pelo Estado, como forma de garantir a sua eficiência e legitimidade. Legitimidade no sentido de conferir transparência e publicidade aos critérios jurídicos que orientam as decisões político-administrativas, facilitando, assim, as atividades dos órgãos institucionais de controle e o próprio controle social realizada pela sociedade civil organizada. E eficiência no sentido de contribuir para a obtenção dos objetivos dessas políticas, isto é, a promoção dos direitos fundamentais do cidadão, prevenindo o quanto possível os riscos de conflito com esses mesmos órgãos de controle e a eventual (e sempre prejudicial) anulação das decisões estatais³⁶.

A administração pública é composta de organizações e as organizações são agrupamentos ou sistemas cuja principal função é a tomada de decisões³⁷. De acordo com uma concepção mais tradicional, as decisões representam uma escolha discricionária entre alternativas diversas, em que o conhecimento constitui um elemento fundamental ao permitir uma ponderação racional das conseqüências previsíveis de cada uma das alternativas disponíveis, não obstante todos os limites da racionalidade e da capacidade humana de previsão³⁸. No entanto, as decisões também podem ser descritas, de modo mais abstrato, como eventos complexos, contingentes e paradoxais que produzem diferenças na forma de conectar passado e futuro. De acordo com Luhmann:

O enigma da emergência de decisões a partir de uma espécie de alquimia decisória não é, portanto, esclarecido por meio de conceitos

36 Sobre a função da Advocacia-Geral da União de conferir sustentação jurídico-constitucional à formulação e execução das políticas públicas, cf. R. Vieira Junior, *A advocacia pública federal e a sustentabilidade jurídico-constitucional das políticas públicas: dimensões, obstáculos e oportunidades na atuação da Advocacia-Geral da União*, in J. Guedes e L. Souza (org.), *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte, 2009.

37 De acordo com o conceito clássico formulado pelo teórico da administração Herbert Simon: “[...] il termine *organizzazione* si riferisce al complesso schema di comunicazioni e di altre relazioni che viene a stabilirsi in un gruppo di essere umani. Questo schema fornisce ad ogni appartenente al gruppo buona parte dell’informazione, delle premesse, degli obiettivi e degli atteggiamenti che influenzano le sue decisioni e, allo stesso tempo, crea in lui delle aspettative stabili e ragionevolmente sicure riguardo a ciò che gli altri membri del gruppo stanno compiendo ed al modo in cui essi reagiranno a quanto egli dice o compie. Il sociologo chiama questo schema un “sistema di ruoli”, ma per la maggior parte di noi esso è più familiare sotto il nome di “organizzazione”” (H. Simon, *Il comportamento amministrativo*. Bologna, 1967. p. 14). Sobre as organizações como sistemas autopoieticos que produzem e reproduzem a si mesmas através das próprias operações, isto é, através da contínua tomada de decisões, cf. N. Luhmann, *Organizzazione e decisione*, Milano 2005.

38 Cf. H. Simon. *Il comportamento amministrativo*. Bologna, 1967. p. 43-180.

como escolha ou sujeito; é apenas distribuído entre esses dois conceitos. É necessário, então, indagar se é possível construir um conceito de decisão que evite esse beco sem saída. Queremos tentar relacionando o problema da decisão à dimensão temporal. Toda decisão pressupõe o tempo do mundo, que difere continuamente a distinção entre passado e futuro em um outro, novo presente. Apenas simplificando toscamente pode-se conceber isso como um movimento ou como um processo. Na realidade, trata-se do fato de que cada presente suporta o peso de uma nova descrição do seu passado e de uma nova projeção do seu futuro. O tempo não deixa, porém, muito tempo para isso. Reflexões do tipo podem, então, ser feitas somente de modo altamente seletivo e apenas por motivos particulares. A decisão, por assim dizer, reduplica o problema. Ela fornece um passado relevante *para si mesma*, tendo, assim, necessidade de uma memória que lhe ajude a colher problemas, alternativas e recursos como aspectos do seu presente. Além disso, pode-se chegar a uma decisão somente quando se entende que isso cria uma diferença. O mundo, com base na decisão, aparecerá diverso em relação a como seria caso não fosse preciso decidir. Um elemento constitutivo da decisão é, portanto, a projeção de diferenças. Uma decisão constrói uma conexão entre passado e futuro diversa em relação àquela que, em todo caso, existe no tempo do mundo. Mas tudo isso acontece no mundo, isto é, no tempo do mundo, por exemplo, em um certo momento datável³⁹.

A dimensão temporal, portanto, é o que caracteriza a especificidade de cada decisão. Uma decisão é um evento que acontece no presente. A sua adoção depende, porém, de um lado, de uma descrição do seu passado que exponha esse mesmo passado como uma alternativa sobre a qual se pode decidir no presente, e de outro lado, de uma projeção das diferenças (ou conseqüências) que possivelmente (ou provavelmente) serão produzidas no futuro⁴⁰. No contexto da administração pública, por exemplo, a descrição dos vínculos jurídicos existentes e a projeção das

39 N. Luhmann, *Organizzazione e decisione*. Milano, 2005, p. 115-116 (tradução livre). Ainda segundo Luhmann: "Sembra che alla base della decisione debba essere posto uno schema di contingenza, che limiti anche ciò che deve essere preso in considerazione. Nel presente della decisione il passato mette a disposizione risorse che potrebbero anche essere usate diversamente e, nonostante sia ciò che è, lascia aperte alternative. Anche il futuro, sebbene sia e resti sconosciuto, appare come un orizzonte nel quale possono essere inserite altre possibilità" (N. Luhmann, *Organizzazione e decisione*, Milano 2005, p. 116).

40 Segundo Luhmann: "[...] una decisione, fissando il risultato del suo passato come alternativa, *produce un futuro incerto*. Essa, presentando una pluralità di possibilità come date simultaneamente, *produce non sapere* chiedendosi come andranno le cose. Il non sapere è un necessario complemento della rappresentazione di possibilità. La decisione *produce* quindi anche la *possibilità di disturbare* il decorso che essa stessa ha voluto" (N. Luhmann, *Organizzazione e decisione*. Milano, 2005. p. 138).

possíveis conseqüências jurídicas futuras em relação a algum projeto de decisão delimita o campo das alternativas decisórias disponíveis à administração ao mesmo tempo em que esclarece os eventuais riscos que deverão ser assumidos se se pretende decidir com responsabilidade.

O objetivo da consultoria jurídica é dar consistência jurídica às decisões políticas (no sentido de discricionárias) da administração pública. A responsabilidade pela decisão, no entanto, cabe àquele que deve adotá-la, ao decisor, isto é, ao administrador. Aos órgãos de consultoria jurídica cabe apenas assessorá-lo, traduzindo-lhe o “direito vigente”, em relação às alternativas decisórias disponíveis e às possíveis conseqüências jurídicas das suas decisões. Tudo isso talvez fosse algo relativamente simples se não houvesse um problema, provavelmente o principal problema de toda a atividade de consultoria: direito e política possuem tempos diversos, funcionam de modo operativamente fechado um em relação ao outro, são, portanto, em certa medida, mutuamente “intraduzíveis”. E não obstante tudo isso, para decidir é necessário “traduzi-los”.

As decisões da administração pública são comunicações do sistema político. Comunicações que se dirigem, porém, ao sistema jurídico antes e depois da tomada da decisão. Antes porque a administração precisa observar o sistema jurídico para tentar antecipar como ele reagirá as suas decisões. E depois porque, sendo as decisões mesmas formuladas em termos jurídicos, na forma de atos administrativos, contratos, regulamentos, etc., os seus respectivos efeitos jurídicos também produzem um impacto sobre as decisões futuras que ainda deverão ser adotadas.

Todavia, a resposta do sistema jurídico à decisão administrativa não pode, obviamente, ser controlada pela própria administração. Não obstante todas as eventuais “boas intenções” do administrador, nunca é possível estar totalmente seguro em relação ao modo como a decisão será interpretada (ou “traduzida”) pelos tribunais. Nessa perspectiva, o direito representa uma espécie de “caixa preta” para a política. As suas reações são sempre e, em certa medida, imprevisíveis. Justamente por isso é que se tenta, em todo caso, prevê-las com antecedência, para reduzir ou absorver previamente a incerteza jurídica que circunda a decisão, imunizando e tranqüilizando, assim, a administração acerca das eventuais “surpresas” que o direito poderá produzir no futuro (ações judiciais, requerimentos de informação por parte dos órgãos de controle, condenações à administração, suspensão ou anulação da decisão, etc.)⁴¹.

41 De acordo com Luhmann: “Nada puede cambiar esta no-identidad de los sistemas (...). Esa no-identidad se conserva como estructura de regulación jurídica del sistema del derecho y puede estimular (e irritar) la

Traduzindo para a administração os programas jurídicos que condicionam as suas decisões e tentando antecipar as conseqüências jurídicas dessas mesmas decisões, pode-se dizer que a consultoria jurídica “abre a porta” do sistema do direito para a política. A sua atividade de tradução, não obstante seja direcionada às organizações da administração pública, é uma operação do sistema jurídico⁴². Uma primeira tradução, em termos jurídicos, da decisão político-administrativa. Poderíamos acrescentar: uma tradução que vem acompanhada de uma espécie de “aposta” sobre o fato de que o direito entenderá aquilo que a política quis dizer, ou seja, que o juiz interpretará a decisão e as normas que a condicionam da mesma maneira que a administração⁴³.

No entanto, “que o futuro seja desconhecido é uma condição irrenunciável da própria possibilidade de decidir”⁴⁴. O futuro “nunca começa”, isto é, permanece sempre indeterminado, desconhecido, inalcançável⁴⁵. Em termos jurídicos, isso significa, novamente, que jamais é possível ter certeza sobre a forma com a qual o direito responderá à decisão política: aceitando-a, refutando-a ou, então, solicitando eventuais modificações. O sistema é uma máquina histórica em certa medida imprevisível. Por isso o ideal tradicional de certeza ou segurança jurídica não passa de um mito. A indeterminação estrutural ou “textura aberta” do direito moderno significa exatamente que a

comunicación política y remitirla a una consulta jurídica” (N. Luhmann, *El derecho de la sociedad*, México, 2005. p. 502).

42 Segundo Luhmann: “(...) no se sigue, a partir de la función del sistema político (obtener decisiones que vinculen colectivamente), que la decisión sea legal (o ilegal). Esto se puede examinar con anterioridad y, por lo general, así se examina. Pero este examen preliminar, realizado por juristas, es entonces ya una operación interna del sistema jurídico, independientemente del contexto organizativo e institucional en el cual se efectúe. Es del todo posible pensar que el sistema político decida involuntariamente en contra del derecho o que, como pasa con frecuencia, jurídicamente arriesgue algo: el riesgo es un buen indicador de que se están trascendiendo los límites del sistema” (N. Luhmann, *El derecho de la sociedad*. México, 2005. p. 491). O importante é observar que as comunicações jurídicas são ativadas sempre que surgem debates ou controvérsias sobre os vínculos jurídicos que limitam a discricionariedade da administração pública: “El que la administración estatal esté programada en una forma jurídica de mucho más alcance – sobre todo por la ley del presupuesto – no debe ponerse en duda. Sin embargo el sistema jurídico se accionará activamente tan sólo cuando de ello resulten “cases and controversies”” (N. Luhmann, *El derecho de la sociedad*. México, 2005. p. 486).

43 A situação é a mesma em relação à legislação: “El mecanismo de aceleramiento de la legislación (y siempre: si las leyes se utilizarán o no), depende de que no se sabe, y no se puede saber, qué sucederá con la ley en la praxis del derecho. El legislador, a lo más, tendrá sus propias ideas sobre los “efectos” posibles de la ley; pero éstas son ideas, no informaciones. Aquí priva la premisa esencial de todas las aceleraciones: que el futuro no se puede conocer” (N. Luhmann, *El derecho de la sociedad*. México, 2005. p. 494).

44 N. Luhmann. *Organizzazione e decisione*. Milano, 2005. p. 126 (tradução livre).

45 Cf. N. Luhmann. The future cannot begin. In *The differentiation of society*. New York, 1982.

atividade de interpretação contém sempre um elemento criativo, um elemento de surpresa e imprevisibilidade que impede toda e qualquer previsão segura sobre a forma com a qual as normas serão interpretadas pelos tribunais, sobre o modo com o qual o direito será construído nos casos futuros. Existe apenas uma certeza tautológica de que, no futuro, o direito continuará dizendo o que é e o que não é direito, ou seja, a certeza paradoxal de um incerto tratamento no futuro⁴⁶.

Por serem as decisões eventos que acontecem sempre e necessariamente no presente, tendo como horizonte um futuro desconhecido, a consultoria jurídica, ao tentar traduzir os vínculos jurídicos que condicionam a administração e antecipar as possíveis consequências da decisão em relação ao sistema do direito, contribui para a absorção da incerteza jurídica que circunda todo o procedimento decisório. Uma função paradoxal de tentar antecipar aquilo que não pode ser antecipado, de fornecer certeza sobre aquilo que é sempre incerto, de traduzir algo que não é nunca totalmente traduzível. A calculabilidade jurídica das consequências é sempre limitada. Os advogados públicos podem ser descritos como tradutores, mas certamente não como “astrólogos”. A incerteza pode ser, em certa medida, “domesticada”, mas não completamente eliminada.

Para absorver ou “domesticar” essa incerteza, a consultoria jurídica deve se dirigir ao passado do sistema jurídico. Deve realizar uma espécie de “pesquisa histórica” no sistema para descobrir (ou “selecionar”) as possibilidades decisórias que estão “escondidas” nas suas “fontes”. Isto é, deve buscar nas leis, nos precedentes judiciais e nas opiniões dos especialistas (doutrina) uma forma de “traduzir o direito” que apresente à administração diversas possibilidades de decisão e de avaliação das suas respectivas consequências. Se uma regra qualquer em matéria ambiental já foi julgada ilegal por um tribunal, o advogado pode sugerir, por exemplo, que a mesma regra ou uma regra similar seja, então, introduzida em um projeto de lei, e não em um regulamento, com o objetivo de evitar uma nova sentença desfavorável. Logo, além de prestar assistência na absorção da incerteza, a consultoria jurídica também produz um enriquecimento jurídico da “memória decisória”, oferecendo diversas possibilidades

46 Essa “incerteza jurídica” também pode ser descrita como um resultado da positivação do direito moderno, isto é, o fato de que o direito positivo da sociedade moderna é um direito contingente, artificial, modificável. Cf. N. Luhmann, *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro, 1985.

de escolha à administração e contribuindo, assim, para a uma tomada de decisão mais inteligente e responsável⁴⁷.

Pode-se, então, compreender toda a importância geralmente dada aos pareceres jurídicos e a todo o procedimento de argumentação neles condensado. Em relação à atividade decisória, a argumentação jurídica pode ser descrita como uma operação que se realiza a partir da distinção entre redundância e variedade⁴⁸. De um lado, a argumentação diminui a surpresa da decisão ao fornecer-lhe justificativas prévias capazes de conectá-la a outras decisões já adotadas no passado, a alternativas já provadas precedentemente e que podem, portanto, ser reiteradas sem qualquer temor acerca das conseqüências. De outro lado, pode oferecer também os fundamentos para a adoção de uma decisão diversa e inovadora, cujas conseqüências não são totalmente claras, ainda que possam ser parcialmente antecipadas a partir de comparações com situações similares.

Entre repetição e inovação, redundância e variedade, existe sempre um risco, um risco que gera temor e ao mesmo tempo exige responsabilidade. Por ser o futuro desconhecido, a tomada de uma decisão inovadora ou inédita apresenta, obviamente, um nível de risco mais elevado em relação a uma decisão que não foge aos modelos e aos padrões aos quais já se está habituado. A criatividade também tem o seu custo. O ônus argumentativo é muito maior, as justificativas devem ser mais complexas e aprofundadas, os efeitos da decisão atual nas decisões futuras devem ser sopesados com maior prudência e atenção⁴⁹. Os

47 De acordo com Luhmann: “[...] l’essere sconosciuto del futuro non può essere cambiato. In questo senso non fa differenza il modo in cui il sapere è distribuito socialmente e se qualcuno dispone di un sapere migliore rispetto ad altri. Anche la ricerca di ulteriori informazioni concerne sempre solo il passato. In quanto a ciò, la diffusa concezione per cui con più informazione si può cogliere meglio il futuro deve essere corretta. L’incertezza, che viene aumentata dalle informazioni, non è incertezza del futuro, ma incertezza della scelta in un ambito selettivo. Certamente un decisore con una memoria arricchita può vedere più possibilità, utilizzare schemi più differenziati e, per usare una formula un po’ fuori moda, decidere in modo più furbo. In questo, e solo in questo, sta il vantaggio della conoscenza ambientale e della consulenza. Ma questo significa solo che il decisore dispone di strutture più complesse che differenziano, ma non eliminano, la non conoscenza del futuro: egli dispone di schematismi, scripts, cognitive maps, implicit theories, tutti concetti che ricorrono alla memoria e non al futuro” (N. Luhmann. *Organizzazione e decisione*. Milano, 2005, p. 138).

48 Cf. N. Luhmann, *El derecho de la sociedad*, México 2005, p. 401-471; e N. Luhmann. *Legal Argumentation: an analysis of its form*, in *The Modern Law Review*. London, 1995.

49 Segundo Luhmann: “[...] sono rilevanti le decisioni passate che siano state accettate senza reclami, cioè quelle che possono supporre di essere accettate. Chi devia deve sopportare il rischio della novità, deve argomentare, ha l’onere della prova. In modo corrispondente, il futuro viene tirato in causa dal punto di vista degli effetti che avranno i precedenti. Il decisore e colui che accetta la decisione devono anche pensare che in futuro casi simili saranno trattati secondo lo stesso modello, o, almeno, che con la decisione

advogados podem sempre tentar fornecer argumentos que justifiquem a decisão e indiquem os seus respectivos riscos, mas a disposição de assumir ou não o risco e a conseqüente responsabilidade cabe sempre ao decisor, isto é, aos políticos e administradores, nunca aos próprios advogados – a decisão, em todo caso, é sempre uma decisão política, e não jurídica⁵⁰.

Os argumentos favoráveis que justificam a decisão e tentam antecipar as suas possíveis conseqüências são, porém, como a própria decisão, argumentos contingentes, produzidos antes da sua adoção, que podem ser criticados e refutados no futuro, quando a decisão já não poderá mais ser desfeita, mas somente modificada através de uma outra decisão. Por isso, em quase todos os processos decisórios, existe sempre uma espécie de “medo” de decidir, relacionado à incerteza sobre a forma como a decisão será controlada no futuro. De acordo com Luhmann:

[...] observa-se a alternativa que é fixada pela decisão de modo diverso se tomamos como referência o tempo antes da decisão ou o tempo depois da decisão. [...] no momento em que é adotada, a decisão modifica a *forma da contingência*. Antes da decisão, a contingência é aberta, é possível a escolha de cada uma das possibilidades. Depois da decisão, a contingência é fechada, não é mais possível uma outra decisão, mas, quando muito, uma correção através de uma nova decisão. Mas a alternativa, e com ela a contingência, continuam sendo mantidas. Elas não são canceladas através da decisão, assim como também não são transformadas em uma outra modalidade do necessário ou do impossível. De outro modo não seria possível criticar as decisões ou arrepender-se por tê-las adotado, nem torná-las objeto de reprovação, muito menos tema de responsabilidade. [...] Apenas assim pode-se explicar o fato de que se tenha medo das decisões, de que se evite o risco, porque se deve ter sempre em

incombente si stabilizza un'aspettativa in questo senso" (N. Luhmann, *Organizzazione e decisione*. Milano, 2005. p. 143). Sobre a avaliação das conseqüências jurídicas da decisão na forma do precedente, isto é, em relação ao impacto da decisão atual nas decisões futuras, e sobre a argumentação conseqüencialista em geral, cf. N. McCormick. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo, 2006. p. 127-195; N. McCormick, *On legal decisions and their consequences: from Dewey to Dworkin*, in *New York University Law Review*. New York, 1983; e N. Luhmann. *El derecho de la sociedad*. México, 2005. p. 441-448.

50 Segundo Luhmann: "Puede ser, y es el caso más frecuente, que las cuestiones de derecho delimiten el marco de lo políticamente posible y que al ser tocados estos límites se requiera de ayuda jurídica para la argumentación y para la decisión. Pero entonces sigue siendo una cuestión política el riesgo jurídico que se esté dispuesto a enfrentar" (N. Luhmann. *El derecho de la sociedad*. México, 2005. p. 498-499).

vista a possibilidade de uma posterior modificação na avaliação e até mesmo nos critérios de avaliação⁵¹.

O risco representa, então, uma forma de observar a decisão em relação ao seu futuro incerto, uma forma de racionalizar o medo de decidir por meio da tentativa de antecipar as suas eventuais conseqüências negativas⁵². Todas as decisões políticas devem ser confrontados com o problema da sua incerteza jurídica futura. Por isso os políticos e administradores têm necessidade de consultoria jurídica, para construir os argumentos com os quais possam sustentar juridicamente a decisão e para se anteciparem aos seus eventuais efeitos negativos (ações judiciais, anulação da decisão, formação de precedentes decisórios inconvenientes, etc.). Apenas estando consciente dos riscos é que se podem assumir as conseqüências da decisão. Somente observando a incerteza sobre o futuro na forma do risco é que se pode racionalizar o eventual medo de decidir. Enfim, somente assim é que se pode decidir com responsabilidade⁵³.

Por isso os políticos e administradores dão tanta importância aos pareceres produzidos pelos órgãos de consultoria jurídica – uma importância talvez superestimada. Os pareceres cumprem uma função re-asseguradora e tranquilizadora da atividade política. Contribuem para a absorção da incerteza jurídica da decisão, “imunizando-a”, em certa medida, ao fornecer-lhe argumentos e justificativas jurídicas preliminares que possam ser, posteriormente, reativados nos tribunais caso seja necessário defender a decisão em juízo. São utilizados, então, como uma espécie de “escudo” pelo decisor, como algo que se supõe capaz de protegê-lo da crítica e do controle inerente a toda e qualquer assunção política de responsabilidade no contexto de um regime democrático.

51 N. Luhmann. *Organizzazione e decisione*. Milano 2005, p. 140-141 (tradução livre).

52 De acordo com Luhmann: “Anche nell’osservazione e nella descrizione di decisioni non si può raggiungere alcuna certezza. Proprio questo si intende con il concetto di rischio. I rischi non hanno un luogo ontologico nel mondo; a differenza del concetto di pericolo, il concetto di rischio indica una forma di osservazione di decisioni” (N. Luhmann. *Organizzazione e decisione*. Milano, 2005. p. 139-140). Sobre a figura do risco como forma de observação do futuro e de racionalização do medo em relação à incerteza sobre o futuro, isto é, uma forma de construir vínculos com o futuro, cf. N. Luhmann, *Risk: a sociological theory*, New Brunswick, 2005; e R. De Giorgi. *Direito, democrazia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre, 1998.

53 De acordo com Luhmann: “Se tutto ciò che accade deve assumere la forma della decisione e se le decisioni possono essere prese sempre solo nel momento attuale, sempre solo nel presente, per quanto concerne il tempo bisogna fare i conti con questa incertezza. Le decisioni sono possibili solo perché il futuro è indeterminato, cioè anche sconosciuto. In questo consiste, appunto, ciò che normalmente si chiama responsabilità” (N. Luhmann. *Organizzazione e decisione*. Milano, 2005. p. 120).

Todavia, expondo os eventuais riscos da decisão, os pareceres funcionam (ou, ao menos, deveriam funcionar) também como um instrumento capaz de conferir publicidade e transparência aos critérios jurídicos que orientam as decisões político-administrativas, facilitando, assim, a salutar crítica democrática às decisões estatais e o seu necessário controle institucional. Já que estava consciente dos riscos e, mesmo assim, decidiu assumir a respectiva responsabilidade, o decisor deve naturalmente prestar contas à opinião pública e aos órgãos de controle.

Logo, a “tarefa do decisor” é, também ela, uma tarefa árdua. Ainda mais árdua se o seu suposto “tradutor”, ao invés de assessorá-lo e ajudá-lo, supõe que deve, também ele, controlá-lo. Os advogados são úteis principalmente para defender e assessorar, não para controlar. Por isso é que se chamam advogados, e não fiscais ou controladores. A desconfiança e o preconceito generalizados contra a atividade política do decisor pode, porém, misturar e confundir um pouco essas funções diversas. É necessário, então, olhar a política sem preconceitos.

3 SOBRE A NECESSIDADE DE OLHAR A POLÍTICA SEM PRECONCEITOS

Após a queda do muro de Berlim e a expansão global e hegemônica do modelo da economia de mercado, parece que a política moderna perdeu um pouco os rumos. De acordo com Habermas:

Diante dos desafios radicais de uma limitação ecológica do crescimento econômico e de um crescente desvario nas relações norte/sul; diante da tarefa, historicamente excepcional, de reverter aos mecanismos de um sistema econômico diferenciado os países ex-socialistas; sob a pressão de fluxos migratórios provenientes dos países empobrecidos do sul e agora também do leste; diante dos riscos de novas guerras étnicas, nacionais e religiosas, de conflitos atômicos e de lutas internacionais pela distribuição de recursos: diante desse pano de fundo aterrorizante, a política das sociedades ocidentais constituídas como Estados democráticos de direito parece ter perdido orientação e discernimento. Por trás da retórica domina a renúncia⁵⁴.

54 J. Habermas. *Fatti e norme: contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*. Milano, 1996. p. 7 (tradução livre). Segundo a perspectiva “apocalíptica” ou “messiânica” em relação às modernas sociedades ocidentais desenvolvida por Giorgio Agamben: “La politica contemporanea è questo esperimento devastante, che disarticola e svuota su tutto il pianeta istituzioni e credenze, ideologie e religioni, identità e comunità, per tornare poi a riproporne la forma definitivamente nullificata” (G. Abamgen. *Mezzi senza fine: note sulla politica*. Torino, 1996. p. 88).

A globalização dos mercados, a aceleração dos fluxos migratórios, os novos riscos tecnológicos e ambientais, a emergência ou renascimento de conflitos étnicos e religiosos representam, portanto, desafios à política contemporânea, desafios que não podem ser confrontados unicamente a nível dos tradicionais Estados-nação, mas que requerem uma articulação política dos problemas a nível global⁵⁵.

Esse diagnóstico de crise da política ou despolitização da sociedade moderna sinaliza um fenômeno que pode reforçar, em certa medida, uma tendência usual de desconfiança em relação aos políticos e à atividade política em geral, tendência comumente cultivada pelos representantes da burocracia estatal. O argumento tipicamente tecnocrático da parcialidade da atividade política tradicional e da sua falta de compromisso com a avaliação neutra dos interesses públicos parece ser reforçado no contexto contemporâneo de incapacidade dos Estados-nação de gerirem por conta própria os novos e inéditos problemas de uma sociedade globalizada.

No contexto brasileiro, é provável que a desconfiança e o preconceito generalizados contra a política representem, ao mesmo tempo, uma causa e um efeito do modelo da consultoria jurídica como atividade de controle. Uma espécie de círculo vicioso. De um lado, os prejuízos contra a política, isto é, a redução da atividade política a uma disputa mesquinha por posições de poder e influência entre partidos e facções, faz parecer natural a necessidade de controlar excessivamente os políticos e administradores por todos os lados, pois são eles os responsáveis pela tomada de decisões políticas na administração pública. E de outro lado, essa suposta necessidade de um controle burocrático excessivo sobre a política dá origem a desconfianças e hierarquias entre supostos controladores e controlados, desconfianças e hierarquias que apenas reforçam os estereótipos dos burocratas ou tecnocratas neutros e imparciais e dos políticos e decisores em geral parciais e sem compromisso sólido e estável com os interesses públicos.

Contudo, órgãos de consultoria jurídica e órgãos de gestão, responsáveis pela tomada das decisões político-administrativas, são ambos parte da mesma administração, o que significa que deveriam atuar de forma conjunta e coordenada, em regime de mútua colaboração, e não de modo contrastante, como se um devesse

⁵⁵ Sobre a necessidade de repensar a política e o direito modernos no contexto da globalização, cf. G. Marramao. *Passaggio a occidente: filosofia e globalizzazione*. Torino, 2009.

controlar as atividades do outro em uma posição de superioridade ou supremacia⁵⁶.

A Advocacia de Estado é geralmente descrita como um órgão técnico (ou técnico-jurídico), de caráter não político. E esse caráter não político é considerado essencial para assegurar-lhe a necessária autonomia na tutela do interesse público⁵⁷. A autonomia técnica e a relativa independência política são, no entanto, características de todos os órgãos burocráticos da administração pública, e não apenas dos seus órgãos de assistência jurídica. Todos os órgãos, sejam eles jurídicos ou de gestão, devem sempre procurar realizar com imparcialidade os interesses públicos da sociedade como um todo. Por isso é que a função da Advocacia de Estado não deve ser identificada com uma atividade de fiscalização da legalidade dos atos administrativos, como se se tratasse de um órgão superior de controle interno da administração.

Mais uma vez devemos insistir nesse ponto: consultoria jurídica não é controle, os advogados públicos não são fiscais ou controladores. Como já foi visto, eles podem ser melhor descritos como “tradutores”, como aqueles que devem traduzir aos políticos e administradores os vínculos jurídicos que condicionam o poder discricionário da administração. Se por acaso existe algo relacionado ao controle na sua atividade, seria unicamente a possibilidade que detêm os advogados de assessorar juridicamente no processo de autocontrole da administração pública. Um controle, porém, realizado pela própria administração, com o objetivo de corrigir e fiscalizar as suas próprias

56 Sobre os conflitos que ocorrem frequentemente entre as unidades de uma mesma organização em razão da maior identificação dos seus membros com a unidade à qual pertencem do que com a própria organização em geral, cf. H. Simon. *Il comportamento amministrativo*. Bologna, 1967. p. 58-60.

57 Segundo o ex-Advogado-Geral do Estado italiano Oscar Fiumara: “L’Avvocatura è un organo essenzialmente tecnico, assolutamente non politico, di rappresentanza e difesa dello Stato in giudizio, cioè del Governo, quindi esamina qualsiasi vertenza, qualsiasi problema da un punto di vista esclusivamente tecnico-giuridico. Proprio in virtù di tale metodo l’Avvocatura dello Stato, pur essendo incardinata nella Presidenza del Consiglio dei ministri, opera in piena autonomia al fine di apprestare la migliore tutela dell’interesse pubblico e collabora con tutti i poteri” (entrevista concedida ao periódico mensal “Specchio Economico”, publicada em março de 2009 e disponível para consulta no sítio eletrônico da rede mundial de computadores: <<http://www.avvocaturastato.it/files/file/FIUMARA.pdf>>). No contexto brasileiro, fala-se frequentemente de independência ou autonomia funcional da Advocacia de Estado em relação ao poder executivo para defender a mesma idéia de autonomia na tutela do interesse público. Cf. J. Guedes e L. Souza (org.), *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte, 2009. p. 87-127.

atividades, situação na qual o assessoramento jurídico dos advogados públicos é sempre indispensável⁵⁸.

Ainda que o risco de corrupção e de descumprimento consciente e de má-fé das normas esteja, infelizmente, sempre presente em todos os órgãos estatais – poderíamos acrescentar: em toda a sociedade – os políticos e decisores em geral não podem ser tratados *a priori* com preconceito e desconfiança. A corrupção funciona (ou, ao menos, deveria funcionar), obviamente, como um limite: diante de uma fundada suspeita de corrupção, os advogados públicos têm o dever funcional de acionar os órgãos de controle competentes para que sejam adotadas as medidas cabíveis, direcionadas a evitar ou, então, reparar eventuais danos ao patrimônio público. Trata-se, porém, de uma dever que não cabe apenas aos advogados, mas sim a todos os funcionários públicos – na verdade, a todos os cidadãos⁵⁹.

E novamente: isso não significa que a consultoria jurídica se assemelhe a uma atividade de controle. Ressalvado sempre o dever irrenunciável de prevenir e combater a corrupção, a função da consultoria jurídica é fornecer argumentos e justificativas que dêem sustentação jurídica às decisões político-administrativas e que permitam uma avaliação prévia dos seus respectivos riscos e consequências jurídicas. Argumentos e justificativas que devem ser disponibilizados de modo

58 No contexto italiano, por exemplo, não se fala jamais da Advocacia de Estado como um órgão de controle da administração pública. A sua função é descrita, sobretudo, como uma “função judicial” (“*funzione giustiziale*”): “Nell’esercizio del suo potere di “persuasione” l’Avvocatura esercita una funzione che non è né amministrativa né di giustizia, ma giustiziale, quasi di raccordo tra le due, dovendo da un lato, in sede di consulenza, indirizzare l’azione pubblica istituzionale verso l’osservanza della legalità, e dall’altro lato, in sede giudiziaria sostenere le ragioni di legalità dell’operato amministrativo a tutela degli interessi pubblici generali coinvolti nel giudizio” (G. Manzari, *Avvocatura dello Stato*, in R. Sacco (org.), *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Torino 1987, p. 113). Os pareceres produzidos pela Advocacia de Estado italiana, porém, não vinculam necessariamente a atividade da administração pública: “È fatta salva la possibilità per l’amministrazione consultante di disattendere il parere reso dall’Avvocatura dello Stato, sia esso facoltativo od obbligatorio, fermo restando che per pacifico riconoscimento anche giurisprudenziale l’orientamento contrario a quello espresso dall’organo legale consultivo impegna in modo particolare l’ente sul piano motivazionale, richiedendosi adeguata giustificazione del dissenso nell’atto amministrativo conclusivo del procedimento ausiliato” (entrevista concedida ao periódico mensal “Specchio Economico”, publicada em março de 2009 e disponível para consulta no sítio eletrônico da rede mundial de computadores: <<http://www.avvocaturastato.it/files/file/FIUMARA.pdf>>). Sobre o suposto caráter vinculante de alguns dos pareceres produzidos pela Advocacia de Estado brasileira, sobretudo em matéria de licitação e contratos, e sobre a responsabilidade do advogado público em relação às consequências das decisões orientadas a partir desses pareceres, cf. J. Guedes e L. Souza (org.), *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte, 2009, p. 139-164.

59 Sobre a atuação da Advocacia-Geral da União na defesa do patrimônio público em juízo através da recuperação de ativos públicos e da punição de funcionários corruptos, cf. J. Guedes e L. Souza (org.), *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte, 2009, p. 485-499.

público e transparente e que possam, posteriormente, ser utilizados para defender essas mesmas decisões diante dos órgãos de controle (tribunais, comissões parlamentares, cortes de contas, etc.). O debate institucional sobre argumentos e teses jurídicas diversas entre as organizações da administração pública e os órgãos de controle, desde que realizado com publicidade, transparência e responsabilidade, é extremamente salutar à democracia, e não algo em relação ao qual se deveria ter qualquer tipo de medo ou temor. Por isso é importante olhar a política sem preconceitos, assessorar os políticos e administradores sem desconfianças *a priori*, traduzir para eles o “direito vigente” sem nenhum tipo de sentimento corporativista de superioridade.

A importância da atividade tipicamente política e a complementariedade entre política e administração burocrática, entre políticos de profissão e funcionários administrativos, já era teorizada pela sociologia política weberiana. Os políticos são legitimados a exercer a condução política do Estado e a assumir a responsabilidade pela tomada das principais decisões estatais. Já os funcionários administrativos possuem a preparação e a especialização técnica e profissional necessária à implementação impessoal dessas decisões e ao assessoramento técnico-burocrático essencial à sua formulação. Trata-se, no entanto, de dois papéis diferentes e complementares, que não devem ser confundidos ou misturados⁶⁰.

A Advocacia de Estado deve, então, desempenhar as suas funções de consultoria jurídica à administração consciente da importância e do impacto dessa atividade na qualidade das políticas públicas formuladas e executadas pelo Estado. Ou seja, deve compreender o sentido especificamente “político” da sua própria atividade, um sentido positivo, não necessariamente relacionado às usuais disputas por poder e influência que caracterizam todos os regimes políticos, mas sim de colaboração e comprometimento na implementação das políticas públicas e na realização dos seus objetivos. Deve, portanto, olhar a atividade político-administrativa na qual está necessariamente envolvida sem preconceitos.

60 Cf. M. Weber, *La politica come professione*, Torino 2004, p. 72-74. De acordo com Weber: “[...] la burocrazia ha fallito completamente dove è stata investita di questione politiche. [...] Infatti nelle condizioni moderne l’istruzione specializzata costituisce il presupposto indispensabile per la conoscenza dei mezzi tecnici necessari per il raggiungimento di fini politici. Ma stabilire fini politici non è un compito tecnico, e il funzionario specializzato non deve, semplicemente in quanto tale, determinare la politica” (M. Weber, *Economia e Società. Vol. IV., Sociologia Politica*. Milano, 1999. p. 533-535).

4 CONCLUSÃO

“Mas treinador, você já combinou tudo isso aí com os russos?” (Garrincha).

Um pouco antes do último jogo da fase classificatória da copa do mundo de 1958, contra a ex-União Soviética, o treinador brasileiro Vicente Feola estava explicando aos seus jogadores como eles deveriam se comportar durante a partida, qual esquema tático deveriam seguir, o que deveriam fazer em campo. Para isso possuía vários desenhos e tabelas que resumiam as diversas posições que os jogadores brasileiros deveriam ocupar em relação às posições que eventualmente viessem a ocupar os jogadores da seleção soviética. Um exercício genuíno de previsão sobre o que iriam fazer os soviéticos e de antecipação das medidas a serem adotadas pela seleção brasileira. Ao final da preleção, Garrincha, bastante conhecido não somente pela sua incrível habilidade e pelos seus dribles desconcertantes, mas também pelo seu grande senso de humor, levantou a mão e perguntou: “Mas treinador, você já combinou tudo isso aí com os russos?”. O Brasil venceu o jogo por dois a zero e depois foi campeão do mundo pela primeira vez na sua história. Garrincha e Pelé – que, na época, tinha apenas dezessete anos – foram considerados os melhores jogadores da copa. Nessa partida específica contra a ex-União Soviética, a cena dos soviéticos quase caindo no chão por causa dos dribles e fintas de Garrincha entrou definitivamente para a história do futebol mundial⁶¹.

Após ler com atenção um parecer produzido por um órgão de consultoria jurídica sobre uma questão de grande relevo, o político ou administrador poderia talvez perguntar ao advogado que o redigiu: “Mas olha só, em relação a todos esses argumentos, você já entrou de acordo com os juízes, com os órgãos de controle, com as comissões parlamentares que certamente irão me pedir informações e justificativas?”. A resposta é, obviamente, “não”. Sobre essas coisas não se fazem acordos. Por isso toda a atividade de consultoria jurídica não deixa de ser um pouco “esquizofrênica”. Não obstante todos os argumentos, justificativas e tentativas de antecipação das possíveis conseqüências, a realidade futura do sistema jurídico permanece sempre desconhecida.

Pudemos ver como as concepções clássicas sobre a interpretação jurídica e sobre o princípio da legalidade derivadas do positivismo jurídico oitocentescos, e que ainda hoje se fazem presentes na prática

61 Agradeço novamente ao amigo Renato Bigliuzzi por ter-me sugerido esse “exemplo futebolístico”.

forense e administrativa e na dogmática jurídica tradicional, representam um obstáculo a uma compreensão adequada das atividades de consultoria jurídica. A interpretação é a operação central do sistema jurídico, uma operação complexa e criativa, jamais mecânica. Operação cotidianamente desempenhada pela administração pública no cumprimento da sua função de implementar as políticas públicas necessárias à promoção dos direitos fundamentais dos cidadãos. Uma função que somente através de uma redução grosseira e anacrônica pode ainda ser descrita como simples “execução de leis”.

Na formulação e execução das políticas públicas, as atividades de consultoria jurídica desempenham um papel fundamental no esclarecimento dos vínculos jurídicos que delimitam a discricionariedade dos políticos e administradores, oferecendo-lhes a oportunidade de analisar com antecedência as diversas possibilidades de escolha disponíveis e os possíveis riscos e conseqüências jurídicas das suas decisões. Por isso a consultoria jurídica pode ser descrita como uma atividade de tradução entre direito e política, uma atividade essencial à democratização das decisões político-administrativas. Traduzindo o “direito vigente” e conferindo publicidade e transparência aos critérios jurídicos que orientam as decisões estatais, ela facilita os seus respectivos controles institucional e social ao mesmo tempo em que contribui para uma tomada de decisões mais inteligente e responsável.

Essa metáfora da tradução também é útil para confutar o modelo da consultoria jurídica como atividade de controle, modelo que, infelizmente, vem se afirmando aos poucos no contexto da Advocacia de Estado brasileira. Trata-se, na nossa visão, de um modelo equivocado e distorcido, que, além de misturar e confundir os diferentes papéis dos advogados públicos e dos órgãos de controle, normalmente também vem acompanhado de um olhar permeado de desconfiança em relação à atividade política. É necessário, então, que os advogados compreendam a importância “política” da própria consultoria, ou seja, o seu impacto na qualidade das políticas públicas implementadas pelo Estado, e se comprometam realmente na obtenção dos seus resultados. É necessário, enfim, que olhem a política sem preconceitos.

No Brasil, os órgãos de controle (tribunais, ministério público, cortes de contas) já criaram uma identidade própria. As suas atividades são, sem sombra de dúvidas, essenciais à democratização do Estado, ainda que ocasionalmente (ou freqüentemente) surjam problemas, conflitos e discussões polêmicas em relação a um suposto excesso de controle que

“sufocaria”, em certa medida, a administração pública, criando supostos obstáculos a sua capacidade de ação e inovação. Esses são conflitos comuns em todos os regimes democráticos, no sentido de que fazem parte da própria democracia, feita muito mais de dissensos e disputas do que de consensos e harmonias artificialmente (ou autoritariamente) produzidos. O papel da Advocacia de Estado como órgão de consultoria jurídica da administração funciona (ou, ao menos, deveria funcionar), então, como uma espécie de compensação ou contrapeso, no sentido de tornar possível o diálogo (por vezes conflituoso) entre a administração e os órgãos de controle – poderíamos talvez dizer: entre política e direito. Se todos têm o direito de serem defendidos e assessorados por um advogado, por que não o teria também o Estado, que representa a união política de todos os cidadãos?

A Advocacia-Geral da União é uma instituição relativamente jovem. Jovem e promissora. Se nos afastamos um pouco do perfil dos órgãos de controle – do Ministério Público, principalmente – podemos ver que há ainda muito espaço para ser preenchido. Os advogados públicos, como bons “advogados”, poderiam aproveitar melhor todo esse espaço.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Mezzi senza fine*: note sulla politica. Torino: Bollati Boringhieri. 1996.

_____. *Il Regno e la Gloria*: per una genealogia teologica dell'economia e del governo. *Homo sacer*, II, 2. Vicenza: Neri Posa, 2007.

_____. *Stato di eccezione. Homo sacer*. II, 1. Torino: Bollati Boringhieri, 2003.

ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Revista Doxa*, n. 5, p. 139-151, 1988.

ALPA, Guido. *L'avvocato*: i nuovi volti della professione forense nell'età della globalizzazione. Bologna: Il Mulino, 2005.

ARAUJO PINTO, Cristiano Otávio Paixão. Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (org.). *O novo direito administrativo brasileiro*: o Estado, as agências e o terceiro setor. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

- BARALDI, Cláudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena. *Luhmann in Glossario: i concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali*. Milano: Franco Angeli, 1996.
- BENJAMIN, Walter. Il compito del traduttore. In: *Angelus novus. Saggi e frammenti*. Torino: Einaudi, 1995.
- BOBBIO, Norberto. *Il positivismo giuridico: lezioni di filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli, 1996.
- BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CARAMAZZA, Ignazio Francesco. *Consulenza e difesa dello Stato in giudizio: il sistema italiano*. Relazione presentata al convegno “Jornadas sobre la ley de asistencia jurídica al Estado e instituciones publicas”, tenutosi a Madrid il 25 e 26 marzo 1998.
- CASSESE, Sabino. *Le basi del diritto amministrativo*. Milano: Garzanti, 2000.
- _____. *Il mondo nuovo del diritto: un giurista e il suo tempo*. Bologna: Il Mulino, 2008.
- _____. *Lo spazio giuridico globale*. Roma-Bari: Laterza, 2003.
- CATALÁ, Joan Prats i. Direito e Gerenciamento nas Administrações Públicas: notas sobre a crise e renovação dos respectivos paradigmas. In: *Revista do Serviço Público*, São Paulo, v. 120, n. 2, p. 23-46, 1996.
- CHIASSONI, Pierluigi. L'ineluttabile scetticismo della “scuola genovese”. In: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (org.). *Analisi e diritto 1998. Ricerche di giurisprudenza analitica*. Torino: Giappichelli, 1999.
- DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GUASTINI, Riccardo. *Nuovi studi sull'interpretazione*. Roma: Aracne, 2008.

GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (org.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

HABERMAS, Jürgen. *Fatti e norme: contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*. Milano: Guerini e Associati, 1996.

HART, Herbert. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LA TORRE, Massimo. *Il giudice, l'avvocato e il concetto di diritto*. Soveria Mannelli: Rubbettino, 2002.

LUHMANN, Niklas. La costituzione come acquisizione evolutiva. In: LUTHER, Jörg; PORTINARO, Pier Paolo; ZAGREBELSKY, Gustavo (org.). *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1996.

_____. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2005.

_____. The future cannot begin. In: *The differentiation of society*. New York: Columbia University Press, 1982.

_____. *Introducción a la teoría de sistemas*. Publicado por Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 1996.

_____. Legal Argumentation: an analysis of its form. In: *The Modern Law Review*, London, v. 58, n. 3, p. 285-298, 1995.

_____. *Organizzazione e decisione*. Milano: Mondadori, 2005.

_____. *Risk: a sociological theory*. New Brunswick: Aldine Transaction, 2005.

_____. *Sociologia do direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

_____. *Teoría política en el Estado de bienestar*. Madrid: Alianza, 1994.

_____. The third question: the creative use of paradox in law and legal history. *Journal of Law and Society*, Cardiff, vol. 15, n. 2, p. 153-165, 1988.

- LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. Milano: Franco Angeli, 1994.
- MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- _____. On legal decisions and their consequences: from Dewey to Dworkin. In: *New York University Law Review*, New York, v. 58, n. 2, p. 239-258, 1983.
- MACEDO, Rommel. *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2008.
- MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Interpretando o direito como um paradoxo: observações sobre o giro hermenêutico da ciência jurídica. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). *Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. O paradoxo da soberania popular: o reentrar da exclusão na inclusão. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 361-369, 1998.
- MANZARI, Giuseppe. *Avvocatura dello Stato*. In: SACCO, Rodolfo (org.). *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1987.
- MARRAMAO, Giacomo. *Passaggio a occidente: filosofia e globalizzazione*. Torino: Bollati Boringhieri, 2009.
- ROSENFELD, Michel. The rule of law and the legitimacy of constitutional democracy. In: *Southern California Law Review*, Los Angeles, v. 74, p. 1307-1351, 2001.
- SIMON, Henrique. *Direito, hermenêutica e filosofia da linguagem: o problema do decisionismo em Hans Kelsen e Herbert Hart*. Argvmentvm: Belo Horizonte, 2006.
- SIMON, Herbert. *Il comportamento amministrativo*. Bologna: Il Mulino, 1967.
- TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1976.

VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araujo. A advocacia pública federal e a sustentabilidade jurídico-constitucional das políticas públicas: dimensões, obstáculos e oportunidades na atuação da Advocacia-Geral da União. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (org.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

WEBER, Max. *Economia e Società*. vol. IV. Sociologia Politica. Milano: Edizioni di Comunità, 1999.

_____. *La politica come professione*. Torino: Einaudi, 2004.

O LIMITE DE PARTICIPAÇÃO DO CAPITAL ESTRANGEIRO NO SETOR DE TRANSPORTE AÉREO BRASILEIRO – ASPECTOS REGULATÓRIOS

***FOREIGN CAPITAL LIMITATION IN THE AIR
TRANSPORT MARKET - REGULATORY ASPECTS***

Alessandra Japiassú Maia

*Procuradora Federal, pós-graduada em Direito Público pela ESAP da FGV
e graduada em direito pela UERJ*

Sérgio L. B. F. Reis

*Especialista em Regulação da Agência Nacional do Cinema – ANCINE,
mestre em direito pela Universidade Cândido Mendes e graduado em direito pela UERJ*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Estado e o Setor Aéreo; 2 O Cenário do Setor Aéreo Brasileiro; 3 Barreiras à Entrada; 4 Limitações ao Capital Estrangeiro; 5 Efetividade e Concorrência; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este artigo analisa a limitação legal ao capital estrangeiro nas companhias aéreas brasileiras. Esta limitação tem origem em outro período econômico em que prevalecia a idéia da proteção do mercado doméstico nacional como uma estratégia de desenvolvimento econômico. Atualmente, em uma economia e mundo globalizados, esta regra pode ser caracterizada como uma barreira à entrada de novos agentes neste mercado, assim como uma limitação à expansão das empresas já atuantes, que não está de acordo com a modernização econômica brasileira. Desta forma, esta limitação legal deve ser revogada com a finalidade de se criar um melhor e mais competitivo cenário empresarial.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Econômico. Regulação. Setor Aéreo. Barreiras à Entrada. Capital Estrangeiro

ABSTRACT: This article analyses the legal limitation on foreign capital on Brazilian airlines. The limitation has its origins on another period of the economy in which prevailed the idea of protection of the domestic market as a strategy for economic development. Nowadays, in a globalized world and economy this rule can be characterized as a legal barrier to entry of new agents, as well as a limitation on the expansion of the existing companies, which is not in accordance with Brazilian modernization. Therefore, this legal limitation should be revoked with the objective of creating a better and more competitive business environment.

KEYWORDS: Economic Law. Regulation. Airlines. Barriers to Entry. Foreign Capital.

INTRODUÇÃO

O setor aéreo é um mercado bastante especial das mais diversas economias ao redor do mundo e possui certas características que tornam o seu estudo e sua regulação algo complexo e desafiador. A aviação comercial é responsável pelo transporte de uma enorme quantidade de cargas e passageiros diariamente e chega a ser sinônimo de desenvolvimento econômico e social. Uma determinada região possuir um aeroporto ou um país sediar uma grande companhia aérea pode ser compreendido como o alcance de uma posição relevante no cenário internacional. Significa ser absorvido em uma dinâmica empresarial moderna, de um mundo globalizado, onde as relações comerciais acontecem de uma forma cada vez mais ágil.

No entanto, este mercado, assim como outros, possui significativas barreiras à entrada de novos agentes, ou seja, o setor aéreo possui uma dinâmica própria que lhe é peculiar e os recursos envolvidos, assim como a forma de atuação dos agentes, em diversos momentos, funcionam como uma restrição à entrada de novos concorrentes. Em certas hipóteses, em um contra-senso, o próprio Estado acaba por estabelecer limitações à participação de novos agentes.

Por uma questão metodológica, optamos por focar este trabalho em aspectos relativos às empresas de aviação comercial, às companhias aéreas e, em certa medida, ao transporte de passageiros. Tangencialmente iremos abordar aspectos relacionados à infra-estrutura aeroportuária, controle de voo e outras questões relacionadas a este mercado. Nossa pretensão é abordar algumas questões relativas às barreiras à entrada no referido setor, mais precisamente as barreiras afetas ao Estado, às limitações de capital estrangeiro e de poder de direção, ou seja, limitações criadas pelo Estado que acabam por restringir o exercício pleno da livre iniciativa. O fato de a norma legal que estabelece princípios norteadores do setor trazer limitações à participação estrangeira pode ser considerada como uma restrição à entrada de novos agentes, posto que impede arranjos contratuais e societários que permitiriam a estruturação de novas empresas, assim como a eventual capitalização de agentes já atuantes, ou seja, a possibilidade de crescimento de empresas atuantes neste setor no Brasil.

Ora, se certas condições de acesso ao mercado são necessárias, por exemplo, para organização do tráfego e segurança aéreas, em outras situações podem acabar limitando a entrada ou o fortalecimento de agentes neste setor, o que tende a restringir a competição e,

conseqüentemente, os efeitos sociais positivos relativos a um mercado que opera em regime concorrencial, quais sejam, a diminuição do valor das tarifas e de custos operacionais, o estímulo à inovação, profissionalização da gestão, um aprimoramento da qualidade nos diversos momentos da operação, desde a manutenção até o consumidor, entre outras. Vantagens estas que são derivadas da competição e criam, além dos pontos observados, alguns benefícios indiretos, como a capacidade de competir em novos mercados, inclusive internacionais.

Desta forma, deve-se ter em mente que a livre concorrência não pode ficar restrita à letra do texto constitucional e ser vista como um princípio abstrato e de difícil aplicação prática. Entendemos que uma das interpretações cabíveis para a noção de livre concorrência e iniciativa é que estes princípios devem nortear a intervenção do Estado e servir para restringir as hipóteses em que esta se faça necessária. Os mais diversos mercados devem ser acessíveis para os mais variados empreendedores que anseiem por realizar uma atividade econômica. A existência de um mercado competitivo é algo que deve ser valorizado e prezado, conforme a ordem constitucional iniciada com a Carta Magna de 1988. Desta forma, o Estado, ao elaborar uma norma que tenha por finalidade intervir em um determinado segmento da atividade econômica, deverá refletir sobre a coerência desta intervenção em relação ao modelo sócio-econômico vigente e, neste contexto, acerca de eventuais danos à concorrência que podem derivar desta norma. Caso a intervenção e o prejuízo à competição sejam inevitáveis, isto deverá ser ponderado com outros princípios para que cause o menor impacto possível.

É preciso ressaltar, ainda, que a concorrência no setor aéreo traz benefícios não só para os usuários diretos deste serviço, mas para toda a coletividade, posto que eventuais ganhos de eficiência tendem a ampliar o bem estar social de toda a coletividade. A possibilidade de enviar uma encomenda, uma peça de reposição de uma máquina, do sul para o norte do país, de uma forma rápida e econômica, não é somente vantajoso para o receptor e o remetente desta encomenda, mas também para eventuais compradores dos bens produzidos com aquela máquina. Um transporte mais eficiente de empresários tende a criar um ambiente favorável aos negócios. Custos de passagens aéreas reduzidos tendem a incrementar o turismo em certas regiões, o que acarreta a ampliação do comércio e da construção civil.

Desta forma, é importante destacar que não estamos falando de um setor isolado, mas de um mercado com grande relevância para toda

a economia nacional e que a barreira à entrada neste setor e eventuais limitações da concorrência, acabam por impactar na economia como um todo.

1 O ESTADO E O SETOR AÉREO

Devido à importância do setor aéreo, já abordada anteriormente, houve a necessidade do Estado intervir nesta atividade em diversas jurisdições, tendo em vista que a aviação, em seus primórdios, teve uma significativa relação com o setor militar, até mesmo por considerar aspectos de soberania e segurança nacional envolvidos. Houve a atuação militar neste setor, seja de forma indireta, na estruturação do espaço aéreo e seus mecanismos de controle de tráfego, seja diretamente, através de órgãos que disciplinavam a aviação civil.

Cabe também chamar a atenção para o fato de que, no âmbito civil, a aviação foi amplamente disseminada pelo Estado por conta do serviço de correios, atividade que continua sendo exercida em regime de monopólio pelo Estado em diversos países até os dias de hoje. O transporte aéreo de correspondências e pequenas cargas foi de grande importância para demonstrar o potencial da exploração desta atividade econômica, inicialmente utilizado diretamente pelo Estado, e que, ao longo do tempo, teve algumas etapas delegadas à iniciativa privada. Deve ser feita menção ao modelo de contratação do United States Postal Service, os correios norte-americanos, em que havia indiretamente uma idéia de indução e de estímulo à exploração privada da atividade de transporte aéreo¹, além da função direta, que seria conferir eficiência à operação dos correios.

Após a observação de que a intervenção do Estado ocorreu, em um primeiro momento, tanto na esfera militar como no serviço de correios, é preciso abordar que, na exploração da aviação civil, houve a adoção de variados modelos de estruturação da exploração econômica e da intervenção do Estado, que variam conforme as características político-sociais de cada país.

Em diversos países houve a opção por uma atuação direta do Estado², em que este criava e era o titular de uma ou mais companhias

1 É necessário observar que em diversos momentos a atividade de transporte de passageiros e de cargas caminha em paralelo, ou seja, estímulos a uma dessas atividades tendem a ter efeitos positivos também na outra. Ressaltamos, no entanto, a existência de empresas atuantes tão somente no mercado de transporte de cargas.

2 Neste ponto, cabe menção a lição do professor José Tomás Baganha ao descrever o modelo português, vigente até os dias de hoje: "Trata-se, pois, de um sector eminentemente público: pelo capital, pelos

aéreas. A atividade econômica estava inserida num contexto mais amplo de concretização de políticas públicas e também tinha relação com aspectos geopolíticos. Citando como exemplo a Air France, observa-se que na atuação desta empresa, dentre os diversos objetivos, pode ser observada uma busca para manter a relação da França com suas ex-colônias africanas e americanas. Projetos como o do Concorde, independentemente de sua custosa operação, tinham por finalidade projetar a Inglaterra e a França como centros de excelência em desenvolvimento aeronáutico.

Em países da antiga União Soviética, países comunistas, as companhias aéreas eram estatais e possuíam aspectos operacionais bastante diversos. Empresas como a Aeroflot, de origem russa, possuíam a finalidade de aproximar os diversos países que compunham a União Soviética e países amigos. Serviam como instrumento de propaganda da indústria aeronáutica russa e a operação de linhas áreas regulares funcionavam como um termômetro para se aferir as relações diplomáticas entre o regime russo e outros países.

Países liberais, tais como os Estados Unidos, optaram por modelos de delegação da exploração pela iniciativa privada, nos quais o Estado atuava como um agente regulador, o Civil Aeronautics Board – CAB, em que havia significativa regulação de preços e de entrada e saídas das empresas. No que diz respeito às tarifas, o CAB adotava padrões de remuneração e de subsídio cruzado entre rotas longas, mais lucrativas, e rotas curtas. Em relação à entrada e saída de empresas, o procedimento era bastante restritivo e complexo³. Em dado momento, o dinamismo da economia norte-americana permitiu a desregulação

modelos de gestão, pelos interesses públicos em jogo. A natureza exclusivamente pública destes não isenta, todavia, aquelas empresas da sujeição aos princípios do direito da concorrência e da regulação econômica, impostos pela necessidade de contornar as evidentes 'falhas de mercado' [...]. BAGANHA, José Tomás. A Regulação na Aviação Civil em Portugal, no Quadro da União Européia. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, No. 3, Ano 1, julho 2003.

3 Cabe menção ao disposto pelo pesquisador Leandro Novais e Silva: "Quanto à regulação de entrada e saída de companhias aéreas, a atuação do CAB foi ainda mais severa. No começo da regulação, em 1938, 16 companhias aéreas receberam os certificados de transporte e começaram a operar. De 1938 a 1978 a agência não permitiu a entrada de uma só empresa, negando 74 pedidos para funcionamento de nova empresa aérea entre 1950-1974. Nos anos iniciais de desregulamentação, somente 10 companhias restaram; seis empresas desapareceram por meio de fusões. O processo de permissão de funcionamento de uma nova companhia aérea era dispendioso e demorado, gerando enorme custo regulatório. Em algumas situações, o CAB permitia a entrada de novas empresas nos serviços aéreos locais, restringindo a atuação nas rotas comerciais mais lucrativas, culminando com o processo de moratória de rotas entre 1969-1974. Em raras circunstâncias, fora do período da moratória, e em mercados de alta densidade, o CAB permitira a entrada de uma nova empresa. Nesses casos, a autoridade regulatória preferia o aumento

deste setor, um fenômeno bastante estudado dentro deste tema e tido por muitos como um objetivo a ser alcançado para regulação em outros setores da economia.

No Brasil houve a opção inicial por um modelo em que havia a exploração puramente privada do serviço de transporte aéreo de passageiros, algo relativamente desregulado. Neste contexto surge a Pan Air na década de 30, subsidiária da empresa norte americana Pan Am. Em 1965, durante o regime de exceção, foi cassada a autorização para operar da Pan Air, o que caracterizou uma ação desmedida do regime militar, assim como um interesse em estabelecer um novo norte para o setor de aviação civil. Com o fim da Pan Air, parte de suas rotas e de seu patrimônio foi incorporado à Varig, uma empresa nascida em 1927, mas que ganhou espaço com a derrocada da maior empresa então atuante no setor. De forma implícita, e em certos momentos explícita, fica claro o interesse do governo no fortalecimento de uma empresa nacional no setor aéreo, surgindo uma relação afetuosa da Varig com o Estado.

Ao longo do tempo acaba ocorrendo um movimento de concentração no mercado brasileiro, sendo a Varig o agente com posição dominante. Do ponto de vista do governo, é interessante instrumento de propaganda a existência de uma empresa nacional que leve a bandeira brasileira a diversos continentes, assim como uma empresa com rotas que alcancem pontos remotos de um país continental. O respeito ao porte da empresa fica claro quando esta passa a integrar a *Star Alliance*⁴, em 1997.

Durante o regime militar, a intervenção no mercado é significativa, o setor está imerso em uma burocracia complexa e pouco transparente; existia inicialmente a previsão de um modelo de regulação que buscava estimular a concentração de empresas, exercer o controle de entrada e de definição de linhas. Em paralelo, existia um regime de tarifas estruturado pelo Estado, pouco competitivo. Neste ponto, reproduzimos os comentários do pesquisador Eduardo Augusto Guimarães:

do número de competidores a uma redução das tarifas. De qualquer forma, a agência não permitia mais do que duas ou três companhias servindo a mesma rota.”

SILVA, Leandro Novais e. “Regulação e concorrência no setor aéreo nos Estados Unidos e no Brasil – Parte I – A desregulação nos EUA. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, n. 14, ano 4, abril 2006.

4 A *Star Alliance* é um acordo operacional entre empresas aéreas de forma a otimizar sua capilaridade e alguns aspectos de rede inerentes ao setor. Existem outros acordos do gênero envolvendo conjuntamente mais de duas empresas aéreas.

[...] um regime regulatório cuja razão de ser é proteger a estrutura vigente da indústria, como ocorreu no setor de transporte aéreo, ao abolir a concorrência e implementar uma política de preços que tem por base o nível de custos da indústria, acaba por sancionar a ineficiência das empresas que a compõem. Assim, se o processo de concorrência premia a empresa eficiente com lucro e pune a ineficiente com a exclusão do mercado, a regulação pode até premiar os produtores mais eficientes, que se destacam de seus pares, assegurando-lhes maior margem de lucro, mas não pune a empresa ineficiente – pelo contrário, garante a sua sobrevivência e assegura-lhe mesmo alguma margem de lucro⁵.

Dentro deste cenário é criado o Código Brasileiro do Ar, o Decreto Lei No. 32 de 1966⁶, posteriormente sucedido pelo Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei No. 7.565/86.

Observando o artigo 21, inciso XII da Constituição Federal⁷ fica estabelecido que a competência pela exploração dos serviços de navegação aérea será da União, podendo este serviço ser explorado por terceiro mediante autorização, concessão ou permissão. No Código Brasileiro de Aeronáutica é definido no artigo 175⁸ o escopo deste

5 GUIMARÃES, Eduardo Augusto; SALGADO, Lucia Helena. In *A Regulação do Mercado de Aviação Civil no Brasil*. Nota Técnica 2, IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Diretoria de Estudos Macroeconômicos – Coordenação de Regulação e Estudos de Mercado. Rio de Janeiro, out. 2003. p. 3.

6 Observamos que nossa abordagem deste texto legal não pôde ser aprofundada dada a dificuldade de acesso a este texto, que não consta sequer no sítio oficial do governo, que funciona como um repositório.

7 Em seguida reproduzimos o caput do artigo 21 e a alínea “c”, do inciso XII, da CRFB/88 com pretensão didática:

Art. 21. Compete à União:

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;

8 Para melhor didática, abaixo reproduzimos o artigo 175, do Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei No. 7.565/86:

Art. 175. Os serviços aéreos públicos abrangem os serviços aéreos especializados públicos e os serviços de transporte aéreo público de passageiro, carga ou mala postal, regular ou não regular, doméstico ou internacional.

§ 1º A relação jurídica entre a União e o empresário que explora os serviços aéreos públicos pauta-se pelas normas estabelecidas neste Código e legislação complementar e pelas condições da respectiva concessão ou autorização.

§ 2º A relação jurídica entre o empresário e o usuário ou beneficiário dos serviços é contratual, regendo-se pelas respectivas normas previstas neste Código e legislação complementar, e, em se tratando de transporte público internacional, pelo disposto nos Tratados e Convenções pertinentes (artigos 1º, § 1º, 203 a 213).

§ 3º No contrato de serviços aéreos públicos, o empresário, pessoa física ou jurídica, proprietário ou explorador da aeronave, obriga-se, em nome próprio, a executar determinados serviços aéreos, mediante remuneração, aplicando-se o disposto nos artigos 222 a 245 quando se tratar de transporte aéreo regular.

serviço público e, em seus respectivos parágrafos, são estabelecidas linhas gerais desta relação. Cabe, ainda, observar que, por questões afetas à soberania e segurança nacional, a aviação comercial ficou submetida a regras oriundas de órgãos militares. De forma curiosa, por exemplo, o Departamento de Aviação Civil, apesar do nome, tinha tradicionalmente em sua composição uma preponderância de militares da Força Aérea. Recentemente, em 2005, houve a opção por uma nova modalidade de intervenção estatal no setor de transporte aéreo civil, mais especificamente, houve a escolha por delegar as questões afetas a este setor a uma agência reguladora, a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC. Esta agência passou a ter atribuição de regular o setor sob um novo enfoque, conferindo um dinamismo necessário à intervenção do Estado e ao mesmo tempo observando preceitos relevantes à política de Estado de longo prazo, essenciais para esta atividade econômica.

Em que pese a busca de um novo desenho estatal para a intervenção no setor aéreo, ainda existem significativas barreiras à entrada neste setor. Alguns dizem respeito às características do setor, tais como a existência de altos custos operacionais e de aquisição de aeronaves e da estrutura necessária para iniciar uma operação, assim como os gastos com marketing voltados à atração de clientes. Inobstante às barreiras associadas ao perfil do setor, existem também significativas barreiras legais à entrada de novos agentes, ou seja, marcos legais que servem como restrição à operação de novos agentes. Neste trabalho abordaremos uma destas barreiras, qual seja, a limitação ao capital estrangeiro e ao exercício da direção por estrangeiro.

2 O CENÁRIO DO SETOR AÉREO BRASILEIRO

Nesta análise do setor aéreo não pretendemos exaurir o tema, mas traçar uma objetiva exposição do atual cenário, principalmente no que diz respeito ao objeto deste trabalho. No ano de 2008, conforme dados do anuário da ANAC⁹, as empresas brasileiras de transporte aéreo regular apresentaram perdas elevadas por questões afetas ao cenário internacional. No entanto, o faturamento alcançado, R\$ 18,5 bilhões, foi o mais expressivo nos últimos anos. Merece destaque a recuperação do segmento internacional das empresas aéreas brasileiras, no que diz respeito à geração de receitas, voltando a crescer depois de dois anos de

9 Utilizamos dados relacionados ao anuário da ANAC do ano de 2008. Observamos que no momento em que este trabalho começou a ser elaborado ainda não estava disponível o Anuário de 2009. Ademais, os dados utilizados servem para reflexões acerca de questões tangenciais ao objeto deste trabalho não havendo uma influência em relação ao objetivo principal.

retração com a paralisação da Varig. Observa-se, ainda, que somente no mercado doméstico o faturamento foi na ordem de R\$ 14,2 bilhões.

Em 2008 são iniciadas as operações da Azul, uma empresa voltada ao transporte aéreo regular de passageiros, tendo como proposta ser uma companhia aérea *low cost*. Seu sócio fundador, o Sr. David Neeleman, é um empresário com significativa experiência no setor aéreo, tendo empreendido em diversas áreas deste setor e tendo um grande sucesso com a companhia aérea JetBlue. Um fato que chama a atenção é que o Sr. David Neeleman, na forma como está a atual legislação, somente pode ser o titular de parcela de mais 20% da empresa Azul e exercer a direção da empresa pelo fato de ter nascido no Brasil e para todos os efeitos ser considerado brasileiro nato, mesmo considerando que o Sr. Neeleman tinha pais norte-americanos e se mudou do Brasil aos cinco anos de idade. Ora, se o Sr. Neeleman não tivesse nascido no Brasil, na forma da atual lei não poderia exercer as atividades de direção de uma empresa aérea e não poderia empreender no Brasil. Possivelmente a Azul não existiria.

Outro ponto relevante está no fato de que, com a aquisição da Varig pela Gol, estas duas nomenclaturas passaram a significar meramente marcas utilizadas para identificar os serviços prestados pela empresa resultante da fusão que atua como VRG Linhas Aéreas. De forma interessante, observa-se que a Varig, apesar das dificuldades financeiras que a envolveram por um longo tempo, ainda possuía um capital intangível significativo, seja na força da marca Varig, seja no seu programa de fidelidade *Smiles*, seja nos *slots* e na estrutura que a empresa possuía nos diversos aeroportos. Analisando sob outra perspectiva, fica evidente que no mercado brasileiro a construção de uma marca pode ser uma barreira à entrada e ao crescimento de um novo agente, com significativos custos afundados em publicidade e marketing, e até mesmo para obtenção de uma marca que goze de penetração em relação a consumidores efetivos e potenciais.

Aspecto igualmente relevante diz respeito à importância dos *slots* como forma de obter uma posição de mercado favorável, tanto no que diz respeito à possibilidade de criar uma estrutura de conexões que permita a formação de uma rede aérea, como na possibilidade de a empresa conseguir acesso aos mercados brasileiros mais importantes e lucrativos como, por exemplo, a Ponte Aérea Rio (Santos Dumont) e São Paulo (Congonhas)¹⁰.

10 Em relação aos *slots*, cabe menção ao trabalho do Professor Alessandro Vinicius Marques de Oliveira, em cuja conclusão é afirmado: “Os resultados apontaram para a significância de indicadores de concentração

Uma característica que chama a atenção diz respeito à concentração neste mercado. Tal fato pode ser observado em vários dados e análises do setor. Neste trabalho, optamos em trazer, especificamente, os dados relativos à oferta de assentos-quilômetros no mercado doméstico, pois entendemos que estes podem ser uma boa referência, uma vez que dizem respeito à oferta. Com base em dados do Anuário da ANAC de 2008, a Gol ofereceu 38,4%, a Varig 5,9% e a Tam tinha uma oferta que correspondia a 48,9% do mercado. Somente 6,7% dos assentos-quilômetros oferecidos correspondiam a outras empresas aéreas diferente das três que, de fato eram duas, conforme anteriormente mencionado. Este dado deixa aparente a significativa concentração do setor. Sem querer adentrar na questão de uma possível eficiência deste duopólio, observa-se que a possibilidade de entrada de novos agentes neste setor seria uma forma de estimular a concorrência e, conseqüentemente, trazer efeitos sociais positivos derivados de um ambiente competitivo. Em que pese o fato de que nos dados analisados ainda não existir a empresa Azul, observa-se que as barreiras legais à entrada de novos agentes não tendem a ser algo desejável em setor tão concentrado.

Neste capítulo relativo ao cenário aéreo cabe ainda observar que, com base em dados do citado anuário da ANAC, nas rotas internacionais, as empresas nacionais oferecem uma rivalidade relativa. Em rotas para países da América do Sul, as empresas Tam e Gol conseguem ter uma boa participação de mercado e, em um passado recente, até mesmo adquiriram empresas sul-americanas. Alguns dados permitem inferir que as empresas aéreas brasileiras têm tido competitividade na América do Sul, com participações de mercado significativas no transporte aéreo de cargas e de passageiros.

No entanto, quando o cenário analisado diz respeito às rotas para Europa ou América do Norte, observa-se uma participação pequena das empresas citadas, ressaltando-se, por exemplo, que a Gol/Varig sequer opera vôos para tais destinos. Desta forma, os dados transmitem a idéia de uma pequena participação das empresas brasileiras no transporte de/ para estes países, o que, de certa forma, demonstra uma dificuldade dos agentes brasileiros conseguirem ter uma participação significativa ou

no deslocamento do poder de mercado e para a necessidade de aprimoramento da qualidade de alocação de *slots* como recursos essenciais nesse setor, devendo, portanto, ser perseguidos mecanismos facilitatórios de acesso pelas autoridades regulatórias". OLIVEIRA, Alessandro Vinícius Marques de. "Acesso a Recursos Essenciais e Poder de Mercado: Estudo de Caso da Concessão de *Slots* em Aeroportos no Brasil" in II Prêmio SEAE: *Monografias em defesa da Concorrência e Regulação Econômica* 2007. Ministério da Fazenda, Secretaria de Acompanhamento Econômico. Brasília: SEAE, 2009.

capacidade de rivalizar com empresas estrangeiras atuantes nestas linhas de uma forma mais eficaz. Em outras palavras, destinos mais competitivos e lucrativos, que envolvem agentes com significativo porte econômico, tradição e capacidade de inovação, simplesmente não conseguem ser alcançados, ou não são desejados, pelas empresas brasileiras. Existe um duopólio nacional que aparentemente não consegue ser competitivo em mercados nos quais a concorrência é mais acirrada.

Diante do cenário exposto neste capítulo, pode ser concluído que não haveria um prejuízo associado à entrada de novos agentes no mercado brasileiro de transporte aéreo regular de passageiros. Destaca-se que este é um mercado em crescimento, que aparentemente tem potencial para manter esta tendência, que é bastante concentrado no mercado doméstico. E esta concentração não cria empresas nacionais com a possibilidade de rivalizar¹¹ com os agentes estrangeiros nas rotas para os Estados Unidos e Europa.

3 BARREIRAS À ENTRADA

A decisão de um agente/empresa de entrar em um mercado é uma decisão complexa, que envolve uma série de questões e de decisões. Podemos mencionar inicialmente a necessidade de capital, que tende a ser uma questão de grande relevância em um empreendimento; a dificuldade de estruturar um plano de negócio que estime todos os riscos e benefícios de uma determinada atividade; a existência de informações e *know how* que não são de domínio público; a dificuldade de compreender a racionalidade dos concorrentes efetivos e potenciais e assim por diante.

Destacamos ainda que o sistema normativo também influencia a decisão de entrada. Uma análise da estrutura legal de uma jurisdição nos seus mais diversos aspectos e, principalmente, do tratamento normativo dado ao setor em que se pretende atuar tem um peso significativo na decisão de entrada. Regras e normas claras e estáveis podem servir como um atrativo, conferindo certa segurança para a decisão. Por outro

11 Em certas hipóteses, discute-se as vantagens da concentração no mercado doméstico com a finalidade de estimular a criação de um “national champion” apto a competir em mercados internacionais, possivelmente mais competitivos. Houve situações no setor aéreo em que a visão política seguia neste sentido. No Brasil, por exemplo, cabe menção a atuação da Embraer antes de sua privatização. Para maiores informações sugerimos o trabalho – GOLDSTEIN, Andrea. “Embraer from National Champion to Global Player”, Cepal Review No. 77. p. 97-115. Para uma visão econômica relativa a noção de “national champion”, cabe menção ao artigo: “Footloose Monopolies: Regulating a National Champion”, CALZOLARI, Giacomo; SCARPA, Carlo. *Journal of Economics & Management Strategy*, vol. 18, Issue 4, p. 1179-1214, Winter 2009.

lado, um sistema obtuso e instável gera um risco para o investimento que precisa ser considerado. Cabe menção à lição dos professores Baird, Gertner e Picker:

In many instances, a legal rule has dramatic effects even though it attaches consequences to actions that individuals never take, regardless of whether the legal rule is in place or not. By attaching consequences to this combination of actions, a legal rule leads individuals to shift from one combination of actions to another¹².

Neste ponto é preciso ainda destacar que, se analisado sob uma ótica conservadora, a resposta recorrente, em inúmeras hipóteses, é a de que é mais seguro simplesmente não entrar. A adoção de um comportamento inerte é explicada em uma estratégia de aversão a riscos.

No entanto, existem agentes/empresas com uma motivação empreendedora, ou seja, após uma análise dos riscos e benefícios envolvidos, estes agentes estão dispostos a dar um passo adiante e encarar a empreitada de se estabelecer em um novo mercado. Estão dispostos a concretizar os preceitos constitucionais relativos à livre iniciativa. Em contraponto ao empreendedorismo dos entrantes, existe a resistência dos agentes atuantes naquele mercado, que não têm interesse na entrada de um novo concorrente¹³.

Dentro deste contexto, ganha relevância a análise acerca do que deve ser entendido como condições de entrada em um mercado. De uma forma objetiva, quanto mais fácil a entrada, mais competitivo será este mercado. A vantagem de um mercado competitivo está no fato de que haverá estímulos para um constante desenvolvimento da eficiência, da inovação e da oferta aos consumidores de uma diversidade de opções, essas e outras vantagens advindas da pressão competitiva. Um maior número de agentes tende a criar um ambiente competitivo, que gera ganhos sociais. Neste ponto, dada a sua clareza, cabe reproduzir as lições dos professores Viscusi, Harrington e Vernon:

12 BAIRD, Douglas G; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C. *Game Theory and the Law*. Harvard University Press. Cambridge, MA, EUA, 1998. p. 268.

13 O Professor George Stigler ao analisar os benefícios que o Estado pode fornecer a uma indústria expõe: “Propomos a hipótese geral: toda indústria ou toda ocupação que tem poder político suficiente para utilizar o Estado procurará controlar acesso à entrada. Além disso, a política regulatória muitas vezes será moldada de forma a retardar a taxa de crescimento de novas empresas”. No presente trabalho observamos ambas as idéias expostas pelo professor uma vez que a limitação de participação estrangeira terá esses dois impactos como será visto adiante. STIGLER, George J. “A Teoria da Regulação Econômica” in *Regulação Econômica e Democracia – o Debate Norte-Americano*. São Paulo: 34, 2004. p.27

Entry conditions are important for two reasons. First, the number of active firms is partially determined by the cost of entry as well as other factors such as economies of scale. Thus, entry conditions play an important role in determining concentration. Second, entry conditions determine the extent of potential competition. It is generally believed that a credible threat of entry will induce active firms to compete vigorously.¹⁴

Diante da visão exposta sobre condições de entrada, pode-se concluir que, quanto menor forem às condições de entrada, existe a perspectiva de um maior número de agentes em dado mercado atuando em um ambiente competitivo. De forma complementar, observa-se que, mesmo que o número de agentes seja pequeno, o potencial de entrada de novos agentes servirá como um estímulo à manutenção de preços competitivos, posto que a prática de preços acima de um determinado padrão tende a estimular a entrada de novos agentes¹⁵.

Com significativa afinidade com a noção de condições de entrada, existe a idéia de barreiras à entrada. Estas barreiras servirão como uma limitação, ou até mesmo uma restrição, para que determinado agente passe a atuar em um setor. Em outras palavras, são os mais variados motivos que impedem a penetração de um novo agente em certo mercado. O conceito pode ser ampliado também para a idéia de barreiras ao crescimento, ou seja, a ampliação da participação dos agentes atuantes em dado mercado¹⁶.

Uma observação cabível diz respeito ao fato do conceito de barreiras à entrada ser tratado tanto sob o prisma do direito antitruste como do direito regulatório. O conceito será o mesmo, posto se tratar de uma lógica apropriada da economia, o que irá variar será a sua forma de aplicação em vista do seu objetivo. No direito antitruste, principalmente na análise de atos de concentração às limitações à entrada, serão tratadas de uma determinada forma no que diz respeito a um cenário que permita as duas empresas fusionadas abusar de sua

14 VISCUSI, W. Kip; HARRINGTON, JR, Joseph E.; VERNON, John M. *Economics of Regulation and Antitrust*. 4. ed. Cambridge, MA, EUA: MIT Press, 2005. p. 164-165.

15 A doutrina aborda também os conceitos de “condições de saída” ou “barreiras à saída”. Nestes existe a idéia de que quanto menor for a dificuldade para que um agente deixe de atuar em um dado segmento, melhor sob o prisma concorrencial.

16 Neste sentido, cabe menção a lição do professor Richard Whish: “The Commission considers that barriers to expansion and entry are factors that make entry impossible or unprofitable while permitting established undertakings to charge prices above the competition level”. WHISH, Richard. “Competition Law”. 6. ed. Oxford, Inglaterra: Oxford University Press, 2009. p. 42.

posição dominante. Por outro lado, no âmbito regulatório, estas barreiras devem ser analisadas em outro contexto e estarão relacionadas com a estrutura do mercado e com os objetivos das políticas públicas afetas a este. Nesta perspectiva, dentro deste gênero tido como barreiras à entrada tratada acima, pode ser estabelecida uma espécie, que seriam as barreiras à entrada, que têm origem na intervenção estatal reguladora. O fato em comum nas duas hipóteses é que tais barreiras tendem a ser um limitador da concorrência.

Neste contexto, um direito de exclusivo concedido através de uma patente cria um monopólio legal para o titular de uma invenção, em que pese os diversos debates envolvendo o direito patentário, este direito de exclusividade tem fundamento na lei e cria restrições ao uso por terceiros daquela tecnologia protegida. Será uma barreira à entrada de outros agentes tendo por fundamento a lei. Podemos observar também que, nos processos de desestatização, em que certos momentos são licitados lotes, serviços ou partes de um todo, haverá a exclusão de terceiros, quais sejam, os agentes que não adquiriram o direito. Como exemplo, podemos mencionar os leilões realizados no setor de telecomunicações. A restrição legal pode até mesmo ser técnica, por exemplo, na impossibilidade de dois aviões decolarem ou aterrissarem ao mesmo tempo em um aeroporto por questões afetas à segurança de vôo, fato que acabará influenciando na forma como os espaços para pousos e decolagens poderão ser regulados.

Diante do exposto, podemos constatar que o ideal é que os diversos marcos regulatórios não influenciem no ambiente concorrencial ou que alterem o mínimo possível¹⁷. No entanto, é relevante observar que, em certas situações, os marcos regulatórios podem efetivamente servir como uma barreira à entrada. Entendemos que esta barreira pode existir desde que fundamentada no interesse público inerente à questão e balizado no sistema constitucional e jurídico pátreo. Uma ofensa direta à Constituição poderia ocasionar a não recepção de certo marco regulatório ou a eventual declaração de sua inconstitucionalidade, através do controle direto ou difuso de constitucionalidade. O não atendimento ao interesse público é algo cuja aferição em certos casos é óbvia, mas em outras situações pode ser bastante complexa, que demande ampla análise, podendo se mostrar até mesmo inconclusiva.

17 Dentro deste tema, consideramos oportuno reproduzir o disposto pelos professors Sullivan e Grimes: "Competition, if feasible, is the most powerful incentive for productive efficiency. Regulators should be empowered to reduce entry constraints when actual or potential rivalry begins to encroach [...]". SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*. Estados Unidos: Thomson/West, 2006. p. 750.

De acordo com a linha adotada neste trabalho, entendemos relevantes certas lições trazidas pelos professores Viscusi, Harrington e Vernon, abaixo reproduzidas:

The concept of barriers to entry lacks clarity, and one is never sure what to do with it. [...] The best advice we can offer is to perform a two-stage inquiry. In the first stage, carefully examine the assumptions underlying the particular argument that something is a barrier. Determine whether it is indeed true that existing firms can maintain price above cost while deterring entry. In the second stage, consider whether there is a policy that could “remove” the barrier and improve social welfare¹⁸.

Resumindo esta análise em dois estágios preconizada pelos professores mencionados, entendemos que as restrições ao capital estrangeiro e a atuação de não-brasileiros prevista em lei têm as características de uma barreira à entrada, mais especificamente, uma barreira de fundamento legal, conforme será mais profundamente analisado no capítulo seguinte. Evoluindo para o segundo estágio da análise, entendemos que estas barreiras podem ser removidas de uma forma simples, através da revogação expressa do dispositivo que trata da questão. E com o fim desta barreira, os benefícios sociais tendem a ser um incremento na concorrência e todas as vantagens derivadas de um ambiente competitivo.

4 LIMITAÇÕES AO CAPITAL ESTRANGEIRO

A intervenção do Estado em vários setores está intimamente relacionada à criação de marcos regulatórios. Certos marcos são estabelecidos diretamente em norma que regula um dado setor, por exemplo, uma lei pode servir para estabelecer um norte, que posteriormente será complementado pela atuação de um agente regulador. Sob uma perspectiva hierárquica, as leis elaboradas e aprovadas pelo Poder Legislativo e sancionadas pelo Poder Executivo são hierarquicamente superiores às normas elaboradas pelos agentes reguladores de um dado setor.

No setor aéreo está em vigor a Código Brasileiro de Aeronáutica, a Lei No. 7.565/86, doravante denominado “CBA”. Posteriormente, em 2005, entrou em vigor a Lei No. 11.182/05, que altera tacitamente certos pontos do CBA e estabelece alguns princípios que servem

18 VISCUSI, W. Kip; HARRINGTON, JR, Joseph E.; VERNON, John M. op. cit. p. 172.

para a interpretação do disposto no CBA, que foram integrados ao ordenamento na mesma hierarquia e trata-se de lei posterior. Sob certa perspectiva, houve a atualização de alguns marcos regulatórios dispostos no CBA.

No entanto, permanece em vigor norma voltada a estabelecer a necessidade de um nacional de um concessionário de transporte aéreo restringir o capital estrangeiro nestas empresas, assim como limitar a brasileiros o poder de direção, conforme o disposto nos artigos 180 e 181 do CBA, abaixo reproduzidos:

Da Concessão ou Autorização para os Serviços Aéreos Públicos

Art. 180. A exploração de serviços aéreos públicos dependerá sempre da prévia concessão, quando se tratar de transporte aéreo regular, ou de autorização no caso de transporte aéreo não regular ou de serviços especializados.

Art. 181. A concessão somente será dada à pessoa jurídica brasileira que tiver:

I - sede no Brasil;

II - pelo menos 4/5 (quatro quintos) do capital com direito a voto, pertencente a brasileiros, prevalecendo essa limitação nos eventuais aumentos do capital social;

III - direção confiada exclusivamente a brasileiros.

Inicialmente, é preciso observar que o CBA é uma norma oriunda de um período no qual o Estado assumia uma forma diversa de atuação. Com a Constituição de 1988, ganham vulto os princípios da livre iniciativa e da liberdade de concorrência, o Estado passa a ter uma atuação subsidiária¹⁹ em relação aos agentes que concorrem livremente no mercado. Posteriormente, é estabelecida no Brasil a idéia da intervenção estatal na economia, na forma de um Estado Regulador, associado à idéia de desestatização, mas também à idéia de correção de falhas de mercado

19 Em relação a idéia de subsidiariedade podemos citar o professor João Bosco Leopoldino da Fonseca que dispõe: "A intervenção do Estado no setor econômico deve ocorrer também para propiciar o equilíbrio, e, nestas condições, será ela supletiva, exigida e limitada no tempo, para que não se fira o princípio da livre iniciativa no campo econômico". FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Direito Econômico*. Quarta edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 239. Neste tema, também consideramos a obra: TORRES, Sílvia Faber. *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

em determinados setores da economia. Existem situações nas quais o Estado intervém com a finalidade de buscar reequilibrar o mercado, neste sentido cabe menção a lição dos professores Sullivan e Grimes, "(...) In general we leave markets alone when they are functioning reasonably well. But we intervene both when they fail badly or when politically approved goals are beyond their reach".²⁰

Dentro deste contexto, fica estabelecida a idéia de que a intervenção em certas atividades deve ser a menor possível e na medida do necessário. No entanto, há de se convir que as limitações do artigo 181 do CBA são significativas e de grande repercussão no mercado, por dizer respeito ao capital e às pessoas com capacidade de exercer os poderes de direção.

Existe uma intervenção que não goza mais de fundamento constitucional e social. Esta limitação também não está de acordo com a reestruturação estatal e o modelo de Estado desenvolvimentista adotado no texto constitucional. Neste ponto, cabe menção à lição do Professor Calixto Salomão:

A substituição da preocupação econômica com os resultados, pela preocupação jurídica com os valores, mesmo no campo econômico importa em mudança relevante. Igualdade de oportunidades, inclusão no mercado, conhecimento das melhores opções econômicas e sociais, cooperação, menos que resultados econômicos passam a compor o quadro valorativo de construção de uma democracia econômica. Aí o verdadeiro impacto desenvolvimentista da análise jurídica.²¹

Em diversos setores de grande relevância para a economia nacional houve a alteração de paradigma constitucional e infraconstitucional, com a finalidade de que estes setores refletissem a mudança institucional derivada da Constituição de 1988. Sem a pretensão de exaurir o tema, podemos fazer menção ao fim do monopólio da exploração de petróleo, ao movimento de desestatização dos sistemas de telecomunicação nacionais, à alteração do regime de resseguros no país e às alterações no regime do transporte marítimo dentro do país.

Por se tratar de um exemplo envolvendo o setor de transportes e dizer respeito à nacionalidade dos agentes e, por fim, se tratar de um

20 SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. op. cit. p. 739.

21 SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e Desenvolvimento in *Regulação e Desenvolvimento*. Calixto Salomão Filho (coord). São Paulo: Malheiros, 2002. p. 57.

mercado regulado, iremos analisar um pouco mais a situação envolvendo a navegação de cabotagem e interior. Neste setor houve a alteração de marcos estabelecidos em sede constitucional, para que o setor pudesse se adequar aos princípios e paradigmas constitucionais e sociais. No texto original da Constituição de 1988 havia a seguinte redação:

Art. 178. A lei disporá sobre:

[...] II - a predominância dos armadores nacionais e navios de bandeira e registros brasileiros e do país exportador ou importador;

[...]

§ 1º A ordenação do transporte internacional cumprirá os acordos firmados pela União, atendido o princípio de reciprocidade.

§ 2º *Serão brasileiros os armadores, os proprietários, os comandantes e dois terços, pelo menos, dos tripulantes de embarcações nacionais.*

§ 3º A navegação de cabotagem e a interior são *privativas de embarcações nacionais*, salvo caso de necessidade pública, segundo dispuser a lei. (grifos nossos)

Em 1995 foi aprovada emenda constitucional alterando o dispositivo acima reproduzido, que passou a ter a seguinte redação:

Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.

Parágrafo único. Na ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras.

Sem a finalidade de estudar de forma profunda esta emenda, constata-se que houve uma opção do legislador constitucional derivado de retirar certos marcos constitucionais, que estabeleciam os requisitos para que um agente do mercado fosse considerado brasileiro. Tais requisitos tendiam a atuar como barreiras à entrada, posto que a ausência de um

dos elementos geraria a descaracterização da empresa como brasileira e, assim, uma série de repercussões em relação à sua operação.

Nota-se também que, em relação à navegação de cabotagem e interior, houve uma alteração do marco com a finalidade de flexibilizar a participação de empresas estrangeiras no setor. O texto original vedava a atuação de estrangeiros e criava uma única exceção nas hipóteses de necessidade pública. O texto após a emenda trata de uma forma diferente, retirando a restrição e delegando à lei o estabelecimento das condições para atuação de empresas e embarcações estrangeiras. Ademais, por se tratar de um setor que possui uma agência reguladora, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, esta agência poderá, dentro de suas atribuições, analisar e fiscalizar o mercado, com a finalidade de apurar a atuação das empresas estrangeiras no mercado nacional, assim como fazem com as empresas nacionais. A ANTAQ poderá até mesmo estabelecer normas com a finalidade de corrigir eventuais distorções que possam acontecer.

Em diversos setores observamos a concessão de serviços públicos a empresas estrangeiras, com capital estrangeiro e com diretores vindos de outros países com significativo conhecimento técnico em suas respectivas áreas de atuação. Em um período globalizado como o atual, no qual o Estado teve que diminuir a sua atuação, pois não tem capacidade para assumir uma amplitude de obrigações, como fez em dado momento, não conseguimos aferir problemas em permitir que empresas brasileiras com capital estrangeiro, ou até mesmo empresas estrangeiras, operem linhas de transporte aéreo doméstico, desde que a dita empresa observe as normas brasileiras aplicáveis ao setor, principalmente no que diz respeito à segurança do tráfego aéreo, ao meio ambiente e às normas consumeristas.

Ademais, ressalta-se que, no Brasil, temos uma agência reguladora do setor, a ANAC. Esta agência tem competência para atuar em várias questões envolvendo o setor, tanto sob a forma preventiva, como na forma sancionadora, podendo até mesmo retirar a capacidade de atuar no Brasil. No que diz respeito a eventuais abusos de poder econômico, a ANAC pode atuar de forma a regular o setor, para equilibrar a concorrência, não permitindo desvios e, inclusive, pode atuar em conjunto com os órgãos de defesa da concorrência, nas hipóteses de abuso do poder de mercado por parte de agentes atuantes no Brasil.

Não pode ser esquecido que em diversos segmentos do setor aéreo existe a atuação de empresas estrangeiras que vieram atuar no Brasil, pois um dia observaram o potencial do setor no país, gerando empregos, atuando em um ambiente competitivo e, na maioria das vezes, não têm a nacionalidade de seu capital questionada²².

Cabe ainda mencionar que diversos países possuem limitações ao capital estrangeiro nas empresas do setor aéreo, quando não são estas empresas de titularidade do Estado. Um exemplo que merece consideração é o dos EUA. Apesar deste país ser considerado um exemplo de desregulação do setor aéreo, ainda existe limitação ao capital estrangeiro nas empresas aéreas. Conforme o Federal Aviation Act de 1958²³, FAA, ainda em vigor, o capital estrangeiro está limitado a 25% do capital votante de uma empresa²⁴. Em que pese haver posicionamento doutrinário críticos a essa limitação, que restringe a participação de grupos estrangeiros nas empresas aéreas norte-americanas, assim como dos princípios liberais associados, observa-se que, apesar de tecnicamente estar caracterizada uma barreira à entrada, a abundância de capital naquele país pelos mais variados motivos históricos e sociais jamais ficou caracterizada uma falta de competitividade das empresas por conta da falta de recursos financeiros. Pelo contrário, mesmo após as mais variadas crises, o setor tem se recuperado e se mostrado competitivo, principalmente nas rotas internacionais. Cenário diferente do brasileiro em que o capital é limitado e no processo de desestatização ficou claro que não havia sequer recursos para o Estado manter e realizar os investimentos necessários em serviços básicos como o de energia elétrica, comunicações, entre outros. Desta forma, empresas atuantes no Brasil tendem a precisar de recursos estrangeiros no seu processo de capitalização.

22 Neste ponto, podemos citar como exemplo a Swissport que opera serviços de infra-estrutura de suporte ao transporte aéreo em aeroportos brasileiros, assim como em outros países. Esta empresa de origem suíça atualmente é de titularidade de um grupo espanhol, Grupo Ferrovial. Na mesma forma que a Swissport, outras empresas, de outras nacionalidades, envolvendo capital multinacional, também operam no segmento de transporte aéreo brasileiro.

23 Federal Aviation Act of 1958, Pub. L. No. 85-726, 72 Stat. 737 (codificado como U.S.C. §§ 1301 *et. seq.* (1988)).

24 A legislação norte americana a nacionalidade da empresa da seguinte forma:

(a) [A]n individual who is a citizen of the United States or one of its possessions,

or (b) a partnership of which each member is such an individual, or (c) a corporation or association created or organized under the laws of the United States or any State, Territory, or possession of the United States, of which the President and two-thirds or more of the board of directors and other managing officers thereof are such individuals and in which at least 75 percent of the voting interest is owned or controlled by persons who are citizens of the United States or of one of its possessions.

Observamos, ainda, que o setor de transporte aéreo está em franco crescimento e precisa acompanhar o ritmo do país. Em paralelo com diretrizes de ampliação e modernização da capacidade aeroportuária, uma *essential facility*, é necessário refletir sobre as empresas que serão necessárias para o transporte de passageiros.

Diante do exposto, fica claro que as evoluções ocorridas em outros setores não atingiram o setor em análise, assim como o fato de o Brasil não ser o único a manter regras restritivas no tema. Sobre os efeitos da limitação de capital e suas repercussões, cabe destacar as opiniões tecnicamente abalizadas como a do pesquisador Eduardo Augusto Guimarães e da Professora Lúcia Helena Salgado abaixo expostas:

A elevação do limite de participação do capital estrangeiro dos 20% atuais para 49% não teria nenhuma implicação do ponto de vista do controle nacional das empresas do setor. Assim, a consequência da manutenção do atual limite é apenas evitar a possibilidade de maiores investimentos na indústria. É, portanto, uma proposta inadequada, uma vez que dificulta a expansão do setor e a entrada de novos competidores no mercado²⁵.

Nesta mesma Nota Técnica, ao comentar algumas conclusões do documento do Comitê Técnico de Políticas Públicas do CONAC - Conselho Nacional de Aviação Civil, de 15 de maio de 2003, a professora Lucia Helena Salgado opina:

Tais medidas [...] certamente inibiriam os interesses de investidores estrangeiros em participar desse mercado, o que, em vista da escassez de recursos domésticos, constitui-se em forte obstáculo à futura expansão do setor²⁶.

Portanto, nossa opinião é a de que a regra que cria limitações ao capital estrangeiro nas companhias aéreas está defasada, não condizente com o atual cenário social e constitucional. Este tipo de limitação inviabiliza investimentos que poderiam ser realizados em novas empresas, assim como na capitalização e na ampliação das operações de empresas já existentes. Esta limitação constrange a possibilidade de fornecer certas garantias para operações internacionais, envolvendo possivelmente taxas de juros mais favoráveis do que as praticadas no mercado interno, permitindo a criação de empresas financeiramente

25 GUIMARÃES; SALGADO, op. cit., p. 12.

26 Idem. op. cit., p. 22.

mais saudáveis. De forma simplificada, pode-se afirmar que a norma em análise é prejudicial à concorrência.

5 EFETIVIDADE E CONCORRÊNCIA

Como já analisado anteriormente quando abordamos as barreiras à entrada, quanto mais claras forem as regras, melhor. O empreendedor terá maior capacidade de análise do setor no qual pretende empreender. Complementarmente, a previsibilidade em relação à forma de aplicação da regra também é positiva e que auxilia a atuação dos agentes no setor. No entanto, não podemos nos esquecer da relevância que tem a efetividade das normas, ou seja, a aplicação de uma regra estabelecida em tese em uma situação prática, o *enforcement* de uma norma. Por um lado, a não aplicação de uma norma traz prejuízos econômicos e sociais dos mais diversos, a falta de efetividade pode até mesmo levar a um descrédito do agente regulador que é responsável pela aplicação da norma²⁷.

Sob uma perspectiva concorrencial o fato de uma norma estar em vigor, e a sua aplicação, influenciam o ambiente competitivo. Hipoteticamente, poderá existir um agente, cumpridor de todas as regras vigentes aplicadas à sua atividade, obediente às normas das mais diversas naturezas (regulatórias, tributárias, trabalhistas, previdenciárias, etc.), incorrendo este agente em diversos custos. Poderá haver também um agente que assume riscos na forma de inadimplir com certas obrigações legais, praticamente apostando em hipóteses em que não haverá a capacidade de o Estado verificar o cumprimento destas obrigações legais. Ora, este agente tenderá a ter menos custos do que aquele outro que cumpriu todas as regras, conseqüentemente, terá recursos para aportar em outras atividades da empresa e concorrer de forma mais sólida com aquele outro agente. Uma das funções de um sistema normativo é deixar claro o ambiente regulatório vigente, neste ponto cabe menção à lição dos professores Baird, Gertner e Picker:

The need to ensure that the rules governing bargaining give parties the right set of incentives throughout their relationship permeates the law. As we have seen, parties to a contract may be able to structure the environment in which future

27 Eventualmente nos meios de comunicação são debatidas as “leis que não pegaram”. Apesar da norma estar em vigor, por não serem efetivamente aplicadas acaba ocorrendo um descrédito da norma e a desobediência a esta. O tema é bastante vasto e neste trabalho optamos por somente abordar o fato de que uma característica da norma é ser cogente, assim como a parte relativa ao descrédito do agente regulador.

bargaining takes place at the time of their initial contract. The law, however, must still supply a set of default rules.²⁸

Esta questão relacionada à aplicabilidade das regras de forma geral e ampla, fica ainda mais delicada quando observado o dinamismo do setor aéreo, não só no Brasil como em todo mundo. Isto ocorre tanto no que diz respeito a operações de fusão, como também em questões envolvendo o surgimento e capitalização de empresas já existentes. Exemplificativamente, no cenário internacional, cabe menção à recente operação envolvendo a United Airlines e a Continental, duas grandes empresas norte-americanas e a consolidação da fusão da Air France com a KLM. No Brasil, tivemos o surgimento da Azul, conforme já abordado, assim como a aquisição da Varig pela Gol e operação envolvendo a Avianca e Oceanair. Mais recentemente, iniciaram-se questionamentos acerca da empresa de transporte aéreo de cargas MTA Cargo. Parte dos questionamentos envolve a origem e a gestão da empresa. Por fim, cabe especial menção à recente operação envolvendo a TAM e a LAN, empresa aérea chilena com significativa atuação na América do Sul, uma fusão que envolve grandes grupos e regimes regulatórios diversos, o que por si só acarreta uma significativa complexidade. Não pretendemos neste trabalho analisar tais operações, mas estas servem para exemplificar a necessidade de existir um regime jurídico efetivo e moderno que crie balizas nas quais fiquem claros o ambiente e a forma na qual ocorrerá a concorrência.

Um cenário indesejado pode levar à adoção de estruturas societárias que subvertam a norma e os objetivos de política pública associados ao momento de sua concepção e início de sua vigência. Isto leva o Estado a um dilema, qual seja, o de aplicar uma norma que não faz mais sentido dentro de uma estrutura social e econômica e sancionar os agentes que não a observarem ou, como outra opção, deixar de aplicá-la ao não fiscalizar e sancionar o seu descumprimento. Nesta hipótese, haveria o risco moral em relação ao agente que não cumpre o seu dever, assim como a avocação indevida do Poder Legislativo, e subsidiariamente do Poder Judiciário, posto que somente estes Poderes têm competência para retirar a eficácia de uma norma do ordenamento nacional no sistema democrático e republicano vigente.

Diante do exposto, é necessário ser amadurecido o sistema regulatório, de forma que este venha a trazer os melhores resultados sociais possíveis. Na hipótese tratada, é necessária a atualização das

²⁸ BAIRD; GERTNER; PICKER, op. cit., p. 220.

regras acerca da titularidade do capital, assim como a efetiva verificação da aplicação dessas novas regras. Observando-se que tais regras não devem ser limitadoras do dinamismo do setor, muito pelo contrário, devem conferir uma estabilidade que tende a criar um ambiente favorável ao crescimento e expansão deste. Nesta questão, cabe menção à lição do professor Posner:

Serious problems remain, however, though the fundamental objection to wealth maximization as an ethical norm is not, as might be supposed, that most transactions have third-party effects and that the economy cannot be organized on a purely voluntarist basis. It is true that coercion is indispensable to prevent a number of serious market failures [...]. But it is possible to design methods of regulation that bring about the approximate results that the free market would bring [...].²⁹

Neste ambiente desenhado em que os parâmetros de limitação ao capital estrangeiro são alterados e no qual a concorrência tende a ter novos contornos, haveria a atuação complementar de duas áreas de atuação do Estado, *i.e.*, a regulação e a defesa da concorrência. Em primeiro lugar, em relação à regulação, seria necessária a delegação ao agente regulador do setor aéreo, a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, das atribuições de estabelecer e fiscalizar questões afetas à participação de capital estrangeiro nas empresas áreas nacionais, observada a tendência flexibilizadora abordada ao longo do trabalho. Haveria, portanto, um tratamento da questão no âmbito regulatório, num órgão com conhecimento técnico do setor, e não mais diretamente pelo Poder Legislativo, um poder que possui diversas atribuições e competências bastante relevantes para o país. Neste ponto, observamos ainda que o nosso entendimento é de que a limitação dos membros de diretoria a brasileiros é algo tão ultrapassado que não caberia qualquer tipo de restrição legal e, conseqüentemente, regulatória.

Em segundo lugar, complementarmente à regulação, estaria a defesa da concorrência. Haveria a atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dos órgãos que o compõe, a Secretaria de Direito Econômico, do Ministério da Justiça (SDE), a Secretaria de Acompanhamento Econômico, do Ministério da Fazenda (SEAE) e da autarquia com competência *judicandi*, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência teria a função de analisar sobre uma perspectiva

29 POSNER, Richard A. *Frontiers of Legal Theory*. Harvard University Press. Cambridge, MA, EUA, 2004. p. 99.

concorrencial mais ampla se o comportamento dos agentes do mercado está equilibrado e gerando ganhos competitivos. A função preventiva nas hipóteses de fusão e outras operações que lhe são submetidas como as que envolvem *code-share*. E, eventualmente, a função repressiva, caso ocorram condutas que distorçam, de forma ilegal, o cenário concorrencial. Acreditamos que os diversos casos tratados no âmbito do SBDC envolvendo o setor aéreo permitiram um significativo amadurecimento dos referidos órgãos para o exercício destas atribuições.

A atuação da agência reguladora – ANAC, coordenada com o SBDC, tende a criar um cenário empresarial mais favorável, no qual as regras estabelecidas sejam claras e, efetivamente, cumpridas por todos os agentes.

6 CONCLUSÃO

Diante do analisado neste trabalho, concluímos que existe a necessidade de revogação do disposto no artigo 181 do CBA no que diz respeito à limitação do capital estrangeiro e à restrição do exercício dos cargos de direção a brasileiros. Acreditamos na possibilidade da intervenção através da regulação em questões afetas ao tema, voltadas à atualização deste marco regulatório para normatizar a participação estrangeira em empresas aéreas nacionais, de forma a estimular a formação de um cenário competitivo. Este dispositivo foi elaborado e entrou em vigor em um contexto histórico e econômico diferente do atualmente vivido no Brasil. Na lógica adotada naquele período fazia sentido, pelos mais diversos fundamentos, restringir o acesso ao mercado brasileiro de agentes estrangeiros. Como exposto neste trabalho, esta lógica não se aplica mais em nosso atual cenário sócio-econômico.

Na forma como este dispositivo se encontra em nosso ordenamento pátreo, ele está distante dos ideais constitucionais da livre iniciativa e da liberdade de concorrência, assim como da noção de empreendedorismo inerente ao sistema capitalista, adotado na Constituição de 1988. Esta limitação serve como barreira à entrada de novos agentes neste setor e à ampliação dos agentes já atuantes ou, em outras palavras, traz significativo prejuízo à concorrência. Em um cenário indesejado, pode levar à adoção de estruturas societárias que subvertam a norma e os objetivos de política pública associados ao momento de sua concepção e início de sua vigência.

Como abordado em diversos momentos, uma característica do setor analisado é o seu dinamismo. Observa-se que, nos mais

diversos setores da economia brasileira, nem sempre um excesso de proteção através de barreira à entrada de novos concorrentes permitiu o desenvolvimento de um setor competitivo e dinâmico. Pelo contrário, em certas hipóteses criou setores acomodados que operavam com custos muito altos e, conseqüentemente, os preços/tarifas praticados aos consumidores eram acima do valor praticado internacionalmente, gerando uma alocação ineficiente da renda dos consumidores e limitação ao acesso por consumidores/usuários. Neste contexto, a abertura econômica fez bastante sentido. Diante das características do setor aéreo e observando a existência de um agente regulador do setor, a ANAC, que tem amadurecido bastante a sua atuação, entendemos que faz sentido abolir certas regras, como a analisada neste trabalho, com a finalidade de estimular a entrada de novos agentes, o crescimento dos agentes já atuantes, a concorrência e a livre iniciativa.

Complementarmente ao viés liberalizante desta nossa proposta e a delegação ao agente regulador de certas atribuições, cabe menção à função do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência no sentido de acompanhar o ambiente competitivo do setor e evitar estruturas ou condutas que venham a ser consideradas prejudiciais à concorrência. Uma economia que se pretende dinâmica e moderna deve ter a capacidade de eliminar barreiras à entrada e confiar na atuação de seus órgãos de defesa da concorrência para dirimir eventuais distorções. O excesso de intervenção tende a engessar a atuação dos agentes, ou pior, estimular a existência de estruturas societárias que subvertam de forma indesejada a regulação do setor.

Por fim, deve ficar claro que este trabalho tem uma pretensão acadêmica e voltada à introdução de um debate necessário sobre a atualização de certos marcos regulatórios, neste caso, especificamente, o que diz respeito à titularidade e direção de empresas aéreas nacionais. No cenário institucional que é desenhado em nosso país, devemos não só discutir a criação de novos marcos, mas também revogar aqueles que não se mostram mais pertinentes. Num país com proporções continentais e com pretensões econômicas elevadas como o Brasil é preciso atuar de forma a estimular cada vez mais a concorrência, a inovação e a eficiência. Atenuar barreiras legais à entrada que permitam a acomodação dos agentes em dado setor. Desta forma, imprescindível a busca por garantir que haja um setor aéreo que cumpra a sua função de transportar mais passageiros e cargas e de forma mais eficiente.

REFERÊNCIAS

BAGANHA, José Tomás. A Regulação na Aviação Civil em Portugal, no Quadro da União Européia. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, n. 3, ano 1, jul. 2003.

BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C. *Game Theory and the Law*. Harvard University Press. Cambridge, MA, EUA, 1998.

BORESTEIN, Severin. The Evolution of U.S. Airline Competition. *Journal of Economic Perspectives*, v. 6, n. 2, p. 45-73. Spring, 1992.

CALZOLARI, Giacomo; SCARPA, Carlo. Footloose Monopolies: Regulating a National Champion, *Journal of Economics & Management Strategy*, v. 18, Issue 4, p. 1179-1214, Winter 2009

FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Direito Econômico*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GOLDSTEIN, Andrea. *Embraer from National Champion to Global Player*. Cepal Review n. 77. p. 97-115.

GUIMARÃES, Eduardo Augusto; SALGADO, Lucia Helena. In *A Regulação do Mercado de Aviação Civil no Brasil* Nota Técnica 2, IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Diretoria de Estudos Macroeconômicos – Coordenação de Regulação e Estudos de Mercado. Rio de Janeiro, Outubro de 2003.

OLIVEIRA, Alessandro Vinícius Marques de. Acesso a Recursos Essenciais e Poder de Mercado: Estudo de Caso da Concessão de Slots em Aeroportos no Brasil. In *II Prêmio SEAE: Monografias em defesa da Concorrência e Regulação Econômica 2007*. Ministério da Fazenda, Secretaria de Acompanhamento Econômico. Brasília: SEAE, 2009

POSNER, Richard A. *Frontiers of Legal Theory*. Harvard University Press. Cambridge, MA, EUA, 2004.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e Desenvolvimento. In *Regulação e Desenvolvimento*. Coordenação de Calixto Salomão Filho. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Leandro Novais e. Regulação e concorrência no setor aéreo nos Estados Unidos e no Brasil – Parte I – A desregulação nos EUA. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, n. 14, ano 4, Abr. 2006.

SILVA, Leandro Novais e. Regulação e concorrência no setor aéreo nos Estados Unidos e no Brasil – Parte II – A regulação e a concorrência no setor aéreo no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, n. 15, ano 4, p. 49-71, jul/set 2006.

STIGLER, George J. A Teoria da Regulação Econômica. In *Regulação Econômica e Democracia – o Debate Norte-Americano*. São Paulo: 34, 2004

SULLIVAN, Lawrence A., GRIMES, Warren S. *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*. Estados Unidos: Thomson/West, 2006.

TORRES, Silvia Faber. *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VISCUSI, W. Kip; HARRINGTON, JR, Joseph E.; VERNON, John M. *Economics of Regulation and Antitrust*. 4. ed. Cambridge, MA, EUA: MIT Press, 2005.

WHISH, Richard. *Competition Law*. 6. ed. Oxford, Inglaterra: Oxford University Press, 2009.

FIDELIDADE PARTIDÁRIA, PERDA DE MANDATO E LIBERDADE PARA CRIAÇÃO DE PARTIDOS POLÍTICOS NO BRASIL

PARTY LOYALTY, LOSS OF TENURE AND FREEDOM TO ESTABLISH POLITICAL PARTIES IN BRAZIL

*Álvaro Osório do Valle Simeão
Especialista em Direito Processual
Mestre em Direito Internacional
Professor de Direito Constitucional e Eleitoral em Brasília
Advogado da União*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A jurisprudência sobre fidelidade partidária e titularidade do mandato eletivo no Brasil; 2 A Constituição Federal e a hipótese de desfiliação para criar novo partido político; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: Busca-se, no presente artigo, analisar a compatibilidade entre o artigo 1º, §1º, inciso II, da Resolução TSE nº 22.610, que isenta da perda de mandato o candidato que se desliga da agremiação pela qual foi eleito para criar novo partido, e a Constituição Federal de 1988.

PALAVRAS-CHAVE: Fidelidade Partidária. Perda de mandato eletivo. Democracia. Pluripartidarismo.

ABSTRACT: This article intends to analyze the compatibility between the article 1, § 1º, II, of Resolution TSE nº 22.610, which exempt from forfeiture of office the candidate who turns off the club's why he was elected to create new party, and the 1988 Constitution.

KEYWORDS: Partisan Loyalty. Loss of mandate. Democracy. Multi-party System.

INTRODUÇÃO

O artigo 1º, §1º, inciso II, da Resolução TSE nº 22.610, isenta da perda de mandato o candidato que se desligar do partido pelo qual foi eleito quando a saída é motivada pela criação de uma nova legenda.

Com base em precedentes do Supremo Tribunal Federal, aborda-se no presente trabalho a constitucionalidade dessa específica hipótese de desfiliação partidária que, apesar de calcada exclusivamente na vontade do filiado, não gera a perda do mandato eletivo.

A análise parte da ponderação entre dois postulados de hierarquia superior: o da fidelidade partidária, que acabou por atribuir às agremiações a titularidade do mandato eletivo, e o pluripartidarismo, que se fundamenta na liberdade civil para a criação de novos partidos.

1 A JURISPRUDÊNCIA SOBRE FIDELIDADE PARTIDÁRIA E TITULARIDADE DO MANDATO ELETIVO NO BRASIL

A temática relacionada à fidelidade partidária tem provocado debates no cenário político. Discutia-se, inicialmente, se o mandato eletivo pertencia à agremiação partidária ou se seria um direito subjetivo do candidato, independentemente do fato de ter este sido eleito em razão da contribuição dos votos de legenda ou do aproveitamento de sobras partidárias.

O assunto ficou restrito, pelo lustro que se seguiu à promulgação da Carta Política, à disciplina interna dos partidos, pois a Constituição sempre se referiu ao princípio da fidelidade partidária em seu artigo 17, § 1º, dispondo que o estatuto do partido é que deveria “*estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária*”.

Contudo, o artigo 26 da Lei nº 9.096/95 (“*Lei dos Partidos Políticos*”) inovou ao estabelecer que o parlamentar que deixasse o partido sob cuja legenda tivesse sido eleito deveria perder a função ou cargo que exercesse na respectiva Casa Legislativa.

Tal previsão legal, apesar de extremamente cristalina, permaneceu sem aplicação em face de um entendimento do Supremo Tribunal Federal que se protraiu no tempo, segundo o qual a infidelidade partidária não repercutiria sobre o mandato eletivo. Desse modo, a sanção partidária máxima, para atos de infidelidade, era a exclusão

dos quadros do partido¹. O mandato, nessa concepção, se ligava ao patrimônio subjetivo do candidato eleito, pois quando este mudava de partido levava consigo o direito de continuar exercendo o cargo para o qual tinha sido eleito.

O Tribunal Superior Eleitoral, em 2007, ao responder à Consulta nº 1.398² fixou, por maioria, entendimento contrário ao que vigia na Excelsa Corte. Para o TSE, “*os partidos políticos e as coligações conservam direito à vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou transferência de um candidato eleito por um partido para outra legenda*”. Houve confirmação desse entendimento, relativamente ao mandato obtido pelo sistema majoritário, na resposta que a referida Corte prestou à Consulta nº 1.407³.

Ao julgar os Mandados de Segurança nº 26.602, nº 26.603 e nº 26.604⁴, o Supremo Tribunal Federal ratificou a orientação jurisprudencial inaugurada pelo TSE, no sentido de que o mandato eletivo, obtido tanto pelo sistema proporcional, como pelo majoritário, pertence ao partido político ou coligação, possibilitando a essas agremiações pleitear, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda do mandato eleitoral em decorrência da desfiliação partidária. Esse é o quadro jurisprudencial na atualidade.

O Supremo Tribunal Federal, apesar de ter definido que o mandato pertence ao partido político ou à coligação, deixou a cargo do Tribunal Superior Eleitoral a fixação de hipóteses em que o desligamento pode ocorrer por justa causa. Nesses casos, o candidato eleito pode permanecer em exercício do mandato independentemente de sua desfiliação. Essas situações são as definidas no artigo 1º da Resolução TSE nº 22.610/07, que possui o seguinte teor:

Art. 1º - O partido político interessado pode pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa.

1 Nesse sentido, confira-se: MS nº 20.927, Relator: Ministro Moreira Alves, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 11/10/1989, Publicação em 15/04/1994.

2 Consulta nº 1398, Brasília/DF, Resolução nº 22.526, de 27/03/2007, Relator: Ministro Francisco Cesar Asfor Rocha, Publicação em 08/05/2007.

3 Consulta nº 1407, Brasília/DF, Resolução nº 22.600, de 16/10/2007, Relator: Ministro Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto, Publicação em 28/12/2007.

4 Data de julgamento dos mandados de segurança: 04 de outubro de 2007.

§ 1º - *Considera-se justa causa:*

incorporação ou fusão do partido;

II) criação de novo partido;

III) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário;

IV) grave discriminação pessoal. (Grifo nosso).

Patente está, ante a norma transcrita, que nenhum candidato perderá o seu mandato caso peça desfiliação para criar novo partido (artigo 1º, §1º, inciso II, da Resolução TSE 22.610). Observa-se, no entanto, que das quatro hipóteses elencadas pela Justiça Eleitoral somente essa se relaciona com conduta a ser perpetrada pelo representante eleito, e não a um proceder atribuível à agremiação partidária.

É que o desligamento para criação de novo partido, quando não acompanhado de perseguição pessoal, mudança no programa, fusão ou incorporação do partido já existente, é decisão unilateral e espontânea do filiado. Tendo em vista essa peculiar situação, indaga-se: a desfiliação deveria ocasionar a perda do mandato em desfavor do candidato, no que pese a determinação normativa emanada do Tribunal Superior Eleitoral?

Tal hipótese de desfiliação por justa causa, criada pelo TSE, afrontaria o princípio do voto proporcional, previsto no artigo 45, *caput*, da Lei Maior⁵, ou estaria em contraste com o disposto no artigo 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal⁶, que prevê a filiação partidária como condição de elegibilidade?

2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A HIPÓTESE DE DESFILIAÇÃO PARA CRIAR NOVO PARTIDO POLÍTICO

Cumpre assinalar, de início, que o Supremo Tribunal Federal, apesar de não ter adentrado a essa específica questão, reconheceu como constitucional, em face do princípio da separação de poderes, a Resolução TSE nº 22.610/07. Trata-se de acórdão prolatado no julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3999 e nº 4086. Confira-se:

⁵ “Art. 45 A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal”

⁶ “Art. 14 [...]”

§3º – São condições de elegibilidade, na forma da lei:

[...]

V – a filiação partidária.”

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. *RESOLUÇÕES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL 22.610/2007 e 22.733/2008. DISCIPLINA DOS PROCEDIMENTOS DE JUSTIFICAÇÃO DA DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA E DA PERDA DO CARGO ELETIVO. FIDELIDADE PARTIDÁRIA*. 1. Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008, que disciplinam a perda do cargo eletivo e o processo de justificação da desfiliação partidária. (...) Suposta usurpação de competência do Legislativo e do Executivo para dispor sobre matéria eleitoral (arts. 22, I, 48 e 84, IV da Constituição), em virtude de o art. 1º da Resolução disciplinar de maneira inovadora a perda do cargo eletivo. (...) Por fim, dizem os requerentes que o ato impugnado invadiu competência legislativa, violando o princípio da separação dos poderes (arts. 2º, 60, §4º, III da Constituição). 3. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604 reconheceu a existência do dever constitucional de observância do princípio da fidelidade partidária. Ressalva do entendimento então manifestado pelo ministro-relator. 4. Não faria sentido a Corte reconhecer a existência de um direito constitucional sem prever um instrumento para assegurá-lo. 5. As resoluções impugnadas surgem em contexto excepcional e transitório, tão-somente como mecanismos para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciar. 6. *São constitucionais as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008 do Tribunal Superior Eleitoral. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida, mas julgada improcedente.* (ADI nº 3999, Relator: Ministro Joaquim Barbosa, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 12/11/2008, Publicação em 17/04/2009; grifou-se).

Temos, assim, que a norma editada pelo TSE, apesar de autônoma, não afronta as funções precípua e nem vincula o Poder Legislativo, que continua livre para revogar qualquer hipótese de desfiliação por justa causa que seja catalogada pelo Judiciário, inclusive a que se relaciona com a criação de nova agremiação política.

O Congresso Nacional, talvez pressionado por esse imenso quadro de ativismo judicial, incluiu a questão da perda de mandato por desfiliação no bojo da chamada Reforma Política. Encontra-se em deliberação, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, o Projeto de Lei nº 266, de 2011 (PLS 266/11), que prevê a perda do mandato para deputados e vereadores que, sem justa causa, se desligarem do partido pelo qual se elegeram.

Interessante salientar que o PLS 266/11 é fiel à orientação constante do artigo 26 da Lei nº 9.096/95, pois limita a perda do mandato aos políticos eleitos pelo sistema proporcional (deputados e vereadores)⁷. Os eleitos pelo sistema majoritário (Presidente da República, Governadores de Estado, Prefeitos Municipais e respectivos vices, além dos Senadores da República) poderão mudar de partido sem perda de mandato, desde que a nova legenda também integre a coligação pela qual se elegeram⁸. Tais previsões, entretanto, ainda estão em fase de deliberação junto ao Poder Legislativo federal.

O julgamento por enquanto levado a efeito pelo STF (ADIS 3999/4086) não tocou na compatibilidade do artigo 1º, §1º, inciso II, da Resolução do TSE, com os artigos 45 e 14, §3º, inciso V, da Carta Republicana, no que pese a amplitude que se defere à causa de decidir no controle concentrado. Permaneceu, assim, a dúvida quanto à possibilidade de que o titular de cargo eletivo se desligue da legenda sem perder o mandato, desde que sua saída se justifique pela criação de novo partido político.

Temos que tal hipótese de justa causa, fixada pela Justiça Eleitoral, é plenamente compatível com a Carta Republicana, revelando-se, em verdade, essencial à preservação do regime democrático proclamado pelo artigo 1º, *caput*, da Lei Maior⁹.

De fato, em uma sociedade pluralista, como a brasileira, é indispensável a livre coexistência de pensamentos, concepções políticas e, por conseguinte, de agremiações partidárias vinculadas às mais variadas ideologias, cabendo ao Estado respeitá-las, pois é na pluralidade que se concretiza a efetiva liberdade. Veja-se, a este respeito, as palavras de Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco e Inocêncio Mártires Coelho¹⁰, *in litteris*:

Embora a Constituição brasileira, assim como tantas outras, utilize a expressão pluralismo agregando-lhe o adjetivo político, fato que à

7 O referido dispositivo se refere unicamente à perda do mandato em Casa Legislativa, o que demanda uma exegese mais aprofundada por parte dos pretórios.

8 Emenda capitaneada pelo Senador Eunício Oliveira, do PMDB do Ceará.

9 “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: [...].*”

10 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 146.

primeira vista poderia sugerir tratar-se de um princípio que se refere apenas a preferências políticas e/ou ideológicas, em verdade a sua abrangência é muito maior, significando pluralismo na ‘polis’, ou seja, um direito fundamental ‘à diferença’ em todos os âmbitos e expressões da convivência humana – tanto nas escolhas de natureza política quanto nas de caráter religioso, econômico, social e cultural, entre outras -, um valor fundamental, portanto, cuja essência Arthur Kaufmann logrou traduzir em frase de rara felicidade: ‘não só, mas também’.

Com efeito, não se pode cogitar de pluralismo partidário, postulado eleito pelo Constituinte originário como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso IV, da Carta¹¹), se, por via indireta, proíbe-se que os titulares de mandato eletivo fundem novos partidos.

Ressalte-se, nessa linha, que o Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer a inconstitucionalidade da chamada *cláusula de barreira* ou *cláusula de desempenho*, deixou assentado que a multiplicidade política brasileira deve ser protegida, justamente, de normas que veiculem limitação aos direitos das minorias partidárias, nas quais se inserem os integrantes da legenda que, insatisfeitos com os rumos políticos adotados pela agremiação, queiram fundar novo partido¹².

Toda limitação à diferença ideológico-partidária, ou ao pensamento plural, revela um atentado contra a própria democracia, pois o pluripartidarismo deriva do pluralismo político, que remonta às próprias diferenças a serem suportadas pela coletividade. Não custa lembrar que nas cidades-estados gregas, chamadas de *polis*, a democracia, ou governo do povo, era o regime que não olvidava a opinião dos *Politikos*, cidadãos livres e iguais nascidos na *polis*.

Os partidos, assim, não podem ser encarados como prisões ideológicas. Eles são apenas pessoas jurídicas de direito privado que congregam grupos sociais “(...) *que se propõem a organizar, coordenar e*

11 “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:

[...]

V - o pluralismo político.”

12 ADI nº 1351, Relator: Ministro Marco Aurélio, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 07/12/2006, Publicação em 30/03/2007.

*instrumentar a vontade popular com o fim de assumir o poder para realizar seu programa de governo”*¹³.

A filiação partidária não pode servir para limitar a liberdade de convicção. Aquele que se propõe a modificar sua orientação política não pode ver tolhida a sua faculdade de fundar nova legenda, compatível com seu novo pensamento, o que se mostraria incompatível com o disposto no artigo 5º, incisos VI e VIII, da Carta de 1988¹⁴.

3 CONCLUSÃO

Constata-se, assim, que o Tribunal Superior Eleitoral, ao editar a norma sob análise, compatibilizou o direito do partido político ao mandato com a liberdade de pensamento e de participação política que a Constituição defere a todos os cidadãos. Esculpiu-se, por meio da Resolução TSE nº 22.610, uma ponderação entre valores que se mostram essenciais à preservação da plena liberdade de atuação política.

REFERÊNCIAS

BÖCKENFÖRDE, Ernest Wolfgang. *Estudios sobre el estadio del derecho y la democracia*. Madri: Trota, 2002.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

JÚNIOR, Luís Carlos Martins Alves. *Direitos constitucionais fundamentais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho. VISCONDE, Giovanna Gabriela. *Direito Eleitoral*. São Paulo: Atlas, 2011.

13 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 394.

14 “Art. 5º [...]

VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença [...];

[...]

VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política [...];”

COISA JULGADA NAS SENTENÇAS DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO POR INCAPACIDADE LABORAL

*THE RES JUDICATA IN JUDGMENTS ABOUT SOCIAL
SECURITY DISABILITY BENEFITS*

*Giovana Bortoluzzi Fleig
Procuradora Federal
Chefe da Seção de Matéria de Benefícios
PFE-INSS de Santa Maria-RS*

SUMÁRIO: ; 1 Coisa Julgada; 1.1 Conceito e fundamento; 1.2 Limites da coisa julgada; 2 Coisa Julgada e Benefício Previdenciário por Incapacidade Laboral; 2.1 Ações de benefício por incapacidade laboral; 2.2 Alteração superveniente do estado de fato; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: Auxílio-doença, auxílio-acidente e aposentadoria por invalidez são benefícios previdenciários concedidos em razão da incapacidade laboral. Possuem natureza precária, uma vez que somente são devidos enquanto perdurar a incapacidade. O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS é obrigado por lei a rever esses benefícios, ainda que concedidos judicialmente, a fim de constatar a persistência, atenuação ou agravamento da incapacidade laboral que motivou a concessão. Desperta interesse acadêmico a questão da revisão de benefícios concedidos por sentença não mais sujeita a recurso. Isso porque a sentença de cognição exauriente de mérito transitada em julgado se reveste de coisa julgada. O presente estudo investiga o tratamento jurídico devido quando as situações de fato, em especial a incapacidade laboral, se alteram após o trânsito em julgado. A alteração da relação previdenciária decorre da modificação do estado de fato e, por isso, é imediata e automática, independente de nova decisão judicial. Conclui-se que a sentença somente produz efeitos enquanto permanecer inalterado o quadro fático. Uma vez modificado o *status quo*, a cessação ou transformação do benefício decorre automaticamente do novo suporte fático a atrair a incidência da norma previdenciária, que pode ser verificado por simples perícia médica administrativa. Não é necessária a propositura da ação revisional prevista no artigo 471 do Código de Processo Civil Brasileiro.

ABSTRACT: Disability benefit, accident benefit and disability retirement are Social Security benefits granted on grounds of labor disability. They are precarious by their very nature, lasting while there is disability. The Instituto Nacional do Seguro Social – INSS is legal obliged to review these benefits, even if they were granted by court, to check the persistence, mitigation or aggravation of the labor disability that caused their granting. Questions about the review of benefits provided by sentence no longer subject to appeal arouse academic interest. That's because the final decision on the merits becomes *res judicata*. This study inquires into legal treatment of the cases in which the factual framework, especially the labor disability, changed after the final judgement. The changing in the welfare relation results from the factual framework transformation (or discontinuity) and, therefore, is immediate and automatic, not depending on new court decisions. The judgement only produces effect while the facts remain unchanged. Once changed the *status quo*, the benefit cancellation or transformation results automatically from the new event that causes the incidence of a social security rule, which can be verified by simple administrative medical expertise. There is no need to propose the revisional action prescribed by article 471 of the Brazilian Civil Procedure Code.

PALAVRAS-CHAVE: Coisa julgada. Benefícios previdenciários por incapacidade.

KEYWORDS: Res judicata. Social Security Disability Benefits.

INTRODUÇÃO

Auxílio-doença, auxílio-acidente e aposentadoria por invalidez são benefícios previdenciários concedidos em razão da incapacidade ou redução da capacidade para o trabalho. O auxílio-doença e a aposentadoria por invalidez possuem natureza precária, uma vez que somente são devidos enquanto perdurar a incapacidade.

O artigo 71 da Lei n.º 8.212/91 obriga o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS a rever esses benefícios, ainda que concedidos judicialmente, a fim de constatar a persistência, atenuação ou agravamento da incapacidade laboral que motivou a concessão. Por sua vez, o artigo 101 da Lei n.º 8.213/91 impõe aos segurados em gozo de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez o dever de submeterem-se a exame médico a cargo da Previdência Social, sob pena de suspensão do benefício.

A obrigação surge tanto nos benefícios concedidos administrativamente quanto naqueles deferidos em sentença. Esse último caso desperta interesse acadêmico, porque a sentença de mérito não mais sujeita a recurso constitui coisa julgada. Um dos pilares da segurança jurídica, a coisa julgada é garantida na Constituição Federal (artigo 5º, XXXVI) e somente pode ser afastada em casos específicos. Através dela, o direito incorpora-se ao patrimônio jurídico de seu titular.

Poderia se aduzir que a relação previdenciária possui caráter continuativo e, por essa razão, a decisão judicial concessora de benefício por incapacidade não transitaria em julgado, a exemplo do que alguns defendem ocorrer nas ações de alimentos. De outro lado, poderia se entender que sentença nessas ações previdenciárias logra coisa julgada material, e a superveniente alteração na capacidade laboral enseja o ajuizamento da ação revisional do artigo 471, I, do Código de Processo Civil. Entretanto, tais soluções não são satisfatórias.

A premissa de que os fatos supervenientes estão imunes à coisa julgada está correta, mas, por ser muito genérica, exige estudo mais aprofundado para sua delimitação conceitual e correta aplicação prática. Dessa forma, objetiva-se encontrar uma solução adequada à questão da duração dos efeitos da sentença nas ações de benefício previdenciário por incapacidade.

O problema do termo final da produção de efeitos da sentença sobre benefício previdenciário por incapacidade laboral deve ser resolvido libertando-se das soluções concebidas para outras espécies relações

jurídicas continuativas, como as de alimentos, locatícias ou tributárias. Diante das peculiaridades do direito material discutido, não é possível englobar todos os casos em uma única e simples solução abstrata.

A pesquisa aqui proposta pretende analisar o instituto da coisa julgada e sua ocorrência nas ações previdenciárias que versam sobre benefícios por incapacidade. Nelas, as decisões definitivas de mérito fazem coisa julgada material? Quais são os limites da coisa julgada nessas ações? Quando exatamente deixa essa sentença de produzir efeitos? Há necessidade de propor uma ação revisional?

A doutrina desenvolveu vários estudos sobre o tema, estando hoje disponível considerável bibliografia sobre a coisa julgada. Entretanto, pouco foi analisado sobre o instituto nas ações previdenciárias. Os estudos precedentes sobre coisa julgada não se referem, ou se referem de forma rasa, a problemática das ações previdenciárias de benefícios por incapacidade.

Necessário esclarecer, nesse momento inicial, o que se entende por ação de benefício previdenciário por incapacidade laboral, expressão que surgirá diversas vezes neste trabalho. O termo ação é tomado no sentido de direito material, equivalendo ao objeto litigioso do processo. Assim, uma ação de benefício previdenciário por incapacidade laboral é a relação processual que tem como causa de pedir a incapacidade para o trabalho e como pedido a concessão dos benefícios previdenciários acima arrolados.

Neste trabalho, através de análise qualitativa interpretativa, explica-se os limites da coisa julgada nas ações de benefício previdenciário por incapacidade. O estudo foi desenvolvido a partir de pesquisa bibliográfica na legislação, na doutrina e na jurisprudência.

Assim, no primeiro capítulo da monografia, revisa-se parte relevante da literatura sobre coisa julgada. Inicialmente, analisa-se o fundamento de ordem sócio política da coisa julgada. Estuda-se o conceito do instituto nas obras de doutrinadores que influenciaram o processo civil brasileiro. Após a compreensão do instituto, passa-se a analisar seus limites objetivos e temporais.

Evidentemente, não se pretende esgotar o vastíssimo tema da coisa julgada na revisão da literatura. Considerando os precisos e específicos objetivos deste trabalho, limita-se à análise de conceitos que, em linhas gerais, servirão de premissas para a discussão posta no capítulo subsequente.

No segundo capítulo, explica-se o conceito de ações sobre benefício previdenciário por incapacidade laboral, analisando-se as suas peculiaridades. Após, demonstra-se os limites da coisa julgada nessas ações. Por fim, investiga-se a solução adequada para quando ocorre a alteração no estado de fato.

Não se pretende defender uma nova concepção de coisa julgada, aplicável somente às ações previdenciárias de benefício por incapacidade. A coisa julgada não possui conceito diverso conforme o direito material discutido. Trata-se de instituto consagrado pela Constituição Federal e de noção amplamente debatida na doutrina.

Entretanto, a sentença vincula as partes e impede novo julgamento somente enquanto as situações de fato e de direito permanecerem inalteradas. Assim, o problema da coisa julgada nas ações de benefício por incapacidade laboral merece ser estudado a partir de uma nova perspectiva que impõe a superação de tabus – como o de que as sentenças nas relações continuativas não logram coisa julgada material. Requer, ainda, a renúncia a solução processual mais fácil, de formalismo excessivo, que não olha para o direito material, tampouco para os direitos fundamentais.

1 COISA JULGADA

1.1 CONCEITO E FUNDAMENTO

A coisa julgada tem fundamento na necessidade de assegurar estabilidade à tutela jurisdicional prestada pelo Estado, promovendo a segurança jurídica e a paz social.

Para que a vida social se desenvolva o mais possível segura e pacífica, é necessário imprimir certeza ao gozo dos bens da vida, e garantir o resultado do processo [...] Entendido o processo como instituto público destinado à atuação da vontade da lei em relação aos bens da vida por ela garantidos, culminante na emanação de um ato de vontade (a *pronuntiatio iudicis*) que condena ou absolve, ou seja, reconhece ou desconhece um bem da vida a uma das partes, a explicação da coisa julgada só se pode divisar na exigência da segurança no gozo dos bens¹.

1 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. V. I. Campinas: Bookseller, 1998. p. 447.

O instituto está ligado aos escopos sociais e políticos do processo, mais especificamente, ao fim de garantir que a convivência em sociedade se dê de forma segura e pacífica. Portanto, a coisa julgada tem sua razão de ser em dois dos valores mais importantes para o processo: a paz social e a segurança.

Um litígio nasce de uma situação de incerteza que só finda diante de uma decisão definitiva, inalterável. A possibilidade de modificação da decisão gera insegurança, sendo de pouca utilidade para a efetiva solução do conflito, pois “enquanto um juiz possa decidir, não se extingue o litígio”². Portanto, o valor segurança incrementa “a confiança do cidadão na autoridade do Estado”³.

Ademais, a coisa julgada põe termo às controvérsias. Ao impedir que se reeditem indefinidamente os litígios, o instituto contribui para a pacificação. “...o valor da paz social insta a que se tente eliminar com presteza o conflito, mediante o emprego de meios reconhecidamente idôneos”⁴.

A coisa julgada não promove justiça. Se uma parte reputar errônea uma sentença, pode contra ela interpor recurso, a fim de que seja reformada ou anulada pelos órgãos hierarquicamente superiores. Mas, depois de percorridas todas as possibilidades de revisão que o processo oferece, a decisão, mesmo incorreta ou injusta, deve se tornar imutável. Trata-se de uma escolha política do legislador, que privilegia a segurança e a paz social “pois, calha mais ao sistema a segurança jurídica do que propriamente a justiça”⁵.

Entretanto, importa ressaltar que os fundamentos políticos e sociais não se confundem com o conceito jurídico do instituto. Tal distinção já fora observada por Chiovenda, para quem, juridicamente, “a coisa julgada não tem em vista a afirmação da verdade dos *fatos*, mas a existência de uma *vontade* de lei no caso concreto”⁶. Necessário, portanto, verificar o conteúdo jurídico do fenômeno da coisa julgada.

a) A expressão “coisa julgada”, da qual pela força do costume não cabe prescindir, tem mais de um significado. *Res iudicata* é, na

2 CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. V. I. São Paulo: Classic Book, 2000. p. 443.

3 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 67.

4 *Ibid.*, p. 67.

5 MITIDIERO, Daniel Francisco. Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva. *Revista Forense*, São Paulo, v. 102, n. 388, p.51-78, dez. 2006. p. 55.

6 CHIOVENDA, op. cit., p. 449.

realidade, o *litígio julgado*, ou seja, o *litígio* depois da *decisão*; ou mais precisamente, levando-se em conta a estrutura diversa entre o latim e o italiano, o *juízo* dado sobre o *litígio*, ou seja, sua *decisão*. Em outras palavras: o *ato* e, por sua vez, o *efeito de decidir*, que realiza o juiz em torno do litígio.

b) Se se decompusesse esse conceito (ato e efeito), o segundo dos lados que dele resultam, ou seja, o efeito de decidir, recebe também e especialmente o nome de coisa julgada que, por conseguinte, serve para designar, tanto a decisão em conjunto, quanto em particular *sua eficácia*.⁷

Dando à coisa o significado de *res*, verifica-se que a coisa julgada corresponde ao bem ou à relação que foi julgada, isto é, à lide ou à controvérsia definitivamente decidida⁸. Entretanto, o direito atual não se satisfaz com o simples conceito de julgamento da *res*. A expressão coisa julgada também designa uma qualidade – ou, para alguns doutrinadores, um efeito – de que se reveste a sentença quando dela não se pode mais recorrer.

Tem origem na doutrina alemã a noção de coisa julgada que a identifica como um efeito da decisão. Essa concepção restringe a coisa julgada à declaração de existência ou inexistência de um direito, pois somente o efeito declaratório tornar-se-ia obrigatório, imutável e indiscutível.

Ora, a coisa julgada (*Rechtskraft*) consiste na força vinculante da declaração, quer se apresente por si só na sentença, quer seja acompanhada de efeito constitutivo da espécie indicada; este efeito constitutivo, pois nada tem a ver com a coisa julgada, absolutamente desnecessária para que ele se possa produzir. O termo tradicional de “coisa julgada” (*Rechtskraft*) poderia e deveria estão substituir-se pelo mais preciso de “eficácia da declaração” (*Feststellungswirkung*), que indicaria, pois, o efeito constante de todas as sentenças com o qual podem apresentar-se juntos eventualmente também o efeito constitutivo ou o executório, conforme o tipo de sentença que se considere⁹.

7 CARNELUTTI, op. cit., p. 406.

8 PUGLIESE, Giovanni. “Giudicato Civile”. Verbete in *Enciclopedia del Diritto*, V. XVIII, Milano, Giuffrè Editore, p. 786.

9 HELLWIG *apud* LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 21.

Ovídio Baptista da Silva identifica a coisa julgada com a declaração contida na sentença, mas inclui uma sutil distinção: no seu entender, a coisa julgada é a qualidade que recai apenas sobre o efeito declaratório da sentença.

Chioenda relaciona a coisa julgada com a declaração emitida pelo juiz, mas afasta o conceito de “efeito da decisão”. Partindo da premissa que a sentença é a expressão da vontade do Estado no caso concreto, o processualista diferencia os efeitos da sentença da autoridade da coisa julgada, essa ligada a impossibilidade de obter nova decisão sobre o já decidido. “A essência da coisa julgada, do ponto de vista objetivo, consiste em não admitir que o juiz, num futuro processo, possa, de qualquer maneira, desconhecer ou diminuir o bem conhecido”¹⁰.

Estabelecendo uma distinção mais incisiva, Liebman afirma que “a autoridade da coisa julgada não é o efeito da sentença, mas uma qualidade, um modo de ser e de manifestar-se dos seus efeitos, quaisquer que sejam”¹¹. Em outras palavras, para Liebman, a coisa julgada consiste numa qualidade especial da sentença que torna imutável todos os seus efeitos, sejam eles declaratórios, constitutivos ou condenatórios.

Nisso consiste, pois, a autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão, como a imutabilidade do comando emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a *definitividade* e intangibilidade do ato que pronuncia o *comando*; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo, e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato.¹²

Cândido Rangel Dinamarco acompanha o entendimento de Liebman:

A coisa julgada material é a imutabilidade dos efeitos substanciais da sentença de mérito. [...] Não se trata de imunizar a sentença como ato do processo, mas os efeitos que ela projeta para fora deste e atingem as pessoas em suas relações — e daí a grande relevância social do instituto da coisa julgada material, que a Constituição assegura (art. 5o, inc. XXXVI) e a lei processual disciplina (arts. 467 ss.).¹³

10 CHIOVENDA, op. cit., p. 493.

11 LIEBMAN, op. cit., p. 06.

12 Ibid., p. 51.

13 DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 7-45, julho-dezembro/2001. p. 10.

Embora se reconheça a relevância que a Constituição atribui à coisa julgada, é impossível extrair-se do inciso XXXVI do artigo 5º um conceito do instituto. A Constituição Federal traça uma diretriz, concedendo ao legislador infraconstitucional liberdade para definir o conceito e os atos que estarão cobertos pela estabilidade¹⁴.

A teoria de Liebman possui inegável importância para a construção do conceito de coisa julgada no direito brasileiro. Inclusive, a redação original do Anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973, elaborado por Alfredo Buzaid, identificava a coisa julgada como a *qualidade* que torna imutável e indiscutível *os efeitos* da sentença, adotando o ensinamento de Liebman. Entretanto, no texto aprovado, o vocábulo *qualidade* foi substituído por *eficácia* e a expressão *os efeitos* restou suprimida¹⁵, resultando na atual redação do artigo 467¹⁶.

O conceito cunhado por Liebman não foi e não pode ser aceito porque vincula a coisa julgada à imutabilidade *dos efeitos* da sentença. Diante da atual conformação do direito brasileiro, necessário admitir que os efeitos da decisão não são imutáveis. Não duram perpetuamente. São disponíveis e, portanto, alteráveis.

[...] a eficácia sentencial, segundo pensamos, decompõe-se em força e efeito. E, como asseverava Pontes de Miranda, “a falta da distinção entre força e efeito (duas classes de eficácia)” pode conduzir a resultados lamentáveis. Força, algo interno; efeito, externo.

Para nós, a autoridade da coisa julgada, que outra coisa não é que a sua indiscutibilidade (imunidade a contestações juridicamente relevantes), recai justamente sobre determinada força da sentença, revestindo-a, qualificando-a e outorgando-lhe uma estabilidade muito especial. E assim pensamos porque inaceitável a concepção de que efeitos se ostentem imutáveis, como construiu Liebman ...¹⁷

Dessarte, a tese de Liebman não é suficiente para explicar situações nas quais os efeitos da sentença deixam de ser produzidos, se extinguem ou se alteram. Vale lembrar que “Os *efeitos* consistem na

14 TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 52.

15 ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada: exegese do Código de Processo Civil: arts. 444 a 475*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992. p. 238-239.

16 BRASIL. *Lei n.º 5.869*, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 3 jul. 2008.

17 MITIDIERO, op. cit., p. 60.

concreta repercussão do *decisum* sobre a situação objeto de julgamento”¹⁸, os quais não se confundem com a eficácia da decisão.

O problema motivou amplo debate na doutrina brasileira. Para Barbosa Moreira, a coisa julgada não corresponde à imutabilidade dos efeitos da sentença, mas é uma situação jurídica que implica a imutabilidade do conteúdo da sentença, ou seja, do dispositivo.

O trânsito em julgado é, pois, fato que marca o início de uma situação jurídica nova, caracterizada pela existência da coisa julgada – formal ou material, conforme o caso. A consideração da coisa julgada como situação jurídica permite maior compreensão na delimitação dos conceitos com que estamos lidando. Não há confundir *res iudicata* com *auctoritas rei iudicatae*. A coisa julgada não se identifica nem com a sentença transita em julgado, nem com o particular atributo (imutabilidade) que ela se reveste, mas com a situação jurídica em que passa a existir após o trânsito em julgado. Ingressando em tal situação, a sentença adquire uma autoridade que – esta, sim – se traduz na resistência a subseqüentes tentativas de modificação do seu conteúdo. A expressão *auctoritas rei iudicatae*, e não *res iudicata*, portanto, é a que corresponde ao conceito de imutabilidade¹⁹.

A concepção de Barbosa Moreira é bem aceita na doutrina nacional. Acompanham o processualista carioca Didier, Braga e Oliveira, para quem “A coisa julgada é a imutabilidade da norma jurídica individualizada contida na parte dispositiva de uma decisão judicial”²⁰.

Entretanto, a obra de Barbosa Moreira não ficou infensa a críticas, sendo Ovídio Baptista da Silva o seu maior opositor. Embora Ovídio concorde que a coisa julgada não é uma qualidade que torna imutáveis todos os efeitos da sentença, entende que a imutabilidade não recai sobre o conteúdo do comando jurisdicional. Identificou, em alguns exemplos citados por Barbosa Moreira, que esse confundia efeito com eficácia, incluído no conceito de conteúdo do comando jurisdicional alguns efeitos²¹.

18 TALAMINI, op. cit., p. 36-37.

19 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. In: _____. *Direito processual civil: ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 133-146. p. 145-146.

20 DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. V. II. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 478.

21 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 170.

Longe de solucionar o problema da disputa teórica, esse trabalho limita-se em considerar a coisa julgada como qualidade que, com o trânsito em julgado, recobre o a sentença de cognição exauriente de mérito, tornando imutável o seu dispositivo.

Por fim, salienta-se que, neste trabalho, ao se tratar da coisa julgada, está se referindo à coisa julgada material. Diz-se coisa julgada material quando a sentença torna-se imutável no processo em que se formou e em qualquer outro. Para configurar-se, a coisa julgada material requer a existência de coisa julgada formal em uma decisão jurisdicional que, em cognição exauriente, tenha analisado o mérito da causa. Constituem decisões de mérito aquelas previstas nos incisos do artigo 269 do Código de Processo Civil.

Diz-se coisa julgada formal quando a decisão torna-se indiscutível apenas no processo em que foi produzida, devido à preclusão dos meios de impugnação. "... a coisa julgada formal é o efeito da preclusão do direito a provocar a mudança da decisão, ou seja, de impugná-la"²². Quando se desejar referir essa, será acrescentada a designação *formal*.

1.2 LIMITES DA COISA JULGADA

A sentença soluciona questões pertinentes à lide, isto é, ao conflito de interesses deduzido pelas partes em juízo. Após o trânsito em julgado da decisão, nenhum órgão jurisdicional, nem mesmo o próprio juiz da causa, pode voltar a apreciar as questões decididas, relativas à mesma lide. O artigo 471, *caput* do Código de Processo Civil veda ao juiz ou tribunal conhecer de questões já decididas referentes à mesma lide, pois a "A imutabilidade da sentença se traduz em uma proibição ao juiz de voltar a decidir o litígio já decidido (*ne bis in idem*)"²³. Essa restrição equivale à função negativa da coisa julgada²⁴.

O artigo 471, *caput* do Código de Processo Civil utiliza termos semelhantes – questões decididas e lide – aos do artigo 468 do mesmo diploma. Questões são dúvidas de fato ou de direito pertinentes ao objeto litigioso, que devem ser resolvidas pelo juiz para a solução da lide. Entretanto, não ensejam uma demanda própria e autônoma.

²² CARNELUTTI, op. cit., p. 445.

²³ CARNELUTTI, op. cit., p. 445.

²⁴ TALAMINI, op. cit., p. 130.

[...] os limites objetivos da coisa julgada, assim como colocados, jamais poderão ir além do objeto litigioso do processo, sendo vedado se alcance a questões que não se encontrem resolvidas e não possuam pertinência com o mérito examinado ou, ainda, que por si só se constituam suficientes a suportar nova ação de Direito Material (assim entendido o objeto litigioso)²⁵.

Portanto, a vedação para que o juiz conheça o mérito da nova demanda somente ocorre quando a questão suscitada for idêntica à questão já resolvida definitivamente.

Como a identidade da questão (*eadem quaestio*) se desdobra tradicionalmente em dois aspectos – identidade do objecto, pedido ou pretensão (*eadem res*) e identidade da causa de pedir (*eadem causa petendi*) – o caso julgado opera dentro dos limites demarcados pelas chamadas três identidades – sujeitos, pedido e causa de pedir²⁶

Conforme o artigo 128 do Código de Processo Civil, a sentença decide a partir da causa de pedir e do pedido deduzidos no momento da propositura da demanda, os quais somente podem ser alterados somente antes do saneamento (artigo 264 do Código de Processo Civil). Assim, resolve a lide de acordo com os pressupostos existentes no momento em que foi proferida. Entretanto, o trânsito em julgado não impede a modificação de elementos que influem na conformação da relação jurídica.

Dessa forma, não ficam abrangidas pela proibição do artigo 471, *caput* do Código de Processo Civil as questões supervenientes – portanto, não decididas – que constituam uma nova lide, ainda que entre as mesmas partes. Isso porque a decisão sobre novo pedido e/ou causa de pedir não fere a autoridade da coisa julgada anterior.

Nesse caso, entretanto, deve-se respeitar o conteúdo da sentença transitada em julgado, pois a coisa julgada vincula o segundo julgador, não podendo esse decidir de modo avesso ao que foi determinado na decisão anterior. Trata-se da função positiva da coisa julgada.

O *decisum* (resultado) sobre o qual recai a coisa julgada terá de ser obrigatoriamente seguido por qualquer juiz, ao julgar outro processo, entre as partes, cujo resultado dependa logicamente da

25 MITIDIERO, Coisa julgada, limites... p. 67.

26 MENDES, João de Castro. *Limites objectivos do caso julgado em processo civil*. Lisboa: Atlas, 1968. p. 57.

solução a que se chegou no processo em que já houve coisa julgada material²⁷.

Quanto às partes, essas ficam impedidas de tentar obter nova sentença valendo-se de alegações e defesas que poderiam ter feito e não fizeram no momento processual adequado – especialmente na inicial e na contestação. Isso porque, após o trânsito em julgado da decisão definitiva da causa, todos os argumentos e provas que as partes tinham a alegar ou produzir tornam-se irrelevantes.

Trata-se da eficácia preclusiva da coisa julgada, prevista no artigo 474 do Código de Processo Civil. Tal efeito não atinge todas alegações e defesas, mas somente aquelas relativas ao mesmo objeto litigioso e às mesmas partes.

Segundo pensamos, a eficácia preclusiva da coisa julgada obra nos exatos lindes do objeto litigioso, não podendo consumir ações materiais autônomas (prática que importaria em afronta aos arts. 5º, XXXV, da CRFB e 128 do CPC). Cinge-se, de conseqüente, a afetar alegações e defesas que por si só não se constituam em causas de vida autônoma, de fôlego independentemente àquelas decididas e acobertadas pela coisa julgada²⁸.

A eficácia preclusiva é uma decorrência lógica da própria coisa julgada. Consoante observa Talamini, ainda que o art. 474 não existisse, idêntica diretriz poderia se extrair da própria coisa julgada²⁹. Seria contrário ao próprio instituto permitir novas demandas que, embora baseadas em novas alegações ou defesas, se referissem ao mesmo objeto litigioso.

Feitas tais considerações sobre os limites objetivos da coisa julgada, necessário agora definir até quando a sentença transitada em julgado produzirá efeitos. Em outras palavras, passa-se a analisar os limites temporais da coisa julgada.

Reconhece-se que há certa incongruência na expressão *limites temporais* pois “o tempo em si não é o limite do caso julgado que se analisa agora, visto que não basta seu mero decurso para fazer desaparecer: são as novas circunstâncias que determinam a demarcação do caso julgado”³⁰

27 TALAMINI, op. cit., p. 130.

28 MITIDIERO, op. cit., p. 73.

29 TALAMINI op. cit., p. 86.

30 GUASP apud MENDES, op. cit., p. 60.

. Nesse sentido também se manifestou Barbosa Moreira: “a autoridade da coisa julgada, como tal, não se subordina a limite temporal algum”³¹.

A crítica procede na medida em que essas situações de fato ou de direito, surgidas no futuro, afastam a vinculação da coisa julgada por constituírem novo objeto litigioso, remetendo ao problema dos seus limites objetivos.

A sentença espelha os fatos e o direito que existiam em determinado instante, de maneira que, alterados os fatos ou o direito, outra será a causa de pedir e, por consequência, a ação. Melhor explicando: a alteração das circunstâncias de fato constitui alteração da causa de pedir, formando uma outra (nova) ação e abrindo ensejo a outra (nova) coisa julgada. Assim, quando são alteradas as circunstâncias de fato, será formada outra (nova) coisa julgada, que deverá conviver em harmonia com a coisa julgada respeitante às circunstâncias anteriores³².

Entretanto, para definir o que se conhece por limites temporais analisa-se as circunstâncias em determinado corte no tempo, do que se justifica o uso da expressão. Ademais, ela é amplamente adotada pela doutrina brasileira³³.

“De certo modo todas as sentenças contêm implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus*, enquanto a coisa julgada não impede absolutamente que se tenham em conta os fatos que intervierem sucessivamente à emanção da sentença”³⁴. A sentença contém uma norma jurídica concreta elaborada a partir dos fatos e do direito verificados na época. Dessa feita, a coisa julgada somente impede novo julgamento e vincula as partes enquanto permanecerem inalterados os elementos da relação jurídica decidida.

A questão ganha relevância quando o direito material decidido refere-se a relações jurídicas continuativas. Diz-se relação jurídica continuativa aquela que estabelece uma obrigação homogênea de trato sucessivo, projetando-se no tempo. Não é instantânea. Geralmente é caracterizada por prestações periódicas, como ocorrem nas relações de alimentos, locatícias, tributárias e previdenciárias.

31 MOREIRA, op. cit., p. 144

32 MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 141-142.

33 MITIDIERO, op. cit., p. 73. TALAMINI op. cit., p. 88.

34 LIEBMAN, op. cit., p. 27.

Antítese da relação continuativa, a relação jurídica instantânea pode ser definida como “decorrente de fato gerador que se esgota imediatamente, num momento determinado, sem continuidade no tempo, ou que, embora resulte de fato temporalmente desdobrado, só atrairá a incidência da norma quando estiver inteiramente formado”³⁵.

As relações jurídicas continuativas podem ser desdobradas em duas subespécies: a permanente e a sucessiva. Zavascki assim as demarca:

Define-se como permanente (ou duradoura) a relação jurídica que nasce de um suporte de incidência consistente em fato ou situação que se prolonga no tempo. [...] as relações sucessivas compõem-se de uma série de relações instantâneas homogêneas, que, pela sua reiteração e homogeneidade, podem receber tratamento jurídico conjunto ou tutela jurisdicional coletiva. No geral dos casos, as relações sucessivas pressupõem e dependem de uma situação jurídica mais ampla, ou de determinado status jurídico dos seus figurantes, nos quais se inserem, compondo-lhes a configuração³⁶.

É exemplo de relação permanente a obrigação de alimentos, que depende da *continuidade do seu suporte fático* – necessidade do alimentado e capacidade econômica do alimentante – para que se prolongue no tempo. De outra banda, é exemplo de relação sucessiva a obrigação da empresa de pagar imposto sobre produtos industrializados, dever que subsiste no tempo enquanto *se repetir o fato gerador* – saída de mercadorias da fábrica.

A sentença que resolve uma relação continuativa profere juízo de certeza de acordo com as situações de fato e de direito então existentes. Entretanto, o trânsito em julgado da decisão não impede a modificação posterior desses elementos. É a “coisa julgada não pode impedir a rediscussão do tema por fatos supervenientes ao trânsito em julgado”³⁷.

Na verdade, de modo geral, a coisa julgada não abrange a modificação das relações jurídicas ocorridas após o encerramento da instrução, e não somente após o trânsito em julgado da sentença.

35 ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 81.

36 ZAVASCKI, op. cit., p. 82.

37 DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. op. cit., p. 500.

[...] a citação inicial assinala o instante a partir do qual eventuais fatos novos autorizam a formulação de outro pedido. Com vistas à causa de pedir, porém, tal ocasião, como regra geral, é a do encerramento da instrução em audiência. [...] No caso de “julgamento antecipado da lide” coincide com a da conclusão do processo para prolação da sentença. Em caráter excepcional, porém, esse tempo pode ser estendido até o instante da interposição do recurso, desde que se configure a hipótese prevista no art. 517. Ainda mais excepcionalmente, esse momento poderá ser relegado para o do julgamento do recurso, se, considerada a hipótese do art. 462, fatos supervenientes forem considerados nessa ocasião. Em regra geral, porém, os limites temporais da coisa julgada são aferidos em relação à oportunidade que findar a instrução ou o processo for concluso para julgamento. Fatos sobrevivendo a esses dois momentos poderão influir sobre a situação objeto da coisa julgada, sem, contudo, infringi-la. Porém, os fatos anteriormente ocorridos em nada influirão sobre tal eficácia, pois estão afastados pela coisa julgada, que é intangível³⁸.

A fim de permitir a propositura de novas demandas fundadas em novos fatos, defendeu-se que, por tutelar situações efêmeras e provisórias, a sentença sobre relação continuativa não logra coisa julgada. Nesse sentido dispôs o artigo 15 da Lei de Alimentos, determinando que a “decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado”³⁹.

Com base em tal dispositivo legal, há autores que insistem em lecionar que as sentenças que resolvem relações continuativas não se tornam imutáveis e indiscutíveis pela coisa julgada material⁴⁰. Entretanto, não há fundamento para sustentar tal posição, especialmente porque não existe nada que exclua tais decisões do conceito de coisa julgada material.

As sentenças proferidas em ações de alimentos, como quaisquer outras, referentes ou não a relações jurídicas “continuativas”, transitam em julgado e fazem coisa julgada material, ainda que - igualmente como quaisquer outras - possam ter a sua eficácia limitada no tempo, quando fatos supervenientes alterem os dados

38 ARAGÃO, op. cit., p. 199-200.

39 BRASIL. *Lei n.º 5.478*, de 25 de julho de 1968. Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 3 jul. 2008.

40 WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de Processo Civil*. V. I. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 522.

da equação jurídica nelas traduzida. O disposto no art. 15 da Lei nº 5.478/68, portanto, não pode ser tomado em sua literalidade. O dizer-se aí que a sentença não faz coisa julgada é, tão-somente, um esforço atécnico e mal-inspirado do legislador para pôr em destaque a admissibilidade de outras demandas entre as mesmas partes e pertinentes à mesma obrigação alimentar⁴¹.

Já se concluiu que “A coisa julgada material pode ser configurada como uma qualidade de que se reveste a sentença de cognição exauriente de mérito transitada em julgado, qualidade essa consistente na imutabilidade do conteúdo do comando sentencial.”⁴². Assim, pouco importa se a relação jurídica discutida é instantânea ou continuada. A sentença de mérito transitada em julgado é estável e logra coisa julgada material, ainda que trate de relação continuativa.

Autoriza o artigo 471, inciso I do Código de Processo Civil, o reexame dessa sentença em caso de alteração superveniente do *status quo*. Entretanto, a previsão de ação revisional é, evidentemente, desnecessária, uma vez que as novas circunstâncias estão fora do alcance da coisa julgada, simplesmente porque se tratam de questões ainda não decididas.

A redação do artigo 471, inciso I do Código de Processo Civil é equivocada pois indica enganosamente que sentença poderia ser revista. Porém, a segunda sentença não revisa ou desconstitui, tampouco substitui a primeira, que tem sua produção de efeitos condicionada a permanência do suporte fático que lhe deu causa.

Trata-se de uma nova demanda que visa à obtenção da tutela para uma nova situação, que representa uma nova causa de pedir, a qual será apreciada – ou vista – pela primeira vez. Eventual sentença de procedência terá eficácia *ex nunc*, não atingindo a decisão anterior.

Por tratar-se de outras “ações”, em que a *causa petendi*, sempre, e freqüentemente o *petitum* são radicalmente diversos dos seus correspondentes na “ação” anterior, nenhuma afronta ou restrição sofre o princípio da imutabilidade da coisa julgada. Esta perdura inalterada e soberana, embora uma nova sentença venha a examinar e acertar a configuração também nova que a relação jurídico-material tenha assumido.

41 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. A coisa julgada nas ações de alimentos. *Revista de processo*. São Paulo, ano 16, n. 62, p. 9-27, abr.-jun. 1991. p. 21-22.

42 TALAMINI, op. cit., p. 30.

Só caberia falar-se de alteração do julgado, relativização do princípio da imutabilidade, substituição da sentença ou sua adaptação a fatos novos se fosse reapreciada e rejuogada a lide tal como se pusera anteriormente em juízo, com os mesmos dados e configuração que apresentava quando do julgamento primitivo. Mas a lide é claramente diversa⁴³.

Bem fixada a idéia de que a ação revisional, prevista no artigo 471, inciso I do Código de Processo Civil, nada revisa, e de que a possibilidade de uma nova ação é decorrência lógica dos limites objetivos da coisa julgada, necessário verificar que, em regra, a alteração superveniente do estado de fato ou de direito tem efeitos imediatos. Em outras palavras, não é preciso propor nenhuma demanda, tampouco obter um novo pronunciamento jurisdicional, para que a sentença deixe de produzir efeitos e vincular as partes.

A mudança de qualquer desses elementos compromete o silogismo original da sentença, porque estará alterado o silogismo do fenômeno de incidência por ela apreciado: a relação jurídica que antes existia deixou de existir, e vice-versa. Daí afirmar-se que a força da coisa julgada tem uma condição implícita, a da cláusula *rebus sic stantibus*, a significar que ela atua enquanto se mantiverem íntegras as situações de fato e de direito existentes quando da prolação da sentença. Alterada a situação de fato (muda o suporte fático, mantendo-se o estado da norma) ou de direito (muda o estado da norma, mantendo-se o estado de fato), ou dos dois, a sentença deixa de ter a força de lei entre as partes, que até então mantinha.

A alteração do *status quo* tem, em regra, efeitos imediatos e automáticos. Assim, se a sentença declarou que determinado servidor público não tinha direito a adicional de insalubridade, a superveniência de lei prevendo a vantagem importará o imediato direito a usufruí-la, cessando a partir daí a eficácia vinculativa do julgado, independentemente de novo pronunciamento judicial ou de qualquer outra formalidade. Igualmente, se a sentença declara que os serviços prestados por determinada empresa estão sujeitos a contribuição para a seguridade social, a norma superveniente que revogue a anterior ou que crie isenção fiscal cortará a sua força vinculativa, dispensando o contribuinte, desde logo, do pagamento do tributo. O mesmo pode ocorrer em favor do Fisco, em casos em que, reconhecida, por sentença, a intributabilidade, sobrevier

43 FABRÍCIO, op. cit., p. 22.

lei criando o tributo: sua cobrança pode dar-se imediatamente, independentemente de revisão do julgado anterior⁴⁴.

A mesma regra se aplica à modificação do estado de fato, e os melhores exemplos disso estão no direito previdenciário. Suponha-se uma sentença que condena o INSS a conceder e pagar pensão por morte a um filho menor e não inválido. Anos depois de passar em julgado a decisão, o beneficiário completa 21 anos. A superveniente perda da qualidade de dependente, por ter alcançado a idade limite, importa a extinção da relação jurídica de direito material (art. 77, § 2º, II da Lei n.º 8.213/91), a imediata cessação da eficácia vinculativa da coisa julgada e, automaticamente, o fim do benefício. Não é necessário propor uma nova ação ou uma ação revisional.

A ação de alimentos é exceção à regra do automatismo dos efeitos advindos da mudança do *status quo*. “A revisabilidade das sentenças sobre alimentos atende a imperativo emergente da natureza mesma da prestação e dos pressupostos e critérios universalmente aceitos para sua imposição e quantificação”⁴⁵. O artigo 1.699 do Código Civil claramente exige a propositura de nova demanda, a fim de que seja proferido nova sentença, adequada às novas circunstâncias. Nesse sentido, esclarece Zavascki:

Convém repetir e frisar, todavia, que a ação de revisão é indispensável apenas quando a relação jurídica material de trato continuado comportar, por disposição normativa, o direito potestativo antes referido. É o caso da ação de revisão de alimentos, destinada a ajustá-los à nova situação econômica do devedor ou às supervenientes necessidades do credor, e da ação de revisão de sentença que tenha fixado valores locatícios, para ajustá-los a novas condições de mercado (Lei n.º 8.245, de 1991, artigos. 19 e 68). Afora casos dessa natureza, a modificação do estado de fato ou de direito produz imediata e automaticamente a alteração da relação jurídica, mesmo quando esta tiver sido certificada por sentença, conforme anteriormente assinalado⁴⁶.

Em resumo do exposto, a natureza do direito substancial é fator essencial para determinação do alcance da coisa julgada, bem como dos meios necessários para alteração da relação jurídica certificada na sentença. A ação revisional, prevista no artigo 471, inciso I do Código

44 ZAVASCKI, op. cit., p. 88-89.

45 FABRÍCIO, op. cit., p. 14.

46 ZAVASCKI, op. cit., p. 91.

de Processo Civil, é necessária somente em situações excepcionais, delimitadas pelo direito material.

2 COISA JULGADA E BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO POR INCAPACIDADE LABORAL

2.1 AÇÕES DE BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE LABORAL

Feita a revisão da literatura, necessário esclarecer o que se entende por ações de benefício por incapacidade. A Constituição Federal, em seu artigo 201, inciso I⁴⁷, determina que a Previdência Social é responsável pela cobertura dos eventos de doença e invalidez, entre outros. A determinação constitucional é cumprida através da concessão de aposentadoria por invalidez, auxílio-doença ou auxílio-acidente aos segurados, benefícios previdenciários previstos na Lei n.º 8.213/91.

A doença ou a invalidez são eventos que podem afetar a capacidade para o trabalho, impedindo ou limitando o exercício de atividade profissional remunerada. “Por capacidade laboral pretende-se abranger o complexo de meios intelectuais, volitivos e físicos, que permitem utilizar, proveitosamente, a eficiência física no desenvolvimento de alguma atividade laboral”⁴⁸.

A relação jurídica que surge desses eventos tem natureza continuativa, pois dependem da continuidade da incapacidade laboral para prolongar-se no tempo. Zavascki assim define:

A obrigação previdenciária que dá ensejo ao benefício de auxílio doença tem como suporte fático a incapacidade temporária do segurado para exercer as suas atividades laborativas normais, estado de fato que, prolongado no tempo, acarreta uma espécie de incidência contínua e ininterrupta da norma, gerando a obrigação, também continuada, de pagar a prestação⁴⁹.

47 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 18 jun. 2008.

48 ROCHA, Daniel Machado da. Benefícios previstos pelo regime geral em face da incapacidade laboral. In: ROCHA, Daniel Machado da; SAVARIS, José Antônio (Coord.). *Curso de Especialização em Direito Previdenciário*. V. II. Curitiba: Juruá, 2007. p. 269.

49 ZAVASCKI, op. cit., p. 82.

Cabe ressaltar, entretanto, que a obrigação previdenciária em questão exige, além da incapacidade para o trabalho, a qualidade de segurado e, via de regra, a carência. Ainda, há um requisito de ordem negativa: que a doença e/ou a incapacidade não sejam anteriores à filiação a Previdência Social.

Segundo o artigo 60 da Lei n.º 8.213/91, o auxílio-doença é devido enquanto o segurado permanecer incapaz. Da mesma forma, o artigo 42 daquela Lei determina que a aposentadoria por invalidez deve ser paga enquanto perdurar o estado de invalidez. Quando não mais existir o suporte fático que deu ensejo a concessão do benefício, finda a obrigação.

Quando o benefício por incapacidade é negado ou cessado pela Administração, surge para o segurado a pretensão de obter esse bem mediante tutela jurisdicional. E quando o titular da pretensão deduz em juízo pedido de concessão ou restabelecimento de aposentadoria por invalidez, auxílio-doença ou auxílio-acidente, tendo como causa de pedir a incapacidade para o trabalho, nasce uma ação de benefício por incapacidade laboral.

No mérito, esse pedido poderá ser resolvido de diversas maneiras. Embora ciente de que as sentenças são compostas de múltiplas cargas eficaciais, considera-se nesse trabalho que, quando procedente, a sentença tenha eficácia preponderantemente condenatória: condena o INSS a implantar, conceder, pagar – esses são os verbos utilizados em geral – benefício por incapacidade.

Como consequência da condenação, surge ao INSS o dever de realizar perícias médicas periodicamente, a fim de apurar se houve alteração no quadro fático e, especialmente, evitar o pagamento indevido do benefício. O artigo 71 da Lei n.º 8.212/91 obriga a Autarquia a rever esses benefícios, ainda que concedidos judicialmente, a fim de constatar a persistência, atenuação ou agravamento da incapacidade laboral que motivou a concessão.

De outro lado, surge ao segurado o dever de comparecer às perícias médicas periódicas. O artigo 101 da Lei n.º 8.213/91 impõe ao segurado em gozo de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez a obrigação de se submeter a exame médico a cargo da Previdência Social, sob pena de suspensão do benefício.

As obrigações de revisar o benefício concedido judicialmente, imposta ao INSS, e de se submeter à perícia médica administrativa, imposta ao segurado, têm natureza de efeito anexo à sentença. Os efeitos anexos são aqueles “externos à demanda judicial, como algo artificial e postiço que o legislador assim como os anexou – segundo critérios de conveniência – poderá desanexá-los da sentença”⁵⁰.

Com a sentença de procedência surge imediata e automaticamente as obrigações do artigo 71 da Lei n.º 8.212/91 e do artigo 101 da Lei n.º 8.213/91. Não necessitam ser postulados pelo autor. O juiz não pode negar esse efeito ou desobrigar as partes. Porém, se os artigos mencionados forem revogados, suprimindo o efeito anexo, a sentença permanecerá com a sua estrutura interna inalterada.

Trata-se de um efeito anexo que tem fundamento não só na conveniência do legislador, mas também nos dispositivos legais que fixam o momento final do benefício. Ao proferir sentença, o juiz fixa o *dies a quo* do benefício, à luz da prova produzida e dos artigos 43, 60 e 86, § 3º da Lei n.º 8.213/91. Entretanto, via de regra, não se manifesta quanto ao seu termo final.

Embora o objetivo do presente trabalho não seja examinar os benefícios por incapacidade laboral, necessário frisar que a aposentadoria por invalidez e o auxílio-doença têm natureza precária. Da leitura dos artigos 46, 47 e 60, *caput*, da Lei n.º 8.213/91 extrai-se que os benefícios devem cessar quando o segurado recupera a capacidade laboral ou quando voluntariamente retorna ao trabalho.

Tratando-se de incapacidade laboral temporária, não é raro que a prova técnica aponte a data em que a capacidade será recobrada. Diante da natureza precária dos benefícios, não seria incorreto fixar, na sentença, a data de cessação do auxílio-doença conforme o laudo pericial. A limitação visa evitar que segurados aptos ao trabalho permaneçam em benefício, enriquecendo-se indevidamente.

A previsão, na sentença, de um termo final para produção de efeitos não é novidade no processo civil. Já observava Carnelutti que “A conveniência em limitar com um prazo final a eficácia da decisão baseia-se, naturalmente, na previsão de mudanças no estado de fato, que podem tornar menos oportuno o regime jurídico estabelecido pela

50 SILVA, op. cit., p. 164.

decisão própria⁵¹. Portanto, a técnica de fixação de certa data para a cessação do benefício, quando há lastro na prova, imprimiria maior eficiência à consecução do direito material.

Em síntese, um pedido judicial de benefício por incapacidade laboral pode redundar em uma sentença de improcedência ou procedência e, nesse último caso, com ou sem de data para cessação do benefício. A decisão leva em consideração as situações de fato e de direito existentes provadas até aquele momento. Mas a sentença também vincula futuras alterações na relação jurídica previdenciária?

Não se pode afirmar que tais sentenças estão despidas de coisa julgada material e, portanto, são modificáveis a qualquer tempo. Consoante já se refletiu acima, até mesmo as sentenças em ações de alimentos podem ser adjetivadas pela coisa julgada material, a despeito da desastrosa redação do art. 15 da Lei n.º 5.478/68.

Portanto, o problema reside em fixar os exatos limites objetivo e temporal da coisa julgada nas sentenças de benefício por incapacidade. Como em qualquer outro caso, a delimitação dependerá do objeto do processo, ou seja, das questões decididas relativas à lide. A questão da existência ou não de incapacidade para o trabalho, bem como dos demais requisitos necessários para a concessão do benefício, são questões da lide, e não meras prejudiciais.

Se, por ventura, a demanda for julgada procedente, ficam cobertos sob o efeito de preclusivo provocado pela coisa julgada, as alegações de: capacidade laboral, ausência de qualidade de segurado, falta de carência, pré-existência da doença. Em outras palavras, essas questões não poderão ser argüidas em outro processo, ainda que não tenham sido deduzidas as respectivas alegações e defesas, pois pertinentes à demanda proposta.

Um exemplo poderá melhor esclarecer o que se está a dizer: proposto pedido de benefício por incapacidade laboral em razão de deformidade física congênita nos membros inferiores, esse foi julgado improcedente pois a doença é anterior à filiação à Previdência Social. Não poderá o segurado ingressar com nova demanda tentando discutir a inexistência dessa doença antes da filiação, mas poderá buscar a tutela jurisdicional para outras questões que surgirem no futuro.

51 CARNELUTTI, op. cit., p. 434.

Seguindo o exemplo, imagine-se que o mesmo segurado passa a sofrer, posteriormente, de apendicite e requer novamente benefício por incapacidade. O benefício poderá ser concedido pelo INSS ou, caso negado, o segurado poderá propor uma nova demanda judicial, sem que exista ofensa à coisa julgada. Trata-se de nova doença e novos fatos que não guardam relação com o objeto litigioso do primeiro processo.

Como se vê, é necessário delimitar corretamente o objeto litigioso e todas as questões que o cercam para analisar a coisa julgada.

Em direito previdenciário, a análise pode ser dificultada por prática que vem sendo admitida por alguns Tribunais⁵²: a concessão de outra espécie de benefício por incapacidade, diverso daquele especificado no pedido. Tratam-se de casos excepcionais, em que o pedido concentra-se exclusivamente em um benefício. Por exemplo, o autor pede somente a aposentadoria por invalidez e, na decisão final, diante da prova produzida, defere-se a concessão de auxílio-acidente ou auxílio-doença. Os fundamentos de tais decisões são vários: o princípio do “iura novit curia”, o brocardo “da mihi factum dabo tibi ius”, o princípio da economia processual, o princípio da instrumentalidade das formas, a relevância da questão social envolvida.

Analisando-se o direito material, pode-se afirmar que os benefícios por incapacidade são, de certa forma, fungíveis. Um auxílio-doença pode ser transformado em auxílio-acidente ou aposentadoria por invalidez. Portanto, tais decisões procuram harmonizar os planos do direito material e do direito processual, a fim de solucionar a lide de forma célere. Entretanto, o esforço exegético poderia ser evitado se os autores tivessem o cuidado de incluir nos seus pedidos todas as espécies de benefício por incapacidade que efetivamente pretendem.

Necessário esclarecer que não se está aqui concordando com tal prática. Entretanto, se há uma mitigação ao princípio da demanda, promovendo um processo injusto, isso é um problema que extrapola os objetivos da presente monografia. Conforme já assentado no capítulo

52 BRASIL. Tribunal Regional da 3ª Região. Apelação cível nº 1115028/SP, da 7ª Turma. Apelante: Jorge da Silva. Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Dr. Walter do Amaral. São Paulo, 25 de fevereiro de 2008. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br>> Acesso em: 10 out. 2008.

_____. Tribunal Regional da 4ª Região. Apelação cível nº 2005.72.13.000201-3, da Turma Suplementar. Apelante: Ademar Siebel. Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Dr. Ricardo Teixeira do Valle Pereira. Porto Alegre, 26 de abril de 2007. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>> Acesso em: 10 out. 2008.

anterior, a justiça da decisão não é requisito para a edificação da barreira da coisa julgada.

2.2 ALTERAÇÃO SUPERVENIENTE DO ESTADO DE FATO

O presente estudo propõe verificar o que ocorre quando as situações de fato, em especial a incapacidade, se alteram após a prolação da sentença. A solução parece simples: “Como consequência tranqüila dos limites temporais do caso julgado, imunes estão, à evidência, os fatos supervenientes à formação dele”⁵³. Entretanto, a questão exige maior aprofundamento.

A sentença que reconhece a existência da relação jurídica previdenciária o faz aplicando certa norma jurídica a um determinado suporte fático em dado momento. A sentença que afirma a inexistência da relação previdenciária supõe a inexistência do comando normativo ou da situação de fato em certo momento.

Assim, não é correto dizer que fica indiscutível a condição de beneficiário de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença. A coisa julgada somente vincula as partes e veda novo julgamento enquanto não houver alteração das circunstâncias que geraram a relação jurídica de direito material.

Cabe perquirir, então, o que ocorre quando, posteriormente a concessão judicial de benefício por incapacidade, há modificação no *status quo*.

Nas hipóteses de concessão judicial de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez, controverte-se sobre a possibilidade de a Autarquia Ancilar cassar administrativamente o benefício. Ancorado no preceito normativo contido no art. 71 da Lei de Custeio, o INSS tem cessado o pagamento de benefícios, ainda que concedidos por decisão judicial. A cassação administrativa, nesses casos, importaria violação da coisa julgada material e desrespeito ao princípio do paralelismo das formas, pelo qual o que foi concedido por um meio somente pode ser desfeito pela utilização da mesma via.

Ora, considerando que a incapacidade não era reconhecida anteriormente pelo INSS, situação que obrigou o segurado a ingressar em Juízo, tendo sido realizada perícia judicial para aferir

53 MITIDIERO, op. cit., p. 78.

o quadro clínico do segurado, não seria congruente permitir à Autarquia a possibilidade de, a qualquer momento, desconstituir os efeitos da decisão judicial, sem que tenha sido concedida, expressamente, autorização para tanto.

Na minha avaliação, o art. 71 da Lei de Custeio não pode ser interpretado no sentido de criar a esdrúxula figura da “rescisória administrativa”. O que o dispositivo faz é apenas e tão-somente, determinar que o INSS deverá rever, ou seja, submeter a novos exames médicos os segurados, inclusive nos benefícios concedidos judicialmente. A prática administrativa é de (fl. 281) submeter os segurados a novos exames, no prazo de 02 anos, para a aposentadoria por invalidez, e 06 meses, auxílio-doença (consoante previsto no art. 103 e no § 5º do art. 199 da Instrução Normativa 118/05). O prazo é contado a partir da data de início ou de restabelecimento da prestação.

Se a capacidade laboral é readquirida, deve o Instituto lançar mão da ação revisional prevista no inc. I do art. 471 do Código de Processo Civil.⁵⁴

Sem embargo da autoridade do ilustre jurista, tal solução está equivocada. Primeiramente, porque vê o problema a partir de um só ângulo, ou seja, da sentença que condena à concessão do benefício. Entretanto, a solução deve ser idêntica qualquer seja o teor da sentença, isto é, julgue ela procedente ou improcedente a demanda.

Segundo, porque parte de um só fato posterior: o de que, feita a revisão periódica, os médicos constatam o retorno da capacidade laboral e o benefício restou cessado. Mas se a perícia administrativa verificasse a consolidação da situação incapacitante, teria que a Autarquia promover ação revisional para converter o auxílio-doença em auxílio-acidente ou aposentadoria por invalidez?

Após a prolação da sentença, várias são as situações fáticas que podem ocorrer. Por exemplo, depois de sentença de improcedência transitada em julgado, o autor ingressa com novo requerimento administrativo e os médicos da Autarquia entendem estar incapaz para o trabalho. Teria o INSS ou o segurado que propor ação revisional para conceder o benefício?

54 ROCHA, op. cit., p. 281-282.

Outra situação: após a sentença de improcedência, o autor ingressa com novo requerimento administrativo, o qual é indeferido. O autor estaria impedido de propor nova demanda contra a Autarquia? Ou teria que se socorrer de uma ação revisional da sentença anterior, alegando agravamento da sua situação de saúde?

Uma terceira hipótese, agora a partir da sentença de procedência: após o trânsito em julgado, o segurado é chamado à revisão e verifica-se necessidade de transformação do benefício de auxílio-doença para aposentadoria por invalidez ou auxílio-acidente. Teria que a Autarquia propor ação revisional? Ou deveria simplesmente entregar cópia do laudo pericial ao segurado, orientando-lhe que ingresse novamente em juízo, pois o “princípio do paralelismo das formas” não permite a Administração converter o benefício?

Suponha-se que o segurado, no gozo de benefício por incapacidade concedido judicialmente, seja submetido a processo de reabilitação profissional. Teria o INSS que propor nova demanda para cessar benefício do reabilitado, que agora está apto a trabalhar em atividade diversa da anterior?

E, se após o trânsito em julgado da sentença de procedência, o segurado volta espontaneamente a trabalhar, teria que o INSS ingressar com pedido em juízo para deixar de pagar o benefício?

Observe-se que a solução deve contemplar todos esses problemas, e não somente quando o segurado é chamado à revisão e verifica-se a capacidade para o trabalho. A coisa julgada não atua diferentemente na sentença de procedência ou improcedência. Tampouco pode se qualificar a sentença pelos fatos posteriores: a coisa julgada é a mesma, tanto se a incapacidade cessar, quanto se a incapacidade se agravar. A posição de Daniel Machado da Rocha, portanto, é limitada por analisar o problema por um só ângulo: o do segurado que é chamado à revisão e verifica-se a capacidade para o trabalho.

Não se ignora que a sentença que acolhe ou rejeita pedido de benefício por incapacidade põe fim a discutibilidade de um bem da vida. Mas esse bem da vida é, por sua própria natureza, precário. Está fundado em situações fáticas instáveis, que se modificam com o tempo. A causa da incapacidade é doença, e não a sentença.

A autoridade da coisa julgada garante que a sentença não seja modificada. Mas não veda que os fatos se alterem, ou seja, não impede a melhora ou o agravamento do estado de saúde do segurado, seu retorno voluntário ao trabalho ou a reabilitação profissional.

De forma mais precisa, é melhor ver que a relação continuativa é naturalmente sujeita a interferências. Isto significa que uma circunstância nova é um evento capaz de interferir sobre a relação continuativa e não sobre a essência da coisa julgada. Na verdade, ao interferir sobre a relação material continuativa, a circunstância nova limita, por consequência, a eficácia temporal da coisa julgada.⁵⁵

A sentença refere-se a suporte fático que existe em um determinado momento. Contém uma norma jurídica concreta que disciplina certo fato ou conjunto de fatos, e apenas quanto a esse tem sentido. Entretanto, a sentença, mesmo transitada em julgado, não impede o acontecimento de fatos posteriores que influem a situação nela decidida, como o agravamento ou a melhora do quadro clínico do segurado, a reabilitação profissional, etc.

A questão é análoga à que se apresenta, em matéria de contratos, na chamada cláusula *rebus sic stantibus*, e em minha opinião há de ser resolvida do mesmo modo: [...] quando determinadas condições de fato se puserem por ele [juiz] como motivos da decisão, é razoável entender que tal reserva, mesmo quando não seja expressa, corresponde implicitamente à sua vontade. Precisamente, o que permite inserir, por meio da interpretação, a cláusula *rebus sic stantibus* mais facilmente na decisão do que no contrato é a motivação que, diferentemente do segundo, tem de ir acompanhando a primeira.⁵⁶

A questão é, portanto, até quando a sentença produzirá seus efeitos. E a resposta não possui nada de especial: os efeitos perduram indefinidamente, enquanto a situação fática permanecer inalterada. “Enquanto o substrato fático desta relação jurídica, já definitivamente resolvida, mantiver-se o mesmo, a coisa julgada é eficaz e deve ser respeitada”⁵⁷. Em outras palavras, a coisa julgada não atua sobre fatos novos, surgidos após a colheita da prova, pois não foram apreciados no julgamento e, portanto, constituem outra *res*.

⁵⁵ MARINONI, op. cit., p. 156.

⁵⁶ CARNELUTTI, op. cit., p. 452.

⁵⁷ DIDIER JUNIOR, op. cit., p. 503.

Para identificar a alteração no suporte fático da relação previdenciária, o legislador incluiu na Lei n.º 8.212/91 o artigo 71, que determina:

O Instituto Nacional do Seguro Social-INSS deverá rever os benefícios, inclusive os concedidos por acidente do trabalho, ainda que concedidos judicialmente, para avaliar a persistência, atenuação ou agravamento da incapacidade para o trabalho alegada como causa para a sua concessão⁵⁸.

Da análise deste dispositivo, em conjunto com o artigo 101 da Lei n.º 8.213/91, não há dúvidas de que o INSS tem o dever de rever *todos* os benefícios por incapacidade, enquanto que os segurados tem a obrigação de se apresentar ao exame médico periódico, sob pena de suspensão do benefício. Note-se que a Lei dispensou igual tratamento para *todos* os segurados, tenham eles obtido seus benefícios por ordem judicial ou não.

Considerando que a relação previdenciária possui caráter continuativo, há quem defenda que, constatada a recuperação da capacidade laboral na revisão do artigo 71 da Lei n.º 8.212/91, o benefício judicialmente concedido não poderia ser cessado sem a propositura da ação revisional prevista no artigo 471, inciso I, do Código de Processo Civil. Nesse sentido, opinou Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz⁵⁹ e, como já citado, Daniel Machado da Rocha⁶⁰.

Entretanto, a ação revisional prevista no artigo 471, I do CPC é inadequada às sentenças que tratam de benefício por incapacidade. Primeiro, porque, como já se referiu, a solução deve ser a mesma para qualquer sentença, seja ela de procedência ou improcedência. Segundo, porque a solução deve ser a mesma tanto se posteriormente houver atenuação ou agravamento da incapacidade laboral.

Se um auxílio-doença concedido judicialmente só pode ser cessado por outra decisão judicial, por lógica, e pelo “princípio do paralelismo”, esse auxílio-doença também só poderia ser transformado em aposentadoria por invalidez ou auxílio-acidente por outra sentença, proferida a partir de uma ação revisional. Do ponto de vista pragmático,

58 BRASIL. *Lei n.º 8.212*, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 jul. 2008.

59 LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. Coisa julgada – ação de revisão – art. 471, I, do CPC. *Revista de processo*, São Paulo, ano 19, n. 75, p. 244-245, jul.-set. 1994.

60 ROCHA, op. cit., p. 281-282.

não há dúvidas de que aplicar às sentenças sobre benefício por incapacidade a solução do artigo 471, inciso I do Código de Processo Civil fomentaria mais lides, contrariando um dos próprios objetivos do processo, qual seja, a pacificação.

Outrossim, necessário verificar que a Lei n.º 8.213/91 prevê fatos específicos – o retorno voluntário a trabalho, a recuperação da capacidade – que motivam a cessação do benefício. Também enuncia fatos – a consolidação das lesões, ou a invalidez permanente – que determinam a transformação em outro benefício.

A revisão de que trata o artigo 71 Lei n.º 8.212/91 e artigo 101 da Lei n.º 8.213/91 serve apenas para a verificação de tais fatos. A alteração da relação previdenciária decorre da modificação do estado de fato e, por isso, é imediata e automática, independente de nova decisão judicial.

[...] a força da coisa julgada tem uma condição implícita, a da cláusula *rebus sic stantibus*, a significar que ela atua enquanto se mantiverem íntegras as situações de fato e de direito existentes quando da prolação da sentença. Alterada a situação de fato (muda o suporte fático, mantendo-se o estado da norma) ou de direito (muda o estado da norma, mantendo-se o estado de fato), ou dos dois, a sentença deixa de ter a força de lei entre as partes, que até então mantinha.

A alteração do *status quo* tem, em regra, efeitos imediatos e automáticos. Assim, se a sentença declarou que determinado servidor público não tinha direito a adicional de insalubridade, a superveniência de lei prevendo a vantagem importará o imediato direito a usufruí-la, cessando a partir daí a eficácia vinculativa do julgado, independentemente de novo pronunciamento judicial ou de qualquer outra formalidade. Igualmente, se a sentença declara que os serviços prestados por determinada empresa estão sujeitos a contribuição para a seguridade social, a norma superveniente que revogue a anterior ou que crie isenção fiscal cortará a sua força vinculativa, dispensando o contribuinte, desde logo, do pagamento do tributo. O mesmo pode ocorrer em favor do Fisco, em casos em que, reconhecida, por sentença, a intributabilidade, sobrevier lei criando o tributo: sua cobrança pode dar-se imediatamente, independentemente de revisão do julgado anterior.

No que se refere à mudança no estado de fato, a situação é idêntica. A sentença que, à vista da incapacidade temporária para o trabalho,

reconhece o direito ao benefício de auxílio doença, tem força vinculativa enquanto perdurar o *status quo*. A superveniente cura do segurado importa a imediata cessação da eficácia vinculativa do julgado.⁶¹.

A percepção de que um fato novo pode fazer cessar um benefício concedido por sentença transitada em julgado é um reflexo da estrutura marcadamente temporal do próprio direito material. Atualmente, é objetivo do processo a plena satisfação do direito substancial, razão pela qual as duas disciplinas devem se harmonizar.

A regra do artigo 471 do Código de Processo Civil é aplicável quando a relação de direito material exigir uma nova demanda judicial. Como já visto, isso ocorre nas ações de alimentos, por força do artigo 1.699 do Código Civil. Entretanto, as normas previdenciárias não trazem semelhante disposição. Ao contrário: a Lei n.º 8.212/91 prevê um mecanismo específico para verificação periódica das condições para a manutenção.

A sentença somente produz efeitos enquanto permanecer inalterado o quadro fático. Uma vez modificado o *status quo*, a cessação ou transformação do benefício decorre automaticamente da incidência de um novo suporte fático na norma previdenciária, que pode ser verificado por simples perícia médica a cargo da Previdência Social. Não é necessário novo pronunciamento judicial.

É evidente que, ao realizar a revisão de benefício concedido por sentença transitada em julgado, o INSS não pode afirmar que nunca houve incapacidade e buscar a restituição das parcelas pagas. Tal atuação seria contrária a própria finalidade da revisão prevista nos artigos 71 da Lei n.º 8.212/91 e 101 da Lei n.º 8.213/91, ou seja, verificar fatos supervenientes. A revisão de um benefício concedido judicialmente não se presta para discutir fatos pretéritos, os quais foram acobertados pela coisa julgada.

Ademais, isso significaria dar efeito retroativo a um ato administrativo posterior à sentença, em flagrante violação ao princípio da segurança jurídica. Nessa hipótese, e somente nessa hipótese, poderia se imaginar a esdrúxula figura da “rescisória administrativa”, como quis Daniel Machado da Rocha. Diante do abominável termo – “rescisória administrativa” – prefere-se apenas concluir que, ao discutir fatos passados, já solucionados definitivamente por sentença, haveria ofensa à coisa julgada e ao próprio artigo 71 da Lei n.º 8.212/91.

61 ZAVASCKI, op. cit., p. 89.

Entretanto, na prática, o que se vê são benefícios sendo transformados ou cancelados com base em fatos posteriores ao trânsito em julgado. São esses os casos que interessam para o presente estudo pois, consoante já assentado, é a superveniente modificação no estado de fato que faz cessar a vinculação à sentença.

Assim, reafirma-se que a transformação ou cessação de benefício por incapacidade deve ser lastreada em fatos ocorridos após a origem da relação previdenciária, ou seja, com base em fatos supervenientes. Se o quadro fático permanece inalterado, o benefício deve ser mantido, em respeito a coisa julgada.

A expressão “ainda que concedidos judicialmente” incluída no artigo 71 Lei n.º 8.212/91 reforça a tese aqui afirmada. Pode se dizer, inclusive, que a revisão periódica é um efeito decorrente da própria sentença de procedência – ao condenar o INSS a conceder o benefício, surge anexa a obrigação de revisar. A verificação da alteração no estado de fato pode ser feita administrativamente, sem que isso signifique violação à coisa julgada. Isso porque o que cria, modifica ou extingue a relação previdenciária é a doença, não a sentença.

Nesse ponto, necessário reafirmar que a Lei preocupou-se em dispensar igual tratamento para *todos* os segurados, tenham eles obtido seus benefícios por ordem judicial ou não. A igualdade entre os segurados é princípio que se extrai do parágrafo primeiro do artigo 201 e do *caput* do artigo 5º da Constituição Federal.

Na perspectiva do formalismo valorativo, não é possível interpretar a norma processual para promover a desigualdade entre os segurados.

[...] o processo, na sua condição de autêntica ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social, não pode ser compreendido como mera técnica mas, sim, como instrumento de realização de valores e especialmente de valores constitucionais⁶²

Destacando a necessidade de promover a igualdade entre os segurados, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região fixou entendimento de que o INSS deve rever os benefícios por incapacidade,

62 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. In: _____ (org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 2-3.

ainda que concedidos judicialmente. Marco para a análise da matéria, a decisão dos Embargos Infringentes n.º 1999.04.01.024704-6 reconhece a possibilidade de cessação administrativa do benefício concedido na via judicial, caso demonstrado o fim da incapacidade laboral. Cita-se trecho do voto vencedor:

É dever do INSS rever os benefícios previdenciários concedidos em decorrência da incapacidade para o trabalho, mesmo no caso em que a concessão resulte de sentença judicial, conforme previsto no art. 71 da Lei 8.213/91: [...]

No caso, o benefício concedido judicialmente, de auxílio-doença, é por essência temporário, transitório. Sua concessão pressupõe a possibilidade de recuperação da capacidade laborativa para a função exercida pelo segurado ou para outra, mediante processo de reabilitação.

Portanto, está implícito na sua concessão - inclusive por sentença - que o direito ao benefício permanece enquanto estiver presente a incapacidade.

Assim, se a autarquia conclui que a incapacidade cessou, com base em exame pericial realizado por seus médicos, o benefício deve ser cancelado, independentemente de autorização judicial. Se o segurado discordar do procedimento da administração - o que não ocorre necessariamente - deve socorrer-se novamente do Judiciário, como sucede no caso dos autos.

Admitir-se que o INSS somente poderia sustar o benefício depois do reconhecimento judicial da recuperação da capacidade do segurado seria dar tratamento diferenciado ao segurado em detrimento dos demais segurados, que receberam o benefício através da via administrativa, bem como teria o risco de proporcionar um enriquecimento sem causa ao segurado, caso venha a ser reconhecida judicialmente a cessação da incapacidade, depois de uma longa tramitação do processo. Além disso, estimularia indevidamente o segurado a ingressar diretamente com pedido de auxílio-doença perante a Justiça, para manter indefinidamente o benefício, até novo julgamento⁶³.

63 BRASIL. Tribunal Regional da 4ª Região. Embargos infringentes n.º 1999.04.01.0247 04-6, da 3ª Seção. Embargante: Instituto Nacional do Seguro Social. Embargado: Orlando Locatelli. Relator: Dr. João

A citada decisão foi tomada como parâmetro nos casos seguintes para dirimir semelhantes discussões⁶⁴. Também há julgados do Tribunal Regional Federal da 3ª Região primando pela isonomia, entre os quais merece destaque o julgamento da Apelação Cível 98.03.074549-2, do qual se extrai:

Assim, ainda que o auxílio-doença ou a aposentadoria por invalidez tenham sido concedidos por decisão judicial, o beneficiário sujeita-se às mesmas regras e condições dos demais, ou seja, deverá submeter-se a exames, processos de recuperação ou reabilitação, na forma do que dispõe a lei previdenciária.

É absolutamente errônea a idéia de que somente outra sentença judicial pode revogar o benefício concedido⁶⁵.

Não pode existir tratamento diferenciado entre o segurado que recebe o benefício em função de decisão judicial e aquele que obteve o benefício administrativamente. A revisão administrativa prevista no artigo 71 da Lei n.º 8.212/91 é consequência legal da concessão de benefício por incapacidade, ocorra ela por sentença ou por ato administrativo.

A idéia de que seria necessária uma ação revisional, nos moldes do artigo 471, inciso I do CPC, resta, portanto, afastada. Embora exista coisa

Surreaux Chagas. Porto Alegre, 21 de março de 2001. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>> Acesso em: 30 set. 2008.

64 _____. Tribunal Regional da 4ª Região. Agravo de instrumento nº 2005.04.01.033292-1, da 6ª Turma. Agravante: Telmo Caravetta. Agravado: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Dr. Ricardo Teixeira do Valle Pereira. Porto Alegre, 14 de setembro de 2005. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>> Acesso em: 30 set. 2008.

_____. Tribunal Regional da 4ª Região. Apelação cível nº 2001.72.02.002981-0, da 5ª Turma. Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social. Apelado: Alcemir Kowalski. Relator: Dr. Otávio Roberto Pamplona. Porto Alegre, 31 de agosto de 2004. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>> Acesso em: 30 set. 2008.

_____. Tribunal Regional da 4ª Região. Reexame necessário cível nº 2002.04.01.011630-5, da 5ª Turma. Autor: Instituto Nacional do Seguro Social. Réu: Agenor Dandolini. Relator: Dr. Antonio Albino Ramos de Oliveira. Porto Alegre, 28 de novembro de 2002. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>> Acesso em: 30 set. 2008.

_____. Tribunal Regional da 4ª Região. Apelação cível nº 1999.71.12.001399-0, da 5ª Turma. Apelante: Avelina Silveira dos Santos. Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Dr. Tadaaqui Hirose. Porto Alegre, 13 de junho de 2001. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>> Acesso em: 30 set. 2008.

65 _____. Tribunal Regional da 3ª Região. Apelação cível nº 98.03.074549-2, da 1ª Turma. Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social. Apelado: Luiz Carlos Lucas. Relator: Dr. Santoro Facchini. São Paulo, 15 de abril de 2002. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br>> Acesso em: 30 set. 2008.

julgada nas sentenças sobre benefício previdenciário por incapacidade, prevalece a necessidade atender o direito substancial. O INSS deve e pode realizar perícias periódicas, mesmo em benefícios concedidos por sentença, a fim de verificar a persistência, atenuação ou agravamento da incapacidade laboral. Verificado fato novo, pode a Autarquia transformar o benefício para outra espécie ou também extingui-lo, sem que isso implique ofensa à coisa julgada. Não fosse assim,

Caso o segurado se sinta prejudicado, poderá buscar a tutela jurisdicional, em uma nova demanda. A ação que poderá ser proposta não é uma revisional, mas sim uma outra ação, fundada em causa de pedir diversa.

Em decorrência da função positiva da coisa julgada, no julgamento do novo pedido, a sentença anterior deverá ser observada. O resultado de procedência ou improcedência deverá ser considerado no julgamento posterior da ação de restabelecimento do benefício. A resolução da nova lide deverá se harmonizar com a sentença transitada em julgado, não podendo ser absolutamente contrária.

Elucida-se através de exemplo: a sentença condenou o INSS a pagar o benefício por incapacidade laboral. Passados alguns meses, o segurado é submetido a perícia consoante o artigo 71 da Lei n.º 8.213/91, no qual fica constatada a recuperação da capacidade laboral. Cessado o benefício, o segurado ingressa novamente em juízo. A decisão posterior não pode julgar improcedente o pedido sob o fundamento que o autor nunca ostentou qualidade de segurado, sob pena de contrariar a primeira, que está petrificada pela coisa julgada. Se o autor esteve no gozo de benefício previdenciário em razão de sentença anterior, tem qualidade de segurado e a manterá essa até doze meses após a cessação de benefício por incapacidade (artigo 13, II do Decreto n.º 3.048/99).

Suponha-se, por exemplo, que o segurado está em gozo de auxílio-doença concedido por sentença transitada em julgado. Chamado para a o exame médico periódico, foi constatada a capacidade laborativa. Não se questiona se a decisão que concedeu o benefício estava certa ou errada: apenas se constata fato novo e se cessa o benefício. O segurado pode aceitar o ato administrativo e retornar ao trabalho, ou pode ajuizar uma nova ação a fim de ver o seu benefício restabelecido.

Se a nova sentença, não estará desconstituindo ou alterando a primeira, pois não deixa de considerar a decisão judicial anterior: apenas reconhece os fatos supervenientes e a sua subsunção a norma.

A solução é igualmente aplicável às sentenças de improcedência, fundadas na ausência de incapacidade laboral. Alterada a situação de fato, o segurado pode procurar o INSS e requerer novamente o benefício. Se entender incorreta a decisão administrativa, pode ajuizar nova demanda, com outra causa de pedir (fato superveniente). Se comprovada a modificação no *status quo* não cabe alegar coisa julgada, pois esta não se cristaliza com relação a fatos futuros.

Repise-se: não se trata de ajuizar novamente a mesma demanda. As partes podem ser as mesmas, o pedido semelhante – diferindo especialmente nas datas – mas o fato novo constitui nova causa de pedir, o que é suficiente para diferenciar as duas ações, inexistindo ofensa a coisa julgada.

3 CONCLUSÃO

A coisa julgada é a qualidade de que se reveste a sentença de cognição exauriente de mérito não mais sujeita a recurso. Implica na imutabilidade do conteúdo do comando sentencial. Trata-se de instituto garantido pela Constituição Federal para a promoção da segurança jurídica e da paz social.

A sentença contém uma norma jurídica concreta que espelha os fatos e o direito existentes em certo momento. Dessa feita, a coisa julgada somente impede novo julgamento e vincula as partes enquanto permanecerem inalterados os elementos da relação jurídica decidida.

A questão ganha relevância quando o direito material enquadra-se na categoria das relações jurídicas continuativas. Diz-se relação jurídica continuativa aquela que estabelece uma obrigação homogênea de trato sucessivo, projetando-se no tempo. Geralmente é caracterizada por prestações periódicas, como ocorrem nas relações de alimentos, locatícias, tributárias e previdenciárias.

A exemplo do que ocorre nas demais relações continuativas, a sentença que resolve pedido de benefício por incapacidade, analisando o mérito, e determinando as conseqüências jurídicas decorrentes faz, sim, coisa julgada material. A decisão, nos limites do que foi deduzido, ou poderia ter sido deduzido pela parte à época, transita em julgado, tornando-se indiscutível para a situação existente naquele dado instante.

Como decorrência da sentença de procedência, surgem anexos os deveres: para o INSS, de revisar periodicamente o benefício, a fim de

avaliar a persistência, atenuação ou agravamento da incapacidade para o trabalho que gerou a concessão (art. 71 da Lei n.º 8.212/91); para o segurado, de se submeter ao exame médico, sob pena de suspensão dos pagamentos (art. 101 da Lei n.º 8.213/91).

A Lei n.º 8.213/91 prevê fatos específicos – o retorno voluntário ao trabalho, a recuperação da capacidade, a reabilitação – que motivam a cessação do benefício. Também enuncia fatos – a consolidação das lesões, ou a invalidez permanente – que determinam a transformação em outro benefício.

A revisão de que tratam os artigos 71 Lei n.º 8.212/91 e 101 da Lei n.º 8.213/91 serve apenas para a verificação de tais fatos. A alteração da relação previdenciária decorre da modificação do estado de fato e, por isso, é imediata e automática. A percepção de que um fato novo pode fazer cessar automaticamente um benefício concedido por sentença transitada em julgado é um reflexo da estrutura marcadamente temporal do próprio direito material.

Por essa razão, a ação revisional prevista no artigo 471, I do CPC é inadequada às sentenças que tratam de benefício por incapacidade. Do ponto de vista pragmático, exigir a propositura de ação revisional inviabilizaria a atividade do INSS, pois teria de submeter à apreciação do Judiciário todos os fatos supervenientes, ficando impedido de cessar ou transformar o benefício. Isso certamente fomentaria lides desnecessárias, contrariando um dos próprios objetivos do processo, qual seja, a pacificação.

Ademais, a ação revisional é providência excepcional, necessária somente quando a relação de direito material exigir uma nova demanda judicial para certificar a sua alteração. Isso ocorre nas ações de alimentos, por força do artigo 1.699 do Código Civil. Entretanto, as normas previdenciárias não trazem semelhante disposição. Ao contrário: o artigo 71 da Lei n.º 8.212/91 prevê um mecanismo específico para verificação periódica das condições para a manutenção, obrigando a revisão administrativa de todos os benefícios, “ainda que concedidos judicialmente”.

De outro lado, observa-se que a lei previdenciária preocupou-se em dispensar igual tratamento para todos os segurados, tenham eles obtido seus benefícios por ordem judicial ou não. A igualdade entre os segurados é princípio que se extrai do parágrafo primeiro do artigo 201 e do caput do artigo 5º da Constituição Federal.

Dessa sorte, o direito processual não pode ser usado como obstáculo para , não pode ser compreendido como mera técnica mas, sim, como instrumento de realização de valores e especialmente de valores constitucionais

Portanto, a idéia de que seria necessária uma ação revisional, nos moldes do artigo 471, inciso I do CPC, resta afastada. Embora exista coisa julgada nas sentenças sobre benefício previdenciário por incapacidade, prevalece a necessidade atender o direito substancial. O INSS deve e pode realizar perícias periódicas, mesmo em benefícios concedidos por sentença, a fim de verificar a persistência, atenuação ou agravamento da incapacidade laboral. Verificado fato novo, pode a Autarquia transformar o benefício para outra espécie ou também extingui-lo, sem que isso implique ofensa à coisa julgada.

Caso o segurado não concorde com o resultado da revisão administrativa – o que nem sempre ocorre – poderá pedir a tutela jurisdicional através de nova ação, com nova causa de pedir e pedido. A sentença anterior permanece indiscutível. A nova sentença não desconhece, tampouco contraria a anterior. Vai analisar se houve lesão a direito em um ato administrativo novo: o que detectou capacidade para o trabalho, o que transformou o benefício para outra espécie, o que concluiu a reabilitação profissional, etc.

Orientando-se pelo formalismo valorativo, a solução aqui proposta é a que melhor se harmoniza com o direito substancial. Na medida em que seja utilizada na prática forense, novas dúvidas serão levantadas e o interesse acadêmico crescerá. Fomentando o debate, as ações previdenciárias serão reconhecidas pelas suas especificidades, contribuindo para a melhor compreensão do processo civil e a efetiva realização do direito substancial.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada: exegese do Código de Processo Civil: arts. 444 a 475*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 18 jun. 2008.

_____. *Decreto-Lei n.º 4.657*, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 3 jul. 2008.

_____. *Lei n.º 5.478*, de 25 de julho de 1968. Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 3 jul. 2008.

_____. *Lei n.º 5.869*, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 3 jul. 2008.

_____. *Lei n.º 8.212*, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 jul. 2008.

_____. *Lei n.º 8.213*, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 jul. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n.º 239*. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_201_300>. Acesso em: 31 ago. 2008.

_____. Tribunal Regional da 3ª Região. Apelação cível n.º 1115028/SP, da 7ª Turma. Apelante: Jorge da Silva. Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Dr. Walter do Amaral. São Paulo, 25 de fevereiro de 2008. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br>> Acesso em: 10 out. 2008.

_____. Tribunal Regional da 3ª Região. Agravo de Instrumento n.º 2000.03.00.039335-4, da 9ª Turma. Agravante: Paula Naves Noel. Agravado: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Dra. Marianina Galante. São Paulo, 2 de maio de 2005. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br>> Acesso em: 30 set. 2008.

_____. Tribunal Regional da 3ª Região. Apelação cível n.º 98.03.074549-2, da 1ª Turma. Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social. Apelado: Luiz Carlos Lucas. Relator: Dr. Santoro Facchini. São Paulo, 15 de abril de 2002. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br>> Acesso em: 30 set. 2008.

_____. Tribunal Regional da 4ª Região. Apelação cível nº 2005.72.13.000201-3, da Turma Suplementar. Apelante: Ademar Siebel. Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Dr. Ricardo Teixeira do Valle Pereira. Porto Alegre, 26 de abril de 2007. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>> Acesso em: 10 out. 2008.

_____. Tribunal Regional da 4ª Região. Agravo de instrumento nº 2005.04.01.033292-1, da 6ª Turma. Agravante: Telmo Caravetta. Agravado: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Dr. Ricardo Teixeira do Valle Pereira. Porto Alegre, 14 de setembro de 2005. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>> Acesso em: 30 set. 2008.

_____. Tribunal Regional da 4ª Região. Apelação cível nº 2001.72.02.002981-0, da 5ª Turma. Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social. Apelado: Alcemir Kowalski. Relator: Dr. Otávio Roberto Pamplona. Porto Alegre, 31 de agosto de 2004. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>> Acesso em: 30 set. 2008.

_____. Tribunal Regional da 4ª Região. Reexame necessário cível nº 2002.04.01.011630-5, da 5ª Turma. Autor: Instituto Nacional do Seguro Social. Réu: Agenor Dandolini. Relator: Dr. Antonio Albino Ramos de Oliveira. Porto Alegre, 28 de novembro de 2002. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>> Acesso em: 30 set. 2008.

_____. Tribunal Regional da 4ª Região. Apelação cível nº 1999.71.12.001399-0, da 5ª Turma. Apelante: Avelina Silveira dos Santos. Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Dr. Tadaaqui Hirose. Porto Alegre, 13 de junho de 2001. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>> Acesso em: 30 set. 2008.

_____. Tribunal Regional da 4ª Região. Embargos infringentes nº 1999.04.01.0247 04-6, da 3ª Seção. Embargante: Instituto Nacional do Seguro Social. Embargado: Orlando Locatelli. Relator: Dr. João Surreaux Chagas. Porto Alegre, 21 de março de 2001. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>> Acesso em: 30 set. 2008.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. v. I. São Paulo: Classic Book, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. v. I. Campinas: Bookseller, 1998.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. V. II. Salvador: Juspodivm, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 7-45, julho-dezembro/2001. p. 7-45.

_____. Eficácia e autoridade da sentença no juízo demarcatório-divisório. *Revista de processo*, São Paulo, ano 19, n. 76, p. 20-35, out.-dez. 1994.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. A coisa julgada nas ações de alimentos. *Revista de processo*, São Paulo, ano 16, n. 62, p. 9-27, abr.-jun. 1991.

FAZZALARI, Elio. Il camino della sentenza e della cosa giudicata. *Rivista di diritto processuale*, Padova, ano XLIII, n. 3, p. 589-597, jul.-set. 1988.

LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. Coisa julgada – ação de revisão – art. 471, I do CPC. *Revista de processo*, São Paulo, ano 19, n. 75, p. 244-245, jul.-set. 1994.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, João de Castro. *Limites objectivos do caso julgado em processo civil*. Lisboa: Atlas, 1968.

MITIDIERO, Daniel Francisco. Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva. *Revista Forense*, São Paulo, v.102, n.388, p.51-78, dez. 2006.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Conteúdo interno da sentença: eficácia e coisa julgada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. In *Direito processual civil: ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 133-146.

_____. Coisa julgada e declaração. In *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 81-89.

_____. Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema. In *Temas de direito processual*. Quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 175-183.

_____. Eficácia Preclusiva da coisa julgada material no sistema do Processo Civil Brasileiro. In *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 97-109.

_____. Eficácia da sentença de interdição por alienação mental. In *Temas de direito processual*. Quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 185-191.

_____. Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil. In *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 90-96.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Eficácia e coisa julgada*: atualizada de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*: análise, crítica e atualização. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1998.

PUGLIESE, Giovanni. "Giudicato Civile". Verbete in *Enciclopedia del Diritto*, V. XVIII, Milano, Giuffrè Editore, p. 727-893.

ROCHA, Daniel Machado da. Benefícios previstos pelo regime geral em face da incapacidade laboral. In: ROCHA, Daniel Machado da; SAVARIS, José Antônio (Coord.). *Curso de Especialização em Direito Previdenciário*. V. II. Curitiba: Juruá, 2007. p. 267-303.

ROENICK, Hermann Homem de Carvalho. Sentença cível e coisa julgada. *Cadernos Ajuris* 3.1975.

SALOMÃO, Jorge. *Da coisa julgada nas ações de estado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de Processo Civil*. v. I. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DESAPOSENTAÇÃO: ANÁLISE A PARTIR DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

*UNRETIREMENT: ANALYSIS FROM ON
CONSTITUTIONAL PRINCIPLES*

Eduardo Ferreira Pereira

Procurador Federal.

Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília – UnB.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Desaposentação: criação doutrinária e jurisprudencial; 1.1 Aplicações da teoria da desaposentação; 1.2 Origem e evolução da teoria da desaposentação; 1.3 Renúncia: transposição do conceito; 2 A desaposentação sob o ponto de vista do Superior Tribunal de Justiça; 2.1 As decisões do STJ e seus fundamentos 3 Renúncia à aposentadoria para aproveitamento do tempo de contribuição no regime geral: análise de regras e princípios;

3.1 Contribuição previdenciária do segurado que retorna à atividade e solidariedade; 3.2 Opção do segurado por renda menor durante mais tempo ou renda maior em menos tempo; 3.3 Princípios da precedência do custeio e do equilíbrio financeiro e atuarial; 3.4 Devolução de proventos e atuação do juiz como legislador positivo; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: renúncia à aposentadoria com a finalidade de obter novo benefício previdenciário mais vantajoso tem sido defendida por muitos especialistas e aceita por vários juízes e tribunais brasileiros, notadamente o Superior Tribunal de Justiça (STJ). A tese conhecida como *desaposentação* não tem previsão legal expressa, razão pela qual os segurados que pretendem a sua aplicação têm de propor ações judiciais, o que vem gerando grande repercussão. Este trabalho estuda a renúncia à aposentadoria concedida no regime geral de previdência social para aproveitamento do tempo de contribuição no mesmo regime, com especial análise das decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria.

PALAVRAS-CHAVE: Desaposentação. Renúncia. Aposentadoria, Regime Geral de Previdência Social. Tempo de Contribuição. STJ.

ABSTRACT: enunciation to retirement to get a new and superior Social Security welfare has been defended by a lot of specialists and accepted by many Brazilian judges and courts, specially Upper Court. The thesis known as *unretirement* hasn't legal outlook, whence all the insureds plead it have to propose proceedings, what has beget a lot of repercussion. This paper studies renunciation to retirement awarded under Social Security general regime for enjoyment of contribution time under the same regime, with special Upper Court decisions analysis on the subject.

KEYWORDS: Unretirement. Renunciation. Retirement. Social Security General Regime. Contribution Time. Upper Court.

INTRODUÇÃO

Dentre os vários temas controvertidos do direito previdenciário brasileiro, vem obtendo grande repercussão o instituto conhecido como *desaposentação*. Trata-se de renúncia ao benefício de aposentadoria concedido no Regime Geral de Previdência Social (RGPS) para aproveitamento do tempo de contribuição na concessão de novo benefício, no mesmo regime ou em regime diverso. O objetivo desta sistemática é possibilitar, ao final, renda mensal maior ao aposentado. Assim, é necessário que o segurado aposentado continue a trabalhar após a aposentadoria, no mesmo regime de previdência ou em outro, vertendo contribuições em valores suficientemente necessários para propiciar aumento no salário-de-benefício e, conseqüentemente, na renda mensal.

Como exemplo, o segurado que se aposentou no regime geral por tempo de contribuição na modalidade proporcional com trinta anos de tempo de serviço/contribuição e que continuou a contribuir para o mesmo regime durante cinco anos poderia pleitear a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição integral, após renunciar ao benefício proporcional.

A *desaposentação* tem como fundamento a ideia de que o indivíduo/ aposentado tem liberdade para abdicar de sua aposentadoria, inclusive do recebimento de seus proventos, não havendo norma constitucional ou legal que vede a renúncia, que seria ato meramente unilateral. Assim, a aposentadoria seria um direito patrimonial do qual o indivíduo poderia dispor segundo seu juízo de oportunidade e conveniência.

Contudo, a renúncia ao *status quo* de aposentado e ao recebimento dos proventos não implicaria em disposição do tempo de serviço/contribuição computado para a concessão do benefício, pois o mesmo teria sido incorporado ao patrimônio jurídico do indivíduo. A aposentadoria deixaria de existir no mundo jurídico, mas o tempo de contribuição não, razão pela qual poderia ser novamente utilizado para a concessão de benefício mais vantajoso ou não acumulável com o anterior.

O objeto do presente estudo será a análise da renúncia à aposentadoria concedida no regime geral com aproveitamento do tempo de contribuição para concessão de novo benefício neste mesmo regime, hipótese que vem se tornando mais comum e com grande potencial de abrangência.

É notória a insatisfação dos aposentados com o valor de seus proventos, notadamente os reajustes anuais, fato que tem motivado o

retorno ao trabalho de muitos deles para complementação da renda mensal. Ao exercerem suas atividades laborativas, tornam-se novamente segurados obrigatórios do regime geral e sujeitos passivos do tributo *contribuição previdenciária*. A partir do senso comum, entendem que seria justo receber uma contraprestação pelo pagamento do tributo, razão pela qual postulam a *desaposentação* como revisão do valor do benefício. A partir desta situação, afloram entre alguns juristas argumentos a favor da ampliação dos benefícios previdenciários para satisfazer a dignidade da pessoa humana e a proteção social da previdência.

Neste contexto, propõe-se análise da tese da *desaposentação* que não seja fruto do individualismo liberal ou do assistencialismo característico do Estado Social, mas que observe os princípios acolhidos pela sociedade brasileira em nosso Estado Democrático de Direito. Assim, é importante que o instituto seja visto sob a luz das regras de direito, as quais deverão ser interpretadas segundo os princípios norteadores da previdência social brasileira.

Considerando que é função precípua do STJ a interpretação das leis federais, inclusive em caráter definitivo, suas decisões sobre a matéria nortearão as análises, pois reúnem os principais argumentos de direito favoráveis à *desaposentação*. Desta forma, com o presente trabalho pretendem-se compreender os conceitos envolvidos, as formulações doutrinárias e os posicionamentos jurisprudenciais relativos ao tema, após o que será traçada a linha básica de argumentos do STJ a favor da *desaposentação*, com uma análise dos mesmos. Ao final, concluir-se-á o estudo com o exame da possibilidade do reaproveitamento do tempo de contribuição computado para uma aposentadoria concedida no regime geral para a concessão de novo benefício no mesmo regime. Será avaliado se há regras que impeçam a *desaposentação* e qual conjunto de princípios deve nortear os juristas. Também será tratada a questão da opção definitiva do segurado pela aposentadoria precoce com renda menor ou da aposentadoria tardia com renda maior. Por fim, analisaremos se juízos magistrados têm atuado como legisladores positivos na determinação da devolução dos valores percebidos a título de proventos.

1 DESAPOSENTAÇÃO: CRIAÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

1.1 APLICAÇÕES DA TEORIA DA DESAPOSENTAÇÃO

No regime geral de previdência social há quatro espécies de aposentadoria: por tempo de contribuição, especial, por idade e por

invalidez. Apenas nesta última espécie não é possível a *desaposentação*, pois a concessão da aposentadoria por invalidez está condicionada ao afastamento de todas as atividades laborativas, na forma do art. 46 da Lei n. 8.213/91. Com relação às outras espécies, existem situações em que o retorno ao trabalho propiciará vantagens na concessão de um novo benefício,¹ tanto no RPPS quanto no RGPS. Ressalte-se apenas que o beneficiário de aposentadoria especial pode retornar ao trabalho, desde que as novas atividades não o sujeitem a agentes prejudiciais à saúde constantes no regulamento da lei de benefícios.

Na *desaposentação*, o tempo de contribuição utilizado no benefício renunciado pode ser aproveitado para concessão de novo benefício em regime próprio de previdência social, hipótese em que o Instituto Nacional do Seguro Social, autarquia gestora do regime geral, tem de expedir certidão de tempo de contribuição, além de compensar financeiramente o sistema no qual se concederá o novo benefício, na forma do art. 94 da Lei n. 8.213/91. Aliás, a jurisprudência a favor da *desaposentação* teve suas origens em pedidos desta natureza,² que replicaram em razão da crescente aprovação de aposentados do regime geral em concursos públicos, situação que se aplicou após a Constituição de 1988.

Com base nesta mesma premissa de liberdade de dispor do benefício, tanto especialistas quanto tribunais passaram a fundamentar a renúncia à aposentadoria do regime geral para aproveitamento do tempo de contribuição também no RGPS. Apesar de haver uma subsunção do argumento liberal a todos os casos de renúncia de benefícios previdenciários, há grande diferença nos efeitos práticos e nos imperativos legais afetos, conforme o regime em que se aproveitará o tempo de contribuição.

No que concerne ao aproveitamento do tempo de contribuição no regime próprio, há a incidência do art. 96, inciso III da Lei n. 8.213/91, que veda a contagem por um sistema do tempo de contribuição utilizado para a concessão de aposentadoria por outro. Este dispositivo

1 No REsp 310.884/RS, DJ 26/09/2005, o STJ permitiu renúncia de aposentadoria por idade rural para recebimento de aposentadoria por idade urbana. Na AC 199901001131715, de 08/05/2003, o TRF da 1ª Região acolheu a renúncia de aposentadoria especial.

2 A título de exemplificação, mencionamos os seguintes acórdãos: AGRESP 200300191937, GILSON DIPP, STJ - QUINTA TURMA, 04/08/2003, AMS 9501308049, JUIZ CATÃO ALVES, TRF1 - PRIMEIRA TURMA, 14/12/1998, AMS 199961050007760, JUIZ ANDRE NABARRETE, TRF3 - QUINTA TURMA, 03/09/2002, AMS 9604224824, JOÃO SURREAUX CHAGAS, TRF4 - QUINTA TURMA, 26/02/1997, AC 200005000498302, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS REBÊLO JÚNIOR, TRF5 - QUARTA TURMA, 13/09/2002.

é afastado pela jurisprudência com a justificativa de que a renúncia extirpa do mundo jurídico o benefício precedente e de que tal vedação visa a evitar a percepção simultânea de aposentadorias, ao passo que, na *desaposentação*, um benefício sucederá ao outro.

Outra peculiaridade do aproveitamento do tempo de contribuição para o RPPS é a compensação financeira que deverá ser prestada pelo INSS. Além de ter pagado o benefício de aposentadoria durante certo período de tempo, a autarquia previdenciária terá de compensar o regime próprio em valor proporcional ao tempo de vinculação ao regime geral, na forma da Lei n. 9.796/99.

Por sua vez, no aproveitamento do tempo de contribuição no regime geral não há a questão da compensação financeira a outro regime e o dispositivo legal que incide sobre a matéria é o art. 18, § 2º, da Lei de Benefícios. Tal norma prevê que o aposentado que retorna ao trabalho não faz jus a qualquer prestação da previdência social, exceto salário-família e reabilitação profissional aos empregados.

Se não há direito a qualquer prestação, não seria lícito computar o tempo de contribuição posterior à aposentadoria e seus salários-de-contribuição para concessão de novo benefício. A fim de contornar este obstáculo jurídico à *desaposentação*, alguns tribunais condicionam o somatório dos tempos de contribuição à devolução dos valores recebidos a título de proventos, em que pese não haja previsão legal para este procedimento.³

A devolução dos proventos ainda enseja acaloradas discussões entre os próprios defensores da *desaposentação*, sendo recorrentes os argumentos relacionados com o equilíbrio atuarial e financeiro da previdência, o enriquecimento ilícito ou sem causa do segurado e a existência de prejuízo ao INSS. Observe-se que o indivíduo que se aposentou por tempo de contribuição na forma proporcional e optou por receber posteriormente a aposentadoria integral não verteu contribuições além das necessárias para o benefício integral e, ainda assim, recebeu os proventos proporcionais somados aos integrais.

Sobre a questão, o STJ tem posicionamento pacífico: a devolução é desnecessária, pois os pagamentos eram devidos, ou seja, não foram

3 Confiram-se AC 200561040082099, JUIZ SERGIO NASCIMENTO, TRF3 - DÉCIMA TURMA, 27/01/2010 e AC 200971000172414, EDUARDO VANDRÉ OLIVEIRA LEMA GARCIA, TRF4 - SEXTA TURMA, 05/02/2010

irregulares e constituem-se em verba alimentar.⁴ A irrepetibilidade dos proventos tem sido aplicada tanto para os pedidos de novo benefício no mesmo regime quanto em outro regime de previdência.

Os postulados da *desaposentação* também podem ser aplicados às aposentadorias concedidas em regimes próprios (RPPS), conforme decidido pelo STJ no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 200400184445.⁵ Importante esclarecer que a *desaposentação* não possui identidade com a reversão, prevista no art. 25 da Lei n. 8.112/90. Esta consiste no retorno do servidor aposentado ao mesmo cargo ou ao cargo resultante de sua transformação nas seguintes hipóteses: a) quando junta médica oficial declarar insubsistentes os motivos da aposentadoria por invalidez ou b) quando o aposentado solicita o retorno à atividade, desde que haja cargo vago e que a aposentadoria tenha sido voluntária e concedida nos cinco anos anteriores à solicitação. A reversão a pedido somente pode ser concedida ao aposentado que era estável na ativa e depende do interesse da Administração.

Na reversão, o aposentado que retorna à atividade pode computar o tempo de contribuição anterior à aposentadoria somado ao posterior, a fim de obter novo benefício.⁶ Contudo, não há similitude entre o instituto da reversão e o da *desaposentação*, pois, naquele, os proventos deixam de ser pagos após o retorno ao trabalho, fazendo jus o servidor apenas à remuneração do cargo.

Feitas estas considerações iniciais para distinguir as hipóteses de aplicação da teoria da *desaposentação*, passa-se a analisar de forma mais detida a origem e a evolução da tese.

1.2 ORIGEM E EVOLUÇÃO DA TEORIA DA DESAPOSENTAÇÃO

Não há regra específica na lei de benefícios que trate da possibilidade de renúncia de aposentadoria com aproveitamento do

4 REsp 1113682/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 26/04/2010.

5 RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR ESTADUAL. APOSENTADORIA. RENÚNCIA. NOMEAÇÃO PARA OUTRO CARGO POR CONCURSO PÚBLICO. POSSIBILIDADE. A aposentadoria é direito patrimonial disponível, sujeita à renúncia, possibilitando à recorrente a contagem do respectivo tempo de serviço e o exercício em outro cargo público para o qual prestou concurso público. Precedentes. Recurso provido. (ROMS 200400184445, JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, STJ - QUINTA TURMA, 21/02/2005)

6 Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari consideram a reversão como paradigma para a *desaposentação* (CASTRO; LAZZARI, 2008, p. 517-518).

tempo de contribuição anterior na concessão de novo benefício, seja na redação atual seja na originária. Assim, a tese da *desaposentação* é uma construção doutrinária calcada na aplicação de regras análogas e em alguns princípios gerais que serão mencionados adiante.

O advogado especialista em Direito Previdenciário Wladimir Novaes Martinez alega ter sido o primeiro autor a cogitar sobre este instituto e a publicar um artigo relacionado ao mesmo, com o título “Renúncia e irreversibilidade dos benefícios previdenciários”, publicado pela editora LTr em 1987.⁷ Segundo o jurista, naquela ocasião ele criou o neologismo “desaposentação” para designar o ato de desconstituição do benefício, representando renúncia às mensalidades antes mantidas e uma nova aposentação ou não.⁸

Martinez cita a Lei n. 6.903/81, revogada pela Lei n. 9.528/97, como o primeiro marco legal da *desaposentação*, pois permitia aos aposentados no exercício dos cargos de juízes temporários (classistas) a opção de abandonar o benefício anterior e aproveitar o tempo de contribuição na aposentadoria própria dos juízes temporários.⁹

Após várias publicações de sua autoria, Martinez afirma que outros estudiosos também passaram a tratar do tema, em especial a partir de 2006, com a publicação de monografias e livros.¹⁰ Dentre os diversos adeptos da *desaposentação*, citamos Fábio Zambitte Ibrahim,¹¹ Roseval Rodrigues da Cunha Filho¹² e Hamilton Antônio Coelho,¹³ além de Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari.¹⁴

A jurisprudência, de modo geral, acolheu o instituto e seus fundamentos, havendo precedentes em todos os tribunais regionais federais,¹⁵ sendo que a matéria está pacificada no Superior Tribunal de Justiça.¹⁶ Contudo, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a

7 MARTINEZ, 2007.

8 *ibid.*

9 *ibid.*

10 MARTINEZ, 2007.

11 IBRAHIM, 2007.

12 CUNHA FILHO, 2003.

13 COELHO, 1999.

14 CASTRO; LAZZARI, 2008.

15 *Cf.* nota 3.

16 *Cf.* nota 5.

repercussão geral do tema através do RE 381.367, o qual está pendente de julgamento.

Conclui-se, então, que o momento é adequado para rediscussão da matéria, com a apreciação e o enfrentamento pelos tribunais de novos argumentos relacionados à *desaposentação*. A repetição automática e irrefletida de precedentes deve ser evitada, pois oculta a complexidade do tema e reduz as possibilidades de se obter a melhor decisão. Neste sentido, convém citar uma lição de Dworkin a respeito da integridade no Direito e sua relação com os precedentes jurisprudenciais:

Se uma instituição política só é coerente quando repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel ou precisamente possível, então a integridade não é coerência; é, ao mesmo tempo, mais e menos. A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo.¹⁷

A transcrição acima ainda menciona a necessidade de observância dos princípios como uma das exigências da integridade.¹⁸ No presente caso, tem de se analisar se a interpretação das regras pelos juízes ou mesmo a criação delas por eles está de acordo com os princípios da previdência social, que não poderá oferecer proteção aos previdentes no futuro, se os gestores do sistema desrespeitarem os limites impostos pela Constituição para o equilíbrio do sistema.

1.3 RENÚNCIA: TRANSPOSIÇÃO DO CONCEITO

Um dos pilares da teoria da *desaposentação* é a aplicação da renúncia, prevista no direito civil, ao direito previdenciário. Segundo os adeptos da *desaposentação*, o benefício previdenciário é um direito patrimonial disponível do qual o indivíduo pode dispor, ou seja, ninguém

¹⁷ DWORKIN, 2007, p. 263-264.

¹⁸ Segundo Dworkin, a integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais a partir do pressuposto de que foram todos criados pela comunidade, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade. Trata-se de um ideal interpretativo que, através da identificação dos direitos a partir de algum conjunto coerente de princípios, pretende obter a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade (DWORKIN, 2007).

é obrigado a permanecer aposentado ou a receber proventos contra a sua vontade. O ato de disposição do benefício vem sendo denominado como *renúncia*, tanto pelos especialistas quanto pela jurisprudência.

Renúncia é a abdicação que o titular faz do seu direito, sem transferi-lo a quem quer que seja. É o abandono voluntário do direito. É o ato unilateral, independente de suas conseqüências.¹⁹ No conceito de renúncia não há condicionamentos, ou seja, quem renuncia não exige algo em troca.

A *desaposentação* incorporada nas práticas judiciais brasileiras refere-se a uma renúncia condicionada à obtenção de uma aposentadoria mais vantajosa, seja no mesmo regime de previdência ou em outro. Via de regra, não há interesse do aposentado em renunciar ao seu benefício e se ver privado de seus proventos, pois almeja renda maior, uma troca de benefícios. Se não houver a concessão de benefício mais vantajoso ou a expedição de certidão de tempo de contribuição que permita, no futuro, a obtenção de aposentadoria com renda maior, qual seria o sentido da renúncia? Assim, o uso da expressão “renúncia” para aproveitamento do tempo de contribuição, identificada com a liberdade de fazer tudo que a lei não proíba, nada mais é do que uma manipulação de conceitos a fim de conferir legitimidade à tese.

Wladimir Martinez até afirma que o escopo da *desaposentação* é amplo, compreendendo as hipóteses de o aposentado a) continuar contribuindo e se aposentar no mesmo regime, b) obter certidão de tempo de contribuição e se aposentar por outro regime ou c) simplesmente deixar de ser aposentado, independente do que isso signifique individualmente.²⁰ A nosso ver, somente esta última hipótese corresponde a uma renúncia, de acordo com a melhor técnica. Contudo, Martinez praticamente a descarta ao aduzir que, em todas as situações, a *desaposentação* tem de melhorar a situação previdenciária e que, moralmente, não se admite que o aposentado queira se prejudicar, recebendo menos.²¹

Ainda no que tange à renúncia, cumpre mencionar que o Poder Executivo, por meio do Decreto nº 3.265/99, acrescentou o art. 181-B ao Decreto nº 3048/99, dispondo que as aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial são irreversíveis e irrenunciáveis. Os

19 PEREIRA, 2001, p. 300.

20 MARTINEZ, 2007.

21 *ibid.*

defensores da *desaposentação* argumentam que tal decreto extrapola os limites do poder regulamentar, uma vez que a lei de benefícios não traz norma neste sentido.

Cunha Filho sustenta que a impossibilidade de renunciar deve ser interpretada em favor dos segurados e não contra.²² De fato, não há lei que obrigue as pessoas a se aposentarem em determinada época, sendo este um direito dependente da vontade do indivíduo, portanto, disponível neste ponto. Todavia, uma vez que o benefício foi concedido ao segurado, presume-se que os proventos recebidos são necessários ao seu sustento e de sua família, razão pela qual são resguardados pela legislação. Como exemplo, o art. 115, inciso VI, da Lei n. 8.213/91 limita em 30% o comprometimento do benefício com o pagamento de empréstimos consignados em folha. Se a liberdade de dispor do benefício fosse absoluta, o aposentado poderia estipular percentuais maiores.

Assim, conclui-se que, na *desaposentação*, não há renúncia ou disposição do benefício previdenciário, mas um pedido de substituição ou troca de um benefício por uma certidão de tempo de contribuição ou um benefício de renda maior no mesmo regime, a qual implicaria, para efeitos práticos, em uma revisão da renda mensal. Então, não há solidez no argumento de que o aposentado que requer a *desaposentação* está exercendo o direito de liberdade de não mais permanecer aposentado. A afirmação de que a ausência de lei proibitiva da renúncia torna lícita a *desaposentação* também deriva do direito de liberdade, razão pela qual é, do mesmo modo, inconsistente.²³

2 A DESAPOSENTAÇÃO SOB O PONTO DE VISTA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2.1 AS DECISÕES DO STJ E SEUS FUNDAMENTOS

O estudo dos precedentes do STJ em relação à *desaposentação* teve como base pesquisa de *acórdãos* realizada no banco de dados do portal eletrônico do STJ no dia 17 de maio de 2011. Foram utilizadas como indexadores as expressões “previdenciário”, “renúncia” e

²² CUNHA FILHO, 2010.

²³ No AgRg REsp 328.101/SC, 6ª Turma, Rel. Minª. Maria Thereza Assis Moura, DJe de 20/10/2008, o STJ considerou que se o segurado pode renunciar ao benefício quando há acumulação indevida, mais razão haveria quando a renúncia é por mera liberalidade do aposentado. Tal argumento carece de rigor técnico, pois renúncia é ato de liberalidade e a mesma não ocorre quando o aposentado tem obrigação legal de optar por um benefício ou outro.

“aposentadoria”, tendo sido obtidos 34 acórdãos.²⁴ Destes, 7 foram descartados, pois não tratavam da *desaposentação*, além de 2 que deixaram de analisar o mérito por questões processuais.

O objeto de pesquisa restringiu-se, então, a 25 julgados, dentre os quais 15 são referentes à Quinta Turma e 10 à Sexta Turma. Analisando o inteiro teor de cada um deles, extraíram-se os principais argumentos do tribunal para justificar a *desaposentação*, os quais serão tratados adiante.

Todos os julgados em exame tiveram resultado final favorável à tese da *desaposentação*. O pioneiro²⁵ foi o acórdão proferido pela Quinta Turma no AgrRg no REsp nº 497.683/PE, relatado pelo Ministro Gilson Dipp, julgado em 17/06/2003 e publicado no DJ de 04/08/2003. Tratava-se de pedido de renúncia à aposentadoria concedida no âmbito do regime geral para aproveitamento do tempo de contribuição em regime diverso. Na ocasião, apenas um argumento foi utilizado a favor da *desaposentação*: os benefícios previdenciários são plenamente disponíveis, razão pela qual o autor poderia renunciar a este direito a fim de comprovar tempo de serviço em outro regime. Concluiu-se, ainda, que a matéria estava consolidada no tribunal. É preciso explicar que tal consolidação refere-se tão somente à tese de que os direitos relacionados a benefícios previdenciários são individuais e disponíveis, firmada após vários julgamentos contra a legitimidade do Ministério Público para postular demanda em favor de segurados ou aposentados.

No REsp 692.628/DF, julgado em 17/05/2005, foram agregados os seguintes argumentos: 1) a abdicação do benefício não atinge o tempo de contribuição; 2) não haverá cumulação de benefícios, mas uma aposentadoria seguida da outra; 3) a renúncia tem efeitos *ex nunc*, não gerando o dever de devolver valores, pois, enquanto perdurou a aposentadoria no regime geral, os pagamentos de caráter alimentar eram indiscutivelmente devidos. Nos julgamentos seguintes, basicamente foram repetidos os argumentos acima, acompanhados de menção aos precedentes.

24 Também se realizou pesquisa com as expressões “renúncia” e “aposentadoria”, obtendo-se 106 acórdãos. Todavia, como o presente trabalho restringe-se à renúncia de aposentadoria previdenciária para aproveitamento no próprio regime geral, optou-se por maior delimitação da pesquisa.

25 No caso, o pioneirismo refere-se à pesquisa com os termos mencionados, pois há o julgamento no MS 7711/DF de 08/05/2002, no qual se permitiu que um advogado da união computasse tempo de contribuição já utilizado em aposentadoria do RGPS, cancelada em outra ação judicial, para aproveitamento no regime próprio.

Os primeiros precedentes referiam-se à renúncia de aposentadoria do regime geral para aproveitamento do tempo de contribuição em regime diverso, mas, nos julgados mais recentes, passou-se a consignar que o aproveitamento é cabível também no mesmo regime sem que fossem mencionados novos fundamentos. Apesar de o STJ tratar as situações da mesma forma, há significativa diferença entre elas.²⁶ No presente estudo, trataremos apenas do aproveitamento do tempo de contribuição no mesmo regime, mas alguns de nossos argumentos podem ser aplicados na *desaposentação* para o regime próprio.

2.2 ANÁLISE DOS ARGUMENTOS DO STJ

As premissas adotadas pelo STJ seguem sequência lógica, na qual há complementaridade mútua, todavia há certas contradições. Inicialmente, o simples fato de a jurisprudência do tribunal ter consolidado o entendimento de que o Ministério Público não pode tutelar direitos de cunho previdenciário, por serem disponíveis e patrimoniais, não induz, necessariamente, à conclusão de que a *desaposentação* é possível, sem que se analisem outras regras e princípios, além das repercussões de tal inovação nos sistemas previdenciários.

Não há dúvidas de que ninguém é obrigado a se aposentar e de que o benefício não pode ser concedido de ofício pela Administração. Da mesma forma, nenhum aposentado é obrigado a ir mensalmente a uma agência bancária retirar o numerário correspondente a seus proventos, em que pese o dinheiro esteja à disposição. Contudo, a teoria da *desaposentação* não trata de mera abdicação de um benefício,

26 O aposentado do regime geral que volta ao trabalho no setor público pode aposentar-se novamente pelo regime estatutário, desde que possua tempo de contribuição suficiente no novo sistema ou venha a ser acometido de invalidez. Pela *desaposentação*, o indivíduo não fará jus à acumulação das aposentadorias, por insuficiência de tempo de contribuição para a concessão de novo benefício, mas terá uma aposentadoria melhor. Ocorre que o INSS terá de custear parte desta aposentadoria em valor proporcional ao tempo de contribuição para o regime geral. De acordo com a jurisprudência do STJ, não haverá devolução dos proventos já pagos pelo INSS, logo a autarquia terá de pagar, em tese, duas vezes o benefício correspondente ao tempo de contribuição vertido para o regime geral. Mas, o sistema brasileiro de previdência é custeado por várias fontes e os benefícios não correspondem apenas às contribuições recolhidas pelos respectivos titulares. Logo, o aposentado costuma receber mais do que pagou de contribuição ao longo da vida. Assim, haverá situações em que o valor da compensação a ser despendida pelo INSS somado aos proventos já pagos será menor do que os valores a serem gastos se o aposentado continuasse aposentado pelo regime geral e tivesse uma longa sobrevivência com possível geração de pensão por morte. Os ônus destes benefícios seriam repassados ao regime próprio. De qualquer forma, o INSS terá pago um valor em duplicidade, ainda que lhe seja vantajoso, em casos específicos, submeter a outro regime as despesas de manutenção do benefício. A título de exemplificação, o raciocínio despendido nesta nota foi parcialmente utilizado pelo STJ no julgamento do REsp 557.231/RS, DJ 16/06/2008 para concluir que não haveria prejuízo a longo prazo ao INSS na *desaposentação*.

mas, na pretensão de nova situação jurídica mais onerosa ao erário, do desfazimento de um ato jurídico findo e perfeito. Assim, a *desaposentação* não é pura e simplesmente decorrência lógica do caráter patrimonial e disponível dos benefícios previdenciários.

O argumento de que a renúncia ao benefício não implica em abdicação do tempo de contribuição também suscita controvérsias. A concessão da aposentadoria depende do preenchimento de certos requisitos legais pelo segurado, entre eles determinado número de contribuições para a previdência.²⁷ Uma vez concedida a aposentadoria, este tempo de contribuição vincula-se ao benefício, impedindo sua utilização para a concessão de outra aposentadoria, seja no mesmo regime ou em outro.²⁸ Então, entende o tribunal que, se houver renúncia ao benefício, o tempo de contribuição volta a poder ser utilizado para a concessão de outra aposentadoria.

O pagamento dos proventos de aposentadoria não é simplesmente a retribuição em pecúnia de todos os valores pagos pelo segurado durante o seu período contributivo, todavia, em parte é. O segurado que verteu contribuições maiores e durante mais tempo terá direito a renda maior do que aquele que contribuiu pelo tempo e valor mínimos. Pode-se afirmar, então, que, na previdência social brasileira, há retribuição ou compensação ao segurado em função do total de contribuições que ofereceu à previdência. Caso contrário, o valor do benefício deveria ser independente do valor dos salários-de-contribuição.

Assim, o segurado que se aposenta por tempo de contribuição passa a receber esta retribuição, em valor proporcional às suas contribuições. Na *desaposentação*, o aposentado recebe parte da retribuição referente àquele tempo de contribuição até a suposta renúncia. Após, receberá novamente retribuição pertinente ao tempo de contribuição anterior à aposentadoria somada à retribuição pelo tempo posterior ao retorno ao trabalho. Um mesmo tempo de contribuição será utilizado duas vezes, de forma fictícia, propiciando retribuição pecuniária em duplicidade.

Wladimir Novaes Martinez, como precursor da *desaposentação*, anteviu esta questão, razão pela qual defende que o aposentado devolva os proventos recebidos como condição para o aproveitamento do tempo

²⁷ Excepcionalmente, a aposentadoria por idade dos trabalhadores rurais independe de contribuição na forma do art. 143 da Lei nº 8.213/91 e do art. 2º da Lei 11.718/08.

²⁸ A contagem, mais de uma vez, do mesmo tempo de contribuição é fictícia, sendo tal prática vedada pelo art. 40, § 10, da Constituição Federal e pelo art. 96, incisos I, II e III da Lei nº 8.213/91.

de contribuição. O retorno ao *status quo ante* seria imprescindível e não poderia ser gratuito, sob pena de a *desaposentação* não ser sustentável do ponto de vista técnico do seguro social.^{29 30}

Desconsiderando estas circunstâncias, o STJ confere à renúncia efeitos *ex nunc*, ou seja, ela só produziria efeitos após a sua formalização, não havendo necessidade de restituir as partes ao estado imediatamente anterior à aposentadoria. Assim, não haveria razão para a devolução dos proventos referentes ao benefício renunciado.

De fato, se considerarmos que a renúncia tem efeitos *ex nunc*, permanece existente, válido e eficaz o benefício durante o período em que o mesmo foi pago, logo os pagamentos eram devidos. Em consequência, não haverá lei que obrigue o indivíduo a ressarcir verbas alimentícias que lhe eram devidas. A Lei nº 8.213/91 até permite descontos no benefício em determinadas hipóteses, mas são *numerus clausus*, taxativas,³¹ não havendo previsão de descontos ou cobrança de valores pagos em benefício posteriormente renunciado.

Enfim, a se permitir a *desaposentação* nos termos defendidos pelo STJ, haverá grandes vantagens aos aposentados, de impacto social relevante, mas restará indiferente a questão do custeio da benesse.

3 RENÚNCIA À APOSENTADORIA PARA APROVEITAMENTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO NO REGIME GERAL: ANÁLISE DE REGRAS E PRINCÍPIOS

3.1 CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DO SEGURADO QUE RETORNA À ATIVIDADE E SOLIDARIEDADE

O aposentado que retorna ao trabalho em atividade abrangida pelo regime geral volta a contribuir para a previdência social na condição de segurado obrigatório e sujeito passivo do tributo “contribuição

29 MARTINEZ, 2007.

30 Wladimir Martinez manifestou-se sobre o prejuízo ao sistema previdenciário com a seguinte exposição: Ainda que seja seguro social, pensando-se individualmente, se a Previdência Social aposenta o segurado, ela se serve de reservas técnicas acumuladas individualmente pelos trabalhadores, entre as quais as do titular do direito ao benefício. Na *desaposentação*, o órgão gestor terá de reaver os valores pagos para estar econômica, financeiramente apto para aposentá-lo adiante ou poder emitir a CTC. [...] Na hipótese de a contagem recíproca de tempo de serviço, mesmo no bojo de um regime de repartição simples, só será possível repassar os recursos ao ente político acolhedor da CTC se eles não foram consumidos pelo segurado [grifo nosso] (MARTINEZ, 2007).

31 Confirmam-se os artigos 114 e 115 da Lei de Benefícios.

previdenciária”, na forma do art. 12, § 4º, da Lei nº 8.213/91.³² Contudo, tais contribuições não lhe garantem qualquer novo benefício previdenciário, a não ser o salário-família e a reabilitação profissional quando for empregado, nos termos do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.³³

Na redação original da Lei n. 8.213/91, o art. 18, § 2º previa a possibilidade de as contribuições recolhidas após a aposentadoria servirem para a concessão de benefício denominado pecúlio, disciplinado pelo artigo 81 e seguintes da mesma lei. No caso específico, o pecúlio consistia na restituição em parcela única das contribuições efetuadas após a aposentadoria, devidamente atualizadas, e era devido quando o aposentado se afastasse da atividade. O benefício, de forma geral, foi extinto após sucessivas revogações dos dispositivos que o previam pelas Leis 8.870/94, 9.032/95 e 9.129/95.

O pecúlio devido ao aposentado que retornava ao trabalho não tinha por objetivo proteger o segurado de algum risco social, mas apenas restituir uma contribuição que havia sido paga pelo indivíduo e que não tinha sido utilizada em seu favor. Tratava-se de benefício de inspiração individualista, mais afeito a um sistema de poupança individual do que de previdência social. João Ernesto Aragonés Vianna defendeu a extinção dos pecúlios por estarem em desacordo com a solidariedade contributiva:

A revogação dos pecúlios está em sintonia com o princípio da solidariedade contributiva, estampado no caput do artigo 195 da Constituição Federal, pois a contribuição de cada segurado deve reverter para a manutenção de todo o sistema, e não considerar a pessoa do contribuinte, individualmente. Essa conclusão é decorrência da solidariedade que informa os modernos sistemas de seguridade social.³⁴

32 Art. 12 [...]

[...]

§ 4º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social – RGPS que estiver exercendo ou que voltar a exercer atividade abrangida por este Regime é segurado obrigatório em relação a essa atividade, ficando sujeito às contribuições de que trata esta Lei, para fins de custeio da Seguridade Social. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.032, de 28.4.95).

33 Art. 18. [...]

§ 2º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social – RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997)

34 VIANNA, 2009, p. 285.

Com a extinção dos pecúlios e com a atual redação do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91, restou evidente que as contribuições recolhidas pelos aposentados não podem lhe proporcionar outras vantagens que não as previstas em lei. As contribuições são para o sistema, independente de contrapartida em benefícios diretos para o contribuinte, de maneira que não podem ser utilizadas, por exemplo, para revisar a renda mensal do aposentado.

A seguridade social é baseada no princípio da solidariedade, segundo o qual toda a sociedade tem responsabilidade pelo custeio do sistema, contribuindo cada um na medida de suas possibilidades para a formação de um fundo que reverterá em favor dos que necessitarem de proteção. A Constituição Federal alberga este princípio através dos artigos 194 e 195, quando dispõe que a seguridade social será financiada por toda sociedade, de forma direta e indireta, e que este financiamento observará princípios de equidade e diversidade da base contributiva³⁵.

Pela solidariedade, muitos membros da sociedade são obrigados a contribuir independente de receberem em troca alguma vantagem individual, como as empresas e os importadores de bens ou serviços do exterior. Enquadram-se nesta hipótese os aposentados que retornam ao trabalho, conforme vem decidindo reiteradamente o Supremo Tribunal Federal.³⁶

De acordo com a *desaposentação*, o tempo de contribuição anterior à aposentadoria é somado ao tempo posterior com a finalidade de majorar a renda mensal, o que constitui flagrante desrespeito ao art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 e à aplicação do princípio da solidariedade pela legislação previdenciária. Por vias transversas, criou-se uma compensação aos aposentados pela extinção do pecúlio, aliás, mais vantajosa do que o benefício extinto, pois haverá incorporação de

35 João Ernesto Aragonês Vianna identifica a solidariedade no caput do art. 195 da CRFB/1988: "O caput do artigo 195 contempla o princípio da solidariedade contributiva, segundo o qual a seguridade social será financiada por toda a sociedade. Com efeito, na medida da relevância das ações de seguridade social para toda a sociedade, mostra-se adequado o chamamento de todos para contribuir, nos termos em que estipulado pela Constituição Federal. A diversidade da base de financiamento traduz-se nas contribuições a cargo do empregador, da empresa, da entidade a ela equiparada, do trabalhador, dos demais segurados da previdência social, do administrador de concursos de prognósticos, do importador de bens ou serviços do exterior ou de quem a lei a ele equiparar e de recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios." (VIANNA, 2009, p. 21-22)

36 A título de exemplificação citamos os seguintes arestos: RE 364224 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 06/04/2010, DJe 22/04/2010; RE-AgR 393.672/RS, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJ 09/05/2008 e RE 381.860/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 14/04/2008.

vantagem pecuniária em benefício de prestação continuada, inclusive com reflexos em pensões por morte.

Ressalte-se, ainda, que a escolha dos contribuintes do sistema previdenciário perpassa por uma análise de capacidade contributiva, ao passo que a eleição dos beneficiários da seguridade envolve um juízo de seletividade. O aposentado que retorna ao trabalho, além de receber o benefício previdenciário recebe nova remuneração, estando, por exemplo, em situação econômica mais vantajosa do que os aposentados que não têm mais capacidade para trabalhar ou dos segurados que ainda não recebem benefício. Assim, não se vislumbra qualquer injustiça na definição do aposentado que retorna ao trabalho como contribuinte.

Por sua vez, o princípio da seletividade, inscrito no art. 194, parágrafo único, inciso III, da Constituição Federal, pressupõe que os benefícios devem ser concedidos apenas a quem deles efetivamente necessite.³⁷ O trabalhador aposentado já está abrigado pela proteção social, recebendo benefício que substitui seus rendimentos, razão pela qual a legislação deixa de lhe conceder novas vantagens. Aliás, o Brasil é o único país no mundo que não condiciona a aposentadoria por tempo de contribuição ao afastamento do trabalho.³⁸ Em tese, as aposentadorias por idade e por tempo de contribuição deveriam servir para cobrir o risco social pertinente à presunção de incapacidade laborativa do segurado com idade avançada.³⁹

Conclui-se, então, que há coerência entre a regra legal prevista no art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 e os princípios constitucionais, sendo possível afirmar que nosso ordenamento, no intuito de oferecer proteção social universal, estabelece necessidades prioritárias por meio da seletividade, restringindo a ampliação de vantagens aos que já se encontram protegidos pelo sistema previdenciário.

Dworkin, em sua teoria do direito como integridade, propõe que o jurista faça interpretação construtiva, que identifique, no objeto interpretado, um propósito que o torne o melhor exemplo possível da forma ou gênero aos quais se imagina que pertença.⁴⁰ Tal interpretação

37 CASTRO; LAZZARI, 2008, p. 100-101.

38 DONADON, 2009, p. 42.

39 A Constituição Federal em seu art. 201, I, prevê cobertura previdenciária apenas dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada.

40 DWORKIN, 2007, p. 63-34.

não está relacionada com a intenção dos autores da lei, mas com a coerência de princípio que a integridade requer:

Quando um juiz declara que um determinado princípio está imbuído no direito, sua opinião não reflete uma afirmação ingênua sobre os motivos dos estadistas do passado, uma afirmação que um bom cínico poderia refutar facilmente, mas sim uma proposta interpretativa: o princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a integridade requer.⁴¹

Assim, decidir se há ou não direito à *desaposentação* equivale a identificar se a comunidade aceitou o princípio de que os aposentados que retornam ao trabalho devem ter seus benefícios ampliados. Por sua vez, a melhor interpretação da prática jurídica da comunidade será aquela que tenta encontrar, em um conjunto coerente de princípios, o direito das pessoas. Deste modo, é possível defender como melhor interpretação a que nega a existência de direito à *desaposentação*, haja vista que a contribuição do trabalhador aposentado tem por objetivo custear o regime previdenciário em geral, ao invés de permitir contrapartida específica ao contribuinte, concretizando-se, assim, o princípio da solidariedade, acolhido por nossa comunidade por meio da Constituição Federal.

3.2 OPÇÃO DO SEGURADO POR RENDA MENOR DURANTE MAIS TEMPO OU RENDA MAIOR EM MENOS TEMPO

A lei estabelece distintas espécies de aposentadorias, com requisitos e fórmulas de cálculo diferentes. Como exemplo, na aposentadoria por idade urbana é exigido que o segurado homem conte com, no mínimo, 65 anos de idade e 180 contribuições, fazendo jus a uma renda de 70% do salário-de-benefício mais 1% para cada grupo de 12 contribuições. Na aposentadoria por tempo de contribuição proporcional deveria o segurado contar com, no mínimo, 30 anos de tempo de contribuição, tendo direito a uma renda mensal de 70% do salário-de-benefício. Por sua vez, o segurado que se aposenta por tempo de contribuição na forma integral, com 35 anos de contribuição, receberá renda de 100% do salário-de-benefício.

Como a aposentadoria não é concedida de ofício pela Administração, compete ao segurado avaliar qual o momento adequado

41 DWORKIN, 2007, p. 274.

para requerer o seu benefício e qual espécie lhe proporcionará mais vantagens. Então, deve o segurado optar por um benefício menor a ser recebido por mais tempo ou por um benefício maior a ser recebido por menos tempo. Não há previsão legal para que o segurado opte pelos aspectos mais vantajosos de cada espécie.

A lei previdenciária estimula o segurado a contribuir por mais tempo, oferecendo-lhe benefícios com renda maior.⁴² Trata-se de tentativa de manter o equilíbrio atuarial e financeiro do sistema, garantindo-se que haja certo equilíbrio na proporção entre contribuintes e beneficiários do regime. Registre-se que, em todo o mundo, apenas Brasil, Iraque, Irã e Equador não estipulam idade mínima para a aposentadoria.⁴³

Assim, a *desaposentação* fere esta lógica ao permitir que o segurado que se aposentou precocemente receba os mesmos benefícios daquele que optou pela renda maior durante menos tempo. É criada uma situação de desigualdade entre os segurados. Wladimir Martinez afirma que o segurado que deixa de se aposentar na forma proporcional está renunciando ao benefício.⁴⁴ Todavia, em verdade, há uma opção do segurado pela modalidade de benefício que o mesmo reputa atender melhor às suas necessidades, pois a legislação não lhe oferece a forma mista de benefício contida na tese da *desaposentação*.

Ora, dizer que o segurado pode se aposentar na forma proporcional e continuar a trabalhar para trocar o benefício para a modalidade integral é afirmar que o segurado que optou por receber apenas o benefício integral por um ato de renúncia é tolo. E mais: poderia este aposentado postular o pagamento dos valores a que teria direito se tivesse se aposentado previamente na forma proporcional, alegando que injustamente não foi informado sobre esta possibilidade e que a renúncia teria de ser formal e não tácita?

Os postulados da *desaposentação* acolhidos pelo STJ ainda possibilitam revisão periódica do benefício, conforme será demonstrado adiante. Não só o benefício proporcional pode ser convertido em integral, mas o integral também pode ser majorado várias vezes. Esta situação ocorre com o recálculo que pode ser feito a partir da mudança das variáveis que compõem o fator previdenciário.

42 A aposentadoria por tempo de contribuição proporcional foi extinta pela EC nº 20/98 com este objetivo.

43 DONADON, 2009, p. 42.

44 MARTINEZ, 2007.

Com o objetivo de garantir equilíbrio atuarial e financeiro do sistema e desestimular as aposentadorias precoces foi criado pela Lei nº. 9.876/99 o fator previdenciário. Trata-se de coeficiente utilizado no cálculo das aposentadorias por tempo de contribuição e por idade que envolve três variáveis: tempo de contribuição, idade e expectativa de sobrevida. Quanto maior o tempo de contribuição e a idade e menor a expectativa de sobrevida, maior será o benefício.

Uma segurada que se aposentou com 30 anos de tempo de contribuição e 46 anos de idade na forma integral e continuou a trabalhar por mais 5 anos terá vantagem se renunciar ao benefício e pleitear um novo com o somatório dos tempos de contribuição, pois terá maior tempo de contribuição, maior idade e menor expectativa de sobrevida. Este procedimento poderá ser repetido outras vezes, funcionando como uma revisão periódica do benefício.

Enfim, a legislação que visa a evitar a concessão de aposentadorias precoces e que está em consonância com o equilíbrio financeiro e atuarial da previdência é excepcionada pela *desaposentação*, na forma como acolhida a tese pelo STJ.

3.3 PRINCÍPIOS DA PRECEDÊNCIA DO CUSTEIO E DO EQUILÍBRIO FINANCEIRO E ATUARIAL

O modelo básico de previdência social brasileiro é o de repartição, ou seja, as contribuições sociais vertem para um fundo único, do qual saem os recursos para a concessão de benefícios a qualquer um que atenda aos requisitos previstos na norma previdenciária.⁴⁵ Os atuais contribuintes do regime é que pagam os benefícios dos aposentados e não há vinculação direta entre o valor total das contribuições vertidas pelo segurado e o benefício que irá receber.⁴⁶ Em alguns outros países, como o Chile, é adotado o sistema de capitalização, no qual o segurado contribui para um fundo de previdência, geralmente privado,

45 CASTRO; LAZZARI, 2008, p. 57.

46 Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari lecionam que há situações em que segurados contribuirão mais do que irão receber e outras em que o segurado receberá mais do que contribuiu, citando o seguinte exemplo: "(...) tenha-se um segurado que trabalhe durante trinta e cinco anos, contribuindo para algum regime previdenciário, e outro, ainda jovem, que trabalhe e contribua há apenas um mês; se ambos vierem a sofrer acidente que lhes retire permanentemente a capacidade laborativa, terão direito à aposentadoria por invalidez pelo resto de suas vidas. O primeiro talvez não venha a receber tudo o que contribuiu; o segundo certamente receberá mais do que recolheu aos cofres da Previdência." (CASTRO; LAZZARI, 2008, p. 106).

por determinado período, até que possa resgatar suas cotas com os rendimentos.

Alguns autores⁴⁷ sustentam que, em virtude de o Brasil adotar o modelo de repartição, a devolução dos valores recebidos a título de proventos é desnecessária, pois quem paga os benefícios não são os inativos. Consideram, então, que não há prejuízo aos cofres públicos, o que constitui grave equívoco. O modelo de repartição não exclui a importância da contribuição dos segurados em geral e, principalmente, a do segurado que será especificamente beneficiado.

O indivíduo que nada contribuiu para a previdência não receberá nenhum benefício previdenciário, restando-lhe possivelmente ser protegido por ações de assistência social. O segurado que contribuiu durante mais tempo e com valores maiores terá direito a benefícios proporcionalmente mais elevados. A contagem recíproca, em que um regime compensa o outro com base na proporção do tempo de contribuição repassado (o segurado leva suas reservas acumuladas para o novo regime) é outro exemplo da repercussão das contribuições individuais do segurado no benefício a ser concedido.

Para efeitos contábeis, os segurados da ativa custeiam o pagamento das aposentadorias dos inativos, mas, para efeitos de aquisição legal de direitos, quem custeia o benefício é o segurado que irá se beneficiar dele, ainda que o mesmo não verta contribuições suficientes para o total que receberá.⁴⁸

O fato de o modelo ser de repartição não serve de justificativa para a *desaposentação*, pois, independente de o financiamento do benefício ter se dado por cotização individual do segurado ou por contribuições vertidas por terceiros, haverá majoração na renda do aposentado e o custo deste incremento será suportado pelo sistema como um todo.

Ressalte-se que as contribuições recolhidas pelo segurado após a aposentadoria e que precederam a renúncia não evitam prejuízo ao erário. O indivíduo que se aposenta na forma proporcional com 30 anos de contribuição e que contribuiu por mais 5 anos terá financiado um benefício integral. Ocorre que o financiamento total seria apenas do benefício integral e não deste somado com o proporcional antecedente.

⁴⁷ IBRAHIM, 2007, p. 61-62.

⁴⁸ O grande diferencial entre o modelo de capitalização individual e o de repartição é que somente neste último há solidariedade contributiva.

Na *desaposentação*, um mesmo tempo será contado duas vezes, permitindo que o aposentado receba em duplicidade, conforme explicado com mais detalhes no item na divisão anterior.

Verificado este custo a mais para a previdência, cumpre analisar suas implicações no ordenamento jurídico.

O art. 195, § 5º da Constituição Federal prevê que nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total. Trata-se do princípio da precedência de custeio, que impõe ao legislador a conduta de não autorizar despesas sem que haja receita suficiente. Este princípio foi defendido com bom senso por Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari:

A observância deste princípio é de fundamental importância para que a Previdência Social pública se mantenha em condições de conceder as prestações previstas, sob pena de, em curto espaço de tempo, estarem os segurados definitivamente sujeitos à privatização de tal atividade, em face da incapacidade do Poder Público em gerar mais receita para cobertura de déficits.⁴⁹

É necessário que haja a fonte de custeio para o novo gasto, que pode advir da ampliação da carga tributária ou da economia com outras despesas, por exemplo, extinguindo benefício ou criando requisitos mais rígidos. No caso da *desaposentação*, não há autorização legislativa para a revisão dos benefícios com inclusão de novo tempo de contribuição e repetição do anterior, pois é criação doutrinária e jurisprudencial. Surge, assim, a questão sobre a necessidade de o judiciário observar este princípio.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou diversas vezes sobre a questão, concluindo pela impossibilidade de o juiz atuar como legislador positivo, ampliando benefícios sem que haja lei com indicação da fonte de custeio.⁵⁰ Neste sentido, mencionam-se os seguintes julgados: RE 484702, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em

49 CASTRO; LAZZARI, 2008, p. 104.

50 E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO RECURSO DE AGRAVO - REVISÃO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS - INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 9.032/95 A BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTES DE SUA VIGÊNCIA - AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO, NESSE DIPLOMA LEGISLATIVO, DE SUA APLICAÇÃO RETROATIVA - INEXISTÊNCIA, AINDA, NA LEI, DE CLÁUSULA INDICATIVA DA FONTE DE CUSTEIO TOTAL CORRESPONDENTE À MAJORAÇÃO DO BENEFÍCIO

09/02/2007, DJ 13-04-2007 e RE 415454, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 08/02/2007, DJ 26-10-2007.

Se o legislador está adstrito ao princípio da contrapartida ou prévia fonte de custeio, padecendo de inconstitucionalidade a lei que não observa este princípio, também o juiz deve respeitá-lo. Assim, o judiciário possui responsabilidade de zelar pela manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial da previdência, evitando que o Estado assumira uma postura assistencialista de mero provedor de bens, descomprometido com as gerações futuras.

3.4 DEVOLUÇÃO DE PROVENTOS E ATUAÇÃO DO JUIZ COMO LEGISLADOR POSITIVO

Alguns juízes e tribunais, cientes de suas responsabilidades para com o equilíbrio das contas da previdência, condicionam a *desaposentação* à devolução dos valores recebidos a título de proventos, desfazendo o ato de concessão da aposentadoria por completo, com o retorno das partes ao *status quo ante*.

Se, por um lado, é louvável a iniciativa de manter sustentável o sistema previdenciário, por outro se verifica uma atuação do Judiciário como verdadeiro legislador positivo. Cria-se hipótese de restituição de verba alimentar recebida licitamente e de desfazimento unilateral do ato jurídico perfeito a fim de se proceder à revisão sem previsão legal.

Roberto Luis Luchi Demo⁵¹ defende que, na *desaposentação*, para aproveitamento do tempo de contribuição em regime próprio, haja indenização pelo aposentado a ser beneficiado, mas que não seja a mera restituição de tudo que foi pago a título de proventos. Assim, propõe que

PREVIDENCIÁRIO – ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COMO LEGISLADOR POSITIVO – VEDAÇÃO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. – (...)

A majoração de benefícios previdenciários, além de submetida ao postulado da contrapartida (CF, art. 195, § 5º), também depende, para efeito de sua legítima adequação ao texto da Constituição da República, da observância do princípio da reserva de lei formal, cuja incidência traduz limitação ao exercício da atividade jurisdicional do Estado. Precedentes. Não se revela constitucionalmente possível, ao Poder Judiciário, sob fundamento de isonomia, estender, em sede jurisdicional, majoração de benefício previdenciário, quando inexistente, na lei, a indicação da correspondente fonte de custeio total, sob pena de o Tribunal, se assim proceder, atuar na anômala condição de legislador positivo, transgredindo, desse modo, o princípio da separação de poderes. Precedentes. - A Lei nº 9.032/95, por não veicular qualquer cláusula autorizadora de sua aplicação retroativa, torna impertinente a invocação da Súmula 654/STF [sem grifo no original].

(RE 567360 ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 09/06/2009, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-148 DIVULG 06-08-2009 PUBLIC 07-08-2009)

51 DEMO, 2003.

seja alterada a legislação para que se exija indenização proporcional à compensação previdenciária e ao total recebido a título de aposentadoria em valor a ser definido pelo regulamento. Por esta lógica, não haveria restituição de verba alimentar, mas uma indenização a fim de dar nova eficácia jurídico-previdenciária ao tempo de contribuição já utilizado.

De fato, a estipulação de fórmulas e cálculos para preservação do equilíbrio financeiro e atuarial é questão técnica e política, que deve ser reservada ao legislador e ao executivo. Faz-se necessária a análise de dados estatísticos, com previsões de riscos e expectativas, além da tomada de decisões que envolvem o orçamento da previdência. É provável que os juízes não conheçam os limites e as possibilidades do orçamento e não estimem da maneira correta o impacto das revisões para o futuro. De igual modo, a ampliação de benefícios em maior ou menor medida é uma decisão política.

Como exemplo, a Constituição assegura o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real. Contudo, os critérios deste reajustamento devem ser definidos em lei. Tal lei somente será constitucional se garantir de forma mínima a preservação do valor real do benefício, mas, por uma decisão política, pode o legislador, desde que indique a fonte de custeio, conceder reajustes além dos necessários para garantir a manutenção do valor real.

Não há direito constitucional do aposentado em ter o benefício reajustado em índices superiores à inflação, mas o legislador pode avaliar que haverá ganho geral para a sociedade com este reajuste, por exemplo, estimulando o consumo. O mesmo raciocínio pode ser aplicado à teoria da *desaposentação*.

Não há direito de o aposentado renunciar a benefício para aproveitar o mesmo tempo de contribuição na concessão de nova aposentadoria. Todavia, se o aposentado restituir algum valor ou a integralidade dos proventos que recebeu, pode ser que seja mantido, de certa forma, o equilíbrio econômico financeiro da previdência e ampliada uma prestação previdenciária que trará benefícios para um grupo específico de pessoas e, talvez, para a sociedade de modo geral.

Na *desaposentação* seguida da devolução dos proventos, faz-se uma análise de custo-benefício para, ao final, obter-se a melhora na renda dos aposentados. Trata-se de decisão utilitarista e, portanto, meramente

política. Tal postura assumida pelos magistrados é, inclusive, objeto de crítica de Dworkin. O referido autor defende que os juízes não utilizem argumentos de política em suas decisões, mas apenas argumentos de princípio:

Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, *não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral* –, e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais.⁵²

Assim, não compete ao juiz ampliar benefícios para melhorar a renda dos aposentados se não há qualquer norma que confira este direito, ainda que entenda que isso seria melhor para nossa sociedade. De acordo com o ordenamento jurídico atual, o aposentado que retorna ao trabalho é apenas contribuinte da previdência em atenção ao princípio da solidariedade, não lhe sendo devidas novas vantagens sem previsão legal específica.

4 CONCLUSÃO

O presente estudo teve por objetivo analisar a tese da *desaposentação*, especificamente na hipótese de renúncia à aposentadoria concedida no regime geral para aproveitamento do tempo de contribuição no mesmo regime e sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro.

Tal análise envolveu o exame das origens e da evolução da tese da *desaposentação* e a relação com o conceito de renúncia. Assim, na primeira divisão, apontou-se a criação da teoria pelo jurista Wladimir Novaes Martinez e a sua difusão por meio da adesão de vários outros autores, bem como da aceitação dos seus principais postulados pelo Judiciário.

Nesta etapa, concluiu-se que um dos pilares da *desaposentação* é a ideia de que o aposentado pode renunciar ao benefício, pois não haveria vedação legal, aplicando-se o princípio da liberdade, segundo o qual o indivíduo pode fazer tudo o que não é proibido por lei. Todavia, verificou-se que, na *desaposentação*, não há o exercício do direito de liberdade, mas a pretensão de revisão da renda mensal da aposentadoria, com a incorporação de novos salários-de-contribuição no período básico de cálculo.

⁵² DWORKIN, 2005, p. 101.

Com relação ao posicionamento do Judiciário, observou-se que o mesmo acolheu a tese, incorporando-a às suas práticas. Todavia vêm ganhando força os posicionamentos contrários à *desaposentação* ou que a condicionam à restituição dos valores recebidos em função do benefício renunciado a fim de retornarem as partes ao estado original, preservando-se, de certa forma, o equilíbrio financeiro do sistema.

Na segunda divisão, realizou-se análise da jurisprudência do STJ desde as primeiras decisões sobre a matéria até as mais recentes. Verificou-se que o tribunal é plenamente favorável à *desaposentação*, mas que suas decisões repetem de forma automática os precedentes sem que se faça uma interpretação da teoria à luz da legislação previdenciária e dos princípios constitucionais pertinentes. Ainda nesta etapa do trabalho, demonstrou-se que a *desaposentação* implica em contagem ficta do tempo de contribuição, propiciando retribuição pecuniária em duplicidade para o aposentado.

Por fim, na terceira divisão, pretendeu-se apontar quais regras e princípios devem fundamentar os julgamentos relacionados à *desaposentação* com aproveitamento do tempo de contribuição no regime geral de previdência. Concluiu-se que o aposentado que retorna ao trabalho é apenas contribuinte do sistema, não fazendo jus a novos benefícios, inclusive revisões da renda mensal decorrentes das contribuições posteriores à aposentadoria. Vislumbrou-se coerência entre as regras contidas nos artigos 12, § 4º, da Lei n. 8.212/91 e 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91 e os princípios da solidariedade, da capacidade contributiva e da seletividade na prestação dos benefícios e serviços.

Observou-se, ainda, que a *desaposentação* contraria as normas que visam a evitar as aposentadorias precoces, na medida em que permite ao segurado realizar uma simbiose entre as diferentes modalidades de aposentadoria, retirando o que há de melhor em cada uma delas. O segurado que deveria optar por receber maior renda por menos tempo ou menor renda por mais tempo passa a ter a possibilidade de escolher receber o benefício por mais tempo e com maior renda. Constatou-se, ainda, que, pela *desaposentação*, pode ser realizada uma revisão periódica do benefício a partir da alteração fática das variáveis que compõem o fator previdenciário.

Notou-se, também, que haverá ampliação de benefícios sem indicação da fonte de custeio, violando-se os princípios do equilíbrio financeiro e atuarial e da contrapartida. Ao final, sustentou-se que os

juízes que aceitam a *desaposentação* com a restituição de proventos o fazem atuando como legisladores positivos, procedendo a decisões políticas.

Assim, é possível concluir que a teoria da *desaposentação* não encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro e que seus argumentos, como a melhor concretização do direito social à previdência, a preservação da dignidade da pessoa humana e a liberdade de fazer o que não seja vedado por lei constituem apenas tentativa de legitimar a estipulação discricionária de regras pelos juízes.

A criação ou a majoração de benefícios da seguridade social, como ocorre com a *desaposentação*, depende da atuação do legislador positivo, o qual tem de realizar um juízo de seletividade, ou seja, considerando a capacidade financeira do sistema, deve eleger os benefícios a serem oferecidos de acordo com a essencialidade ou efetiva necessidade.

REFERÊNCIAS

- CARVALHO, Sabrina Coppi. A possibilidade da desaposentação no Regime Geral de Previdência Social. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2354, 11 dez. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14000>>. Acesso em: 19 maio 2010.
- CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 9. ed. rev. atual. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.
- COELHO, Hamilton Antônio. Desaposentação: um novo instituto? *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais* em CD-ROM. Edição nº 01 de 2000 – Ano XVIII. Disponível em <http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/2000/01/-sumario?next=5>. Acesso em: 14 maio 2009.
- CUNHA FILHO, Roseval Rodrigues da. Desaposentação e nova aposentadoria. *Revista de Previdência Social*, ano XXVII, nº 274, p. 1-37, set. 2003.
- DEMO, Roberto Luís Luchi. Aposentadoria: direito disponível – Desaposentação: indenização ao Sistema Previdenciário. *Revista Síntese Trabalhista*, nº 163, p.23-27, jan. 2003.
- DONADON, João. *O benefício de aposentadoria especial aos segurados do regime geral de previdência social que trabalham sujeitos a agentes nocivos – origem*,

evolução e perspectivas. Disponível em: <<http://www.segurancaetrabalho.com.br/download/aposenta-donadon.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2009.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Desaposentação: o caminho para uma melhor aposentadoria*. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

KRAVCHYCHYN, Gisele Lemos. Desaposentação. Fundamentos jurídicos, posição dos tribunais e análise das propostas legislativas. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1622, p. 1-19, 10 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10741>>. Acesso em: 19 maio 2010.

LIMA, Fernando Corrêa Alves Pimenta. *Desaposentação*. Disponível em: <<http://www.machadofilgueiras.adv.br/download/desaposentacao.doc>>. Acesso em: 14 maio 2009.

LIMA, Marcos Galdino de. O instituto da desaposentação. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1979, 1 dez. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12037>>. Acesso em: 19 maio 2010.

MARTINEZ, Vladimir Novaes. Elementos atuais da desaposentação. *Revista IOB Trabalhista e Previdenciária*, São Paulo/SP, n. 218, p. 7-24, ago. 2007.

VIANNA, João Ernesto Aragonês. *Texto Base 1: Direito previdenciário*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2009. Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/file.php/9/Biblioteca/Textos-base/1_-_Texto-base_1.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2010.

WENDHAUSEN, Helena Mizushima. Aspectos controversos da desaposentação. *Revista IOB Trabalhista e Previdenciária*. São Paulo/SP, n. 218, p. 25-33, ago. 2007.

O CARÁTER CONTRIBUTIVO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL COMO UM DEVER FUNDAMENTAL

***CHARACTER CONTRIBUTORY SOCIAL SECURITY AS A
FUNDAMENTAL DUTY***

Leonardo Furian

Procurador Federal da Advocacia-Geral da União

Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do

Rio Grande do Sul – PUC/RS.

Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília – UnB

Pesquisador do Núcleo de Direitos Fundamentais da PUC/RS

SUMÁRIO: Introdução; 1 Breve análise acerca dos deveres fundamentais: da necessária limitação e sua aproximação com o caráter contributivo; 2 Multifuncionalidade do caráter contributivo: de dever fundamental autônomo à dimensão conexas ao direito fundamental à previdência; 3 Conclusão: as consequências em se considerar o caráter contributivo da previdência como um dever fundamental; Referências.

RESUMO: Este trabalho é o resultado do estudo acerca de alguns aspectos da teoria dos direitos fundamentais e sua aplicação e adoção para compreensão do caráter contributivo da previdência como um dever fundamental. Depois de problematizar o trabalho, analisar aspectos relacionados da teoria dos deveres e dos direitos fundamentais chegou-se a uma aproximação do conceito de deveres fundamentais e o caráter contributivo da previdência social para defender sua dimensão de dever autônomo. Após essa análise ingressou-se na multifuncionalidade do caráter contributivo, analisando-se seu aspecto com um dever conexo ligado ao direito fundamental à previdência e seus benefícios e serviços. Em sede de conclusão, sustenta-se que a diferença com os demais direitos da seguridade social, ao menos na dimensão objetiva do dever de contribuir, não subsiste, pois cabe a toda a coletividade, por meio do cumprimento de um dever, o sustento da seguridade, ou seja, saúde, previdência e assistência. Por fim, também concluiu-se de que a relação previdenciária entre segurado e o regime não pode ser pautada como um sinalgma, isto é, o cumprimento de um dever por parte do particular não o leva a ter sempre um direito.

PALAVRAS-CHAVE: Direito constitucional. Direito previdenciário. Seguridade social. Previdência social. Deveres fundamentais. Caráter contributivo.

ABSTRACT: This paper is the result of study on some aspects of the theory of fundamental rights and its application to understanding and adoption of the contributory social security as a fundamental duty. After questioning the work, analyzing aspects of the theory of fundamental rights and duties came to an approximation of the concept of fundamental duties and character of the contributory social security system to defend its size as of duty. After this review was joined on the multifunctionality of the contributive character, analyzing its appearance with a bound duty related to the fundamental right to social security and its benefits and services. In place of conclusion, it is argued that the difference with the other rights of social security, at least in the objective dimension of the duty to contribute, there remains, as it is for the whole community, through the fulfillment of a duty, keep the security, or health, welfare and assistance. Finally, they concluded that the relationship between the insured and the pension scheme can not be ruled as a sinalgma, ie the fulfillment of a duty on the part of the individual does not take you to always have a right.

KEYWORDS: Constitutional law. Social security. law. Social security. Welfare. Fundamental duties. Contributive character.

INTRODUÇÃO¹

A Constituição Federal de 1988 já completou mais de 20 anos da sua promulgação e muito tem sido escrito, ao menos nos últimos tempos, sobre sua característica principal, ressaltada desde o discurso do Presidente do Congresso Constituinte, que foi e continua sendo o primado da pessoa humana e a preferência pelos direitos fundamentais já em seus dois primeiros títulos. Esse aspecto é um dos que a diferencia das nossas cartas anteriores, embora não seja o único, pois podemos destacar, entre outros, o ambiente social que se libertava de um período de exceção e o processo democrático da elaboração do novo fundamento de validade da ordem jurídica brasileira.

Pode se afirmar que após a sua promulgação tivemos um constitucionalismo da efetividade² voltado para a aplicabilidade e eficácia social das normas constitucionais, especialmente as de direitos fundamentais, debate este que ainda perdura e é um dos temas preferidos dos trabalhos acadêmicos e das publicações em geral em direito constitucional, mormente pela razão de que a Constituição, parafrazeando a lição de Menelick de Carvalho, como lei geral e abstrata, não eliminou os graves problemas nacionais, interpretativos e de aplicabilidade do direito, apenas inaugurou os novos desafios para a coletividade brasileira.³

1 O presente trabalho foi apresentado originariamente no programa de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Público, do Centro de Educação a Distância da Universidade de Brasília em parceria com a Escola da Advocacia-Geral da União, para a obtenção de título de especialista em Direito Público.

2 A expressão é de Cláudio Pereira de Souza Neto, para quem, quando ainda se elaborava a atual Constituição, surgiu “um movimento político-teórico que podemos denominar ‘constitucionalismo brasileiro da efetividade’. Tal movimento se situa, predominantemente, no contexto da reabertura democrática (...). A teoria constitucional engajada passa a reconhecer um amplo potencial emancipatório na Constituição Cidadã de 1988. A esse reconhecimento se segue uma sensível tendência de inversão de seu papel: este não mais seria o de criticar o caráter ideológico do Texto Constitucional, mas o desenvolver mecanismos dogmáticos e processuais para a sua efetivação”. SOUZA Neto, Cláudio Pereira. *Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade*. In. *Teoria da constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 13-14. Para Cláudio Ari Mello, a instigante teoria constitucional que se produziu e se produz no Brasil pós Constituição de 1988 se perfila “quase que integralmente às concepções substantivas de constituição”, entre as quais se encontra o dirigismo constitucional. Ademais, não há, ainda, uma “disputa entre concepções constitucionais rivais sobre o sentido da Constituição Federal de 1988, de modo que é possível perceber a instauração de uma hegemonia do constitucionalismo baseado em direitos no nosso cenário jurídico”. MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p 85.

3 Nos termos das lições de Menelick de Carvalho: “Sabemos hoje, que as leis gerais e abstratas não eliminam o problema do direito, aliás, ao contrário do que igualmente puderam acreditar os iluministas com a sua confiança excessiva na razão, elas inauguram o problema do Direito moderno, que é precisamente o da aplicação de normas gerais e abstratas a situações sempre particularizadas, determinadas e concretas”.

O mesmo volume de produção e reflexão de longe não pode ser atribuído aos deveres fundamentais, que são um dos temas relativamente esquecidos da teoria da constituição⁴ e não são levados tão a sério quanto mereceriam. Essa peculiaridade se dá tanto no Brasil como também noutros países ocidentais com Constituições semelhantes a nossa, desde o texto e desde o contexto social e institucional que foram promulgadas, especialmente a Portuguesa e a Espanhola.

No caso brasileiro, tendo em vista a natureza social e dirigente de nossa Constituição, como boa parte da doutrina sustenta⁵ – quiçá a maioria –, podendo se adotar o conceito proposto por Konrad Hesse,⁶ de forma constitucionalmente adequada a nossa realidade, como sendo uma ordem fundamental jurídica da coletividade, não podemos se espantar com os deveres fundamentais legados aos particulares cujos titulares são a comunidade e o Estado. Ora, um Estado social sob a égide de uma Constituição dirigente não só estabelece maiores tarefas aos entes estatais como também maiores deveres aos particulares.

CARVALHO NETO, Menelick de. *Texto-base 6: Lutas por reconhecimento e cláusula de abertura da Constituição*. Brasília-DF: CEAD/UnB, 2009. 16 p. (Pós-graduação *latu sensu* em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/resource/view.php?id=138&subdir=/1_-_Textos_base>. Acesso em: 17 junho. 2010a.

- 4 Nesse sentido: NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*: contributo para compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coleção teses. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2009, p. 15. Concordando com o constitucionalista português: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 226; MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Meio ambiente*: direito e dever fundamental. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004. p. 99.
- 5 A despeito de Gomes Canotilho ter alterado seu entendimento a respeito do constitucionalismo dirigente (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo”, in: *Revistas dos tribunais*: cadernos de direito constitucional e ciência política, n.º 15, 1996, p. 17), embora a ressalva de que o lócus de sua análise é com relação a Constituição Portuguesa, parte da doutrina brasileira continua a sustentar a adequação da teoria para a realidade nacional. Para uma visão panorâmica do que entende parcela importante da doutrina nacional a respeito do tema está em COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org). *Canotilho e a constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Para uma defesa da teoria da constituição dirigente adequada aos países de modernidade tardia, uma vez que na visão do autor, que é adotada, as promessas da modernidade ainda não foram efetivadas no Brasil, v. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 113.
- 6 Conforme Konrad Hesse “A Constituição é a ordem fundamental jurídica da coletividade. Ela determina os princípios diretivos, segundo os quais deve formar-se unidade política e tarefas estatais ser exercidas. Ela regula procedimentos de vencimento de conflitos no interior da coletividade. Ela ordena a organização e o procedimento da formação da unidade política e da atividade estatal. Ela cria bases e normaliza traços fundamentais da ordem total jurídica” HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. 20. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998 p. 37.

Já no primeiro título da Constituição foram colocados os fundamentos e os objetivos da República Federativa do Brasil, respectivamente nos artigos 1º e 3º; ocorre, contudo, que o aspecto não muito lembrado dessa passagem do nosso texto é o que cada indivíduo deve fazer para construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, ou seja, qual a quota parte de cada um para alcançar a sociedade idealizada pela cláusula de transformação⁷ do artigo 3º da Constituição da República ou para tornar efetivo o programa constitucional?

A competência e as atribuições para o Estado realizar tais objetivos estão delineadas na própria Lei Fundamental e estão merecendo abordagens bem fundamentadas pela doutrina brasileira, mas quanto aos indivíduos? Podemos exigir determinadas condutas positivas em prol do bem comum?⁸ E em que medida?

O mínimo que cada particular deve fazer, mesmo que não seja dotado de um espírito altruísta, é cumprir seus deveres, especialmente os que possuem dignidade constitucional mormente os de natureza fundamental que, como será visto, não se confundem. Para que as normas constitucionais possuam eficácia social – e o caráter contributivo da previdência é a própria condição de existência do direito fundamental á previdência –, além de tantos outros aspectos que a doutrina aborda, é imperioso que os deveres sejam obedecidos pelos indivíduos, pois somente assim o Estado, em conjunto com outros fatores, poderá ter possibilidade de transformar a realidade subjacente a Constituição.

Com efeito, necessário frisar e recordar uma função ainda pouco lembrada dos deveres fundamentais, que a sua previsão pela Constituição é uma forma, conforme o clássico texto de Konrad Hesse, de auto preservação de sua força normativa, pela razão de que a Lei Fundamental não fica adstrita tão-somente numa estrutura unilateral sem incorporar uma parte contrária em seu texto. Nas

7 Nesse sentido: BERCOVICI, Gilberto. Políticas públicas e o dirigismo constitucional. In: *Revista da academia brasileira de direito constitucional* (anais do IV Simpósio Nacional de direito Constitucional), n.º 3, p. 176. Curitiba: Academia de Direito Constitucional, 2003.

8 Nesse sentido Cassalta Nabais, o qual questiona: “qual a quota parte constitucionalmente exigida de cada um e, conseqüentemente, ao conjunto dos cidadãos para o bem comum.” (NABAIS, José Casalta. *op. cit.*, p. 73).

palavras do jurista alemão: “Direitos fundamentais não pode existir sem deveres [...]”.⁹

Nesse contexto de deveres fundamentais para a construção duma outra sociedade daquela fundada sob o golpe de 1964 e pelas Constituições de 1967 e 1969, também se insere o direito fundamental à previdência social, como um dos direitos sociais da seguridade social, juntamente com os direitos à saúde e à assistência, uma vez que a previdência pode ser vislumbrada também como uma garantia institucional, nos termos sustentados pela doutrina.¹⁰

O caráter contributivo da previdência social como uma categoria de direito fundamental, mais precisamente um verdadeiro dever fundamental, é o objetivo central no presente trabalho.

Com essa posição advêm outras questões que devem ser enfrentadas em sede de conclusão, dentre as quais está em saber se o caráter contributivo pode ser considerado uma característica da previdência que a diferencia dos demais direitos da seguridade social, nos termos expostos pela Constituição.

E, outro aspecto bastante controvertido, diz respeito com a existência ou não do sinalagma das relações previdenciárias, especialmente entre os segurados e a previdência. Mesmo sustentando a contribuição como um dever subsiste o sinalagma nas relações previdenciárias de benefícios?

9 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 21. De forma resumida Konrad Hesse expõe os seguintes pressupostos para a força normativa da Constituição: a legitimidade que possuem, conforme se concebeu a Constituição e o que dispõe seu conteúdo; a práxis constitucional; e, dependendo destes, o seu requisito fundamental, qual seja, a vontade de Constituição.

10 Nesse ponto adota-se a posição de que a previdência social em seu conjunto, estrutura, atos normativos, direitos, deveres e prestações fáticas, pode ser considerada uma garantia institucional. Por fugir dos objetivos desse estudo, adota-se a posição, especialmente, entre outros autores, de Paulo Bonavides, para quem: “A garantia institucional visa, em primeiro lugar, assegurar a permanência da instituição, embargando-lhe a eventual supressão ou mutilação e preservando invariavelmente o mínimo de substantividade ou essencialidade, a saber, aquele cerne que não deve ser atingido nem violado, porquanto se tal acontecesse, implicaria já o perecimento do ente protegido.” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7 ed. 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 1998. p. 497). Na definição de Vieira de Andrade: “temos em vista, basicamente, as chamadas *garantias institucionais*, em que um *conjunto jurídico-normativo* regula um determinado sector da realidade econômica, social ou administrativa em torno de um direito fundamental e em vista de sua realização” (grifos do autor) ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. 2ª reimpressão, Coimbra: Almedina, 2004. p. 143. Advogando que o conjunto normativo referente à previdência pode ser considerada uma garantia institucional é o magistério de SARLET, 2009, p. 315.

Para responder a essas indagações será feita uma análise, mesmo que breve, a respeito dos deveres fundamentais em geral, os institutos que com estes se assemelham mas não se confundem, adotado um conceito de dever fundamental e o aproximando do objeto do trabalho, que é o caráter contributivo da previdência, além de analisar os fundamentos para essa tomada de posição.

Posteriormente será visto o aspecto multifuncional do caráter contributivo como um dever fundamental, analisando suas dimensões diferentes e as consequências dessa característica. Para posteriormente, em sede de conclusão, responder as indagações colocadas.

1 BREVE ANÁLISE ACERCA DOS DEVERES FUNDAMENTAIS: DA NECESSÁRIA LIMITAÇÃO E SUA APROXIMAÇÃO COM O CARÁTER CONTRIBUTIVO

Mesmo que o tema do presente trabalho tenha sua delimitação bem definida e restrita é imperioso analisar o principal aspecto que será tratado, ou seja, o que pode ser entendido como um dever fundamental e suas principais características, desde logo destacando que de longe não há a pretensão nem de esgotar a temática nem de se verticalizar a sua análise, haja vista os limites deste estudo e a grande extensão do conteúdo. Com isso os conceitos delineados serão aproximados do nosso objeto de estudo que é o caráter contributivo da previdência, adotando-se as posições dos autores no decorrer do texto.

Para começar uma aproximação do conceito de deveres fundamentais com o caráter contributivo da previdência, melhor é expor e diferenciar as situações e posições jurídicas que se assemelham com aqueles mas sem se confundirem. A primeira delas, que remonta a relação entre direito e moral, é de que os deveres fundamentais possuem natureza jurídica, ou seja, são obrigações jurídicas e não se confundem com os deveres morais, ligados a consciência de cada indivíduo e suas crenças.

Um segundo aspecto que é necessário esclarecer, conforme entendimento de Gomes Canotilho,¹¹ é a assimetria ou o princípio da assinalagmaticidade entre os direitos e os deveres fundamentais, o que significa que um direito não traz consigo também um dever ou um dever

11 Nesse sentido: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 5ª reimpressão, Coimbra: Almedina, 2003. p. 532. Com o mesmo entendimento: MEDEIROS, op. cit., p. 103. Em sentido oposto é a lição de José Afonso da Silva, para quem, em termos gerais, os deveres decorrem dos direitos. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 196.

não traz consigo, necessariamente, um direito, haja vista as naturezas jurídicas distintas. Daí a importância de tratar os dois temas de forma separada, em razão de sua própria natureza, muito embora tanto quanto os direitos, os deveres fazem parte da constituição do indivíduo e gravitam entorno daqueles, além possuírem uma relação de conexão funcional.¹² A propósito, o capítulo I, do título II, da Constituição de 1988, faz referência aos direitos e aos deveres na mesma geografia, o que os coloca, de certo modo, na mesma hierarquia.

De outra banda, a assimetria entre direitos e deveres é do ponto de vista da natureza jurídica própria de cada, o que não significa e nem impede reconhecer, que os direitos são, em termos fáticos, dependentes para sua realização, ao menos em grande parte, dos deveres fundamentais, especialmente os de pagar tributos, uma vez que, pode se sustentar, que maior será a possibilidade de concretização dos direitos fundamentais pelo Estado quanto maior for seus recursos e capacidade de investimento ou, noutros termos, quanto mais larga e abrangente for a designada reserva do possível.¹³ Se a doutrina nos últimos anos vem questionando o dogma de que os direitos fundamentais sociais possuem um custo mais elevado dos direitos de defesa, não há quem sustente que os direitos, quer seja os de natureza defensiva quer seja os prestacionais, não necessitam recursos financeiros para sua efetividade.¹⁴ Todos, uns mais outros menos, demandam investimentos públicos e privados para sua efetividade.

Nesse passo é de se destacar a diferença entre o que a doutrina designa de deveres de direitos fundamentais e deveres fundamentais: o primeiro trata-se de deveres correlativos a direitos fundamentais, tais como os de abstenção dos particulares e do Estado em face de um direito e mesmo os de promoção positiva por parte do ente estatal de certo direito, ao passo que os deveres propriamente ditos, e o que versa este estudo, são os deveres autônomos e conexos que criam obrigações ou sujeições, sendo que os de caráter autônomo não dependem para sua existência, validade e eficácia de qualquer direito. Nessa diferenciação também cabe frisar que os deveres de proteção aos direitos fundamentais,

12 Nesse sentido: MEDEIROS, op. cit., p. 131.

13 Cf. Paulo Caliendo o qual advoga que a tributação é uma forma de alargar a reserva do possível e de possibilitar uma maior concretização dos direitos fundamentais. CALIENDO, Paulo. "Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação" in: *Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"*. SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (organizadores). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 206

14 V. a respeito livro coletivo: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (organizadores). *Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

também imposto tanto ao Estado quanto aos particulares,¹⁵ não se confundem com os deveres fundamentais aqui tratados.¹⁶

Igualmente podemos diferenciar os deveres fundamentais dos deveres constitucionais, direcionados aos entes ou autoridades estatais e suas funções, tais como, para citarmos alguns exemplos de nosso texto constitucional, os deveres do Presidente da República de probidade – estendido a qualquer ocupante de cargo público –, de sancionar as leis (Art. 66), de vetar projetos de leis inconstitucionais (Art. 66, parágrafo 1º), de prestar contas (Art. 84, XXIV); os deveres de controle das contas públicas pelo Congresso Nacional (artigo 70 e ss.); os deveres de regulamentar à Constituição, inerente a atividade legislativa; os deveres de fundamentação das decisões judiciais e motivação das decisões administrativas dos Tribunais (Art. 93, IX e X), entre outros, que embora possam repercutir perante os particulares o fazem como uma consequência da ação ou atribuição estatal e não como uma imputação constitucional direta. Em suma, os deveres constitucionais, no mais das vezes, podem ser reduzidos as competências e atribuições para atuação do Estado.

Por sua vez os deveres fundamentais assumem diferentes tipologias, a depender de ângulo e do objeto de análise. Podemos classificar os deveres fundamentais de acordo com o seu conteúdo, em deveres positivos e negativos, na medida em que demandam ou um *facere* ou um *non facere* por parte de seus destinatários; em deveres expressos ou implícitos no texto constitucional; de acordo com o titular dos deveres,¹⁷ ou seja, os deveres que vinculam os particulares na sua relação direta com o Estado, ou que os obrigam com a comunidade, ou que impõe determinadas condutas na relação entre as pessoas, *v. g.*, na relação entre pais e filhos, ou, ainda, deveres para consigo próprio como o caso de promover a própria saúde; e, por fim, podemos diferenciar os deveres fundamentais de acordo com a sua vinculação ou não a um direito, isto é, em autônomos ou conexos, a qual adota-se para análise do caráter contributivo.

Os designados de deveres conexos são os que existem em razão de um direito e não subsiste sem este, pois se confundem até mesmo com parte do seu conteúdo, ao passo que os autônomos são imputados

15 V. SARLET, 2009. p. 227.

16 Para uma análise concomitante com os direitos fundamentais e sem fazer essa diferenciação, v. DOMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 65 e ss.

17 Nesse sentido: NABAIS, op. cit., p. 115.

diretamente pela Constituição aos particulares sem a dependência de outras normas jurídicas.

Os deveres fundamentais autônomos são aqueles bastantes em si, que não necessariamente se confundem com toda e qualquer posição ou sujeição de passividade dos indivíduos, uma vez que nessa categoria não se incluem nem os deveres correlativos a direitos fundamentais, tão pouco os limites dos direitos – que pertencem muito mais ao âmbito de proteção ou suporte fático para a designada teoria interna, ou a elementos exteriores ao direito para a teoria externa –,¹⁸ nem os pressupostos ou requisitos para o exercício de um direito.¹⁹ Em resumo, conforme Vieira de Andrade, os deveres autônomos “são os impostos pela Constituição independentemente de qualquer direito”.²⁰

Nos termos da lição de Gomes Canotilho: “A aplicação aos deveres legalmente constituídos do regime das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias não equivalem à equiparação dos deveres a restrições legais de direitos e, muito menos, a ‘limites imanentes’ dos mesmos direitos.”²¹ Tal conclusão, entretanto, não afasta a possibilidade dos deveres fundamentais serem levados em conta como fundamentação ou justificativa para uma possível

18 No que diz com as restrições aos limites dos direitos fundamentais há, basicamente, duas posições entre os constitucionalistas: a teoria interna que defende que o direito nasce já com seu âmbito de proteção definido e os limites fazem parte dessa disciplina; e, a teoria externa, que preconiza que os direitos nascem e seus limites são posteriores. Nesse sentido, com uma visão geral a respeito do tema, v. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 294 e ss. V. SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.*, 2009, p. 388. Para Menelick de Carvalho a posição adotada por Gilmar Mendes, em alguns aspectos, ora se utiliza de fundamentos de uma teoria ora de outra. CARVALHO NETO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Texto-base 5: Limites internos e externos e o “conflito de valores”*. Brasília-DF: CEAD/UnB, 2009. 16 p. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/resource/view.php?id=138&subdir=/1_-_Textos_base. Acesso em: 17 junho. 2010b.

19 Nesse sentido é a lição de Cassalta Nabais: “mas nem todas as posições jurídicas passivas (*hoc sensu*), constitucionalmente imputadas ao indivíduo, configuram verdadeiros deveres fundamentais, entendidos estes como categoria própria. Delas são de excluir as posições passivas correlativas de direitos fundamentais, ou seja, os deveres (ou as sujeições) correlativos, relacionais, reversos ou simétricos dos direitos fundamentais ou deveres (ou sujeições) de direitos fundamentais, os quais se, por via de regra, são incidentes sobre o estado (e de mais entidades públicas), também, por vezes, se apresentam como deveres (ou sujeições) interindividuais que recaem sobre os indivíduos, seja por força do caráter absoluto (e não relativo) dos direitos fundamentais, seja em virtude da eficácia externa (*Drittwirkung*) reconhecidas a esses mesmos direitos ...”. NABAIS, José Casalta. *op. cit.*, p. 66.

20 ANDRADE, *op. cit.*, p. 161.

21 CANOTILHO, *op. cit.*, p. 535.

restrição ou limitação de determinado direito,²² mesmo porque, como já ressaltado, os pontos de contatos são grandes entre essas categorias que fazem parte de uma mesma teoria geral.

A invocação, *v. g.*, do princípio da solidariedade em prol de determinada restrição de direito – como no julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 3105 em que o STF, com base em vários argumentos, entre os quais, o da existência de um princípio estrutural da solidariedade, considerou constitucional a previsão pela Emenda à Constituição de n. 41/2003, que alterou o art. 40 e seus parágrafos, e estabeleceu a contribuição para a previdência dos servidores públicos incidente sobre os proventos das aposentadorias –, claro que sempre proporcional e respeitando o núcleo essencial, opera, de certa forma, com a ideia de um dever específico, especialmente quando se refere ao pagamento de tributos e ao caráter contributivo da previdência. Desse modo, o argumento de reforço para determinada situação de restrição de direito não afasta a autonomia e não leva ao tratamento dos deveres autônomos como restrições.

As situações de sujeição dos particulares frente ao estado como as limitações ao direito de propriedade, através do instituto da desapropriação, em qualquer de suas modalidades, também não podem ser consideradas deveres fundamentais autônomos por emanarem do próprio poder estatal. O direito de propriedade e a sua função social (artigo 5º, XXII, XXIII) é um bom exemplo para diferenciar os aspectos que pertencem ao âmbito de proteção e aos limites de um direito fundamental e, nem por isso, podem ser considerados deveres fundamentais autônomos.

Com efeito, poder-se-ia argumentar que a função social da propriedade, seria um dever fundamental. A questão é polêmica e a doutrina não converge para uma mesma conclusão com diversas maneiras de enfoque. Há quem considere a função social um pressuposto ou requisito do direito;²³ outros que a entendem como uma limitação ao seu exercício; ou, ainda, como um poder-dever ou direito-dever.²⁴ Não cabe nessas linhas aprofundar esse assunto,

22 Nesse sentido: ANDRADE, . op. cit., p. 169-170; SARLET, op. cit., 2009, p. 230.

23 SILVA, op. cit., 2009, p. 273. Com um entendimento similar, advogando a ampliação no tocante a função social, ensinam Menelick de Carvalho e Guilherme Scotti “Independente de menção expressa na Constituição, todo direito individual deve cumprir uma *função social*, e isso integra *internamente* seu próprio sentido para que possa ser plausível” (grifos no original). CARVALHO NETO; SCOTTI, op. cit., 2010b.

24 Considerando como um poder-dever ou um direito-dever é o magistério de SARLET, 2009, p. 231.

mesmo porque não é objeto deste trabalho, mas a própria expressão função social da propriedade ou, como no texto constitucional, de que a propriedade atenderá a sua função social, já está a remeter a um direito subjetivo e, portanto, não subsiste no mundo jurídico de forma autônoma sem este direito, ou seja, só faz sentido falar em funcionalização se estivermos tratando de um direito de propriedade. Esse aspecto, embora não seja definitivo para uma conclusão acerca da natureza jurídica da função social da propriedade, ao menos evidencia que não pode ser considerado um dever autônomo.

Aproximando-se de uma posição mais afirmativa do que pode ser considerado como um dever fundamental, pode ser adotado o conceito de Cassalta Nabais, que define “os deveres fundamentais como deveres jurídicos do homem e do cidadão que, por determinarem a posição fundamental do indivíduo, têm especial significado para a comunidade e podem por esta ser exigidos.”²⁵ Fica evidenciado com esta posição a condição de passividade dos indivíduos frente ao Estado e a comunidade ao contrário dos direitos fundamentais que colocam o particular noutro pólo da relação, isto é, à frente da titularidade ativa.

O que se ressalta do conceito e da aproximação feita pelo autor, em muita apertada síntese, é que os deveres fundamentais são posições passivas ou de caráter passivo dos particulares, pois a titularidade é invertida em relação aos direitos fundamentais; são posições jurídicas subjetivas imputadas pela Constituição, seja de forma expressa seja de forma implícita; com posições jurídicas individuais, muito embora também se incluam as pessoas jurídicas; e, por fim, são posições universais e permanentes por pautarem-se pelo princípio da universalidade e da generalidade, na medida em que valem para todos.²⁶

Ademais, tem que se considerar para bem delimitar esta categoria a sua necessária tipicidade constitucional, nos termos sustentado por Cassalta Nabais,²⁷ ou seja, somente podem ser considerados deveres fundamentais os previstos pela própria Constituição; em que pese, como já ressaltado, não necessariamente deva ser expressa nesse sentido.

25 NABAIS, op. cit., p. 64. Jorge Miranda entende que, com base na Constituição portuguesa e no direito lusitano, não existe um “conceito material de deveres fundamentais paralelo ao de direitos fundamentais” MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, tomo IV, direitos fundamentais, 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 179.

26 Os limites do trabalho não permitem avançar e descrever mais a respeito da aproximação do conceito de deveres fundamentais, pelo que, remete-se a obra referencial aqui utilizada, que bem estabelece as características próprias dos deveres fundamentais, com base em seu conceito. V. NABAIS, op. cit., p. 64-73.

27 NABAIS, op. cit., p. 87.

A doutrina diverge, especialmente a portuguesa,²⁸ quanto a possibilidade de o legislador infraconstitucional prever deveres na legislação ordinária. O que deve se afastar, ao menos com base na nossa realidade constitucional, é a possibilidade de que na legislação infraconstitucional sejam previstos deveres com dignidade constitucional e fundamental, muito embora possa o legislador, e a todo o momento procede dessa maneira, prever deveres em geral, desde que dentro das faculdades para legislar previstas pela própria Lei Fundamental, mas que não gozam de estatura constitucional. A cláusula de abertura material do catálogo de direitos fundamentais²⁹ do artigo 5º, parágrafo 2º, nas palavras de Menelick de Carvalho Neto, é “a moldura de um processo permanente de aquisição de novos direitos”³⁰ e não tem o condão de se tornar um fundamento para deveres fundamentais genéricos, sem previsões explícitas ou implícitas pelo texto constitucional.³¹ O dever de testemunhar, o dever de participar de um julgamento pelo tribunal do Júri como jurado, são exemplos de deveres legais e que, mesmo sem previsão na Constituição, não se tornam por isso inconstitucionais, mesmo porque a omissão constitucional a respeito de determinada matéria não a torna inconstitucional.

O princípio da solidariedade, embora com previsão expressa na constituição (artigos 3º, I e 40) e, conforme julgado do Supremo Tribunal Federal,³² pode se falar em até mesmo dever de solidariedade com a relação a determinadas matérias, especialmente no que diz com o meio ambiente e sua disciplina do artigo 225, não tem o alcance de ser uma cláusula geral para abarcar deveres fundamentais extraconstitucionais. Todavia, com isso não se afasta a possibilidade de que a solidariedade sirva como fundamento, juntamente com outros dispositivos constitucionais, especialmente os atinentes as

28 Para Jorge Miranda: “em Estado de Direito, se o princípio é o da liberdade, não pode o legislador receber competência livre ou discricionária em matéria de deveres” (MIRANDA, op. cit., p. 179). Em sentido diverso: NABAIS, op. cit., p. 88.

29 V., por todos, SARLET, 2009. p. 78 e ss.

30 CARVALHO NETO, Menelick de. “A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais”. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte, Del Rey, 2003. p. 154.

31 Com base no sistema materialmente aberto de direitos fundamentais que Fernanda Medeiros fundamenta o meio ambiente como um direito e um dever fundamental. MEDEIROS, op. cit. p. 110.

32 Ao julgar ação direta de inconstitucionalidade o STF, em acórdão da relatoria do Min. Celso de Mello, observou, em determinada passagem os “graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade” no que diz com o meio ambiente e sua disciplina constitucional no art. 125 da Constituição. STF: ADI 3540 MC/DF; relator(a): Min. Celso de Melo; julgamento: 01/09/2005; Tribunal Pleno; publicação DJ 03-02-2006.

possibilidades legislativas, seja de iniciativa seja de conteúdo, para leis com determinados deveres e obrigações.

Retornando ao conceito proposto por Cassalta Nabais, com relação aos destinatários dos deveres fundamentais – e o dever de contribuir para a previdência se insere nessa lição – pode se afirmar que são os particulares, tanto as pessoas físicas como as jurídicas, que são os sujeitos passivos ao passo que o Estado e a comunidade são os titulares e, por conseguinte, estão no pólo ativo.³³ Outrossim, essa relação não pode ser considerada estanque e sem confluências de um pólo ao outro, uma vez que, como expõe Jorge Miranda,³⁴ os deveres fundamentais também podem ter uma face passiva ou de obrigação para com o Estado. Basta, para tanto citar o mesmo exemplo do autor com relação ao dever de pagar tributos, o qual exige uma série de organização material e uma série de atos normativos que visam a sua regulamentação e concreção. Por óbvio, que a depender do destinatário o dever fundamental ganhará contornos diferentes e disciplina constitucional e regulamentação infraconstitucional diversa. Assim, o dever de proteção ao meio ambiente, de proteção da pátria, de pagar tributos, entre outros, possuem consequências jurídicas distintas, e nem poderia ser de modo diverso.

No que diz com a aplicabilidade dos deveres fundamentais autônomos, como também se caracteriza o caráter contributivo da previdência, por serem posições jurídicas subjetivas cujos destinatários são os particulares e não dependem para surtir efeitos e gerar obrigações da existência de um direito, não pode se chegar a conclusão, ao menos de forma linear e igualitária, de que possuem eficácia imediata sem a necessária intervenção do legislador, mesmo porque os direitos fundamentais é que possuem norma constitucional específica, nos termos do art. 5º, parágrafo 1º da Constituição da República.

Conforme Ingo Sarlet:

em termos gerais, no que diz com o seu conteúdo, o regime jurídico dos deveres fundamentais guarda sintonia com o regime jurídico dos direitos fundamentais, guardadas, é claro, as distinções entre as diferentes dimensões dos direitos fundamentais, bem como a sua natureza defensiva e prestacional. Nesse sentido, é possível afirmar

33 Adota-se a mesma terminologia de Ingo Sarlet ao se referir a titularidade dos direitos fundamentais; contudo, somente se inverte os pólos, uma vez que a titularidade dos deveres é, em geral, do Estado ou da comunidade ao passo que os destinatários são os particulares. SARLET, 2009. p. 208.

34 MIRANDA, op. cit., p. 179-180.

que os deveres fundamentais podem – a depender do caráter da norma jurídico-constitucional que os fundamenta – ter eficácia e aplicabilidade imediatas, mas que tais características, no plano dos deveres, devem, a depender da hipótese, ser compreendidas de modo distinto do que ocorre com os direitos fundamentais³⁵

Se com relação a outros deveres fundamentais podem existir dúvidas com relação a possibilidade de aplicação imediata de seus preceitos, ou mesmo uma tendência em se considerar desnecessária a interferência legislativa – como o caso da defesa do ambiente,³⁶ em que pese seja considerado um dever conexo a outro direito fundamental e, portanto, não autônomo – no que diz com os deveres de pagar tributos ou com o dever de contribuir para a previdência, na sua dimensão autônoma e, portanto, independente de qualquer direito ou benefício, pela própria disposição das normas constitucionais, a atuação legislativa é indispensável para sua plena eficácia e para sua aplicabilidade.

Não há como os destinatários do dever de contribuir para previdência exercerem esse encargo sem que o legislador, tal qual fez com a edição da Lei federal n. 8.212, diga a forma, onde e como, pode ser cumprido esse múnus constitucional. Obviamente, aqui não se está preconizando, doutrina de há muito superada, que o dever de contribuir não detém qualquer tipo de eficácia. Mesmo que se não houvesse a edição da legislação necessária se verificaria, pelo menos, a mínima eficácia de não permitir que ato normativo infraconstitucional a contrarie, uma vez que pelo simples fato de ser norma constitucional possui, mesmo de forma diversa, força normativa inerente a dignidade do texto.³⁷

Com efeito, já com vistas a aproximar o objeto da nossa análise com as teorias descritas, pode se afirmar que o aspecto contributivo da

35 SARLET, 2009. p. 230. Para Cassalta Nabais, com base na Constituição e na realidade portuguesa, “os deveres fundamentais não têm o seu conteúdo concretizado, ou totalmente concretizado, na constituição ou, mesmo que o tenham, não são diretamente aplicáveis” NABAIS, op. cit., p. 149.

36 Fernanda Medeiros sustenta que o dever fundamental de defesa ao ambiente é imediatamente aplicável sem, portanto, a necessidade da interferência legislativa, consoante o artigo 225 da Constituição da República (MEDEIROS, op. cit., p. 128). Ocorre que com relação a este exemplo, deve ser feita a ressalva de que, conforme a própria conclusão da autora, trata-se de um dever fundamental associado ou conexo ao direito fundamental de desfrutar um ambiente saudável (idem, p. 131).

37 A primeira monografia a partir do pressuposto de que não há norma constitucional destituída de eficácia foi de José Afonso da Silva: SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 6^a ed., 2^a tiragem, São Paulo: Malheiros, 2003. p. 86. Outra monografia referência no tema é a de BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 7^a ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

previdência é um dever fundamental autônomo ou conexo, a depender dos destinatários e das circunstâncias fáticas envolvidas, dos particulares em geral, imputado pela própria Constituição, para com o Estado e a comunidade, especialmente as gerações futuras, pertencente ao dever de pagar tributos e intimamente ligado ao princípio da solidariedade, cuja finalidade específica é garantir uma previdência permanente para todos, sem que, necessariamente, esteja, com isso, conexo a um direito fundamental específico, mas sim a uma garantia institucional, que segue, entre outros princípios, o da universalidade.

Mesmo que o texto não seja expresso no sentido de estabelecer que a contribuição para o custeio da previdência trata-se de um dever fundamental imputado pela Constituição aos particulares, a norma contida no dispositivo do artigo 201 e, com relação a previdência dos funcionários públicos, a previsão do artigo 40, assim deve ser interpretada, haja vista, entre outros aspectos, o princípio da unidade da Constituição³⁸ que deve nortear o conjunto normativo referente a seguridade e a previdência social previsto pela Lei Fundamental. Com isso, além de ser adotada uma interpretação sistemática, vislumbra-se mais uma vez a acertada posição que diferencia texto e norma, tão prolatada por Eros Grau,³⁹ na medida em que a norma do dispositivo e do texto constitucional é a de expressão de um dever de contribuir e não simplesmente de um elemento diferenciador com relação aos demais direitos sociais da seguridade.

Essa, aliás, é a principal conclusão do caráter contributivo como um dever com fundamentação objetiva,⁴⁰ ou seja, com significado para toda coletividade, quer para os atuais beneficiários quer para as futuras gerações, que, por possuir esse caráter intergeracional, tem como um dos fundamentos o princípio da solidariedade.

Basta citar o artigo 194 que dispõe, entre outros aspectos, que seguridade é um conjunto de ações integrado dos poderes públicos e também da sociedade, o que inicialmente já nos remete a uma ideia de compromisso comunitário com o desenvolvimento de toda a seguridade

38 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 205.

39 V. entre outros: GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 71; CANOTILHO, op. cit., p. 1204.

40 Adota-se aqui as lições de Gomes Canotilho, perfeitamente aplicável a temática dos deveres, ao referir que as normas garantidoras de direitos fundamentais possuem uma fundamentação objetiva e subjetiva. Terá uma fundamentação objetiva quando "se tem em vista o seu significado para a coletividade, para o interesse público, para a vida comunitária", ao passo que terá uma fundamentação subjetiva quando se refere a relevância e o significado para o indivíduo. Idem, p. 1256.

social. Demais disso, os próprios princípios arrolados pelo parágrafo único do citado dispositivo ao estabelecerem a equidade na forma de participação no custeio e a diversidade da base de financiamento, também direcionam para obrigações para com o desenvolvimento da seguridade e, portanto, de uma de suas formas que é a previdência.

Com relação ao artigo 195 da Constituição não é necessário maiores digressões interpretativas, por trazer a própria forma de financiamento da seguridade por meio das contribuições, com a expressão que começa a cabeça do dispositivo de que a seguridade será financiada por toda a sociedade, o que, inegavelmente, por si só já traz um dever da comunidade em garantir o desenvolvimento da saúde, assistência e previdência.

Desse modo, o caráter contributivo expresso nos artigos 40 e 201 da Constituição pode ser um dever fundamental autônomo, sem que afaste, como será visto, sua dimensão conexas a um benefício, imputado aos particulares independentemente do direito à previdência.

Ademais, não são somente os dispositivos diretamente relacionados com a previdência que embasam a afirmação de que o caráter contributivo também é um dever fundamental autônomo. Pode se citar outros fatores que reforçam essa assertiva, tais como, o princípio da solidariedade, que além de objetivo da República fundamenta vários ramos do direito,⁴¹ e está expressamente previsto pelos artigos 3º, I e 40, sendo inerente não só ao sistema previdenciário, como uma “decorrência natural” de um Estado que pretende ser democrático e de direito, além de consagrador da cidadania, da dignidade e dos valores sociais do trabalho.⁴² Aliás, conforme Daniel Machado da Rocha, a “solidariedade previdenciária legitima-se na idéia de que, além de direitos e liberdades, os indivíduos também têm deveres para com a comunidade na qual estão inseridos, No elenco desses deveres, um dos mais relevantes é pagar os tributos devidos.”⁴³

Nesse passo mais uma vez adota-se as lições de Cassalta Nabais, para quem não só os direitos fundamentais que fornecem a compreensão dos deveres fundamentais, mas também os princípios

41 Nesse sentido: RODRIGUES, Fernando. Solidariedade. In: *Dicionário de filosofia do direito*. BARRETO, Vicente de Paulo (coordenador). São Leopoldo: Unisinos e Renovar, 2006. p. 777.

42 Nesse sentido: ROCHA, Daniel Machado da. *O direito fundamental à previdência social: na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 134.

43 Idem, p. 135.

constitucionais possuem uma relação tanto de suporte aos deveres como de condicionamento recíproco. Com relação ao aspecto de suporte dos princípios em relação aos deveres fundamentais, nas sempre sábias palavras do constitucionalista lusitano, “é de assinalar que os deveres fundamentais são expressão de valores comunitários afirmados pelos princípios constitucionais”.⁴⁴ O princípio da solidariedade⁴⁵ é o suporte e também o fundamento principal do dever de contribuir para a previdência, e a modificação pela emenda constitucional de n. 41 ao artigo 40 da Constituição veio para explicitar tal conclusão, muito embora, mesmo anteriormente, quando não havia previsão expressa, não podia se rechaçar esse argumento, até porque o artigo 3º, I já dispunha de forma geral a respeito da solidariedade como um objetivo fundamental, sem olvidar para o caráter eminentemente inetergeracional da previdência.

Os incisos V e VI do artigo 194, que estabelecem a equidade na participação do custeio e a diversidade da base de financiamento, estão, em última análise, imputando a toda a coletividade a obrigação de sustentar a seguridade em geral, orientando-se pelo princípio da solidariedade,⁴⁶ com aspecto intergeracional e de classes, na medida em que não só uma geração sustenta a próxima como também aqueles que possuem uma maior capacidade contributiva sustentam os com poucos recursos,⁴⁷ como os trabalhadores em regime de economia familiar, nos termos do parágrafo 8º do artigo 195 da Constituição da República.

Sem a intenção de verticalizar a análise acerca do princípio da solidariedade, pois é restrita aos pontos de contatos com o dever fundamental em análise, pode se concluir, juntamente com o Ministro Otávio Gallotti do Supremo Tribunal Federal, relator da ADI 240-6/RJ,⁴⁸ que o princípio da solidariedade influi no regime previdenciário e

44 NABAIS, op. cit. p. 129.

45 Para Wladimir Novaes Martinez, a solidariedade, que adjetiva de forçada, é uma característica básica da previdência social, concluindo que a previdência é o resultado da solidariedade forçada, pois significa “a participação de maioria contemporânea (contribuindo), a favor de minoria hodierna (inativos) e de futura (aposentados)”. MATINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de direito previdenciário*: tomo II previdência social. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 101.

46 Nesse sentido: TAVARES, Marcelo Leonardo. *Previdência e assistência social: legitimação e fundamentação constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 196.

47 Nesse sentido: SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 761-762.

48 STF: ADI 240/RJ; relator(a): Min. Octavio Gallotti, julgamento: 26-09-1996, Tribunal Pleno; publicação DJ 13-10-2000.

limita a liberdade de conformação legislativa, na medida em que veda a edição de dispositivos que desrespeitem tal preceito, como no caso da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, em que o Tribunal considerou inconstitucional um dispositivo que viabilizava aos servidores estaduais nomear as pessoas beneficiárias de pensão por morte, fora daquelas presentes no rol da Constituição da República (artigo 201, V).

Com efeito, o direito a um benefício previdenciário não está a disposição de seu titular para dele gozar da melhor maneira que lhe aprouver. Não se trata de um direito patrimonial amplamente disponível aos titulares. Trata-se de uma norma dentro de um sistema em que há tanto direitos fundamentais a serem respeitados como deveres, dentre os quais os de solidariedade.⁴⁹

Não é diferente o que se dá com o princípio da dignidade da pessoa humana. Como estabelece a própria Constituição em seu artigo 1º, III, além de fundamento da República e, ao menos, de boa parte dos direitos fundamentais, também serve como fundamento dos deveres, dentre os quais o de considerar o caráter contributivo como um dever autônomo e até mesmo uma razão de existência de qualquer sistema previdenciário, mormente quando temos uma Constituição marcadamente de cunho social.

Além do exposto, o princípio da dignidade da pessoa humana, além de topo axiológico do ordenamento jurídico,⁵⁰ também embasa a adoção de deveres fundamentais, haja vista que estes possuem por finalidade – e o dever fundamental de contribuir para previdência não é diferente – a própria vida com dignidade por estabelecer segurança social e individual contra os riscos sociais, uma vez que não é possível imaginar uma comunidade que respeite esse princípio fundamental se não garantir um sistema previdenciário minimamente eficaz.

Delineados alguns aspectos referentes aos deveres fundamentais e feita a aproximação com o caráter contributivo, especialmente em sua dimensão de dever autônomo, o próximo ponto versará sobre a dimensão conexas ao direito fundamental à previdência e suas relações funcionais.

49 Noutro julgado, antes citado, o Supremo considerou constitucional a previsão de cobranças de inativos do regime próprio de previdência, entre outros argumentos, em razão do princípio da solidariedade que no caso é o próprio fundamento do dever inerente ao caráter contributivo da previdência (STF: ADI 3.105 e ADI 3.128, relator(a) p/ o ac. Min. Cezar Peluso, julgamento: 18-8-2004, Tribunal Pleno, publicação DJ de 18-2-2005).

50 SARLET, Ingo Wolfgang. *A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na constituição de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 63 e ss.

2 MULTIFUNCIONALIDADE DO CARÁTER CONTRIBUTIVO: DE DEVER FUNDAMENTAL AUTÔNOMO À DIMENSÃO CONEXA AO DIREITO FUNDAMENTAL À PREVIDÊNCIA

Considerar o caráter contributivo como um dever fundamental autônomo não afasta a sua multifuncionalidade como norma jurídica que advém de um contexto textual, pois como bem disse Eros Grau⁵¹ o direito e a Constituição não se interpretam em tiras, e, como ensina Juarez Freitas,⁵² toda interpretação é sistemática ou não é interpretação. Ademais, a assimetria entre os direitos fundamentais e os deveres, como sustentado anteriormente, conforme Gomes Canotilho,⁵³ não afasta a possibilidade de uma correlação entre eles, isto é, de deveres conexos a direitos.

O fenômeno, aliás, não é novo pela razão de que os próprios direitos fundamentais possuem mais de uma função e mais de uma dimensão, de tal forma que só um direito pode, ao mesmo tempo, ter uma dimensão subjetiva e objetiva, ser classificado, a depender de sua aplicação, em direito de defesa e direito à prestação ou as duas formas, a depender de como for aplicado.⁵⁴ A mesma situação pode ocorrer com os deveres fundamentais, e de fato é o que acontece com o caráter contributivo da previdência, pois além de um dever autônomo pode ser considerado um dever conexo ao direito fundamental à previdência, conforme passa a ser sustentado.⁵⁵

Com efeito, tal situação de multifuncionalidade do dever fundamental de contribuir traz a tona que as relações jurídicas referente à garantia institucional que é a previdência social, quer do regime próprio quer do regime geral, são das mais variadas e não há uma unicidade relacional, pois o que se observa são, no mínimo, dois vértices que a sustentam e que, no caso do regime geral, possui dois diplomas legais distintos: de custeio e de benefícios (Leis federais sob o n. 8.212 e 8.213).⁵⁶ A análise de cada relação entre os particulares, como o dever

51 GRAU, op. cit. p. 34.

52 FREITAS, Juarez. *A Interpretação sistemática do direito*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p 62.

53 CANOTILHO, op. cit. p. 533.

54 Cf. SARLET, 2009. p. 315.159-160.

55 Os deveres fundamentais como normas jurídicas também podem ser analisados e divididos entre regras e princípios, conforme as lições de Ronaldo Dworkin, pois tanto pode seguir a lógica do tudo ou nada como também podem conflitar com outros princípios e terem uma dimensão de peso (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 23 e 42)

56 Cf. JORGE, Társis Nametela Sarlo. *Teoria geral do direito previdenciário: questões controvertidas do regime geral (INSS), do regime dos servidores públicos e dos crimes previdenciários*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 60.

do empregador ou tomador de serviço recolher as contribuições; entre o Estado e a previdência, em que há a obrigação de gerir e de contribuir; entre os particulares e o Estado, só fazem ressaltar a complexidade inerente a essa garantia institucional.

O que nesse trabalho está sendo feito é ressaltar e analisar o aspecto de dever fundamental da relação dos particulares com a garantia institucional da previdência social. Nessa esteira, embora seja um dever autônomo, como foi sustentado até o presente, o caráter contributivo também pode ser considerado como um dever conexo ao direito fundamental à previdência, desde que sejam observados certos pressupostos. A questão principal é saber quando o caráter contributivo deixa de ser um dever fundamental autônomo e passa a ser um dever fundamental conexo com o direito fundamental, de modo semelhante ao dever e ao direito ao meio ambiente.⁵⁷ A sua fundamentação como dever conexo deixa de ser objetiva e passa a ser subjetiva, pois seu significado e relevância é considerado para cada indivíduo.

Nessa linha, o primeiro pressuposto para o dever ser conexo ao direito, ou, ainda, a contribuição estar vinculada ao gozo do direito, é quando se confundir em uma mesma pessoa as figuras do destinatário do dever e do titular do direito. Noutras palavras: quando a mesma pessoa for quem contribui para a previdência e quem poderá fluir de um benefício ou serviço previdenciário, ao menos indiretamente através de seus dependentes. Desse modo, a contrário senso, quem não for titular do direito fundamental à previdência social e contribuir, mesmo assim, estará sendo destinatário de um dever sem conexão com o direito, isto é, cumprindo uma obrigação oriunda e consubstanciada em um dever fundamental autônomo, nos termos antes explicitados.

Um segundo aspecto que deve ser considerado para vislumbrar esse nexos funcional é que só pode ser um dever conexo se houver a incidência do direito fundamental à previdência, ou seja, se o segurado ou um dependente gozar do direito, pois do contrário, o que ocorrerá até então é o cumprimento de uma obrigação oriunda de um dever autônomo de contribuir para previdência. Ora, em ocorrendo a contribuição previdenciária sem que nenhum beneficiário do regime usufrua dos serviços ou benefícios ou, ainda, sem que o suporte fático se concretize de maneira completa, o que terá se verificado é

57 V. MEDEIROS, op. cit., p. 131.

o destinatário de um dever fundamental autônomo prestando-o para com o Estado de forma desvinculada de qualquer direito.

Nessa diferenciação entre dever autônomo e conexo que se insere a contribuição de segurado já aposentado pelo regime geral de previdência ao exercer uma atividade vinculada e ao ter que contribuir de forma compulsória. O que ocorre é a incidência de um dever autônomo desvinculado de qualquer direito subjetivo que é prestado pelo aposentado, sem que estes tenham quaisquer expectativa de direito a ser prestado pela previdência, o que, como será depois abordado à guisa de conclusão, afasta, entre outros, o sinalagma da relação previdenciária. O mesmo argumento, *mutatis mutandis*, aplica-se ao caso instituído pela emenda constitucional n. 41 ao determinar a contribuição sobre os proventos dos inativos do regime próprio de previdência, conforme passou a estabelecer o parágrafo 18º do artigo 40.

O fundamento para tanto, conforme já exposto anteriormente, é o princípio da solidariedade norteador de todas as relações do sistema previdenciário, seja com os titulares ou destinatários de deveres, seja com os titulares ou destinatários de direitos.

Ademais, tanto é um dever conexo ao direito e não uma característica do direito que, em última análise esta contribuição não é uma poupança individual que irá pagar o benefício posterior, mas sim uma contribuição para todo o seguro social, ou seja, para a garantia institucional como um todo. Demais disso, basta citar que, retirando o segurado facultativo cuja filiação depende de um ato voluntário, o segurado obrigatório, como o próprio nome induz, basta que exerça atividade remunerada para estar vinculado à previdência, ou, na forma aqui proposta, basta que exerça uma atividade remunerada para que seja destinatário de dever fundamental e obrigado a cumpri-lo.

Por conseguinte, a contribuição para a previdência visa a universalidade e a protetividade do sistema de seguro social para depois vir-a-ser um requisito ou pressuposto para usufruir de um benefício determinado a depender do que dispõe o âmbito de proteção ou suporte fático do respectivo direito.

Nesse passo, ganha importância saber se há diferença entre o que deve ser considerado o âmbito de proteção do direito ou o suporte

fático⁵⁸ e o que passa a ser um dever fundamental conexo desse mesmo direito, no caso específico aqui tratado de um benefício da previdência, especialmente do regime geral, embora não só desse. Adota-se a lição de Gomes Canotilho para quem âmbito de proteção “são as realidades da vida em que as normas captam como objeto de proteção”.⁵⁹

O âmbito de proteção de um direito fundamental não pode ser fixado em regras gerais,⁶⁰ especialmente com relação ao direito à previdência que irá depender de cada benefício especificamente, pois para cada fato da vida considerado pela Constituição e pela lei previdenciária como um risco social há determinados pressupostos e requisitos, que são diversos na medida da diferença da circunstância posta pela realidade. Assim, *v. g.*, para o benefício de pensão por morte o suporte fático é diverso do que para uma aposentadoria, uma vez que as circunstâncias de risco social não são as mesmas.

O tempo de contribuição, período de carência, a qualidade de segurado, o risco social considerado, entre outros requisitos estabelecidos pelos artigos da lei do regime geral de previdência ou por lei de regime próprio de cada benefício fazem parte do âmbito de proteção do próprio direito, ou seja, para que o segurado ou dependente façam jus a gozar de um direito estabelecido pela norma, devem preencher, de forma adequada e completa, o suporte fático descrito pelos dispositivos. Dentro do suporte fático que está a se tratar dos pressupostos, requisitos normativos e fáticos para a concreção do direito.

No que diz com o dever de contribuir através das contribuições necessárias e mínimas para cada benefício, trata-se não de uma característica, mas sim de um dever conexo ao direito que pode ou não estar presente na concretização de um benefício, a depender do suporte fático. Desse modo, a forma de contribuição de um agricultor em regime de economia familiar é diversa de um contribuinte individual ou de um empregado. A forma, contudo, que ocorre a contribuição se diretamente pelo segurado ou através de substituição tributária pelo empregador ou tomador de serviço, não interfere

58 Em regra são utilizados como sinônimos, juntamente com outras expressões, tais como âmbito normativo, domínio normativo, pressupostos de fato dos direitos fundamentais, etc. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.*, p. 1256. V. também: SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.*, 2009, p. 386.

59 CANOTILHO, *op. cit.*, p. 1256.

60 Nesse sentido: MENDES; COELHO; BRANCO, *op. cit.*, p. 296.

nessa relação, uma vez que o que ocorre é uma imputação pela lei alterando a parte que tem o dever de recolher as contribuições, mas não sua natureza jurídica.

Outra conclusão possível é que o número de contribuições exigidas para o gozo de um direito pertencem ao seu âmbito de proteção e, portanto, são de alguma forma limites para as restrições legislativas, ou seja, são obstáculos para que haja um aumento desproporcional para usufruir de um determinado benefício.

Demais disso, quando a norma dispõe que deve haver um mínimo de contribuições para que o segurado faça jus a um benefício está a exigir que cumpra o seu dever conexo, não só como um dos elementos necessário para complementar o suporte fático, como também uma forma de concretizar o princípio da solidariedade de classe e intergeracional.

Assim, não é adequado falar em características do direito previdenciário as contribuições, mas sim em deveres, que podem ser autônomos ou conexos aos direitos, mormente quando se verifica situações de fruição de benefício sem que houvesse contribuições, como nos casos da aposentadoria por idade rural e caso de benefícios em que o risco social se deu antes mesmo a primeira contribuição mas posterior a filiação, como, *v. g.*, ocorre com a pensão por morte de trabalhador recém contratado que não recebeu sequer o primeiro salário e não houve a primeira contribuição.

A questão de uma parcela de beneficiários não terem contribuído para previdência ou o terem feito de uma forma diversa dos demais, especialmente com relação aos benefícios rurais de trabalhadores em regime de economia familiar, está muito mais ligada a uma ponderação do legislador com relação ao âmbito de proteção do direito.

3 CONCLUSÃO: AS CONSEQÜÊNCIAS EM SE CONSIDERAR O CARÁTER CONTRIBUTIVO DA PREVIDÊNCIA COMO UM DEVER FUNDAMENTAL.

Como exposto na introdução foi colocado o desafio de sustentar o caráter contributivo como um dever fundamental, na perspectiva do que expõe a doutrina acerca do tema e tendo como base, e não poderia ser diferente, a nossa Constituição de 1988. Nos pontos anteriores a argumentação foi desenvolvida em favor dessa tomada de posição por considerar que atende aos princípios constitucionais, especialmente

os relativos aos fundamentos e objetivos da República e da seguridade social, de tal forma que considerar o caráter contributivo como um dever fundamental é constitucionalmente adequado com a Lei Fundamental brasileira.

Os deveres fundamentais além de serem um pressuposto de existência do próprio Estado também o são dos direitos fundamentais, na medida em que garantem as próprias possibilidades materiais para sua realização e gozo por seus titulares,⁶¹ isto é, são um dos “responsáveis” pela dimensão da designada reserva do possível.⁶² Nessa esteira, considerar o caráter contributivo da previdência como um dever fundamental é tê-lo como um meio para que cada particular faça sua parte para dar efetividade aos fundamentos da República e para concretizar a transformação proposta pelo artigo 3º da Constituição, que coloca os objetivos para a nação. Por conseguinte, a obrigação de contribuir é a cota parte de cada um para alcançar uma sociedade solidária com as gerações atuais e futuras e sustentar a garantia institucional de que se reveste a previdência social no Brasil.

Esta tomada de posição traz algumas conseqüências, sendo que algumas foram desenvolvidas ao longo do texto sendo descabido agora relembra-las para não incorrer em redundância, ao passo que outras fogem dos estreitos limites do trabalho.⁶³

61 Nesse sentido: NABAIS, op. cit., p. 59-60.

62 Advogando que em decorrência das contribuições vertidas pelos segurados o Estado não poderia alegar a ausência de recursos para se eximir de pagar algum benefício, posição com a qual concordamos, é o magistério de: ROCHA, Daniel Machado da. op. cit., p. 114-115.

63 Entre outras questões em aberto com relação ao tema tratado e que ainda carecem de um maior desenvolvimento pela doutrina pátria, pode ser citado se o dever fundamental de contribuir para a previdência gozaria de certa proteção contra o poder de reforma da Constituição e se poderia ser protegido pela cláusula de proibição de retrocesso social. No que diz com a primeira, compreendendo a previdência como uma garantia institucional, e, desse modo, como um de seus pilares é o caráter contributivo, uma vez que sem que haja o recolhimento de contribuições a contento a própria garantia resta ameaçada, pode se concluir que o dever fundamental em questão, goza de certa proteção contra o poder constituinte derivado, muito embora em diferente nível dos direitos fundamentais, mas que também não pode por emenda à constituição ter uma tendência a abolição ou simplesmente suprimido, forte no artigo 60, parágrafo 4º, IV da Lei Fundamental. Com relação a vedação de retrocesso social, em que pese por si só já seja um tema bastante controvertido, segue-se uma vez mais as lições de Cassalta Nabais, perfeitamente aplicável ao caso brasileiro, que entende que os deveres não são de todos alheios a uma idéia de proibição de retrocesso (NABAIS, José Cassalta. op. cit., p. 174). Por conseguinte, tendo em vista que o caráter contributivo garante a sustentabilidade da previdência como uma garantia institucional, aliando-se ao aspecto estabelecido pela Constituição, de que não pode ser previsto benefício previdenciário sem que se preveja a respectiva fonte de custeio, a proibição de retrocesso social poderia ser aplicada no sentido de que toda e qualquer proposição legislativa que venha simplesmente a revogar a lei de custeio

Retornando a introdução foram propostas duas questões que decorreriam da tomada de posição em se adotar o caráter contributivo como um dever fundamental, quais sejam: se a contribuição é uma característica da previdência que pode diferenciá-la dos demais direitos da seguridade social, a saber, saúde e assistência; e, se a relação previdenciária com os segurados pode ser caracterizada como sinalagmática?

Nessa esteira, no que diz com o primeiro problema colocado, a diferenciação dos direitos da seguridade social da Constituição, a doutrina costuma distingui-los da seguinte maneira: a previdência exige contribuição para que o indivíduo seja titular de um direito previdenciário, ao passo que a saúde e assistência não. Essa assertiva somente em parte é acertada, pois deve se atentar para as duas dimensões possíveis a serem consideradas.

Assim, se o dever de contribuir for vislumbrado como um dever conexo ao direito, conforme exposto no ponto anterior, na sua dimensão subjetiva,⁶⁴ isto é, na sua relação com cada indivíduo vinculado a um regime previdenciário, pode sim ser um marco diferenciador do direito fundamental à previdência dos direitos à saúde e à assistência, embora, mesmo aqui, não pode ser considerado de forma absoluta.⁶⁵ Como exposto anteriormente, os benefícios do segurado especial em regime de economia familiar, como a aposentadoria rural, exigem a contribuição com base na sua produção, mas nem disciplinam a sua periodicidade nem exigem valor mínimo para o recolhimento.

O próprio o artigo 103 da assistência dispõe que esta será prestada independentemente de contribuição, mas o que o dispositivo estabelece é com relação aos titulares dos direitos e não quanto aos destinatários do dever fundamental de contribuir, uma vez que este é imputado ainda no ponto próprio da seguridade ao estabelecer que é obrigação de toda a sociedade, consoante artigo 195 da Constituição.

Todavia, a mesma conclusão não se coaduna se vislumbrarmos o dever de contribuir para previdência na sua dimensão autônoma e objetiva, ou seja, da sua relação com toda a coletividade e não individualmente com o titular

ou mesmo a diminuir seu alcance de forma a tornar insustentável a previdência, ganharia a pecha de inconstitucionalidade.

64 A respeito das dimensões dos direitos fundamentais, lição que se aplica ao presente e a qual a adota-se, v. SARLET, op. cit., p. 141 e ss.

65 Para Marcelo Leonardo Tavares os benefícios dos trabalhadores rurais em regime de economia familiar, com base no artigo 195, parágrafo 8º da Constituição são uma prova que, ao menos nesse ponto, não há maiores diferenças entre previdência e assistência. TAVARES, op. cit., p. 191.

de cada direito, na medida em que nessa hipótese não há qualquer diferença entre os direitos da seguridade social da Constituição. Tanto os direitos à saúde, à assistência, como à previdência, nessa perspectiva, exigem um *facere*, um cumprimento de um dever fundamental de contribuir ou de pagar tributos que é autônomo com relação aos direitos subjetivos. O texto constitucional, inclusive, ao tratar da seguridade social dispõe desse modo ao referir os objetivos no parágrafo único do artigo 194 e ao expor as contribuições no artigo 195. Cabe a toda coletividade, o sustento da seguridade social mediante o cumprimento de um dever fundamental autônomo.

Portanto, tratar o caráter contributivo como uma característica do direito fundamental à previdência social, além de não atentar para sua própria natureza, não resolve, ao menos de forma satisfatória e correta, uma infinidade de problemas relacionados ao sistema previdenciário, especialmente do regime geral, dentre estes, o de como explicar as possibilidades de usufruir um benefício sem que tenha se concretizado, para utilizar a linguagem da doutrina, a característica principal do direito, isto é, a contribuição ao regime? Se fosse esta uma característica teria que estar presente sempre. Considerar o caráter contributivo como um dever fundamental soluciona, como demonstrado no decorrer do trabalho, essas incompreensões e contradições.

Com relação a outra conseqüência proposta desde a introdução, a saber, se a relação de direito previdenciário pode ser considerada sinalagmática, isto é, se em razão da contribuição para previdência de um segurado e possível titular de direito ou benefício previdenciário deve, necessariamente, corresponder uma contraprestação pelo sistema de seguro social?

Para se chegar a conclusão de que não há sinalagmaticidade nessa relação, sequer precisaria sustentar a natureza jurídica de um dever fundamental conexo ao direito, pois a própria lógica normativa e fática afirmam essa posição, como parte da doutrina sustenta.⁶⁶ Todavia, além de ser própria da natureza do caráter contributivo como um dever fundamental

66 O Min. Eros Grau enfrentou essa questão no seu voto da designada ADI das contribuições dos inativos (ADI 3.105 e ADI 3.128, relator(a) p/ o ac. Min. Cezar Peluso, julgamento: 18-8-2004, Tribunal Pleno, publicação DJ de 18-2-2005.), proposta contra a emenda constitucional n. 41, que estabeleceu o parágrafo 18 do artigo 40 da constituição. Concluiu o Min. que “não há sinalagma no caso, visto inexistir, nele, relação contratual, menos ainda contrato bilateral oneroso que o tenha estabelecido.” (p. 270). Para Wladimir Novaes Martínez, a contribuição *per se* não gera direito ao benefício, é necessário consultar a norma legal, com o que pode se concluir que o autor entende que não há sinalagma na relação entre o dever de contribuir e o possível direito. MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de direito previdenciário*: tomo I, noções de direito previdenciário. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005, p 217. Em sentido contrário sustentando o sinalagma na relação previdenciária: JORGE, Tárzis Nametela Sarlo. op. cit., p. 71.

essa tomada de posição explícita de uma maneira adequada o fundamento para sustentar que não há sinalagmaticidade na relação entre segurado e previdência. Tanto que – e aqui não se está seguindo o caminho de explicar os fenômenos jurídicos pelas suas consequências, pois foi bem delimitada a natureza jurídica do caráter contributivo –, caso o segurado por qualquer razão rompa a sua relação com o regime de previdência e fluir o período de graça não fará jus a absolutamente nenhum benefício. A pergunta que ficaria é o que ocorreu até então, se não o cumprimento de um dever sem a correspondência de um direito? Daí a natureza jurídica diversa dos benefícios previdenciários e do dever de contribuir, seja ele autônomo ou conexo.

O fato de a contribuição ser um dever, mesmo que na sua dimensão conexa ao direito, por si só já afasta qualquer contraprestação com base exclusivamente no argumento de que houve o recolhimento. A contribuição, como já foi dito anteriormente, é direcionada a garantia institucional e, em decorrência, para sustentar uma previdência com base no princípio da solidariedade para as gerações futuras e atuais, do que uma poupança individual.

A discussão se há ou não sinalagma entre o segurado e o sistema para o qual contribui, fica, até mesmo, superada se o caráter contributivo for considerado como um dever fundamental dos particulares para com o Estado e a sociedade, na medida em que o vínculo existente não é com base numa prestação ou não, mas sim com base numa obrigação dos destinatários de deveres para os titulares. A questão se haverá ou não uma contrapartida em se contribuir para a previdência fica restrita em saber se houve ou não a complementação do suporte fático por parte do beneficiário, que pode, entre eles, exigir o dever conexo ao direito de contribuir.

Por fim, tirar os deveres fundamentais do silêncio doutrinário sobre o qual estão submetidos dando e reconhecendo-lhes a importância e a dignidade que a Constituição conferiu-lhes, é, na medida em que a efetividade dos direitos fundamentais depende, em grande medida, de obrigações imputadas aos particulares, também uma forma de levar os direitos a sério.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

_____. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BERCOVICI, Gilberto. Políticas públicas e o dirigismo constitucional. *Revista da academia brasileira de direito constitucional* (anais do IV Simpósio Nacional de direito Constitucional), n. 3, Curitiba: Academia de Direito Constitucional, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 1998.

CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação in: *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (organizadores). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. *Revistas dos tribunais: cadernos de direito constitucional e ciência política*, n. 15, 1996.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 5ª reimpressão, Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO NETO, Menelick de. *Texto-base 6: Lutas por reconhecimento e cláusula de abertura da Constituição*. Brasília-DF: CEAD/UnB, 2009. 16 p. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/resource/view.php?id=138&subdir=/1_-_Textos_base> Acesso em: 17 junho. 2010a.

_____. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte, Del Rey, 2003.

_____. SCOTTI, Guilherme. *Texto-base 5: Limites internos e externos e o “conflito de valores”*. Brasília-DF: CEAD/UnB, 2009. 16 p. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/resource/view.php?id=138&subdir=/1_-_Textos_base>. Acesso em: 17 jun. 2010b.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.), *Canotilho e a constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DOMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FREITAS, Juarez. *A Interpretação sistemática do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. 20. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- _____. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- JORGE, Társis Nametela Sarlo. *Teoria geral do direito previdenciário: questões controvertidas do regime geral (INSS), do regime dos servidores públicos e dos crimes previdenciários*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- MATINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de direito previdenciário: tomo II previdência social*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003.
- _____. *Curso de direito previdenciário: tomo I, noções de direito previdenciário*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005.
- MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Meio ambiente: direito e dever fundamental*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.
- MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV, direitos fundamentais, 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.
- NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coleção teses. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2009.

ROCHA, Daniel Machado da. *O direito fundamental à previdência social: na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

RODRIGUES, Fernando. Solidariedade. In: *Dicionário de filosofia do direito*. Coordenação de Vicente de Paulo Barreto São Leopoldo: Unisinos e Renovar, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na constituição de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. TIMM, Luciano Benetti (organizadores). *Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 6. ed. 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA Neto, Cláudio Pereira. Teoria da Constituição, Democracia e Igualdades. In: *Teoria da constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2003.

STF: ADI 240/RJ; relator(a): Min. Octavio Gallotti, julgamento: 26-09-1996, Tribunal Pleno; publicação DJ 13-10-2000.

STF: ADI 3540 MC/DF; relator(a): Min. Celso de Melo; julgamento: 01/09/2005; Tribunal Pleno; publicação DJ 03-02-2006.

STF: ADI 3.105 e ADI 3.128, relator(a) p/ o ac. Min. Cezar Peluso, julgamento: 18-8-2004, Tribunal Pleno, publicação DJ de 18-2-2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Previdência e assistência social: legitimação e fundamentação constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

A PROIBIÇÃO DE COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A TUTELA DA CONFIANÇA NAS RELAÇÕES JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS

*THE PROHIBITION OF CONTRADICTION BEHAVIOR
WITHIN THE PUBLIC ADMINISTRATION: THE PROTECTION
OF TRUST IN LEGAL-ADMINISTRATIVE RELATIONS*

Lucio Picanço Facci

Procurador Federal em Petrópolis/RJ. Pós-graduado em

Direito Público pela Universidade de Brasília (UnB).

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

Membro Efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Princípio de proibição ao comportamento contraditório: conteúdo jurídico e fundamentos normativos no Direito brasileiro. 2.1 O direito positivo brasileiro e o *venire contra factum proprium*. 2.2 Fundamentos do *nemo potest venire contra factum proprium*. 2.3 Instrumentalização jurídica do *nemo potest venire contra factum proprium*: pressupostos gerais para a aplicação

do princípio. 2.4 Formas da tutela instrumentalizada pelo princípio de proibição ao comportamento contraditório. 3 O papel da Administração Pública face à nova ordem constitucional. 3.1 A redefinição dos paradigmas do Direito Administrativo na contemporaneidade. 3.2 O cidadão-administrado como foco principal do Direito Administrativo brasileiro contemporâneo. 3.3 Limites constitucionais à autotutela administrativa. 4 Aplicação do princípio de proibição ao comportamento contraditório no âmbito da Administração Pública. 4.1 Fundamentos de juridicidade da oponibilidade do princípio de proibição de comportamento contraditório ao Poder Público. A teoria das autolimitações administrativas. 4.2 Pressupostos específicos para a aplicação do princípio às relações jurídico-administrativas. 4.3 Instrumentos de materialização do princípio na esfera da Administração Pública: as subteorias dos atos próprios e dos precedentes administrativos. 5 Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente estudo tem por finalidade examinar a possibilidade de aplicação do princípio de proibição ao comportamento contraditório na esfera das relações jurídico-administrativas. O estudo será desenvolvido a partir da análise do conteúdo jurídico e dos fundamentos normativos do *nemo potest venire contra factum proprium* no direito brasileiro; do papel do Poder Público na contemporaneidade, tendo em conta a redefinição dos paradigmas do Direito Administrativo decorrentes da nova ordem constitucional e da afirmação do cidadão-administrado na condição de foco principal do Direito Administrativo brasileiro contemporâneo; bem como do estudo da teoria das autolimitações administrativas, dos pressupostos específicos para a oponibilidade do princípio ao Poder Público e das subteorias dos atos próprios e dos precedentes administrativos, instrumentos de materialização do *nemo potest venire contra factum proprium* no âmbito da Administração Pública.

PALAVRAS-CHAVE: Proibição de comportamento contraditório. *Nemo potest venire contra factum proprium*. Solidariedade Social. Segurança Jurídica. Confiança legítima. Boa-fé. Moralidade administrativa. Pós-modernidade. Pós-positivismo. Autolimitações administrativas. Atos próprios. Precedentes administrativos.

ABSTRACT: This study aims to examine the possibility of applying the principle of prohibition to the contradictory behavior in the sphere of legal-administrative relations. The study will build on the analysis of

the legal and normative foundations of the *nemo potest venire contra factum proprium* in the Brazilian law, the role of the Public power in the contemporaneity, taking into account the redefinition of the paradigms of the administrative law under the new constitutional order and the affirmation of the citizens as the main focus of contemporaneity Brazilian Administrative Law, and the study of the theory of administrative self-limitations, the specific conjectures for the opposability of the principle to the Public power and the sub theories of the specific acts and the administrative precedents, instruments or the materialization of *nemo potest venire contra factum proprium* in Public Administration.

KEYWORDS: Contradictory behavior, Administrative self-limitations.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo justificar juridicamente a possibilidade de incidência do princípio de proibição ao comportamento contraditório (*nemo potest venire contra factum proprium*) no âmbito das relações jurídico-administrativas.

A razão *didático-teórica* para a realização do estudo está em buscar formulações teóricas que sustentem a possibilidade de oponibilidade do princípio de proibição do comportamento contraditório à Administração Pública.

Além disso, o trabalho se justifica também pelas dificuldades que o assunto enseja e as consequências danosas que a sua incompreensão pode carrear à sociedade e ao próprio Estado de Direito, sendo essa a sua justificativa *social*. A vulneração pelo próprio Estado de princípios como a segurança jurídica e a dignidade humana é tema de funda gravidade social, sendo relevante e de interesse público alcançar solução adequada com vistas a equacionar o problema.

Há, ainda, uma razão *científica*: a matéria não vem sendo explorada com muita frequência pela doutrina e jurisprudência pátrias, revelando-se, dessa maneira, importante a abordagem e sistematização do assunto para a comunidade jurídica em geral. Os estudos a respeito do princípio da proibição de comportamento contraditório são, em sua maioria, construídos a partir de uma concepção civilista, destinados a resolver problemas gerados nas relações estritamente privadas. Há, no Brasil, poucos estudos que tratam do aludido princípio especificamente aplicado na esfera da Administração Pública.

Partindo de tais propósitos, analisamos, inicialmente, o conteúdo jurídico e os fundamentos normativos do princípio de proibição ao comportamento contraditório de maneira geral, examinando o atual estágio do ordenamento jurídico pátrio a respeito do assunto, os fundamentos que amparam a aplicação do princípio, bem como a sua instrumentalização jurídica e formas de tutela.

Como pressuposto indispensável para o exame da aplicabilidade do princípio de vedação à atuação contraditória pela Administração Pública, analisamos o papel do Poder Público na contemporaneidade a partir da redefinição dos paradigmas do Direito Administrativo decorrentes da nova ordem constitucional, da afirmação do cidadão-administrado na condição de foco principal do Direito Administrativo brasileiro contemporâneo bem como dos limites constitucionais à autotutela administrativa.

A partir das formulações teóricas a respeito da proibição de comportamento contraditório ao Poder Público bem como da definição do atual papel da Administração Pública, examinamos, no derradeiro capítulo, a possibilidade de incidência de proibição de comportamento contraditório no espaço das relações jurídico-administrativas a partir do estudo da teoria das autolimitações administrativas, dos pressupostos específicos para a oponibilidade do princípio ao Poder Público, bem como das subteorias dos atos próprios e dos precedentes administrativos, instrumentos de materialização do *nemo potest venire contra factum proprium* no âmbito da Administração Pública.

2 PRINCÍPIO DE PROIBIÇÃO AO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO: CONTEÚDO JURÍDICO E FUNDAMENTOS NORMATIVOS NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 O DIREITO POSITIVO BRASILEIRO E O VENIRE CONTRA *FACTUM PROPRIUM*

Muito embora doutrina especializada tenha aprofundado o estudo do princípio de proibição ao comportamento contraditório, tendo alcançado inclusive a formulação de pressupostos para a adequada aplicação do princípio, e conquanto a jurisprudência também já reconheça a existência do *nemo potest venire contra factum proprium*, fazendo-o incidir nos casos concretos, o fato é que o princípio nunca chegou a ser enunciado expressamente em lei.

Com efeito, o Código Civil brasileiro de 1916¹ não cuidou do princípio, omissão que não foi sanada pela vigente codificação civil². A carência de grandes inovações do novo estatuto civil se deveu, em boa medida, pela falta de atualidade do projeto que deu origem ao novel diploma. Realmente, por se amparar em projeto elaborado na década de 1970, muito antes, portanto, da nova ordem constitucional inaugurada em 1988, o vigente Código Civil nasceu desatualizado, não tendo se ocupado das grandes conquistas constitucionais da contemporaneidade que tutelam com maior ênfase a personalidade humana e os valores existenciais do que a propriedade e os valores patrimoniais.³

Sem embargo das críticas feitas ao vigente Código Civil⁴, fato é que nenhum outro diploma legal – incluindo-se aí a vigente Constituição da República (CRFB/88) – regula expressa e especificamente um princípio geral de proibição ao comportamento contraditório. Cabe registrar que, no Direito Processual, a regra da preclusão *lógica*, consistente na perda de uma faculdade processual pela prática de ato incompatível com a conduta anterior da mesma parte⁵, muito embora não cuide especificamente do referido princípio, materializa, no âmbito da relação processual, a incidência da vedação de *venire contra factum proprium*. Nesse sentido, é a lição de José Carlos Barbosa Moreira, *verbis*:

a ninguém é dado usar as vias recursais para perseguir determinado fim, se o obstáculo se originou de ato praticado por aquele mesmo que pretende impugná-lo; no fundo, trata-se de aspecto particular do princípio que proíbe o *venire contra factum proprium*, e o impedimento ao recurso, em perspectiva dogmática, subsume-se na figura denominada *preclusão lógica*, que consiste, como é sabido, na perda

1 Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.

2 Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

3 Para maior aprofundamento, v. TEPEDINO, Gustavo. O novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. *Editorial à Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 7. Rio de Janeiro: Renovar, 2001..

4 A referência que ora se faz aos Códigos Civis decorre da circunstância de que em tais diplomas legais historicamente constam – principalmente em suas partes gerais – as disposições relativas à teoria geral do Direito. São inúmeros os exemplos que figuram no vigente Código Civil: as regras sobre fatos, atos e negócios jurídicos; boa-fé objetiva; abuso de direito; prescrição e decadência etc. Por tal razão, a sede própria para se cuidar da proibição de comportamento contraditório seria no referido diploma legal.

5 Prescreve o art. 264 do vigente Código de Processo Civil (Lei nº 5869, de 11 de janeiro de 1973), *verbis*: “Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei. *Parágrafo único*. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo”.

de um direito ou de uma faculdade processual pelo fato de se haver realizado atividade incompatível com o respectivo exercício⁶

Conquanto seja um princípio não regulado expressamente por nenhum diploma normativo vigente em nosso país, a proibição de comportamento contraditório surge justamente em decorrência da circunstância de que as fórmulas legais são insuficientes para resolver todos os conflitos surgidos na sociedade.⁷

Sabe-se que o Direito Constitucional contemporâneo é marcado pela *pós-modernidade* ou *pós-positivismo*.⁸ Com efeito, a *Modernidade*, identificada com o positivismo jurídico, procurou alcançar objetividade científica, equipando o Direito à Lei, promovendo seu afastamento da filosofia e de novas reflexões, havendo dominado a ciência jurídica da primeira metade do século XX. Amparando-se em princípios de justiça que se supunham universalmente válidos, fomentou a deflagração de revoluções liberais e a formulação de Constituições e Códigos escritos. Seu ocaso é associado à derrota do fascismo, do nazismo bem como às desumanidades praticadas na 2ª Guerra Mundial 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).

Após a 2ª Grande Guerra, as reflexões sobre eticidade e a incidência dos valores e princípios passam a ocupar mais intensamente

6 *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 340. Na mesma linha de orientação, já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça, *litteris*: “O agravante foi alcançado por sua própria conduta anterior. *Venire contra factum proprium*, como bem definiram os antigos romanos, ao resumir a vedação jurídica às posições contraditórias. Esse princípio do Direito Privado é aplicável ao Direito Público, mormente ao Direito Processual, que exige a lealdade e o comportamento coerente dos litigantes. Essa privatização principiológica do Direito Público, como tem sido defendida na Segunda Turma pelo Min. João Otávio de Noronha, atende aos pressupostos da eticidade e da moralidade. 6. Não poderia a agravante, sob o color de uma perícia, desejar o melhor dos dois mundos. Ajuizar ações é algo que envolve risco (para as partes) e custo (para a Sociedade, que mantém o Poder Judiciário). O processo não há de ser transformado em instrumento de claudicação e de tergiversação. A escolha pela via judiciária exige de quem postula a necessária responsabilidade na dedução de seus pedidos”. (AgRg no REsp 946499/SP, Segunda Turma, Relator: Ministro Humberto Martins, DJ 05/11/2007 p. 257, REVPRO vol. 154 p. 176).

7 Vale transcrever a acurada advertência do jurista Melchíades Picanço, para quem “se o exegeta ficar adstrito aos termos da norma expressa, limitando-se a invocar o *dura lex sed lex*, sem que se esforce no sentido de humanizar, tanto quanto possível, o Direito, poderá contribuir para que muitos ponham em dúvida a superior finalidade da lei, que deve ter por escopo a proteção da sociedade, garantindo-lhe uma subsistência jurídica, mas atendendo também, de modo razoável, aos sagrados interesses e às respeitáveis conveniências individuais”. “A lei, a jurisprudência e o bom senso”. In: *A força eterna do Direito*, v. 1. Rio de Janeiro: Peneluc, 1996. p. 46.

8 Por todos, cf. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 247 e ss.

o pensamento jurídico. Surge, então, a *pós-modernidade*, quadra em que se encontra o Direito contemporâneo, na qual há o rompimento com a pretensão utópica da *Modernidade* de justificar apenas através da razão o que seriam as verdades eternas, imutáveis, da ciência.⁹

A partir do abandono histórico do *jusnaturalismo* e do fracasso político do *positivismo jurídico* associado à *Modernidade* abriu-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.¹⁰

A falta de lei expressa, portanto, não induz à conclusão da inexistência do referido princípio jurídico de proibição de comportamento contraditório. Apenas exige uma investigação mais profunda para demonstrar a sua aplicabilidade em nosso país, cabendo ao intérprete e aplicador das normas jurídicas – seja o magistrado, seja o administrador público –, tendo em vista a força normativa dos princípios, fazer incidir o princípio em ordem a densificar os fundamentos que lhe conferem juridicidade: solidariedade social, segurança jurídica, boa-fé objetiva, tutela da confiança, todos decorrentes da dignidade humana, fundamento que alicerça “*todos os direitos constitucionalmente consagrados*”.¹¹

2.2 FUNDAMENTOS DO NEMO POTEST VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM

A Constituição da República de 1988 elegeu como um dos seus *objetivos* a solidariedade social (art. 3º, I, última parte, CRFB/88). Dessa cláusula pode-se extrair um dos fundamentos constitucionais da vedação para agir de maneira contraditória. Com efeito, ao erigir ao patamar constitucional, a vigente Constituição da República atribuiu ao princípio da solidariedade social não apenas o sentimento de identificação com os problemas de outrem, que leva as pessoas a se ajudarem mutuamente, mas, especialmente, impôs a todos o *dever* de consideração da posição alheia no universo das relações jurídicas.

9 Cf. CARVALHO NETTO, Menelick de. *A trajetória da Filosofia do Direito na Modernidade*. Brasília/DF: CEAD/UnB, 2008. 20 p. (Pós-graduação em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/file.php/6/Biblioteca/Semana_4/Texto_base_semana_4.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2008, p. 1.

10 Para maior aprofundamento, v. BARROSO, Luís Roberto. *A Reconstrução democrática do Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 1-39.

11 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 102.

Assim, tendo sido formulado como um meio de se impedir que o comportamento incoerente fira a legítima confiança das pessoas, o *nemo potest venire contra factum proprium* significa instrumento de densificação do objetivo constitucional de solidariedade social, havendo, dessa maneira, nas precisas palavras de Anderson Schreiber, “*direta vinculação entre a solidariedade social e o princípio de proibição ao comportamento contraditório*”.¹²

Outro fundamento de índole constitucional do *nemo potest venire contra factum proprium* é o *megaprincípio* da segurança jurídica¹³, erigida a princípio e valor constitucional pela vigente Constituição da República, que consagra a inviolabilidade à segurança no *caput* do seu art. 5º (compreendendo, como espécie, indubitavelmente, a segurança nas relações jurídicas), e assevera em seu preâmbulo que a instituição de um Estado Democrático se destina também a assegurar-la¹⁴. A proibição de agir contraditoriamente vai ao encontro da exigência comum de estabilidade das relações jurídicas, porquanto a possibilidade de frustrar legítimas expectativas contraria o anseio coletivo pela paz social e frustra a própria finalidade do Direito, que é o de promovê-la.

Além dos referidos fundamentos constitucionais, a proibição do comportamento contraditório tem por fundamento a boa-fé objetiva, instrumento de tutela da confiança legítima, princípio previsto no vigente Código Civil (CC/2002) em seus artigos 113 e 422. O Código Civil revogado, na sua parte geral, não aludia uma única vez à boa-fé,

12 SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 107.

13 A expressão é de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, quando aduz: “Trata-se, portanto, a *segurança jurídica*, de um *megaprincípio do Direito*, o cimento das civilizações, que, entre outras importantes derivações relevantes para o Direito Administrativo, informa o *princípio da confiança legítima*, o *princípio da boa-fé objetiva*, o instituto de *presunção de validade* dos atos do Poder Público e a *teoria da evidência*”. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 79.

14 Como já tivemos a oportunidade de assinalar alhures, não é destituída de importância a inclusão da segurança jurídica no preâmbulo da Constituição, posto que esse revela os valores que inspiraram o constituinte originário na elaboração da Lei Maior (*Do prazo prescricional para o ajuizamento de ação civil pública*. Revista da AGU nº 20. Brasília-DF, abr./jun. 2009, p. 229). Nesta pauta, vale reparar lição de Paulino Jacques no sentido de que “o preâmbulo, como vimos, não contém normas, regras objetivas de direito, mas, tão-somente, princípios, enunciados teóricos, de caráter político, filosófico ou religioso, que integram a Constituição. Se as normas contidas nos artigos do estatuto supremo constituem, por assim dizer, o corpo da Constituição, é bem de ver que os princípios que se enunciam no preâmbulo, são o seu espírito. ‘*Não é uma peça inútil ou de mero ornato na construção dela* – sustentava João Barbalho – *as simples palavras que o constituem, resumem e proclamam o pensamento primordial e os intuídos dos que a arquitetaram* (Comentário à Constituição Federal, p. 2)”. JACQUES, Paulino. *Curso de Direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 97-98.

nem mesmo como regra de interpretação dos negócios jurídicos. A boa-fé era apenas considerada como um preceito ético e por isso deveria estar aninhada na mente das pessoas e não no texto legal. A boa-fé não era, assim, entendida como um conceito jurídico, mas um conceito ético, pertencendo ao mundo da moral, e, portanto, considerada apenas no seu aspecto *subjetivo*, isto é, não era uma regra obrigatória de conduta, não consubstanciava um dever jurídico.

Pelo novel diploma, a interpretação dos negócios jurídicos será feita conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração (art. 113, CC/2002), ou seja, a boa-fé foi erigida a regra de hermenêutica dos negócios jurídicos. Além de encerrar uma regra de interpretação, a boa-fé objetiva foi alçada pelo vigente estatuto civil também como dever jurídico de comportamento das partes (art. 422, CC/2002), segundo a qual em todo e qualquer contrato, e ao longo de toda a sua execução, as partes são obrigadas a guardar a mais estreita transparência e probidade, o que já não constitui regra de hermenêutica, mas sim de conduta, vale dizer, norma de agir, verdadeiro comando aos contratantes. A boa-fé passa a ser uma cláusula geral implícita de todo e qualquer negócio jurídico. A terceira e última função atribuída pelo novel diploma a boa-fé objetiva consiste em servir o preceito como limitador dos direitos subjetivos, impedindo o seu exercício abusivo.¹⁵ Com efeito, a concretização da teoria do abuso de direito impõe a consideração de que os direitos subjetivos são limitados pelo seu fim econômico ou social, pelos bons costumes e, principalmente, pela boa-fé (art. 187, CC/2002). Nesta pauta, cumpre registrar segura lição de Heloísa Carpena, *litteris*:

[A]o condicionar o seu exercício a parâmetros de boa-fé, bons costumes e à finalidade sócio-econômica, o legislador submeteu os direitos – individuais e coletivos – aos valores sociais que estes conceitos exprimem. [...] Todo e qualquer ato jurídico que desrespeite tais valores, ainda que não seja ilícito por falta de previsão legal, pode ser qualificado como abusivo, ensejando a correspondente responsabilização¹⁶

Não poderíamos encerrar o presente tópico sem antes ressaltar que todos e tais princípios, aqui identificados como fundamentos

15 Sobre a tríplice função da boa-fé objetiva vide FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil – teoria geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 511.

16 “Abuso do Direito no código de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional”. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo código civil – estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 394.

jurídicos para a proibição de comportamento contraditório, convergem para a concretização da dignidade humana. Se tivéssemos que reconhecer uma norma como a mais importante na fisiologia constitucional, seria a cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana, inscrita como fundamento da República Federativa do Brasil, consoante dispõe o inciso III do art. 1º da Constituição Federal vigente. Como se sabe, encerra a dignidade da pessoa humana não apenas um critério de revelação de direitos implícitos, como também um critério exegético para interpretação dos direitos fundamentais já constantes da Constituição. Tal princípio informa todos os direitos e deveres inscritos no ordenamento e, conseqüentemente, condiciona a atividade do Poder Público, ao qual compete não apenas respeitar a dignidade humana mas, para além desse dever, cumprir conferir máxima efetividade ao princípio. Nesse sentido, asseverou Daniel Sarmento, *in verbis*:

O princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e do mercado.¹⁷

2.3 INSTRUMENTALIZAÇÃO JURÍDICA DO *NEMO POTEST VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*: PRESSUPOSTOS GERAIS PARA A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO

A aplicação do princípio da vedação ao comportamento contraditório pressupõe a ocorrência cumulativa de quatro eventos: (i) uma conduta inicial – o *factum proprium*; (ii) a confiança legítima de outrem na preservação do sentido objetivamente extraído do *factum proprium*; (iii) o comportamento contraditório em relação ao sentido objetivo da conduta inicial; (iv) dano efetivo ou potencial. Passaremos, doravante, a cuidar separadamente de cada um desses pressupostos.

Muito embora a doutrina tenha cunhado a expressão *factum proprium* para se referir à conduta inicial, obviamente que a locução quer referir apenas à atuação humana e não, como induz o primeiro vocábulo, aos fatos jurídicos em sentido estrito, isto é, aos eventos da natureza. O que se exige, para a instrumentalização jurídica do princípio de proibição de comportamento contraditório, é que tenha havido um comportamento humano inicial, oriundo da vontade humana.

17 *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2000. p. 59-60.

Essa conduta inicial que dá origem à aplicação da proibição do comportamento contraditório nem tampouco pode ser enquadrada na categoria de ato jurídico, mesmo considerado em seu sentido amplo, eis que ao *factum proprium*, diversamente do que ocorre aos atos jurídicos em geral, o ordenamento ou a vontade não atribui efeitos jurídicos específicos.¹⁸ Os efeitos que se atribui à conduta inicial decorre da necessidade de proteção à confiança legítima de outrem, amparada na expectativa de preservação do comportamento inicial. Daí haver Anderson Schreiber sintetizado, com precisão, que o *factum proprium* “não é jurídico, torna-se jurídico”.¹⁹

Por tais razões, o comportamento inicial também não se confunde com o ato ilícito. Em se tratando de ilicitude, o ordenamento jurídico equacionará a questão, impondo ao fato as consequências jurídicas previstas nos textos legais. A ilicitude não constitui, dessa forma, o próprio *factum proprium*, mas decorre da sua posterior contrariedade e do consequente ferimento à confiança legítima.²⁰

Em sua origem, a conduta inicial seria um comportamento juridicamente irrelevante, não destinado a produzir efeitos jurídicos imediatos. Todavia, ante a ausência de disposição legal expressa tendente a impedir ou punir a prática do comportamento contraditório em relação a essa conduta inicial, será por meio da aplicação do *nemo potest venire contra factum proprium* que será possível conferir consequências jurídicas à atuação contraditória, lesiva da confiança alheia. O espaço de incidência

18 Sabe-se que os atos jurídicos em sentido estrito produzem efeitos *ex lege*, independentemente da vontade, ao passo que os efeitos dos negócios jurídicos produzem-se *ex voluntate*. Por todos, cf. ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. v. II. Coimbra: Almedina, 1983. p.8.

19 O eminente civilista enuncia exemplos elucidativos de *factum proprium*, *litteris*: “o comportamento concreto de uma das partes à margem das disposições contratuais, a sustentação de um certo sentido na interpretação de uma norma qualquer, as negociações preliminares a um contrato e qualquer outra conduta que não seja em si declarada vinculante pelo ordenamento jurídico positivo. Por outro lado, a celebração de um contrato ou a emissão de uma promessa de recompensa não configuram tecnicamente um *factum proprium*, porque são já considerados vinculantes pelo direito positivo. [...] O rompimento de um vínculo jurídico (*rectius*: juridicamente estabelecido) já atrai a sanção do direito, pelo que perde sentido qualquer invocação de proteção à confiança em um comportamento coerente” *Op. cit.*, pp. 134/135.

20 Cumpre registrar julgado oriundo do C. Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “Promessa de compra e venda. Consentimento da mulher. Atos posteriores. *Venire contra factum proprium*. Boa-fé. A mulher que deixa de assinar o contrato de promessa de compra e venda juntamente com o marido, mas depois disso, em juízo, expressamente admite a existência e validade do contrato, fundamento para a denúncia de outra lide, e nada impugna contra a execução do contrato durante mais de 17 anos, tempo em que os promissários compradores exerceram pacificamente a posse sobre o imóvel, não pode depois se opor ao pedido de fornecimento de escritura definitiva. Doutrina dos atos próprios. Art. 132 do CC. 3. Recurso conhecido e provido”. (Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 95539/SP. Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar, Data da Decisão 03/09/1996, Órgão Julgador: Quarta Turma, Fonte DJ Data: 14/10/1996, p. 39.015).

do princípio, portanto, é o das situações não resolvidas pelas formulações legais. Isto é: o princípio da proibição de comportamento contraditório serve para fazer atuar a justiça material – aí especialmente compreendidos os seus fundamentos principais: solidariedade social, segurança jurídica, boa-fé, tutela da confiança – nos casos de violação à confiança legítima não solucionados pelo formalismo do direito positivado.

Resulta claro, dessa forma, que a atuação do princípio da proibição ao comportamento contraditório pressupõe a existência da confiança legítima de outrem na preservação do sentido objetivo do *factum proprium*. Para que se conclua pela existência desse pressuposto, se faz indispensável aferir se houve adesão à conduta inicial e, portanto, criado a legítima expectativa de preservação do sentido desse comportamento.

Diz-se que a confiança deve ser *legítima*, isto é, deve decorrer naturalmente, razoavelmente, da conduta inicial. Assim, nos casos em que ao tempo da prática da conduta, o agente do comportamento enuncia ou objetivamente sugere que poderá modificá-la, ou quando, desde a sua realização, espera-se que a conduta inicial provavelmente não se confirmará, não haverá legítima confiança, podendo haver, isto sim, má-fé (ou mesmo ingenuidade excessiva) de quem alega haver criado fundada expectativa.

A incidência do *nemo potest venire contra factum proprium* pressupõe, ainda, que ocorra de fato a contrariedade em relação ao sentido objetivo de uma conduta anterior, geradora de confiança legítima em outrem. Em outras palavras: deve ser perquirido se houve a ruptura da confiança em razão do comportamento contraditório. Segundo Jesús González Pérez, a contradição com a conduta anterior se situa dentro da idéia de incompatibilidade, definida de acordo com o critério imperante na consciência social.²¹ O exame deve ser objetivo, desconsiderando a intenção do agente das condutas: desde que a incompatibilidade gere a quebra da confiança legítima, estará atendido o pressuposto do comportamento contraditório para efeitos de aplicação do *nemo potest venire contra factum proprium*.

O objeto da tutela do princípio não é a coerência entre os comportamentos, mas, sim, a confiança que a conduta inicial provocou, preservando-se a lealdade entre o agente e o destinatário da conduta. Elucidativo, neste sentido, o magistério de Judith Martins-Costa, *verbis*:

21 PÉREZ, Jesús González. *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1999. p. 207-208.

Na proibição do *venire* incorre quem exerce posição jurídica em contradição com o comportamento exercido anteriormente, verificando-se a ocorrência de dois comportamentos de uma mesma pessoa, diferidos no tempo, sendo o primeiro (o *factum proprium*) contrariado pelo segundo. Consiste, pois, numa vedação genérica à deslealdade²²

Além da conduta inicial, da confiança legítima e do comportamento contraditório, mais um pressuposto deve ser atendido para operar a incidência do *nemo potest venire contra factum proprium*: o dano efetivo ou potencial em decorrência da quebra da confiança. Sem dano latente, não há o que se impedir; sem prejuízo concreto, nada haverá a ser reparado. Assim, a incompatibilidade entre comportamentos e a ruptura da confiança só justificam a atuação do princípio se houver dano ou ameaça de dano a outrem imputável ao comportamento contraditório. Compreendem-se na idéia de *dano* tanto a lesão *patrimonial*, decorrente da redução na esfera patrimonial, quanto a *moral*, isto é, imaterial e psicológica, derivada da violação à dignidade humana.²³

2.4 FORMAS DA TUTELA INSTRUMENTALIZADA PELO PRINCÍPIO DE PROIBIÇÃO AO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO

Visto que tanto o dano *potencial* – isto é, o dano latente, que se encontra na iminência de ocorrer – quanto o *efetivo* ensejam a incidência do princípio de proibição ao comportamento contraditório, pode-se dizer que duas são as formas da tutela operada pelo princípio sob esse ângulo: *preventiva* ou *repressiva*.

Indubitavelmente que a forma *preventiva*, decorrente da aplicação do princípio ante a ameaça de dano, é a mais eficaz, tendo em vista que, nesse caso, não terá ocorrido concretamente qualquer prejuízo. Aqui, o *nemo potest venire contra factum proprium* irá incidir para impedir que o comportamento contraditório seja praticado. Essa espécie de tutela se funda, portanto, na ameaça ao direito. Processualmente, essa modalidade de pretensão poderá ser deduzida por meio de ações inibitórias específicas, previstas pelo ordenamento jurídico (de que é exemplo o mandado de segurança preventivo), nada impedindo a utilização de ação inibitória genérica, fundada no art. 5º, XXXV, CRFB/88.²⁴

22 A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 376, p. 110. 2004. .

23 Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 795.

24 Cf., por todos, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 343.

Questão tormentosa para a efetivação da tutela inibitória – isto é, nas demandas cujo objeto seja prevenir a futura lesão – é relativa à prova da demonstração da probabilidade de ocorrência do dano ou mesmo do ato contrário ao direito. Nesta hipótese, será sempre necessária a comprovação de uma conduta concreta que esteja a pôr em risco o direito do autor. Usando os mesmos critérios utilizados por Caio Tácito para a utilização do mandado de segurança preventivo, pode-se afirmar que a probabilidade de ocorrência do dano demonstra-se a partir de “*atos preparatórios ou indícios razoáveis, a tendência de praticar atos, ou omitir-se a fazê-lo, de tal forma que, a conservar-se este propósito, a lesão de direito se torne efetiva*”.²⁵ José dos Santos Carvalho Filho, ao também cuidar dos critérios objetivos para a admissibilidade do mandado de segurança na modalidade preventiva, fixa diretrizes que podem seguramente ser utilizadas para aferir se a prática do comportamento contraditório deve ou não ser impedida. Nas palavras do ilustre administrativa:

o primeiro deles é o da *realidade*, pelo qual o impetrante demonstra realmente que o ato vai ser produzido; o outro é o da *objetividade*, segundo o qual a ameaça de lesão deve ser séria, não se fundando em meras suposições; o último é o da *atualidade*, que indica que a ameaça é iminente e deve estar presente no momento da ação, não servindo, pois, ameaças pretéritas e já ultrapassadas.²⁶

25 Mandado de Segurança Preventivo. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro. v. 61. Fundação Getúlio Vargas, p. 220. 1960.

26 *Manual de Direito administrativo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 815, grifos no original. Em se tratando de mandado de segurança, já houve polêmica acerca da hipótese em que, impetrado o competente mandado de segurança preventivo, a autoridade, ainda assim, praticasse o ato que se visava impedir. Havia, nestes casos, quem defendesse ter perdido a impetração seu objeto com a simples prática do ato pelo Poder Público. O impetrante, de acordo com este entendimento, deveria modificar a modalidade da garantia impetrada, ajuizando, portanto, novo mandado de segurança, na espécie repressiva. A jurisprudência atual, no entanto, atendendo à lógica e aos postulados do Direito processual brasileiro, notadamente aos princípios da efetividade, da instrumentalidade e da economia processual, considera que o mandado não ficará prejudicado caso praticado o ato que se visa impedir, “*devendo este ser anulado e desconstituído na hipótese de concessão da segurança*” (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. atual. por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 24). O eminente autor ainda relaciona julgados do Colendo Superior Tribunal de Justiça no sentido do texto (RMS 5.051-3-RJ, Relator o Ministro Ari Pargendler, RSTJ 75/165; RMS 6.130-RJ, Relator o Ministro Édson Vidigal, RSTJ 119/566). Para maior aprofundamento do assunto, v. FACCI, 2004, pp. 42-44. Obviamente que a mesma solução deve ser observada nos casos de aplicação do princípio de proibição de comportamento contraditório na modalidade preventiva em que, posteriormente, seja concretamente praticada a conduta que se procurou impedir.

A tutela *repressiva* será necessária nas hipóteses em que a conduta contraditória houver provocado o dano efetivo, nada havendo a se impedir. No direito contemporâneo, que privilegia a execução específica e a concreta satisfação dos interesses, a tutela repressiva deve ser utilizada subsidiariamente, apenas nos casos em que a forma *preventiva* não tenha mais utilidade, isto é, quando a inibição ou o desfazimento da conduta que se pretendeu impedir não seja mais viável ou torne impossível o retorno ao *status quo ante*.

3 O PAPEL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FACE À NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL

3.1 A REDEFINIÇÃO DOS PARADIGMAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO NA CONTEMPORANEIDADE

Thomas Kuhn, ao publicar seu famoso estudo sobre a forma como evolui a ciência²⁷, formulou a proposição teórica segundo a qual o conhecimento não progride evolutiva e pacificamente mas, sim, por rupturas, por grandes saltos, por profundas alterações de paradigmas, entendidos estes últimos como pré-compreensões que integram o *pano-de-fundo da linguagem*. Tal pano-de fundo decorre de práticas sociais que a sociedade realiza cotidianamente sem se aperceber delas e que conformam o modo próprio de olhar, de crer. É com a mudança das condições paradigmáticas tradicionais que ocorrem as revoluções científicas e, conseqüentemente, o progresso da ciência. Sobre a ideia de paradigma, cumpre transcrever precisa lição de Menelick de Carvalho Netto, *in verbis*:

Tal noção apresenta um duplo aspecto. Por um lado, possibilita explicar o desenvolvimento científico como um processo que se verifica mediante rupturas, através da tematização e explicitação de aspectos centrais dos grandes esquemas gerais de pré-compreensões e visões-de-mundo, consubstanciados no pano-de-fundo naturalizado de silêncio assentado na gramática das práticas sociais, que a um só tempo tornam possível a linguagem, a comunicação, e limitam ou condicionam o nosso agir e a nossa percepção de nós mesmos e do mundo. Por outro, também padece de óbvias simplificações, que só são válidas na medida em que permitem que se apresentem essas grades seletivas gerais pressupostas nas visões de mundo prevalentes

27 *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1994.

e tendencialmente hegemônicas em determinadas sociedades por certos períodos de tempo e em contextos determinados²⁸

No campo do Direito Administrativo, a nova interpretação decorrente dos princípios constitucionais consagrados pela Constituição Federal de 1988 representou importante ruptura com as antigas concepções teóricas aplicadas a esse ramo da ciência jurídica, até então impregnadas de formulações mais comprometidas com a preservação da autoridade da Administração Pública do que com a realização plena do Estado Democrático de Direito. Com efeito, a evolução histórica do Direito Administrativo resulta da tensão dialética entre a lógica da autoridade (poder) e a lógica da liberdade (direitos individuais).²⁹

A vigorante Constituição, ao firmar como fundamento da República a dignidade humana, enunciar extenso rol – registre-se: não taxativo (§2º do art. 5º, CRFB/88) – de princípios e garantias fundamentais e dedicar diversas normas à disciplina da Administração Pública, impôs uma releitura das antigas categorias jurídicas até então forjadas para afirmar, por exemplo, a supremacia do interesse público sobre o privado, a restrita vinculação positiva do administrador às leis infraconstitucionais e a impossibilidade de controle judicial do mérito administrativo. Nesse sentido é a assertiva de Luís Roberto Barroso, *verbis*:

Por fim, mais decisivo que tudo para a constitucionalização do direito administrativo, foi a incidência no seu domínio dos princípios constitucionais – não apenas os específicos, mas sobretudo os de caráter geral, que se irradiam por todo o sistema jurídico. Também aqui, a partir da centralidade da dignidade humana e da preservação dos direitos fundamentais, alterou-se a qualidade das relações entre Administração e administrado, com a superação ou reformulação de paradigmas tradicionais.³⁰

A doutrina administrativista clássica reiteradamente refere à supremacia do interesse público sobre o interesse particular como “*verdadeiro axioma reconhecível no Direito Público*”³¹, “*objetivo primacial*

28 *A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. Notícia do direito brasileiro. Nova Série. Brasília: Faculdade de Direito da UnB, n. 6, 1999. p. 236-237.

29 No sentido do texto, BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Reconstrução democrática do Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 500-501.

30 *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 374-375.

31 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 41.

da Administração³² e “grande princípio informativo do Direito Público”³³. A concepção a respeito do princípio parte da premissa de que o interesse público não se confundiria com os interesses pessoais dos integrantes da sociedade, sendo que o primeiro estaria necessariamente identificado com a idéia de bem comum, coletivo, devendo prevalecer sobre o interesse individual, particular, egoístico.

Todavia, com o processo de constitucionalização do Direito Administrativo – experimentado, a rigor, por todos os ramos do Direito³⁴ –, que impôs o respeito e cumprimento pela Administração Pública dos valores erigidos a mandamentos constitucionais tais como dignidade humana, justiça material, segurança, isonomia, bem-estar social etc., a realização do interesse público, muitas vezes, consistirá exatamente na tutela de interesses privados, de forma que esse amálgama conceitual formado pelo que se supõe ser interesse público, coletivo ou privado impede que se possa cogitar de uma supremacia *a priori* de um sobre o outro.³⁵

Não negamos, assim, a existência de um interesse público, mas apenas não perfilhamos da idéia de que exista, no ordenamento, princípio que estabeleça a supremacia incondicional e apriorística de um valor, princípio ou direito sobre outros. Com efeito, partindo da premissa teórica de Ronald Dworkin, segundo a qual há apenas uma única decisão correta para cada caso³⁶, à Administração Pública incumbe, consideradas todas as circunstâncias de fato, o dever de extrair qual o interesse público a ser promovido na hipótese enfrentada, considerando não apenas a inequívoca unicidade e irrepetibilidade de cada caso mas, sobretudo, a complexidade do ordenamento jurídico, composto de princípios e regras, de forma que a ordem jurídica deve ser reconstruída de todas as perspectivas possíveis com o propósito de alcançar a norma adequada capaz de produzir justiça material em cada caso específico.

32 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.43.

33 Cf. GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 20. No mesmo sentido, v. CRETTELLA JUNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo*, v. 10, Rio de Janeiro: Forense, 1972. p. 39.

34 A esse respeito, v., por todos, BARROSO, 2009. p. 360-394.

35 Cf. BINENBOJM, Gustavo Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar 2008. p. 308-311.

36 As formulações teóricas do autor, nesse sentido, encontram-se em suas obras *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002 e *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

Além disso, não se pode olvidar que o direito à igualdade (art. 5º, *caput* e inciso I, CRFB/88) incide também sobre as relações entre a Administração Pública e os particulares. Não se pode, assim, favorecer um grupo em detrimento de um grupo menor ou de apenas um indivíduo simplesmente sob o vago argumento do bem comum. A *isonomia*, como assim todos os direitos fundamentais, densifica o valor da dignidade da pessoa humana, alçado pela vigente Constituição Federal a fundamento da República (artigo 1º, inciso III).³⁷

A constitucionalização do Direito Administrativo impôs, ainda, uma reformulação do princípio da legalidade estrita, passando a significar tal formulação que o administrador não está apenas positivamente vinculado às leis infraconstitucionais mas, também e principalmente, aos princípios e regras constitucionais. A legalidade administrativa, assim, consiste em mais um princípio inserido no âmbito dos princípios e regras constitucionais, dos quais, inegavelmente, também é destinatário o administrador público, competindo-lhe o dever de, mesmo na ausência de regra legal específica – tendo em vista a força normativa dos princípios constitucionais –, materializar as normas constitucionais no caso concreto, em ordem a atender aos postulados de cidadania, solidariedade e, principalmente, justiça material, objetivos perseguidos, por mandamento constitucional, pela vigente República Federativa do Brasil. Esse fenômeno tem levado parcela da doutrina a aludir a um princípio da *constitucionalidade* ou da *juridicidade*.³⁸

Além disso, o princípio da eficiência, introduzido pela Emenda Constitucional nº 19/1998 no *caput* do art. 37 da vigente Constituição, como um dos princípios vetores da Administração Pública em todas as esferas federativas, decorre da implementação do novo modelo de Estado, agora gerencial, através do qual é modificada a ideia de legalidade adotada no antigo modelo burocrático segundo a qual a legalidade era o parâmetro definitivo acerca da validade de um ato da Administração Pública, restando em segundo plano a efetividade, isto é, o resultado prático de tal ação. O novo modelo de Estado deixa de

37 Diversos dispositivos constitucionais materializam o princípio da dignidade da pessoa humana, de que são exemplos, além da regra da igualdade, os direitos de acesso à educação, à justiça, a proibição de confisco, a vedação à prática de tortura, dentre muitos outros. Nesta pauta, cabe ressaltar que os direitos sociais consagrados no texto constitucional, também materializadores da dignidade humana, impõem prestações positivas ao Poder Público com vistas à sua plena realização, sendo que, dentre eles, o direito fundamental à saúde se destaca pela especial relevância e gravidade: é pressuposto essencial para o pleno gozo e obtenção dos demais direitos fundamentais.

38 Por todos, v. BARROSO, Luís Roberto. op cit., p. 375-376; BINENBOJM, Gustavo. op. cit., p. 311-313.

controlar o procedimento legal em favor da *qualidade dos resultados* efetivamente obtidos pela conduta do Poder Público.³⁹

Pode-se afirmar, a título de exemplo, que a juridicidade das agências executivas e dos contratos de gestão se ampara, basicamente, na circunstância de que tais figuras estão em perfeita sintonia com o modelo de Estado plasmado na vigorante Constituição: gerencial, cuja finalidade é atingir a eficiência, esvaziando-se a importância da *forma* em favor do cumprimento dos fins impostos pela nova ordem constitucional. Assim, a constitucionalidade de tais figuras jurídicas decorre de seu fundamento sócio-político: a reformulação do modelo de Estado, com redução do seu tamanho, deixando de agir diretamente e passando a intervir por regulação e através de parceria, tendo como finalidade primeira não mais a cumprir *formalmente* o ordenamento, mas, sim atingir o interesse público com *eficiência*.

Nesse sentido é a contundente lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *litteris*:

Realmente, com o desenvolvimento dos conceitos da administração pública gerencial, que revelam grande influência do pragmatismo do direito público anglo-saxônico, passou-se a reconhecer não ser o bastante praticar-se atos que, simplesmente, estejam aptos a produzir os resultados dele esperados, o que atenderia ao conceito clássico de *eficácia*. Exigiu-se mais, que esses atos devam ser praticados com tais *qualidades* intrínsecas de excelência, que possibilitem logra-se o *melhor atendimento possível* das *finalidades* para ele previstas em lei⁴⁰

Assim, atualmente, ao administrador público não cumpre apenas aferir se há norma legal impedindo ou autorizando a prática de determinado ato: somente nas hipóteses em que a conduta administrativa revelar-se *eficiente* é que deverá ser empreendida pela Administração Pública.

A nova ordem constitucional impôs, ainda, releitura da decantada regra da impossibilidade de controle judicial do mérito administrativo, eis que seria esse privativo da própria Administração

39 A respeito do modelo de Estado gerencial, v. MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. *A noção de Administração Pública e os critérios de sua atuação*. Brasília/DF: CEAD/UnB, 2009 34 p. (Pós-graduação em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/file.php/9/Biblioteca/Textos-base/1_-_Texto-base_1.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2009. p. 21-26.

40 op. cit., p. 106.

Pública e não se submeteria à interferência do Poder Judiciário.⁴¹ Com a constitucionalização do Direito Administrativo, não se concebe mais a existência de liberdade decisória da Administração Pública infensa ou mesmo livre da incidência das regras e princípios constitucionais.⁴²

Essas transformações vivenciadas pelo Direito Administrativo – que não se limitam aos fenômenos referidos neste tópico – decorrem do reconhecimento da força normativa das normas constitucionais, cujos valores, princípios e regras se irradiam por todo o ordenamento jurídico. A Constituição, assim, “*outrora um documento meramente simbólico e desprovido de força normativa, veio a se materializar e tornar-se operativa*”⁴³, impondo a redefinição dos paradigmas até então isoladamente construídos pelos diversos ramos do Direito.

3.2 O CIDADÃO-ADMINISTRADO COMO FOCO PRINCIPAL DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

A inequívoca modificação dos pressupostos teóricos do Direito Administrativo pela Constituição Federal de 1988 implicou em uma mudança do foco principal da atuação da Administração Pública, antes calcada no melhor interesse do Estado e agora direcionada à realização plena da cidadania, alçada pela vigente Constituição Federal a fundamento da República (art. 1º, inciso II, CRFB/88). Como muito bem anotou, em sede doutrinária, Uadi Lammêgo Bulos, cidadania não consubstancia apenas a prerrogativa de exercício de direitos políticos, servindo também, como “*critério a ser observado como indispensável ao gozo de certas prerrogativas e garantias constitucionais*”⁴⁴, a partir da consideração de que o cidadão é partícipe da vida democrática do Estado.

Com essa mudança de perspectiva, o Direito Administrativo deixa de conferir maior atenção aos poderes unilaterais do Estado e

41 Afirmação encontrada, v.g., em CARVALHO FILHO, José dos Santos, op. cit., p. 749.

42 Segue-se, aqui, posição defendida em BINENBOJM, Gustavo. o p. cit., pp.314-316. No mesmo local, assevera o autor que existem *graus de vinculação à juridicidade*, conforme sejam os atos administrativos vinculados por regra (vinculação maior), por conceitos jurídicos indeterminados (vinculação intermediária) ou diretamente por princípios (vinculação menor). Daí decorre que o grau de controlabilidade judicial dos atos administrativos deverá ser proporcional ao grau de vinculação da Administração Pública à juridicidade. Além disso, nas hipóteses em que, pela alta complexidade e especificidade da matéria, careça o Poder Judiciário de parâmetros seguros e objetivos para aferir a juridicidade do ato administrativo, menor deverá ser o controle exercido.

43 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 180.

44 *Constituição Federal anotada*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 82.

aos atributos do ato administrativo para direcionar o seu campo de estudo, principalmente, à incidência dos princípios constitucionais nas relações jurídico-administrativas e ao dever de observância pelo Poder Público dos direitos fundamentais do cidadão-administrado. A partir da nova ordem constitucional, o objeto de investigação do Direito Administrativo contemporâneo passa a ser fundamentalmente a relação entre a Administração Pública e os administrados.

Sobre a mudança de perspectiva do Direito Administrativo imposta pela vigente Constituição, cumpre registrar inspirada síntese da publicista Patrícia Baptista, *in verbis*:

Com efeito, de um direito administrativo calcado sobre as premissas da unilateralidade, da imperatividade e da supremacia de um interesse público ditado essencialmente pela própria Administração, evoluiu-se – pois, inequivocamente, tratou-se de uma evolução – para um direito administrativo marcado pela ascensão do cidadão-administrado à condição de objeto central dos cuidados da disciplina e submisso aos princípios e direitos fundamentais. A Administração cedeu sua vez ao cidadão como foco principal das preocupações do direito administrativo.⁴⁵

Esse novo enfoque, no plano teórico, do Direito Administrativo corresponde, no plano prático, ao efetivo respeito pelo Estado dos direitos dos cidadãos, apoiando-se sempre no pressuposto de que o ser humano é um *fim* em si mesmo e nunca mero *meio* para atingir objetivos coletivos ou outros individuais. Assim, deve o Poder Público materializar, nas relações jurídico-administrativas, valores como democracia, moralidade, dignidade humana, consagrados pelo texto constitucional.

Como decorrência do dever de observância de tais imperativos constitucionais pela Administração Pública, exsurge o princípio da cidadania como afirmação do cidadão-administrado como o “protagonista

45 “Os limites constitucionais à autotutela administrativa: o dever de observância do contraditório e da ampla defesa antes da anulação de um ato administrativo ilegal e seus parâmetros”. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Reconstrução democrática do Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 547-548. Recentemente assinalou o Supremo Tribunal Federal que “todo agente público está sob permanente vigília da cidadania. E quando o agente estatal não prima por todas as aparências de legalidade e legitimidade no seu atuar oficial, atrai contra si mais fortes suspeitas de um comportamento antijurídico francamente sindicável pelos cidadãos” ADPF 130/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Carlos Britto, Fonte: DJe-208 06-11-2009.

*político e jurídico do Estado*⁴⁶, significando que ao cidadão cumpre não apenas exercer o papel de definir os fins, meios e limites das ações do Poder Público como, principalmente, ser o destinatário imediato dessas ações. Nessa direção, o constitucionalismo contemporâneo reclama a democracia como exigência de efetiva participação dos sujeitos constitucionais, que passam a ocupar cumulativamente e de forma mais concreta os papéis de criadores e beneficiários das normas jurídicas.

No campo da hermenêutica, caminhando ao encontro do dever de aplicação das leis de forma compatível com as necessidades sociais, sobreleva de importância a *mutação constitucional* como técnica consistente na *nova* interpretação conferida às normas constitucionais sem que tenha havido modificação do seu texto. De fato, como adverte Luís Roberto Barroso, “a norma jurídica fornece ao intérprete apenas um início de solução, não contendo, no seu relato abstrato, todos os elementos para determinação do seu sentido”.⁴⁷ Essa técnica, adotada pela Suprema Corte brasileira⁴⁸, consubstancia exemplo contundente do dever de observância às aspirações sociais para a justa aplicação do ordenamento jurídico.

3.3 LIMITES CONSTITUCIONAIS À AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA

Como se sabe, estando a Administração Pública sujeita ao ordenamento jurídico, a ela compete exercer o controle de juridicidade dos seus atos, com a possibilidade de anular os ilegais e revogar os inconvenientes ou inoportunos, independentemente de prévia autorização pelo Poder Judiciário.

Esse poder, conhecido como autotutela administrativa, está consagrado em duas súmulas da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, as quais, em síntese, afirmam que a Administração Pública pode anular os seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais, ou revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.⁴⁹

46 MOREIRA NETO, op. cit., p. 79.

47 *A Reconstrução democrática do Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 13.

48 v. HC-QO 86009/DF; Órgão Julgador: Primeira Turma; Relator(a): Min. CARLOS BRITTO; DJ 27.04.2007 p. 67.

49 Cf. Súmulas do STF de nºs 346 e 473.

Considerando que tais enunciados foram editados pela Suprema Corte brasileira antes da Constituição Federal de 1988, atualmente se reconhece que não apenas os direitos adquiridos, atos jurídicos perfeitos ou coisa julgada (art. 5º, XXVI, CRFB/88) encerram limites do exercício da autotutela administrativa, sendo certo que a nova ordem constitucional impôs ao Poder Público novos parâmetros para o desempenho válido dessa prerrogativa, tais como os princípios da moralidade administrativa (art. 37, *caput*, CRFB/88), da tutela à confiança legítima (art. 5º, *caput*, CRFB/88), da motivação dos atos administrativos (art. 93, X, CRFB/88), entre outros. Nesse sentido é o magistério doutrinário de Almiro do Couto e Silva, *litteris*:

É interessante seguir os passos dessa evolução. O ponto inicial da trajetória está na opinião amplamente divulgada na literatura jurídica de expressão alemã do início do século (séc. XX) de que, embora inexistente, na órbita da Administração Pública, o princípio da *res judicata*, a faculdade que tem o Poder Público de anular seus próprios atos tem limite não apenas nos direitos subjetivos regularmente gerados, mas também no interesse em proteger a boa-fé e a confiança (*Treue und Glauben*) dos administrados.

[...]

Esclarece Otto Bachof que nenhum outro tema despertou maior interesse do que este, nos anos 50, na doutrina e na jurisprudência, para concluir que o princípio da possibilidade de anulamento foi substituído pelo da impossibilidade de anulamento, em homenagem à boa-fé e à segurança jurídica. Informa ainda que a prevalência do princípio da legalidade sobre o da proteção da confiança só se dá quando a vantagem é obtida pelo destinatário por meios ilícitos por ele utilizados, com culpa sua, ou resulta de procedimento que gera sua responsabilidade. Nesses casos, não se pode falar em proteção à confiança do favorecido.⁵⁰

Além desses limites de caráter substanciais, pode-se apontar como pré-requisitos de natureza procedimental para o exercício da autotutela pelo Poder Público os princípios da publicidade dos atos administrativos (art. 37, CRFB/88) e do devido processo legal (art. 5º, LIV, CRFB/88). Como corolários do devido processo legal, erigidos

50 Os princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, n. 46, v. 18, p.11-29. 1988.

ao patamar de garantias constitucionais, a vigente Constituição impôs à Administração Pública o dever de assegurar efetivamente a ampla defesa e o contraditório aos *litigantes* em processo administrativo (art. 5º, LV, CRFB/88⁵¹). Na feliz síntese de Humberto Ávila, o essencial é que a decisão a respeito da revisão do ato administrativo decorra de um procedimento regular e não de mera suposição antecipada da autoridade revisora.⁵² Significa que a lei deve instituir os meios para a participação dos litigantes no processo administrativo, devendo o administrador público franquear esses meios, viabilizando, pelas partes interessadas, o exercício pleno de defesa e de influir eficazmente na decisão a ser prolatada no caso concreto.

Sabe-se que uma das principais funções dos direitos fundamentais é a de dar garantia ao indivíduo contra a invasão indevida do Estado em sua esfera de liberdade. A Constituição vigente, fundamento máximo de validade de toda a ordem jurídica, impõe valores e princípios de inafastável aplicação pelo Estado em qualquer uma de suas funções – seja no desempenho de atividade legislativa, jurisdicional e, assim, também pela Administração Pública. Assim, no que tange ao poder de anular e revisar seus próprios atos, o respeito aos princípios constitucionais acima enunciados impede que a Administração Pública promova a revisão dos próprios atos sem considerar os efeitos nocivos daí decorrentes⁵³ e – principalmente quando se trate de ato favorável ao cidadão – sem respeitar os limites constitucionais de proteção ao administrado.

4 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DE PROIBIÇÃO AO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

4.1 FUNDAMENTOS DE JURIDICIDADE DA Oponibilidade DO PRINCÍPIO DE PROIBIÇÃO DE COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO AO PODER PÚBLICO. A TEORIA DAS AUTOLIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS

Verificados os fundamentos normativos do *nemo potest venire contra factum proprium* – identificados, principalmente, nos princípios da solidariedade social, segurança jurídica, boa-fé

51 Tais direitos foram também expressamente assegurados pela Lei 9.784/99, que rege as regras do processo administrativo no âmbito federal.

52 Benefícios fiscais inválidos e a legítima expectativa dos contribuintes. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia*. nº 04, nov/dez/2005, jan 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 20/02/2008, p.3.

53 Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. op. cit., p. 248.

objetiva e respeito à dignidade da pessoa humana – e definido o atual papel da Administração Pública ante os novos paradigmas do Direito Administrativo, cujo principal foco é o respeito ao cidadão-administrado, podemos afirmar positivamente à questão sobre a aplicação do princípio de proibição de comportamento contraditório na esfera das relações de Direito Público.

O problema pode ser encontrado em diversos aspectos das relações jurídico-administrativas, como ocorre nas situações, v.g., em que mais de um órgão ou mesmo entidade da Administração Pública possua competência para fiscalizar determinada conduta levada a efeito por um particular, ensejando a possibilidade de serem praticados atos administrativos conflituosos. Ou ainda nos casos em que a Administração, modificando sua interpretação, pratica ato incompatível com o anterior sem que tenha havido modificação no plano fático.

Em casos como esses, referidos apenas a título de exemplo, aplica-se a teoria das *autolimitações administrativas*⁵⁴, que consubstancia a incidência do *nemo potest venire contra factum proprium* no âmbito da Administração Pública, impedindo que o Poder Público, ante os mesmos elementos de fato, adote entendimentos contraditórios ou em desacordo com os precedentes anteriormente firmados em sede administrativa.

Com efeito, ainda que, por hipótese, se pretenda restringir a aplicabilidade da boa-fé objetiva às relações privadas, por se cuidar de princípio normativamente tratado pelo vigorante Código Civil (arts. 113, 187, e 422)⁵⁵, deve-se admitir a aplicação do princípio de vedação ao comportamento contraditório nas relações jurídico-administrativas como decorrência lógica da aplicação dos valores constitucionais da solidariedade social, segurança jurídica e dignidade humana e da observância dos princípios constitucionais dirigidos à Administração Pública, em especial a moralidade administrativa (art. 37, *caput*, CRFB/88).

O princípio da moralidade administrativa, também consagrado pela Lei 9.784/99 como dever do Poder Público de “*atuação segundo*

54 Por todos, v. ARAGÃO, Alexandre Santos. Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro. n. 4. p. 231-244. out./dez. 2006.

55 Entendimento que usamos apenas a título de argumentação, pois pensamos que o princípio da boa-fé objetiva rege todas as relações jurídicas, como expressão dos deveres de cooperação, respeito e lealdade que se impõem às partes de qualquer relação contratual, seja ela privada ou administrativa.

padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé” (art. 2º, parágrafo único, IV), constitui pressuposto de juridicidade de todo e qualquer ato da Administração Pública. Amparando-se em lição de Maurice Hauriou, o mestre Hely Lopes Meirelles leciona que esse princípio impõe ao agente público um dever ético de honestidade e lisura na sua conduta, não se limitando a “*decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto.*”⁵⁶. Na mesma direção, Paulo Modesto assevera que a moralidade administrativa abriga o princípio da boa-fé, vedando-se, nas relações administrativas, “*toda atuação contrária à conduta reta, normal e honesta que cabe desejar no tráfego jurídico.*”⁵⁷

Ressalte-se que a conduta inquinada de imoralidade está expressamente sujeita à ação popular (art. 5º, LXXIII, CRFB/88 e Lei nº 4.717/65), cuja legitimação ativa é conferida a qualquer cidadão. Muito embora a ausência de condições técnicas do cidadão para, em juízo, promover a efetiva proteção do direito violado em face da Administração Pública ou de grandes sociedades empresárias⁵⁸, a ação popular representa, conforme já tivemos oportunidade de afirmar alhures⁵⁹, instrumental de inegável importância para a realização plena do Estado Democrático de Direito, ao conferir efetividade à democracia participativa como exercício da soberania popular (artigos 1º e 14 da Constituição da República).

Pode-se afirmar, ainda, que o dever de coerência por parte da Administração Pública decorre também do princípio constitucional da igualdade (art. 3º, IV, e art. 5º, *caput* e inciso I, CRFB/88) a medida em que a exigência de que sejam perpetradas as mesmas condutas ante as mesmas situações vai ao encontro da isonomia, que impõe igual tratamento a situações iguais, não sendo lícito à Administração agir de outra forma quando presentes os mesmos elementos fáticos ou em

56 op. cit., p. 83.

57 MODESTO, Paulo. Controle jurídico do comportamento ético da Administração Pública no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*. Salvador. Instituto de Direito Público da Bahia, nº 10, jun/jul/ago/2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 mar. 2008. p. 7.

58 Neste sentido, v. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. op. cit., p. 786.

59 Do prazo prescricional para o ajuizamento de ação civil pública. *Revista da AGU*. Brasília-DF. n. 20. abr./jun. 2009. p. 221.

situações jurídicas que contenham a mesma *ratio*.⁶⁰ Nessa pauta, pode-se afirmar que o princípio da impessoalidade administrativa (art. 37, *caput*, CRFB/88), como projeção da isonomia, também encarta-se como fundamento normativo para a aplicação do princípio de vedação ao comportamento contraditório nas relações de Direito Público.

Ressalte-se que a incidência dos aludidos princípios constitucionais no âmbito das relações jurídico-administrativas bem como o inafastável dever de respeito pela Administração Pública dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos-administrados impedem que o Poder Público deixe de cumprir tais mandamentos constitucionais ao argumento da proteção ao erário.

Assim, a vetusta afirmação de que haveria um interesse público *primário*, identificado no interesse da sociedade, e outro *secundário*, que seria o interesse fazendário, de arrecadação e de proteção do patrimônio público⁶¹, embora possa conter algum valor científico, não serve como critério para determinar a esfera de atuação do Ministério Público e da Advocacia Pública⁶², eis que o papel do Estado na contemporaneidade não se limita apenas a maximizar arrecadação e minimizar despesas, em contraposição ao que seriam os interesses da sociedade. Os princípios constitucionais nesta pauta enunciados impõem ao Estado também o papel de promover justiça, segurança e bem-estar social.

Com efeito, de acordo com o que defendemos no capítulo anterior, o foco principal de atuação da Administração Pública passou a ser o cidadão-administrado. A pessoa humana passou a ser o fim das ações administrativas, não o meio para obtenção de outros fins. Como órgão de representação e assessoramento jurídico do Estado, à Advocacia Pública incumbe não apenas promover a defesa do patrimônio público mas, principalmente e com maior vigor, considerar como finalidade principal do Estado o pleno respeito aos direitos inerentes à pessoa humana, pautando a sua atuação sempre em prol do exercício pleno da

60 No mesmo sentido, PÉREZ, Jesús González. *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 1983. p. 122.

61 Essa classificação é oriunda de doutrina italiana, encontrada em ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1960. p.197.

62 Afirmação encontrada, por exemplo, em BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 375

cidadania.⁶³ Na mesma direção, cumpre transcrever a segura lição de Gustavo Binenbojm, *in verbis*:

O Direito Administrativo percorreu, nas duas últimas décadas, um itinerário de revisão das suas premissas axiológicas e de seus conceitos fundamentais. Esse processo resultou da reconstrução democrática das nossas instituições, a partir da promulgação da Constituição de 1988 e da vivência da democracia no país. O Direito Administrativo recebeu os ventos benfazejos da constitucionalização do direito, tornando-se permeável ao sistema de direitos fundamentais e às exigências democratizantes da Carta de 1988. Assim, a disciplina deixa de ser percebida como mero estatuto do poder, constituído a serviço de seus detentores, para convolar-se em verdadeiro estatuto da cidadania, vocacionado à proteção e promoção de direitos dos cidadãos. De instrumento do poder, o Direito Administrativo assume a pretensão de instrumentalizá-lo em prol da realização de direitos e dos objetivos sociais constitucional e legalmente previstos.

[...]

O papel da Advocacia Pública é absolutamente decisivo e crucial para que os valores informativos do Estado democrático do direito sejam realizados. De um lado, a Advocacia Pública tem compromisso democrático, voltado à preservação da legitimidade política e da governabilidade. Sua tarefa, nesta vertente, é a de trabalhar pela viabilização jurídica das políticas públicas determinadas por governos democraticamente eleitos. De outro lado, a Advocacia Pública tem um compromisso jurídico, destinado à manutenção dos atos da Administração dentro das balizas da juridicidade. Trata-se, assim, de uma missão institucional bifronte, caracterizada pela

abertura de possibilidades democráticas no horizonte dos limites impostos pelo ordenamento jurídico.⁶⁴

Atenta ao novo papel do Estado na contemporaneidade e em cumprimento à sua missão constitucional de preservar a confiança

63 Tive a oportunidade de registrar as mesmas conclusões em conferência que proferi em 22 de janeiro de 2009 no I Ciclo de Palestras sobre os 86 anos da Lei Eloy Chaves: evolução histórica da Previdência Pública no Brasil, realizado no Auditório da Gerência Executiva do INSS em Petrópolis/RJ.

64 BINENBOJM, Gustavo. Advocacia Pública tem um compromisso democrático, voltado à preservação da legitimidade política e da governabilidade. *Entrevista publicada no Informativo UNAFE – União dos Advogados Públicos Federais do Brasil*. Brasília/DF. Ano II, Edição 3, maio/2010 p. 4.

legítima dos administrados, a Advocacia-Geral da União – Instituição da qual me orgulho de fazer parte – tem reiteradamente editado Súmulas que reconhecem direitos aos cidadãos, cabendo transcrever, no particular, a Súmula de nº 34, que enuncia que “*não estão sujeitos à repetição os valores recebidos de boa-fé pelo servidor público, em decorrência de errônea ou inadequada interpretação da lei por parte da Administração Pública*”.⁶⁵ Esse verbete é a afirmação da aplicação do *nemo potest venire contra factum proprium* no espaço das relações de Direito Público.

Essa postura da Advocacia-Geral da União é aferida não apenas nas súmulas editadas pelo Advogado-Geral da União, podendo ser atualmente encontrada nas diversas manifestações de seus membros, afinados com a missão constitucional do Estado de preservar direitos fundamentais, através de suas peças e pareceres jurídicos. A título de exemplo, transcrevemos ementa referente a parecer gentilmente cedido pelo seu autor, o Procurador Federal Diego da Fonseca Hermes Ornellas de Gusmão, em que se reconhece o dever da Administração Pública de respeitar a confiança legítima dos administrados, *in verbis*:

EMENTA: PROCESSO PARALISADO – INTERRUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL PELO RECONHECIMENTO DO DIREITO DO REQUERENTE – NÃO OCORRÊNCIA DA SUSPENSÃO DO PRAZO EM RAZÃO DE PARALISAÇÃO INDEVIDA DO PROCESSO – INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DO ART. 5º DO DECRETO 20.910/31 – PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA- PROIBIÇÃO DE CONDUTA CONTRADITÓRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

A estabilidade das relações sociais e a segurança jurídica compõem o fundamento da prescrição, uma vez que o instituto visa a impedir que o exercício de uma pretensão fique pendente de uma forma indefinida. Estabelece-se um lapso temporal para que a pretensão seja exercida. Transcorrido esse prazo sem qualquer diligência por parte de seu titular, o próprio ordenamento jurídico, que tutela a pretensão, concede à aquele que suporta a pretensão a possibilidade de obstruí-la, em nome da estabilidade das relações sociais (*cf* Gustavo Tepedino *et alli*, in Código Civil Interpretado, Vol. I, p. 189, 1ª Edição. Renovar)

A Administração agiu, com todas as vênias, de maneira abusiva ao não dar o devido andamento ao presente procedimento administrativo,

65 Editada em 16 de setembro de 2008. Publicada no DOU, Seção I, de 17/09; 18/09 e 19/09/2008.

violando, assim, o princípio da eficiência administrativa, incluído no art. 37 *caput* da Constituição da República pela EC 19/98.

Boa-fé objetiva é cooperação e respeito, é conduta esperada e leal, tutelada em todas as relações sociais, onde os deveres anexos são verdadeiras obrigações acessórias de conduta sendo vedado o comportamento contraditório (*nemo potest venire contra factum proprio*), por violar o princípio da boa-fé objetiva e a tutela da confiança.

É imperioso reconhecer que foi por ato omissivo exclusivo da Administração que gerou a demora no reconhecimento do direito da postulante, devendo o art. 5º do Dec. 20910/32 ser interpretado no sentido de que a não suspensão do prazo prescricional ocorrerá por negligência do titular do direito, e não por ineficiente atitude da Administração, sendo necessário a devida filtragem constitucional do referido dispositivo, para interpretá-lo à luz dos princípios do Direito Administrativo, previstos principalmente no art. 37 da Constituição da República.⁶⁶

É exatamente em virtude do novo papel do Estado que se afirma positivamente à possibilidade de aplicação da proibição de comportamento contraditório no âmbito das relações jurídico-administrativas: a incidência do princípio na esfera pública densifica os princípios consagrados pela nova ordem constitucional e cumpre o dever de respeito aos direitos e garantias fundamentais.

4.2 PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS PARA A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO ÀS RELAÇÕES JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS

Analisamos no primeiro capítulo que, para a incidência do princípio de vedação ao comportamento contraditório, é necessário que sejam verificados cumulativamente quatro pressupostos: (i) a conduta inicial; (ii) a confiança legítima de outrem na preservação do sentido objetivamente extraído da conduta inicial; (iii) o comportamento contraditório em relação ao sentido objetivo da conduta inicial; (iv) dano efetivo ou potencial.

⁶⁶ Parecer lançado no Processo administrativo autuado sob o nº 35318.000439/2005-66, Procuradoria Seccional Federal de Niterói/RJ.

Para que o princípio incida no âmbito das relações jurídico-administrativas, além de tais pressupostos, deve ser apurada, em especial, a ocorrência dos requisitos da identidade subjetiva e objetiva.

Pelo requisito da identidade *subjetiva*, exige-se que o emissor do ato anterior e do ato posterior seja a mesma Administração Pública. Com efeito, para a incidência do princípio de proibição de comportamento contraditório, todos os órgãos integrantes da mesma pessoa jurídica devem atuar de forma coordenada, pelo que estará atendido o requisito da identidade *subjetiva* caso o ato administrativo praticado por um órgão contrarie precedente oriundo de outro da mesma Administração. Cumpre registrar a advertência feita pelo publicista Alexandre Aragão, para quem mesmo se tratando de incoerência entre atos praticados por entidades – e não apenas órgãos, desprovidos de personalidade jurídica – da mesma esfera da Federação, “*não há de ser descartada a priori a aplicação da teoria, a depender do regime autônomo próprio e da vinculação ministerial da entidade*”.⁶⁷

Assim, ainda que os atos contraditórios emanem de órgãos com competências diferentes, o critério para aferir a ocorrência do requisito da identidade *subjetiva* continuará sendo o da mesma Administração Pública, cuja unidade não deixa de existir em virtude da sua divisão interna organizacional. Sabe-se que, por meio da criação de órgãos administrativos, o fenômeno da *desconcentração* tem como escopo apenas propiciar melhoria no desempenho das funções administrativas, preservando a unidade da pessoa jurídica de Direito Público da qual fazem parte.

Na mesma direção é a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, de que é exemplo o julgado a seguir ementado, *in verbis*:

TRIBUTÁRIO – AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL - PRODUTORA DE SEMENTES - ALÍQUOTA REDUZIDA - ART. 278 DO RIR - ART. 30 DO DECRETO N. 81.877/78, QUE REGULAMENTA A LEI N. 6.507/77.

1. É fato incontroverso nos autos que a recorrida encontra-se registrada no Ministério da Agricultura como “produtora de sementes.” É o próprio art. 30 do Decreto n. 81.877/78 que conceitua produtor de semente como “toda pessoa física ou jurídica devidamente credenciada pela entidade fiscalizadora, de acordo com as normas em vigor”. Tendo a recorrida obtido o registro

67 op. cit., p. 235.

competente, não cabia à União indagar ou desclassificar essa situação jurídica sem o procedimento adequado, a fim de excetuá-la da alíquota reduzida descrita no art. 278 do RIR (Decreto n. 85.450/80).

2. Ademais, ao assim pretender fazer, está a União inserida em patente comportamento contraditório, vedado pelo ordenamento jurídico pátrio, pois a ninguém é dado *venire contra factum proprium*, tudo em razão da caracterização do abuso de direito. Assim, diante da especificidade do caso, sem razão a recorrente em seu especial, pois é o registro no órgão de fiscalização competente, diante do reconhecimento da própria União do cumprimento dos requisitos legais, que faz com que a pessoa jurídica ora recorrida seja qualificada como produtora de sementes.

3. Agravo regimental improvido.⁶⁸

Para atender ao requisito da identidade *objetiva*, é preciso que sejam similares as circunstâncias determinantes em que foram praticados os atos administrativos tido por incoerentes. Usando expressão cunhada por Díez-Picazo, a identidade objetiva será identificada a partir do exame da *causa* das condutas administrativas⁶⁹, devendo haver similitude entre os elementos fáticos que ensejaram as atuações administrativas. Se as circunstâncias determinantes são as mesmas e a Administração decide de forma diferente, o ato incoerente é inválido por vulnerar todos os princípios que a teoria das autolimitações administrativas visa preservar.

Nesse sentido, cumpre transcrever elucidativa ementa relativa a recente julgado oriundo do E. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, *litteris*:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL COMUM FEDERAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ABANDONO DE CARGO E FALTAS AO SERVIÇO. ARQUIVAMENTO A PARTIR DE CONVENCIMENTO DOS ARGUMENTOS DESENVOLVIDOS POR AQUELE. REALIZAÇÃO DE DESCONTOS EM

68 AgRg no REsp 396489/PR, Segunda Turma, Relator: Ministro Humberto Martins, Fonte: DJe 26/03/2008.

69 DÍEZ-PICAZO, Luis. M^º. El precedente administrativo. *Revista de Administración Pública*. Madrid, n. 98, mayo-agosto de 1982. p. 99.

SUA REMUNERAÇÃO A TÍTULO DE REPOSIÇÃO AO ERÁRIO. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DA ASSUNÇÃO DE COMPORTAMENTOS CONTRADITÓRIOS ENTRE SI.

I. Tendo em vista que o abandono de cargo (assim como ocorre com a inassiduidade habitual, nos termos do art. 139 da Lei n.º 8.112/1990) se revela como um grau (e, mais precisamente, o grau máximo) de faltas ao serviço, a elisão de tal situação jurídica, por parte da própria Ré, ao realizar arquivamento de PAD – processo administrativo disciplinar para se apurar tudo isso — convencendo-se dos argumentos desenvolvidos pela Autora sobre a forma de justificação de motivo de faltas ao serviço adotada por ela, e, por conseguinte, declarou a inexistência de responsabilidade administrativa da Autora pela suposta prática da indigitada conduta —, deixa de justificar a realização de descontos na remuneração da Autora a título de reposição ao erário de vencimentos percebidos nos respectivos dias, com fundamento no art. 44, caput, II, dessa Lei, já que simplesmente não se reconhece a existência de uma causa que produza este efeito jurídico genérico.

II. Mesmo que assim não fosse, em aplicação do princípio da vedação da assunção de comportamentos contraditórios entre si (expresso através da máxima *nemo potest venire contra factum proprium*), não é tolerável, por parte da Ré, ou seja, da mesma entidade pública, na mesma conjuntura, diante de uma mesma conduta praticada pela Autora, reconhecer a licitude da forma de justificação de motivo de faltas ao serviço adotada por ela e, *pari passu*, realizar desconto em sua remuneração a título de reposição ao erário de vencimentos percebidos nos respectivos dias.⁷⁰

4.3 INSTRUMENTOS DE MATERIALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO NA ESFERA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: AS SUBTEORIAS DOS ATOS PRÓPRIOS E DOS PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS

Partindo da premissa – objeto de análise do capítulo anterior – de que a nova ordem constitucional impôs novos paradigmas ao Direito Administrativo, que repercutem sobre a atuação da Administração Pública e a intensidade do controle dos seus atos, podemos afirmar que a teoria das autolimitações administrativas encerra um conjunto de

70 Apelação Cível 420402, Sétima Turma Especializada, Relator Desembargador Federal Sergio Schwaitzer, Fonte: DJU - Data: 09/12/2008, p. 238.

instrumentos complementares cujo escopo é o de assegurar a coerência e a isonomia no tratamento conferido pelo Poder Público aos cidadãos-administrados.

Com efeito, não se admitindo mais a antiga ideia de que a Administração Pública possuiria espaços decisórios inteiramente imunes a qualquer tipo de controle⁷¹, a teoria das autolimitações administrativas, projeção do princípio de proibição ao comportamento contraditório no âmbito das relações jurídico-administrativas, impõe que a Administração Pública, no desempenho de suas inúmeras funções, se *autovincule* aos atos por ela praticados.

Dessa forma, ao dever de obediência aos atos administrativos anteriormente praticados corresponde a proibição de exercício arbitrário, incoerente e desigual por parte do Poder Público. A autolimitação administrativa visa resguardar a segurança jurídica, ao garantir a vigência dos atos anteriormente praticados pela Administração Pública, geradores da confiança legítima. Sobre a importância da estabilidade das relações jurídicas, transcrevemos lição preciosa de Celso Antônio Bandeira de Mello, *litteris*:

é sabido e ressabido que a ordem jurídica corresponde a um quadro normativo proposto precisamente para que as pessoas possam se orientar, sabendo pois, de antemão, o que devem ou o que podem fazer, tendo em vista as ulteriores conseqüências imputáveis a seus atos. O Direito propõe-se a ensejar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da 'segurança jurídica', o qual, bem por isto, se não é o mais importante dentre todos os princípios gerais de Direito, é, indisputavelmente, um dos mais importantes entre eles. Os institutos da prescrição, da decadência, da preclusão (na esfera processual), do usucapião, da irretroatividade da lei, do direito adquirido, são expressões concretas que bem revelam esta profunda aspiração à estabilidade, à segurança, conatural ao Direito. Tanto mais porque inúmeras dentre as relações compostas pelos sujeitos de direito constituem-se em vista do porvir e não apenas da imediatidade das situações, cumpre, como inafastável requisito de um ordenado convívio social, livre de abalos repentinos ou surpresas desconcertantes, que haja uma certa estabilidade nas situações destarte constituídas.⁷²

71 Vide tópico 2.1.

72 op. cit., p. 94.

Como instrumentos de concretização da teoria das autolimitações administrativas, foram construídas as subteorias dos *atos próprios* e dos *precedentes administrativos*.⁷³ A primeira pode ser arguida dentro da mesma relação jurídica, aplicada, assim, à mesma pessoa em favor da qual fora praticado o ato administrativo anterior, gerador da confiança legítima no seu beneficiário de que a Administração Pública não irá agir de modo contrário ao comportamento anterior. A teoria dos precedentes administrativos, por seu turno, incide sobre relações jurídicas distintas, invocada por pessoa diversa da alcançada pelo entendimento administrativo anterior.

A teoria dos atos próprios já foi expressamente referida pelo C. Superior Tribunal de Justiça. No caso, discutia-se a possibilidade da Administração Pública⁷⁴, após firmar diversas promessas de compra e venda de lotes referentes a uma gleba de sua propriedade, promover a anulação dos aludidos contratos ao argumento de que o parcelamento não estava regularizado por falta de registro. Aquela E. Corte de Justiça concluiu pela falta de amparo jurídico à pretendida anulação contratual justamente em virtude do caráter contraditório dos atos levados a efeito pelo Poder Público, proibindo o comportamento contraditório com base na teoria dos atos próprios, *in verbis*:

LOTEAMENTO. MUNICIPIO. PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DO CONTRATO. BOA-FE. ATOS PROPRIOS.

- TENDO O MUNICIPIO CELEBRADO CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE LOTE LOCALIZADO EM IMOVEL DE SUA PROPRIEDADE, DESCABE O PEDIDO DE ANULAÇÃO DOS ATOS, SE POSSIVEL A REGULARIZAÇÃO DO LOTEAMENTO QUE ELE MESMO ESTA PROMOVENDO. ART. 40 DA LEI 6.766/79.

- A TEORIA DOS ATOS PROPRIOS IMPEDE QUE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA RETORNE SOBRE OS PROPRIOS PASSOS, PREJUDICANDO OS TERCEIROS QUE CONFIARAM NA REGULARIDADE DE SEU PROCEDIMENTO.

RECURSO NÃO CONHECIDO.⁷⁵

73 Cf, por todos, o clássico estudo de Díez-Picazo, Luis. M^o. op. cit.

74 Naquele caso, o Município de Limeira, situado no Estado de São Paulo.

75 Ementa relativa ao REsp 141.879/SP, Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 17.03.1998, DJ 22.06.1998 p. 90.

Sobre a aplicação da teoria dos precedentes administrativos, cabe registrar a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro que, ao relacionar o princípio da segurança jurídica à ideia de boa-fé objetiva, asseverou, *litteris*:

Se a Administração adotou determinada interpretação como a correta e a aplicou a casos concretos, não pode depois vir a anular atos anteriores, sob o pretexto de que os mesmos foram praticados com base em errônea interpretação. [...] Se a lei deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, por respeito ao princípio da segurança jurídica, não é admissível que o administrado tenha seus direitos fluando ao sabor das interpretações jurídicas variáveis no tempo.⁷⁶

Conquanto a divisão da teoria das autolimitações administrativas em duas nomenclaturas tenha alguma relevância para a ciência do Direito, o fato é que tanto a subteoria dos atos próprios quanto a dos precedentes administrativos visam preservar a coerência por parte do Poder Público, consistente no dever de observar no futuro a conduta esperada a partir dos atos administrativos anteriores, realizando, assim, os fundamentos normativos do *nemo potest venire contra factum proprium* no âmbito da Administração Pública: solidariedade social, boa-fé, segurança jurídica, igualdade e moralidade administrativa.

5 CONCLUSÃO

Muito embora não esteja regulado expressamente por nenhum diploma normativo vigente em nosso país, a falta de lei não induz à conclusão da inexistência do princípio de proibição de comportamento contraditório. Com efeito, tendo em vista que o pensamento jurídico é atualmente marcado pela *pós-modernidade* ou *pós-positivismo* – em virtude do abandono histórico do *jusnaturalismo* e do fracasso político do *positivismo jurídico* associado à *Modernidade* – abriu-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.

Dessa forma, cabe ao intérprete e aplicador das normas jurídicas – seja o magistrado, seja o administrador público –, tendo em vista a força normativa dos princípios, fazer incidir o princípio em ordem a densificar os fundamentos que lhe conferem juridicidade: solidariedade social, segurança jurídica, boa-fé objetiva, tutela da confiança, todos

⁷⁶ *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 85.

decorrentes da dignidade humana, fundamento que alicerça todos os demais direitos e garantias.

A aplicação do princípio da vedação ao comportamento contraditório pressupõe a ocorrência cumulativa de quatro eventos: (i) uma conduta inicial – o *factum proprium*; (ii) a confiança legítima de outrem na preservação do sentido objetivamente extraído do *factum proprium*; (iii) o comportamento contraditório em relação ao sentido objetivo da conduta inicial; (iv) dano efetivo ou potencial.

O *objeto da tutela* do princípio não é precisamente a coerência entre os comportamentos, mas, sim, a confiança que a conduta inicial provocou, preservando-se a lealdade entre o agente e o destinatário da conduta. Duas são as *formas da tutela* instrumentalizada pelo princípio: *repressiva* ou *preventiva*, tendo em conta que tanto o dano *potencial* – isto é, o dano latente, que se encontra na iminência de ocorrer – quanto o *efetivo* ensejam a incidência do princípio.

No campo do Direito Administrativo, a nova interpretação decorrente dos princípios constitucionais consagrados pela Constituição Federal de 1988 representou importante ruptura com as antigas concepções teóricas aplicadas a esse ramo da ciência jurídica, até então impregnadas de formulações mais comprometidas com a preservação da autoridade da Administração Pública do que com a realização plena do Estado Democrático de Direito.

Os princípios constitucionais, direitos e garantias fundamentais e as normas dedicadas pelo texto constitucional à Administração Pública impuseram uma releitura das antigas categorias jurídicas até então forjadas para afirmar, por exemplo, a supremacia do interesse público sobre o privado, a restrita vinculação positiva do administrador às leis infraconstitucionais e a impossibilidade de controle judicial do mérito administrativo. Essas transformações – vivenciadas não apenas pelo Direito Administrativo – decorrem do reconhecimento da força normativa das normas constitucionais, cujos valores, princípios e regras se irradiam por todo o ordenamento jurídico.

A inequívoca modificação dos pressupostos teóricos do Direito Administrativo pela Constituição Federal de 1988 implicou em uma mudança do foco principal da atuação da Administração Pública, antes calcada no melhor interesse do Estado e agora direcionada à realização plena da cidadania, alçada pela vigente Constituição Federal a

fundamento da República (art. 1º, inciso II, CRFB/88), como afirmação do cidadão-administrado como principal foco de atuação do Estado, que o deve considerar sempre um *fim* em si mesmo e nunca mero *meio* para atingir objetivos coletivos ou outros individuais

Assim, para o desempenho válido da prerrogativa da autotutela administrativa, a nova ordem constitucional impôs ao Poder Público novos limites, tanto de natureza *substancial*, tais como os princípios da moralidade administrativa (art. 37, *caput*, CRFB/88), da tutela à confiança legítima (art. 5º, *caput*, CRFB/88), da motivação dos atos administrativos (art. 93, X, CRFB/88); quanto de caráter *procedimental*, como os princípios da publicidade dos atos administrativos (art. 37, CRFB/88), do devido processo legal (art. 5º, LIV, CRFB/88), da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, CRFB/88). Tais parâmetros de estatura constitucional impedem que a Administração Pública promova a revisão dos próprios atos sem considerar os efeitos nocivos daí decorrentes e sem respeitar os limites constitucionais de proteção ao administrado, principalmente quando se trate de ato favorável ao cidadão.

O princípio de proibição de comportamento contraditório incide também na esfera das relações de Direito Público, instrumentalizado pela teoria das *autolimitações administrativas*, que veda ao Poder Público que, ante os mesmos elementos de fato, adote entendimentos contraditórios ou em desacordo com os precedentes anteriormente firmados em sede administrativa. A aplicação do princípio de vedação ao comportamento contraditório nas relações jurídico-administrativas é decorrência lógica do cumprimento do dever estatal de respeito aos direitos e garantias fundamentais, da aplicação dos valores constitucionais da solidariedade social, segurança jurídica e dignidade humana, assim como da observância dos princípios constitucionais dirigidos à Administração Pública, em especial a moralidade e a impessoalidade administrativa, essa última como projeção do princípio da isonomia.

Para que o princípio incida no âmbito das relações jurídico-administrativas, além dos seus pressupostos gerais, deve ser apurada, em especial, a ocorrência dos requisitos da identidade subjetiva e objetiva. Assim é que se exige que o emissor do ato anterior e do ato posterior seja a mesma Administração Pública (identidade *subjetiva*) e que sejam similares as circunstâncias determinantes em que foram praticados os atos administrativos tido por incoerentes,

devendo haver similitude entre os elementos fáticos que ensejaram as atuações administrativas (identidade *objetiva*). Se as circunstâncias determinantes são as mesmas e a mesma Administração decide de forma diferente, o ato incoerente é inválido por vulnerar todos os princípios que a teoria das autolimitações administrativas visa preservar.

Como instrumentos de concretização da teoria das autolimitações administrativas, foram criadas as subteorias dos *atos próprios* e dos *precedentes administrativos*. A primeira pode ser arguida dentro da mesma relação jurídica, aplicada, assim, à mesma pessoa em favor da qual fora praticado o ato administrativo anterior, gerador da confiança legítima no seu beneficiário de que a Administração Pública não irá agir de modo contrário ao comportamento anterior. A teoria dos precedentes administrativos, por seu turno, incide sobre relações jurídicas distintas, invocada por pessoa diversa da alcançada pelo entendimento administrativo anterior.

Conquanto a divisão da teoria das autolimitações administrativas possua valor científico, as subteorias dos atos próprios e dos precedentes administrativos visam igualmente preservar a coerência por parte do Poder Público, impondo-lhe o dever de observar no futuro a conduta esperada a partir dos atos anteriores, realizando, assim, os fundamentos normativos da proibição de comportamento contraditório no espaço das relações de Direito Público: solidariedade social, boa-fé, segurança jurídica, igualdade e moralidade administrativa.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1960.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. v. II. Coimbra: Almedina, 1983.

ARAGÃO, Alexandre Santos. Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. *Revista de Direito do Estado*, n. 4, Rio de Janeiro: Renovar, out./dez. 2006.

ÁVILA, Humberto. Benefícios fiscais inválidos e a legítima expectativa dos contribuintes. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 04, nov./dez. 2005, jan 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 20 fev. 2008.

BAPTISTA, Patrícia. Os limites constitucionais à autotutela administrativa: o dever de observância do contraditório e da ampla defesa antes da anulação de um ato administrativo ilegal e seus parâmetros. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Reconstrução democrática do Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *A Reconstrução democrática do Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Reconstrução democrática do Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Advocacia Pública tem um compromisso democrático, voltado à preservação da legitimidade política e da governabilidade. Entrevista publicada no *Informativo UNAFE – União dos Advogados Públicos Federais do Brasil*, Brasília/DF, ano II, p. 4, 3 ed. maio 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARPENA, Heloísa. Abuso do Direito no código de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo código civil – estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito administrativo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Notícia do direito brasileiro*. Nova Série, n. 6, 1999, Brasília: Faculdade de Direito da UnB.

- _____. *Texto-base 4: A trajetória da Filosofia do Direito na Modernidade*. Brasília/DF: CEAD/UnB, 2008. 20 p. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/file.php/6/Biblioteca/Semana_4/Texto_base_semana_4.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2008.
- CRETTELLA JUNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo*, v. 10, Rio de Janeiro: Forense, 1972.
- Díez-Picazo, Luis. M^a. El precedente administrativo, Madrid, *Revista de Administración Pública*, n. 98, mayo-agosto de 1982.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FACCI, Lucio Picanço. *Mandado de segurança contra atos jurisdicionais*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.
- _____.Do prazo prescricional para o ajuizamento de ação civil pública. *Revista da AGU n° 20*. Brasília-DF, abr./jun. 2009.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil – teoria geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- JACQUES, Paulino. *Curso de Direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1958.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1994.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- 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: 18 mar. 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do venire contra factum proprium. *Revista Forense*, n. 376, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

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

_____. *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. atual. por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MODESTO, Paulo. Controle jurídico do comportamento ético da Administração Pública no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 10, jun./jul./ago. 2007, Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 mar. 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PÉREZ, Jesús González. *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 1983.

_____. *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1999.

PICANÇO, Melchiades. A lei, a jurisprudência e o bom senso. In: *A força eterna do Direito*, v. 1. Rio de Janeiro: Peneluc, 1996.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SILVA, Almiro do Couto e. Os princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. *Revista*

da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, v. 18, n. 46, p.11-29 Porto Alegre: Instituto de Informática Jurídica do Estado do Rio Grande do Sul, 1988.

TÁCITO, Caio. Mandado de Segurança Preventivo. *Revista de direito administrativo*, v. 61, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1960.

TEPEDINO, Gustavo. *O novo Código Civil*: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. Editorial à Revista Trimestral de Direito Civil, v. 7. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HÁ IMPROBIDADE POR VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS SEM DANO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO?

IS THERE AN ACT OF IMPROBITY BY VIOLATING PRINCIPLES WITHOUT DAMAGE TO PUBLIC PROPERTY?

Lyts de Jesus Santos

Advogado da União, Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, Especialista em Direito Processual Civil pela Escola da Magistratura de Sergipe e Faculdade de Negócios de Sergipe

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da Improbidade Sem Dano No Texto Legal; 2 Da Evolução Do Entendimento Nos Tribunais; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho situa o ato de improbidade administrativa por violação aos princípios da administração pública dentre os tipos de improbidade. Analisa a forma como o legislador ordinário afastou a necessidade de demonstração do dano ao patrimônio público para a caracterização do referido tipo de improbidade. Aborda a mitigação ao texto legal imposta por alguns julgados que afastam a aplicação da lei quando o ato não acarreta dano ou enriquecimento ilícito. Finalmente, aponta a necessidade de construção de uma solução que permita o adequado funcionamento do sistema cunhado pelo legislador, que dispensa a caracterização do dano para ocorrência da improbidade, sem, por outro lado, incorrer no equívoco de aplicar a lei em sua literalidade, o que poderia supor que o ato meramente ilegal seria ímprobo.

PALAVRAS-CHAVE: Improbidade administrativa. Violação a princípios. Prescindibilidade do dano.

ABSTRACT: The present work places the act of administrative improbity by violating principles of public administration among the types of act of improbity. It analyses the way the legislator has refused the need of demonstrating the injury to the public goods for describing the type of act of improbity referred above. It handles the mitigation of these legal provision provided by some judgments that reject its incidence when the act does not imply neither injury nor illicit enrichment. Finally, it indicates the need of building a solution that allows the suitable functioning of the legal system - that dispenses with injury to comprehend the act of improbity - without wrongly applying the law literally, which could assume that the act merely illicit would be an act of improbity.

KEYWORDS: Administrative improbity. Violation of principles. Dispensability of injury.

INTRODUÇÃO

Os atos de improbidade administrativa podem ser classificados como de três ordens, conforme dispõe a Lei n.º 8.249/92: os que importam enriquecimento ilícito – art. 9º; os que causam prejuízo ao erário – art. 10; e os que atentam contra os princípios da administração pública – art. 11.

Interessa aqui o estudo do ato de improbidade capitulado no art. 11 da Lei n.º 8.429/92, ou seja, aquele que atenta contra os princípios que regem a administração pública.

Mais especificamente, o presente estudo objetiva analisar a forma como o referido ato de improbidade tem sido encarado por alguns julgados, que têm afastado o reconhecimento da improbidade quando não se vislumbra dano ao patrimônio público.

Da mera leitura da lei é possível concluir que não há necessidade de caracterização do dano. Se dano houvesse, ocasionado pela conduta do agente público, estar-se-ia diante do tipo de improbidade por caracterização do dano. Por mais forte razão, não há necessidade de configuração de enriquecimento ilícito, pois, na mesma linha de raciocínio, se enriquecimento ilícito houvesse, por parte do agente público, aplicar-se-ia o tipo do art. 9º.

De ver-se que a norma é absolutamente clara, mas o legislador não parou por aí. Talvez prevendo o surgimento de teses a esvaziarem a improbidade por violação a princípios, houve por bem estabelecer em artigo próprio que não há necessidade de dano para configuração da improbidade, art. 21, I.

Sendo a norma tão clara, a pergunta que titula o presente artigo não teria razão de ser, vez que haveria resposta óbvia: há improbidade por violação a princípio sem dano ao patrimônio público.

Todavia, não são raros os julgados que têm decidido em sentido inverso, chegando a conclusão oposta da que se depreende do texto legal: não há improbidade sem dano.

A pretensão deste artigo é enfrentar o problema acima de forma a colaborar com a construção de uma solução que permita o adequado funcionamento do sistema cunhado pelo legislador, que dispensa a

caracterização do dano para ocorrência da improbidade, sem, por outro lado, incorrer no equívoco de aplicar a lei em sua literalidade, o que poderia supor que o ato meramente ilegal seria ímprobo, em prejuízo do adequado enfrentamento dos atos que verdadeiramente se revestem de improbidade administrativa.

1 DA IMPROBIDADE SEM DANO NO TEXTO LEGAL

Conforme referido no introito, o legislador entendeu por bem caracterizar os atos que atentam contra os princípios que regem a administração pública como atos de improbidade, nos termos do art. 11 da Lei n.º 8.429/92.

Os incisos do artigo mencionado são apenas elucidativos, *numerus apertus*, quis o legislador explicitar que quem age, por exemplo, de forma a frustrar a licitude do concurso público comete ato de improbidade. Não se pretendeu, pois, esgotar as hipóteses de improbidade por violação a princípios, o que seria impossível de fazê-lo.

Marcelo Figueiredo vê com bons olhos o fato de o legislador ter alçado a ato de improbidade a contrariedade dos princípios que regem a administração pública¹:

A preocupação do legislador é de ser aplaudida, porquanto coube à doutrina um esforço de décadas para demonstrar a importância dos princípios, sua eficácia e aplicabilidade. Assim, mais do que nunca, atual é a advertência já clássica de Celso Antônio: violar um princípio é muito mais grave do que violar uma norma isolada, porque as conseqüências do ataque são, sem dúvidas, muito maiores, devido à generalidade e raio de ação dos princípios.

Todavia, um pouco mais adiante, Marcelo Figueiredo critica a dicção legal que, no seu entender, praticamente elevou à improbidade qualquer violação da lei²:

[...] a lei peca por excesso ao equiparar o ato ilegal ao ato de improbidade; ou, por outra, o legislador, invertendo a dicção constitucional, acaba por dizer que o ato de improbidade pode ser decodificado como toda e qualquer conduta atentatória à legalidade, lealdade, imparcialidade etc. Como se fosse possível, de uma

1 FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.103.

2 *Ibid.*, p. 104.

penada, equiparar coisas, valores e conceitos distintos. O resultado é o arbítrio. Em síntese, não pode o legislador dizer que tudo é improbidade.

Será necessário esforço doutrinário para trazer aos seus limites o conceito de improbidade administrativa. O art. 11, *caput*, tal como está redigido, afirma o que constitui improbidade: é ato de improbidade praticar ações ou omissões que violem a... legalidade. Assim, temos que, em princípio (segundo a lei), improbidade = violação à legalidade. Não é correta a lei, e destoa dos conceitos constitucionais. Ademais, não pode o legislador, a pretexto de dar cumprimento à Constituição, juridicizar e equiparar legalidade a improbidade.

A preocupação tem razão de ser. De fato, a lei deve coibir o comportamento ímprobo, não o inábil, caberá ao interprete estabelecer temperamentos ao comando legal.

Contudo, não pode o judiciário desprezar o texto legal, quebrando a sistematização criada, como bem observa Fábio Medina Osório, tratando outro assunto³: “A solução para um problema de controle do eventual arbítrio jamais poderia passar pela eliminação dos textos democraticamente criados e organizados pelo legislador, é dizer, pelo esvaziamento, ainda que parcial, da LGIA, [...]”.

Destarte, embora alguns temperamentos sejam possíveis, necessários até, não se pode fazê-lo à custa do sistema criado para reprochar os atos ímprobos. Afastar a caracterização do ato de improbidade por violação a princípio quando não se detecta dano é impedir a punição das referidas condutas nos termos do que preconizou a lei.

Três são os fatores a desautorizar a interpretação restritiva.

O primeiro deles é o fato do art. 11 não se reportar ao dano. Mais que isso. Da leitura do dispositivo se pode concluir com facilidade que se destina à punição de atos que não necessariamente caracterizem dano.

O segundo fator decorre da própria sistematização dos atos puníveis eleita pelo legislador. Ora, havendo dano, ligado à atuação do agente público, tem lugar a aplicação do art. 10, com potenciais sanções mais severas, de forma que carece de sentido a interpretação que vincula a violação de princípio à ocorrência do dano.

3 OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 254.

Como se não bastasse, esse é o terceiro fator, o legislador estabeleceu expressamente, art. 21, I, da Lei n.º 8.429/92, que a aplicação das sanções previstas na lei prescinde da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público.

A redação do referido dispositivo foi alterada pela Lei n.º 12.120/2009, que acrescentou a expressão “salvo quanto à pena de ressarcimento”, o que, diga-se de passagem, sequer precisaria ser feito, porque se não há dano, logicamente, não há falar em ressarcimento. Se o dano detectado é zero, o valor a ser ressarcido também é zero.

Tanto é assim que, ao tratar das penas aplicáveis no caso de improbidade por violação a princípios, art. 12, III, a lei já dizia “ressarcimento integral do dano, *se houver*”, o mesmo consta do art. 12, I, só há falar em ressarcimento do dano, quando a improbidade for caracterizada por enriquecimento ilícito, *se houver dano*.

O art. 21, I, da Lei n.º 8.429/92, ao se referir à desnecessidade de configuração do dano ao patrimônio público para a caracterização do ato de improbidade, direcionava-se à improbidade por violação a princípios e à improbidade por enriquecimento ilícito, para a improbidade por dano ao patrimônio público, por óbvio, não se poderia aplicá-lo.

A contrario sensu, havendo improbidade por dano ao patrimônio público, a lei fala que referido dano deve ser ressarcido, art. 12, II, não tendo sido colocada a expressão “se houver”, diferentemente do que se sucedeu nos incisos I e III, tudo a configurar, portanto, que nem na improbidade por violação a princípio nem na improbidade por enriquecimento há falar na exigência do dano.

Excepcionalmente, porém, é possível a aplicação do art. 10 da lei de improbidade desassociada da sanção correspondente ao ressarcimento. Isso porque o dano ao qual se reporta a lei é ao patrimônio público, não ao erário. Não havendo dano ao erário, conforme já asseverado, não há o que ser ressarcido.

De fato, embora o *caput* do art. 10 fale em “dano ao erário”, é firme o entendimento doutrinário e jurisprudencial segundo o qual se entende que a expressão deve ser lida de forma a albergar o “dano ao patrimônio público”⁴.

4 Entendendo que o dano exigido pela lei é sim ao erário, portanto, de conteúdo financeiro econômico, exemplificativamente: PAZZAGLINI FILHO; ROSA; FAZZIO JÚNIOR, 1997. p. 70; PRADO, 2001, p. 96.

A noção de erário está ligada a tesouro, a patrimônio econômico-financeiro, enquanto a noção de patrimônio público se mostra mais abrangente, vez que alberga também valores estéticos, históricos e artísticos. A lei de improbidade administrativa, no entanto, não faz referida distinção.

No art. 5º da Lei n.º 8.429/92, por exemplo, assevera-se que da lesão ao patrimônio público deve decorrer o necessário ressarcimento. Tal se mostraria equivocado se a lei distinguisse o dano ao erário do dano ao patrimônio público, pois só há falar em ressarcimento se houve desfalque patrimonial (dano ao erário). Em verdade, o legislador acabou por equiparar, para efeito de aplicação da lei de improbidade, o dano ao erário ao dano ao patrimônio.

Noutras palavras, o legislador não estabeleceu distinção entre dano ao erário e dano ao patrimônio público – embora se trate de noções diversas, utilizando-se de uma expressão pela outra, vez que em diversas passagens fala em dano ao patrimônio público quando o mais adequado seria falar em dano ao erário. No *caput* do art. 10 se fez o inverso, falou-se em dano ao erário, com a intenção de coibir o dano ao patrimônio público.

Assim, é possível a aplicação do art. 10 sem dano ao erário se presente o dano ao patrimônio público, Rita Tourinho assevera⁵:

Pensamos que a lei não pretendeu diferenciar erário de patrimônio público, tanto que os arts. 5º, 7º e 8º utilizam a expressão mais abrangente, qual seja, “prejuízo ao patrimônio público”, quando se referem ao ressarcimento de dano, a cautelar de indisponibilidade de bens e a responsabilidade do sucessor do agente ímprobo. Ademais, o inciso X, do art. 10 menciona o prejuízo causado pela conduta negligente no que diz respeito à conservação do patrimônio público, ou seja, deteriorização do patrimônio público como forma de prejuízo ao erário.

O Supremo Tribunal Federal já teve ocasião de decidir que a lesividade ao erário – embora parecesse mais adequado falar em lesividade ao patrimônio público – decorre da própria ilegalidade:

5 TOURINHO, Rita. Dispensa, inexigibilidade e contratação irregular em face da Lei de Improbidade Administrativa. *Jus Navigandi*, n.º 1.160, set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8896>>. Acesso em: 24 abr. 2010. p. 7.

AÇÃO POPULAR - PROCEDENCIA - PRESSUPOSTOS. Na maioria das vezes, a lesividade ao erário público decorre da própria ilegalidade do ato praticado. Assim o é quando dá a contratação, por município, de serviços que poderiam ser prestados por servidores, sem a feitura de licitação e sem que o ato administrativo tenha sido precedido da necessária justificativa.

(RE 160381/SP - Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA Publicação DJ 12-08-1994).

A irregular dispensa do procedimento licitatório, por exemplo, que fere o art. 10, VIII, não requer a demonstração do efetivo dano ao erário. O mero fato de a Administração Pública não ter efetuado o procedimento exigível, que, dentre outras coisas, objetiva possibilitar a contratação pelo preço mais vantajoso, faz presumir o dano ao patrimônio público, vez que o proceder impossibilita que a Administração possa chegar ao melhor preço por meio de procedimento licitatório.

Voltando ao tema central do presente artigo, percebe-se que a sistematização criada permite caracterizar como improbidade a violação a princípio mesmo sem ocorrência do dano. Bem assim, há razão para que o seja, como observa Tiago Resende Botelho⁶:

A essência do art. 21, I encontra-se na própria República, no anseio de desvincular qualquer ato que possa abalar o regime e prejudicar o bom andamento deste, mesmo que não exista dano patrimonial.

Este dispositivo busca então, não apenas proteger o patrimônio ou a administração pública, mas sim resguardar toda uma sociedade dos atos desmedidos que, por não trazerem danos materiais até antes desta lei, ficavam ilesos. Todavia, com a Lei de Improbidade, art. 21, I, muda este contexto. O legislador dá a este dispositivo uma carga valorativa de extrema importância, alargando assim o campo da improbidade, pois, ímprobo é não só o ato que gera dano, mas também é aquele que de maneira artilosa e perspicaz aproveita da administração pública em seu favor ou de um terceiro, ainda que não provoque prejuízos ao erário.

6 BOTELHO, Tiago Resende. A desnecessidade de dano ao patrimônio público para caracterização da improbidade administrativa. *Revista Jurídica UNIGRAN*, n.º 21, jan./jun. 2000. Disponível em: <<http://www.unigran.br>>. Acesso em: 29 mar. 2010. p. 70.

Doutro lado, deve-se evitar que toda ilegalidade seja alçada a improbidade, porque, além de não ser razoável, acarretaria a banalização da lei, em prejuízo de todo o sistema.

Assim, como nem toda ilegalidade configura improbidade é necessário um *plus*, uma conduta que viole o dever de boa administração, a ser verificado no caso, mas que também não pode ser a exigência da caracterização do dolo.

O legislador apenas tratou do elemento subjetivo ao dispor do ato de improbidade que importe em dano ao patrimônio público, asseverando que este deve ser punido independentemente de dolo ou culpa. Tratando dos atos de improbidade que caracterizem enriquecimento ilícito ou que atentem contra princípios da administração pública, o legislador nada consignou.

No seio do Superior Tribunal de Justiça há julgados em ambos os sentidos⁷, mas os que entendem só ser possível falar em culpa no caso de dano ao patrimônio público parecem ser maioria.

Também a doutrina majoritária parece se posicionar pela exigência da caracterização do dolo⁸, posição não adotada por Fábio Medina Osório⁹:

Os tipos culposos da improbidade descendem da própria Constituição Federal. Nesta, não há restrição alguma à improbidade culposa. Ao contrário, há reforço no sentido da necessária proteção dos valores “eficiência” ou “economicidade”, ao abrigo da moral administrativa e de princípios expressos nos arts. 37 ou 70 da CF. forte no princípio democrático, a LGIA optou pela eleição da improbidade culposa como modalidade de ilícito. Não desrespeitou o comando do art. 37, § 4º, da CF, que prevê uma série de sanções aos atos ímprobos, porque o castigo reservado ao ato ilícito culposo haverá, como ocorre com os demais tipos de ilícitos, de ser balanceado e ponderado, em consonância com o postulado ou princípio da proporcionalidade.

7 Entendendo que os arts. 9º e 11 só sancionam o dolo: os recursos especiais n.º 1.054.843/SP, 1.03.229/PR, 939.142/RJ, 875.425/RJ 842.428/ES, 734.984/SP, 658.415/RS, 604.151/RS, 626.034/RS. Em sentido contrário: Resp 988.374/MG, Resp 880.662/MG, Resp 826.678/GO, Resp 746.261/MG. Alguns exemplos retirados do Manual de procedimentos de iniciativas administrativas e judiciais para atuação pró-ativa da Escola da Advocacia-Geral da União.

8 BOTELHO, 2000. p. 63; GARCIA; ALVES, 2008. p. 267; PAZZAGLINI FILHO; ROSA; FAZZIO JÚNIOR, 1997. p. 116. PRADO, 2001. p. 127.

9 OSÓRIO, op. cit., p. 270-271.

[...].

Segundo a melhor tradição do direito punitivo brasileiro, na tutela dos crimes contra a Administração Pública, é possível e recomendável apanhar condutas culposas, pois várias figuras delitivas são culposas, tais como o peculato e outras, para não falarmos dos crimes de responsabilidade. Se resulta possível ao legislador penal tipificar condutas culposas de crimes contra o setor público, mais ainda resultaria legítimo ao legislador administrativo fazê-lo, dentro da escala valorativa e hierárquica que caracteriza as relações entre os legisladores, pela matéria tratada. Se pode haver crime culposo contra a Administração Pública, também pode haver improbidade culposa¹⁰.

Lembremos que a improbidade administrativa tem inegavelmente cunho cível, não cabendo transportar a forma como trata o direito penal do sancionamento das condutas culposas. Querendo dizer, no processo civil não há que se perquirir se há ou não expressa previsão da culpa para o tipo.

Aliás, a responsabilização no direito civil cada vez mais se dissocia do elemento subjetivo, como bem observa Fernando Rodrigues Martins¹¹:

Ora, enfrentar o elemento subjetivo numa sociedade pós-moderna é sopesar aos operadores a entrada no estado anímico ou no ensimesmamento do agente público, indo contra a doutrina e as teorias mais avançadas da responsabilidade civil, que de há muito abandonaram a análise da vontade como pressuposto da responsabilidade.

Frise-se, aliás, que o próprio art. 4.º da Lei federal 8.429/1992 exige a estrita observância dos atores públicos dos princípios da administração. Portanto, não há espaços para voluntarismos, senão busca da boa-fé objetiva no âmbito do direito administrativo.

É dizer com apoio em Ruy Cirne Lima que “a administração é a atividade de quem não é senhor absoluto”, daí a clara razão de afastamento da vontade (ponto da pandectística) para avanço à finalidade (que é o fundamento do direito administrativo).

10 No mesmo sentido: MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 218-219; TOURINHO, op. cit., p. 13.

11 MARTINS, Fernando Rodrigues. Improbidade administrativa à luz da hermenêutica constitucional. *Revista de Direito Constitucional*. São Paulo. n. 69, p. 110-134, out./dez. 2009. p. 120.

Desnecessário, pois, comprovar-se dolo ou culpa, bem como a lesão ao erário, frente ao ethos que a lei defende (art. 21, I, da Lei 8.429/1992). Nesta esteira, compreende-se como adequada, ao invés da pesquisa ao estado anímico do agente, a investigação de seu comportamento de forma objetiva frente à situação concreta. Vale dizer: o comportamento foi adequado aos direitos fundamentais do patrimônio público, moralidade administrativa e boa administração?

Nada obstante se trate de discussão de extrema importância, além de polêmica¹², este trabalho não objetiva se debruçar sobre a necessidade ou não da ocorrência do dolo, mas parece ser mais consentâneo com a sistematização da lei que o *plus* a ser exigido para a caracterização da improbidade esteja relacionado à lesividade do ato ou intolerável incompetência, não necessariamente com o dolo¹³.

Seja como for, o certo é que, na sistematização cunhada na lei, não há a necessidade de ocorrência do dano para a caracterização do ato de improbidade administrativa por violação a princípio, cuidando o próximo tópico da forma como alguns julgados vêm decidindo acerca da matéria.

2 DA EVOLUÇÃO DO ENTENDIMENTO NOS TRIBUNAIS

A Lei n.º 8.429/92, apesar dos inequívocos avanços, acabou por inquinhar, se tomada literalmente, condutas de menor lesividade como ímprobos. Qualquer ato ilegal poderia ser enquadrado como ato de improbidade. Atento ao problema, o judiciário passou a estabelecer temperamentos à lei, resumidos no brocardo segundo o qual a inabilidade ou o despreparo não se constitui em improbidade.

As mitigações à aplicação literal da lei foram sendo ampliadas na medida em que os órgãos encarregados de combater os atos ímprobos se excediam na persecução da lei. Assim, uma jurisprudência conservadora foi se solidificando, e a efetividade das ações de improbidade se mostrou cada vez mais reduzida.

Dentre os temperamentos aplicados ao texto da lei, situam-se os julgados que afastam a caracterização de improbidade quando não se configura o dano ao patrimônio público.

12 Há quem questione a improbidade culposa mesmo na hipótese do art. 10. Vide FIGUEIREDO, 2000. p. 82

13 Vide TOURINHO, op. cit., p. 14.

Conforme asseverado no tópico anterior, do sistema cunhado pelo legislador decorre conclusão diversa, sendo fácil perceber que é perfeitamente possível a ocorrência de improbidade mesmo sem a constatação do dano ao patrimônio público.

Entretanto, algumas decisões passaram a exigir que o dano fosse demonstrado, exemplificativamente:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. OVERBOOKING. EMBARQUE DE PASSAGEIROS PRETERIDOS. ATO ÍMPROBO NÃO CARACTERIZADO. INICIAL DA AÇÃO DEVE SER REJEITADA. (...). *Para ser considerado ímprobo, o ato do agente público deve não só ter como consequências o dano ao erário e/ou a obtenção de vantagem indevida a si próprio ou a outrem, como deve estar marcado pela desonestidade, pela intenção de ser desleal aos princípios que norteiam a Administração Pública. O agravante não obteve qualquer vantagem com a conduta descrita pelo Ministério Público Federal, nem causou qualquer dano ao erário.* Seus comportamentos não passaram de revanchismo após a confusão causada no aeroporto pelo overbooking. Mesmo que tenha havido a ameaça, ela não é suficiente para a caracterização do ato ímprobo, já que não efetivada. As falas do agravante não passaram de mera ameaça, sem concretização. Agravo provido.

(Processo AI 200903000016343 AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 360588 Relator(a) JUIZ NERY JUNIOR TRF3 Órgão julgador TERCEIRA TURMA Fonte DJF3 CJ1 DATA:08/12/2009 PÁGINA: 361 Data da Decisão 12/11/2009 Data da Publicação 08/12/2009 - Destaques à parte).

A decisão acima citada restringe a caracterização do ato de improbidade às condutas que tenham como consequência o dano ao patrimônio público e/ou a obtenção de vantagem indevida.

Sucede que há, como cediço, um terceiro tipo de improbidade consistente na violação dos princípios que regem a administração pública, mas o julgado acima toma o terceiro tipo como integrante dos anteriores, a asseverar que para haver improbidade teria de se detectar dano ao erário ou enriquecimento ilícito, associado à desonestidade, à intenção de ser desleal aos princípios que norteiam a administração pública. *Data maxima venia*, não foi esse o sistema criado pelo legislador.

Mais adiante, afirma-se no *decisum* citado que o acionante não teria demonstrado que o réu auferira qualquer vantagem ou causara dano ao erário, como se isso fosse suficiente para afastar a aplicação da Lei n.º 8.429/92.

No tópico anterior se procurou demonstrar que a exigência do dano não decorre do texto legal, porque os arts. 9º e 11 não se reportam ao dano, porque a lógica do sistema enquadró as situações nas quais ocorre o dano, ligado a atuação do agente público¹⁴, noutra dispositivo, o art. 10, e, por fim, porque o art. 21, I, expressamente, dispensa a efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público para a aplicação das sanções da lei de improbidade.

As decisões judiciais que afastam a caracterização do ato de improbidade quando não se detecta dano destoam do regramento vigente, prestando verdadeiro desserviço ao combate dos referidos atos. Decisões desse jaez sinalizam que o administrador pode agir como quiser, ainda que ao arrepio da lei, desde que não cause prejuízo ou aufira vantagem indevida.

O Magistrado deve aplicar a lei vigente, somente lhe sendo dado recusar aplicação se julgá-la inconstitucional. Aliás, o Supremo Tribunal Federal, *a contrario sensu*, consolidou entendimento de que se equipara ao reconhecimento de inconstitucionalidade o simples afastamento do dispositivo legal aplicável à espécie, conforme Súmula Vinculante n.º 10.

De ver-se que as decisões que afastam a aplicação do art. 21, I, da Lei n.º 8.429/92 representam, ainda que implicitamente, verdadeira declaração de inconstitucionalidade.

Nem se diga que se trata de interpretação da norma, pois não há o que ser interpretado. A norma traz uma regra clara, que dispensa a

14 De uma maneira geral, o tipo mais grave absorve o menos grave, mas quando se fala em improbidade administrativa a conduta que deve ser observada é a do agente público. O terceiro sempre responde pelo mesmo tipo aplicável ao agente público.

Dessa forma, é possível que o terceiro tenha logrado enriquecer-se ilicitamente, mas o agente público não, hipótese na qual se tem a improbidade do art. 10, essa é, aliás, a razão pela qual o inciso II, do art. 12, fala em “perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio”.

Ora, se houvesse absorção do tipo mais grave pelo menos grave independentemente da conduta do agente público, os valores acrescidos ao patrimônio seriam prova do enriquecimento ilícito, exigindo imposição das sanções do art. 12, I, mas não é o caso.

exigência do dano, daí por que exigi-lo é afastar a aplicação da norma, não interpretá-la.

Criticando decisão da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, exarada no recurso especial n.º 147.260/MG, posicionou-se Emerson Garcia¹⁵:

O acórdão proferido pela 1ª Turma do STJ associou institutos distintos e que possuem pressupostos diversos, culminando em implementar uma verdadeira simbiose entre a Lei n.º 4.717/1965 e a Lei n.º 8.429/92. O que inviabilizou a aplicação deste último diploma no caso examinado. Em prevalecendo entendimentos como este, a aplicação da Lei de Improbidade será seriamente comprometida, inviabilizando a consecução do ideal de probidade na administração, isto sem contar com a negativa de vigência do art. 21, I, deste diploma legal.

O modelo cunhado na Lei n.º 4.717/65, lei da ação popular, diferentemente do da lei de improbidade, exige a lesão ao patrimônio, daí a incompatibilidade da associação, no ponto, dos regramentos legais, como observou Emerson Garcia.

O julgado acima criticado tem a seguinte ementa:

AÇÃO CIVIL PUBLICA - ATO LESIVO AO ERARIO. AÇÃO CIVIL PUBLICA, PARA RECUPERAR DANO AO ERARIO, HA DE ENFRENTAR ATO ILEGAL LESIVO AO PATRIMONIO PUBLICO. OS BENS ADQUIRIDOS E PAGOS SEM EMPENHO PREVIO FORAM INCORPORADOS AO PATRIMONIO MUNICIPAL, NÃO HAVENDO PREJUIZO.

RECURSO IMPROVIDO.

(REsp 147260 / MG RECURSO ESPECIAL 1997/0062862-0 Relator(a) Ministro GARCIA VIEIRA (1082) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 02/04/1998 Data da Publicação/Fonte DJ 11/05/1998 p. 18).

Noutras palavras, entendeu-se que o mero fato de os bens terem sido incorporados ao patrimônio da municipalidade, afastando a

15 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 266.

caracterização do dano, seria suficiente para impedir o sancionamento pelo art. 11 da lei de improbidade.

Hodiernamente, contudo, as decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça têm dispensado a ocorrência do dano para aplicação da Lei n.º 8.429/92:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO COMPROVAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. NÃO CONFIGURAÇÃO.ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 11 DA LEI 8.429/92. ELEMENTO SUBJETIVO. CONDUTA DOLOSA. NÃO COMPROVAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, PROVIDO.

[...].

5. Efetivamente, *a configuração do ato de improbidade administrativa por lesão aos princípios da Administração Pública não exige prejuízo ao erário, nos termos do art. 21 da Lei 8.429/92*. Entretanto, é indispensável a presença de conduta dolosa do agente público ao praticar o suposto ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, elemento que não foi reconhecido pela Corte a quo no caso concreto.

6. Tais considerações, ainda que se trate de ilegalidade ou mera irregularidade, afastam a configuração de ato de improbidade administrativa, pois não foi demonstrado o indispensável elemento subjetivo, ou seja, a prática dolosa da conduta de atentado aos princípios da Administração Pública, nos termos do art. 11 da Lei 8.429/92. É importante ressaltar que a forma culposa somente é admitida no ato de improbidade administrativa relacionado a lesão ao erário (art. 10 da LIA), não sendo aplicável aos demais tipos (arts.9º e 11 da LIA).

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

(REsp 1036229/PR RECURSO ESPECIAL 2008/0047830-6 Relator(a) Ministra DENISE ARRUDA - Órgão Julgador -

PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 17/12/2009 Data da Publicação/Fonte DJe 02/02/2010 – **negritos à parte**).

ADMINISTRATIVO–AÇÃO CIVIL PÚBLICA–IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – NEPOTISMO – VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – OFENSA AO ART. 11 DA LEI 8.429/1992 – DESNECESSIDADE DE DANO MATERIAL AO ERÁRIO.

1. Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina em razão da nomeação da mulher do Presidente da Câmara de Vereadores, para ocupar cargo de assessora parlamentar desse da mesma Câmara Municipal.

2. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o ato de improbidade por lesão aos princípios administrativos (art. 11 da Lei 8.249/1992), independe de dano ou lesão material ao erário.

3. Hipótese em que o Tribunal de Justiça, não obstante reconheça textualmente a ocorrência de ato de nepotismo, conclui pela inexistência de improbidade administrativa, sob o argumento de que os serviços foram prestados com ‘dedicação e eficiência’.

4. O Supremo Tribunal, por ocasião do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade 12/DF, ajuizada em defesa do ato normativo do Conselho Nacional de Justiça (Resolução 7/2005), se pronunciou expressamente no sentido de que o nepotismo afronta a moralidade e a impessoalidade da Administração Pública.

5. O fato de a Resolução 7/2005 - CNJ restringir-se objetivamente ao âmbito do Poder Judiciário, não impede – e nem deveria – que toda a Administração Pública respeite os mesmos princípios constitucionais norteadores (moralidade e impessoalidade) da formulação desse ato normativo.

6. A prática de nepotismo encerra grave ofensa aos princípios da Administração Pública e, nessa medida, configura ato de improbidade administrativa, nos moldes preconizados pelo art. 11 da Lei 8.429/1992.

7. Recurso especial provido.

(REsp 511095 / RS RECURSO ESPECIAL 2003/0008438-1 Relator(a) Ministro LUIZ FUX (1122) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 04/11/2008 Data da Publicação/Fonte DJe 27/11/2008 – negritos à parte).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO IRREGULAR DE SERVIDORES. EMBARGOS INFRINGENTES. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE MÁ-FÉ. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 282/STF. DANO AO ERÁRIO. CARACTERIZAÇÃO. DISSENSO. SÚMULA 83/STJ. PENALIDADE. ARTIGO 12, DA LEI Nº 8.429/92. PROPORCIONALIDADE. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ.

I - Cuida-se de ação civil por improbidade administrativa contra ato relativo à contratação irregular de servidores, por meio da qual, a despeito da inexistência de dano ao erário, foi determinada a aplicação de penalidade de ordem administrativa em razão da infringência aos princípios administrativos.

II - No que diz respeito à alegação recursal de que teria que haver a comprovação da má-fé do administrador, ausente o necessário questionamento, incidindo o óbice sumular 282/STF.

III - Enquadrando-se o ato atacado nos termos do artigo 11, da Lei nº 8.429/92, ou seja, atentatório aos princípios da Administração Pública, não há falar-se em necessidade de caracterização de dano ao erário para os fins das respectivas cominações legais. Precedentes: REsp nº 604.151/RS, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 08.06.2006; REsp nº 711.732/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 10.04.2006 ; REsp nº 650.674/MG, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 01/08/06 e REsp nº 541.962/SP, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ de 14/03/07. Súmula 83/STJ.

IV - Inviável, em sede de recurso especial, pretender discutir a proporcionalidade da penalidade aplicada pela instância ordinária, sob pena de inserir-se na seara fático-probatória dos autos. Incidência da Súmula 7/STJ.

V - Recurso não conhecido.

(REsp 971737/PR Relator(a) Ministro FRANCISCO FALCÃO Órgão Julgador PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento

04/12/2007 Data da Publicação/Fonte DJe 10/03/2008 – **negritos à parte**).

Embora o Superior Tribunal de Justiça, última instância no que se refere à interpretação da norma infraconstitucional, pareça se consolidar no sentido da prescindibilidade do dano, conforme preconiza a lei, ainda há julgados que afastam a improbidade quando não detectado enriquecimento ilícito do administrador nem prejuízo ao patrimônio público:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. CONTRATAÇÃO SEM CONCURSO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO.

1. É cediço que “não havendo prova de dano ao erário, afasta-se a sanção de ressarcimento prevista na primeira parte do inciso III do art. 12 da Lei 8.429/92. As demais penalidades, inclusive a multa civil, que não ostenta feição indenizatória, são perfeitamente compatíveis com os atos de improbidade tipificados no art. 11 da Lei 8.429/92 (lesão aos princípios administrativos).” (REsp nº 880.662/MG, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 01/03/2007, p. 255).

2. Isto por que à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, impõe-se a mitigação do preceito que preconiza a prescindibilidade da ocorrência do dano efetivo ao erário para se infligir a sanção de ressarcimento: “a hipótese prevista no inciso I do artigo 21, que dispensa a ocorrência de dano para aplicação das sanções da lei, merece meditação mais cautelosa. Seria inconcebível punir-se uma pessoa se de seu ato não resultasse qualquer tipo de dano. Tem-se que entender que o dispositivo, ao dispensar o ‘dano ao patrimônio público’ utilizou a expressão patrimônio público em seu sentido restrito de patrimônio econômico. Note-se que a lei de ação popular (Lei nº 4717/65) define patrimônio público como ‘os bens e

direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico’ (art. 1º, § 1º), para deixar claro que, por meio dessa ação, é possível proteger o patrimônio público nesse sentido mais amplo. O mesmo ocorre, evidentemente, com a ação de improbidade administrativa, que protege o patrimônio público nesse mesmo sentido amplo. (Maria Sylvia Zanella di Pietro in *Direito Administrativo*, 13ª

Edição, pág. 674, in fine). Precedentes do STJ: REsp 291747/SP, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, DJ de 18.03.2002; REsp 213994/MG, Relator Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, DJ de 27.09.1999; REsp 261691/MG, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 05.08.2002.

3. In casu, o Tribunal a quo, calcado no conjunto probatório, decidiu que “a servidora foi contratada pelo Município para a prestação de assessoria técnica e administrativa do balcão de empregos da prefeitura local, tendo laborado no período de 01/02/2.000 até 31/12/2.000, não se comprovando qualquer prejuízo ao erário municipal.” (fl. 159, grifamos)

4. Conseqüentemente, decidiu com acerto que “uma vez não configurado o enriquecimento ilícito do administrador público e nem prejuízo ao erário municipal, mas inabilidade dele, incabíveis as punições previstas na Lei n° 8.429/92.”

5. Recurso Especial do Ministério Público Estadual desprovido.

(REsp 917437/MG - Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO Relator p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX - Órgão Julgador PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 16/09/2008 Data da Publicação/Fonte DJe 01/10/2008 – negritos à parte).

Sem adentrar nas peculiaridades do caso acima, é defensável o afastamento da aplicação da lei de improbidade por se considerar que o administrador agiu por mero despreparo, mas condicionar a improbidade por violação a princípios à ocorrência do dano ou ao enriquecimento ilícito é minar a efetividade de todo o sistema.

O art. 21, I, da Lei n.º 8.429/92 é absolutamente claro ao estabelecer a prescindibilidade da demonstração do dano. Admitir que o Magistrado possa simplesmente desprezar o texto legal – repita-se que não se trata de interpretação, mas de afastamento da regra, seria fazer do judiciário legislador.

Embora existam diversas normas inúteis, de ordinário elas têm alguma razão de ser, e no caso tem. Há comportamentos que precisam ser afastados ainda que deles não decorra dano, até mesmo porque as fraudes apresentam aparência de legalidade.

As construções teóricas que objetivam garantir direitos individuais são sempre louváveis. Todavia, *in casu* a finalidade não é atingida. Pior, cria-se um estado de coisas insustentável e altamente prejudicial à moralidade administrativa, desestabilizando o sistema. Soa vanguardista, soa em defesa dos direitos fundamentais, mas é conservador e, sobretudo, perigoso, na medida em que se sinaliza para o administrador que pode agir como quiser, desde que não se enriqueça ilicitamente nem cause dano ao patrimônio público.

Merece menção comentário de Fábio Medina Osório¹⁶:

[...]. Um agente público que, atropelando fórmulas ético-normativas, consegue obter resultados econômicos favoráveis não será um sujeito eficiente na perspectiva ético institucional aqui defendida. Sob essa perspectiva, pelo contrário, deve-se ter bem presente que os resultados de uma conduta carecem de valorações globais e que, portanto, o dever ético de eficiência funcional não representa somente a ambição por concretos e pragmáticos resultados políticos ou econômicos.

Se resultasse necessário tolerar condutas imorais ou antiéticas para justificar resultados econômicos ou administrativos, então nos encontraríamos com algo em si mesmo impossível: o paradoxo da eficiência que destrói o dever de obediência à honestidade funcional. Os princípios e deveres públicos hão de interpretar-se harmonicamente. Se é certo que do agente público são cobrados resultados, não menos correto que dele se cobram parâmetros éticos no agir administrativo. Tais parâmetros integram o conjunto de resultados obrigatórios.

Ainda que se reconheça a necessidade de temperamentos ao texto legal, de forma a evitar que qualquer ato ilegal seja tido por ímprobo, é certo que na sistematização cunhada na lei não há a necessidade de ocorrência do dano para a caracterização do ato de improbidade administrativa por violação a princípio, e essa exigência, além de desrespeitar o texto da lei e a lógica do sistema criado, é nociva ao combate da improbidade administrativa, permitindo que diversos atos reprováveis estejam salvaguardados da Lei n.º 8.429/92.

16 OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 66.

3 CONCLUSÃO

A lei de improbidade pode não ser um primor de técnica, mas criou um sistema lógico no que respeita à tipificação das condutas, elencando os atos de improbidade, de três ordens, e indicando suas possíveis sanções.

Dentre os tipos, encontra-se a improbidade por lesão a princípios da qual, naturalmente, decorrem sanções menos graves do que aquelas aplicáveis à improbidade por dano ao erário ou enriquecimento ilícito.

O escopo do legislador, no art. 11, é sancionar as condutas que revelem falta de retidão no tratar da coisa pública. Aliás, no art. 4º, já dispunha a lei que os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhes são afetos. Referida disposição legal guarda perfeita consonância com o que estabelece a Constituição Republicana, em seu art. 37.

De nada adiantaria que o constituinte elencasse a necessidade de obediência a determinados princípios, se não houvesse forma de repudiar os atos que lhes contrariassem, daí por que é perfeitamente razoável a estipulação do art. 11 da Lei n.º 8.429/92.

Caso o Magistrado se depare com ato de improbidade no qual se identifique menor lesividade e do qual não decorra dano, deverá sopesar a circunstância na imposição das sanções, não afastar a aplicação da lei. O ressarcimento do dano nessas hipóteses, não será aplicável como decorre de expressa disposição legal e da lógica.

Exigir a ocorrência do dano é esvaziar o comando legal, não só do art. 11, como de outros artigos da lei, quebrando a lógica sistêmica prevista pelo legislador, e, o que é pior, sinalizando para o administrador que pode agir como bem lhe aprouver, desde que evite a ocorrência de dano ou não aufera renda indevida.

Os abusos eventualmente praticados no passado por parte dos órgãos que cuidavam da persecução dos atos de improbidade não podem obstar a adequada aplicação da lei, sob pena de total desvalorização dos princípios que regem a administração pública.

A lei de improbidade merece sofrer certos temperamentos, mas não no que respeita à prescindibilidade do dano para a caracterização do ato violador dos princípios que regem a administração pública.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Flávia Cristina Moura de; PAVIONE, Lucas dos Santos. *Improbidade Administrativa*. Salvador: Juspodivm, 2010.
- BOTELHO, Tiago Resende. A desnecessidade de dano ao patrimônio público para caracterização da improbidade administrativa. *Revista Jurídica UNIGRAN*, n.º 21, jan./jun. 2000. Disponível em: <<http://www.unigran.br>>. Acesso em: 29 mar. 2010.
- FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- MARTINS, Fernando Rodrigues. Improbidade administrativa à luz da hermenêutica constitucional. *Revista de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 69, p. 110-134, out./dez. 2009.
- MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- PAZZAGLINI FILHO, M.; ROSA, M.; FAZZIO JÚNIOR, W. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Atlas, 1997.
- PRADO, Francisco Octavio de Almeida. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- TOURINHO, Rita. Dispensa, inexigibilidade e contratação irregular em face da Lei de Improbidade Administrativa. *Jus Navigandi*, n.º 1.160, set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8896>>. Acesso em: 24 abr. 2010.
- ESCOLA DA ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. *Procedimentos de iniciativas administrativas e judiciais para atuação pró-ativa*. Brasília, 2009.

O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA *REFORMATIO IN PEJUS* E OS PRINCÍPIOS DO REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO: UMA IMPROVÁVEL CONCILIAÇÃO!

***THE PRINCIPLE OF PROHIBITION OF REFORMATIO IN
PEJUS AND PRINCIPLES OF THE LEGAL-ADMINISTRATIVE
SYSTEM : THE UNLIKELY RECONCILIATION!***

Raimundo Márcio Ribeiro Lima
Professor Graduado de Direito Administrativo (UNP)
Especializando em Direito Público (UnB). Procurador Federal (AGU)

SUMÁRIO: Introdução; 1 Princípios; 1.1 Princípio da Legalidade; 1.2 Princípio da ampla defesa e do contraditório; 1.3 Princípio da verdade material; 1.4 Princípio da segurança jurídica. 1.5 Princípio da proibição da *reformatio in pejus*; 2 Faculdade e ônus processuais; 3 A reforma para pior e o dever de reformar da Administração Pública; 4 O sentido e o alcance do art. 64 da Lei Geral do Processo Administrativo Federal; 5 Conclusões; Referências.

“... *Liberdade, essa palavra que o sonho humano alimenta que não há ninguém que explique e ninguém que não entenda...*”

(*Romanceiro da Inconfidência - Cecília Meireles*)

RESUMO: A revisão da decisão, em sede de recurso administrativo, tem gerado alguns sérios questionamentos, dentre eles, pode-se mencionar a temática da reforma para pior da situação jurídica do recorrente. Assim sendo, esse breve estudo questiona a viabilidade da reforma para pior e quais os seus limites, bem como é salientada a importância dos princípios do regime jurídico-administrativo para melhor compreensão do sentido e alcance da aplicação do art. 64 da Lei Geral do Processo Administrativo Federal (LGPAF).

PALAVRA-CHAVE: Processo Administrativo. Princípios. *Reformatio in Pejus*.

ABSTRACT: A review of the decision on administrative appeal, has raised some serious questions, among them one can mention the issue of reform for the worse legal situation of the applicant. Therefore, this brief study questions the feasibility of reform for the worse and what are its limits, and emphasizes the importance of the principles of the legal-administrative framework for understanding the meaning and scope of application of art. 64 of the General Law on Administrative Procedures Federal (LGPAF).

KEYWORDS: Administrative Procedure. Principles. *Reformatio in pejus*.

INTRODUÇÃO

Hoje, não mais se discute, o processo administrativo tem ganhado, sem o menor favor, uma enorme relevância no nosso sistema jurídico. Isto é, de uma apática e desacreditada sede institucional de resolução de conflitos, agora, por conta dos largos passos encetados na Carta Fundamental sobre o assunto, o processo administrativo grassou uma respeitável posição nos pórticos da Administração Pública, mormente por carrear, grosso modo, as mesmas garantias dos processos judiciais¹. Logo, tendo em vista esse aspecto, costuma-se *assemelhá-lo* ao judicial, o que pode, por certo, gerar notórias incompatibilidades no seu conduzir, já que a externalização da atividade decisória pode, e em alguns casos deve, encampar caminhos diversos, haja vista que o regime jurídico-administrativo faz com que a autoridade pública se baseie em parâmetros diversos, conforme será analisado nas páginas vindouras. Assim sendo, a questão da reforma para pior em sede administrativa pode encontrar arrimo em princípios jurídicos próprios. Diante de tal assertiva, emergem alguns questionamentos: a disposição paragrafaria do art. 64 da LGPAF constitui uma ofensa à Constituição Federal de 1988 ou seria *apenas* uma afronta à lei? Ou constitui uma clara e devida expressão da principiologia reinante no direito administrativo pátrio? O assunto, à evidência, possui uma inegável relevância para a processualidade administrativa, mormente por representar um concreto expediente que resulta, geralmente, em querelas com possíveis efeitos desfavoráveis aos administrados, o que constitui, só por isso, um motivo suficiente para uma análise, com mais vagar, da reforma para pior no direito administrativo pátrio, tudo com vista a uma melhor compreensão do seu sentido e alcance em face de eventuais controvérsias travadas nos processos administrativos, que carreiam os mais diversos objetos na relação entre o Estado e o administrado. Com o propósito fundado em responder a tais inquietações, segue, nas linhas vindouras, uma breve análise da temática, contudo, sempre centrada na necessária criticidade, e por vezes aprofundada, dos institutos correlatos ao assunto.

1 Não se deve dizer que os processos administrativos são *judicialiformes*, até porque esse termo não expressa nada que possa gozar de correto em face da seara de estudos em apreço. Em termos categóricos. O processo é judicial e pronto. Ou é legislativo e pronto. Ou é administrativo e pronto. Sendo que todos gozam da necessária processualidade. O termo *judicialiforme* leva a entender que os processos administrativos são *judicializados*, quando, na verdade, são apenas entregues a sua ínsita e inseparável processualidade, e apenas isso. Não carece de qualquer *importação* judicial, muito menos do seu roupante significante.

1 PRINCÍPIOS

Naturalmente, em face da proposta de trabalho, não há como prescindir, ainda que ligeira, da análise de alguns princípios do regime jurídico-administrativo, tendo em vista a total pertinência deles para o deslinde da problemática apresentada. Sendo que, aqui, deter-ser-á apenas àqueles que tenham concreta e direta relação com o assunto a ser abordado, haja vista a necessária brevidade que encerra este estudo.

Dessa forma, impõe-se, para início, por ser um princípio basilar da Administração Pública, apresentar as devidas considerações sobre o princípio da legalidade, haja vista sua notória importância para o ordenamento das atividades administrativas.

1.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Impende esclarecer o que seja o princípio da legalidade dentro de uma perspectiva mais realística, quer-se dizer: considerando as devidas mutações no direito administrativo brasileiro, melhor dizer moderno, de maneira a não mais concebê-lo apenas como cumprimento estrito da lei em sentido amplo. Não mesmo! Isto é, não há admiti-lo com os mesmos parâmetros de aplicabilidade advindas das premissas francesas do século XVIII.

Cumprir o referido princípio impõe a observância (a) da lei²; (b) dos princípios específicos de cada ramo jurídico; (c) dos princípios gerais do Direito; e (d) do Direito como um todo. Aqui, tendo em vista a proposta aventada no trabalho, arvora-se a legalidade no seu sentido amplo, açambarcando toda a ordem jurídica.

Então, a rigor, não se considera correto afirmar que o Administrador só pode fazer aquilo que se encontra na lei ou que a lei autoriza expressamente. Na ausência de lei, *rectius* regras positivadas, não há como negar, pelo menos dentro duma contextura razoável de aplicabilidade da principiologia reinante no nosso sistema jurídico, a densidade e eficácia jurídicas dos princípios, mormente os de envergadura constitucional³. Então, o princípio da legalidade não

2 Já se pode notar que o princípio da legalidade não se restringe à observância da lei, a bem da verdade, tal observar constitui apenas um pressuposto da sua operacionalidade no nosso sistema jurídico.

3 Veja-se que a ausência de lei expressa sobre determinados assuntos, *rectius* direito de greve dos servidores públicos civis, tem servido de subterfúgios para que a Administração não cumpra, a contento,

pode ser entendido apenas como o cumprimento da lei⁴, mas também a observância dos princípios, até porque também são normas, porém com sentido e alcance diversos, sendo que nem sempre se encontram expressos ou positivados. Faz sentido deixar de aplicar um princípio porque não se encontra positivado? Certamente que não.

O princípio da legalidade, grosso modo, constitui-se num limite ao modo de atuar da estatalidade, consoante o tradicional pensamento liberal de preservação da liberdade e da propriedade do cidadão, daí a ordinária compreensão da premente notoriedade dos seus termos, *rectius* previsão expressa, para possibilitar uma melhor vigília da atuação do Estado por parte dos cidadãos, não se pode negar isso; todavia, isso não implica olvidar as garantias principiológicas existentes pela simples razão delas não serem expressas. Tudo isso constitui um desatado contra-senso, principalmente quando um princípio se destina, e até com maior proposição finalística⁵, a nortear medidas administrativas que

determinações constitucionais expressas ou princípios, também constitucionais, correlatos à matéria, fazendo com impere a ausência de uma prestação positiva normativa.

- 4 Nesse ponto, e sob um enfoque diverso, elucidante é a explanação de consagrada administrativista, nestes termos:

“[...] cabe ressaltar que o princípio da legalidade não significa que, para cada ato administrativo, cada decisão, cada medida, deva haver uma norma legal expressa vinculando a autoridade em todos os aspectos. O princípio da legalidade tem diferentes amplitudes, admitindo maior ou menor rigidez e, em consequência, maior ou menor discricionariedade. Não é por outra razão que se distingue *legalidade e reserva da lei*, a primeira admitindo que o legislador estatua de forma mais genérica, deixando maior discricionariedade à Administração Pública para regular a matéria, e, a segunda, exigindo legislação mais detalhada, com pouca margem de discricionariedade administrativa; neste caso, fala-se em legalidade estrita, tendo em vista que a Constituição é que reserva a matéria à competência do legislador.”

DI PRIETO, Maria Sylvania Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 59. (negrito no original)

Em outra passagem, com a habitual precisão, a autora prescreve de forma ainda mais incisiva, nestes moldes:

“[...] “hoje, falar em *princípio da legalidade* significa abranger não só a lei, em sentido formal, mas todos os valores e princípios contidos implícita ou explicitamente no ordenamento jurídico. Esta é uma idéia inerente ao próprio conceito de Estado Democrático de Direito, adotado no ordenamento jurídico brasileiro a partir do ‘Preâmbulo’ da Constituição e em seu art. 1º”.

(DI PRIETO, Maria Sylvania Zanella. *Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa*.

FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir. *Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 483. (italico no original)

- 5 Como se pode observar na primorosa conceituação de Humberto Ávila:
- “Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”.

protejam os interesses dos administrados de forma mais eficaz que uma regra propriamente dita.

Ademais, não há como conceber, atualmente, a Administração Pública sem os veículos normativos que não constituem leis em sentido estrito. Apenas para exemplificar: (a) o que seria de uma Agência Reguladora sem o seu poder normativo técnico⁶⁻⁷; e (b) como se desenvolveria a atividade acadêmica sem que as universidades gozassem da possibilidade de elaborarem as mais diversas disposições normativas pertinentes aos seus fins institucionais⁸. Tem-se, assim, uma forma de delegação legislativa ao Executivo⁹. Essa atividade regulatória do Poder Executivo através de certas

(ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.78-79.)

- 6 Nesse sentido, segue uma breve transcrição do art. 19, incisos IV, X, XII e XIV, da Lei nº 9.472/97, nestes termos:
- “Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente: [...] IV - expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público; [...] X - expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado; [...] XII - expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem; [...] XIV - expedir normas e padrões que assegurem a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão entre as redes, abrangendo inclusive os equipamentos terminais; [...]”.
- 7 Técnico, sem sombra de dúvida, constitui-se uma qualificadora inarredável, pois, defende-se, não há como admitir o poder normativo político das Agências Reguladoras. Numa clara alusão ao poder normativo como um dos pressupostos para o atendimento dos fins institucionais dessas entidades, tudo em conclave à necessária independência de tais autarquias, transcreve-se um ligeiro posicionamento: “De fato, os inúmeros poderes das agências reguladoras, além de abrangerem aspectos de todas as funções da clássica divisão tripartite dos Poderes, são, em razão dos termos bastante genéricos pelos quais são conferidos, exercidos com grande grau de liberdade frente a quaisquer destes Poderes.” “Essa autonomia no exercício das competências setoriais é necessária para que a entidade reguladora possa caracterizar-se como ‘independente’, fazendo com que devam possuir certa liberdade de atuação, notadamente a de natureza normativa”.
- (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 370)
- 8 Aqui, basta uma breve leitura do art. 53, da Lei nº 9.394/96 (LDB), para compreender o alcance do poder normativo das Universidades, que se dá normalmente mediante resoluções e portarias.
- 9 Vicens Aguado I Cudolà, seguindo os escólios de Eduardo García de Enterría, sob a perspectiva do Direito espanhol, assim se expressa sobre a temática:
- “Un importante y cualificado sector de la doctrina parte de un concepto amplio de la denominada delegación legislativa. Dentro de la misma se viene a distinguir tres supuestos distintos: delegación recepticia, remisión normativa y deslegalización. En primero haría referencia a la posibilidad que el Ejecutivo pueda dictar normas con rango de ley al habilitarle una ley previa dictada por el Parlamentario (ley de bases o ley de refundición). Tales normas serían el resultado de una potestad reglamentaria de la Administración que a través de las técnicas del ‘reenvío recepticio’ y de la ‘declaración de voluntad *per relationem*’, adquiere rango de ley si bien dentro de unos límites precisos. De esta forma la ley de delegación asigna de forma anticipada el rango de ley a un producto normativo

entidades públicas, *rectius* autarquias, é fato, tem gerado renhidas discussões no campo doutrinário, inclusive quanto à própria constitucionalidade de tal atividade normativa. Contudo, uma coisa é certa: o Direito Administrativo passa por uma considerável transformação¹⁰, *rectius* mutação, o que tem ensejado diversas discussões sobre o rumo de certos institutos ou atuações do Estado, mormente no setor público dedicado à atividade econômica em sentido amplo, ou seja, os serviços públicos. E tudo isso possui sérias implicações na forma de conceber os princípios do regime jurídico-administrativo. De maneira que, numa análise preliminar sobre a temática, se pode dizer que houve uma mitigação ao princípio da legalidade. Pensa-se, aqui, de forma diversa: tem-se apenas uma releitura do princípio com vista a não mais concebê-lo nos estreitos limites da exigência da lei estrita¹¹, pois o que se *perde* em rigidez, por outro lado, se ganha em *extensão* para contemplar toda uma nova e complexa teia de relações jurídicas decorrentes da atual

que encomienda a la Administración, bajo unos parámetros bien definidos. El segundo caso, la remisión normativa, es cuando una Ley reenvía a una normativa posterior, que ha de elaborar la Administración, si bien la misma sigue siendo una norma reglamentaria. Por el último, está la deslegalización que sería aquella operación en la que la Ley, sin entrar en la regulación de una materia que ha sido objeto de una ley anterior, abre esta posibilidad al reglamento.”

(CUDOLÀ, Vicens Aguado I. Silencio administrativo y inactividad. Contribución al estudio de los efectos del transcurso del tiempo en el ejercicio de funciones administrativas, 1996. 917f. Tese - Doctorado. Universitat de Barcelona (UB). Barcelona, 1996, p. 224)

- 10 De forma resumida, mas clara, transcrevem-se as seguintes considerações, nas quais explicitam algumas inovações da “transformação” resultante da reforma da Administração Pública: Daí o instituto da privatização, considerado em seu sentido amplo, para designar todos os instrumentos de que o Estado se serve para reduzir o tamanho de seu aparelhamento administrativo; daí a quebra de monopólios, para tornar competitivas atividades que vinham sendo exercidas com exclusividade pelo poder público; daí a delegação de serviços públicos ao particular, pelos institutos da autorização, permissão e concessão de serviços públicos; daí também a parceria com entidades públicas ou privadas para a gestão associada de serviços públicos ou serviços de utilidade pública, por meio de convênios, consórcios e contratos de gestão; daí também a intensificação do instituto da terceirização para buscar a colaboração de entidades privadas no desempenho de atividades-meio da Administração”.

(DI PRIETO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. Concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 47)

- 11 Na esteira da doutrina alemã que, já de longas datas, reconhece o anacronismo da reserva legal para toda a atividade administrativa, transcreve-se:
 “A limitação da reserva da lei à administração de intervenção está antiquada. O desenvolvimento para a democracia parlamentar, o significado crescente da administração de prestação e a penetração jurídico-constitucional em todos os âmbitos estatais pela Lei Fundamental exigem sua extensão. Isso é exatamente também então conseqüente, quando se direciona para as funções, originárias e atuais, da reserva da lei – ou seja, as funções democrática e estatal-jurídica -, que atualmente compreendem o âmbito estatal total e, por conseguinte, passam adiante em suas dimensões. Disso não resulta nenhuma ‘reserva total’ que compreende toda a atividade administrativa. Mas as decisões fundamentais e importantes para a coletividade assim como para o cidadão particular devem ser tomadas pelo dador das leis e ser por ele respondidas [...]”.

(MAURER, Hartmut. *Direito Administrativo Geral*. Trad. Luís Afonso Heck. 14. ed. São Paulo: Manole, 2006. p. 125)

dinâmica das atividades administrativas, mormente no que concerne à prestação dos serviços públicos. Mas cumpre sempre advertir: admite-se ir além da lei, mas sempre através dela. Não mais se exige, para todos os casos, norma primária para regular ato ou atividade, porém não se prescinde dela para autorizar a viabilidade da norma secundária. Isso bem comprova que, decididamente, observar o princípio da legalidade não é apenas observar a lei ou se limitar a ela. Exige-se mais: impõe-se a observância do Direito como um todo, que é um sistema racional e coerente.

De qualquer sorte, com ou sem a chamada *mitigação* do princípio, persiste, e não poderia ser diferente, a idéia chave do princípio da legalidade, a saber, o cumprimento das normas expressas ou implícitas que imponham proibições ou deveres cogentes à Administração Pública. Nessa paragem, caminham irmanados o princípio da legalidade e o da indisponibilidade dos bens públicos, materiais ou imateriais. Defende-se, desde já, que tais princípios impedem, via de regra, a consolidação de situações ou posições jurídicas, ainda que em benefício dos administrados, quando exista a obrigatoriedade de revisão, por parte do Estado, de eventuais irregularidades constantes em processo administrativo, dada a cogência, decorrente de lei em sentido amplo, desta atuação administrativa. Tal problemática será analisada com maior vagar em tópico próprio.

1.2 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO

Num Estado Democrático de Direito¹², nada mais elementar, é concedido ao administrado o providencial direito de defesa, sendo esta qualificada como ampla, o que já denuncia extensão dos seus esteios em benefício dos administrados. Assim sendo, se ampla for, por certo, comporta maior extensão quanto à matéria probanda, bem como maior diversidade quanto aos instrumentos processuais viáveis à solução dos direitos postos em conflitos ou controvertidos. Nesse tocante, a Carta

12 A ampla defesa deve ser entendida como uma expressão dos diversos esteios garantísticos de um Estado Democrático de Direito. Sob a égide desse paradigma constitucional, à evidência, a ampla defesa ganhou contornos mais precisos e laços mais estreitos com o asseguramento da defesa do cidadão em face do Estado e, também, mas dentro de certos parâmetros, em face dos particulares (eficácia horizontal dos direitos fundamentais). Num vislumbre democrático-participativo, transcreve-se:

“Assim deve ser compreendida a ampla defesa: garantia de poder defender-se e articular suas razões, garantia de um processo legítimo e garantia do respeito a um Estado Democrático de Direito. O princípio representa o todo dessa escala ascendente de direitos do particular em face da Administração Pública. Não apenas a prerrogativa de manifestação em processos que incidam sobre sua liberdade e/ou bens, mas garantia de participar ativamente na tomada de decisões estatais”.

(MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo. Princípios constitucionais e a Lei nº 9.784/99*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 243)

Fundamental de 1988 foi extremamente clara, pois o disposto no seu art. 5º, inciso LV, espanca qualquer dúvida quanto à observância do contraditório e da ampla defesa no processo administrativo¹³. E nem poderia ser diferente: uma Constituição que se propôs a estabelecer um marco à democracia brasileira, naturalmente, o regime imporia uma clara manifestação quanto à necessidade de uma atuação estatal compromissada com o direito de defesa de seus administrados.

Defende-se o entendimento de que a ampla defesa se constitui numa correlação de esforços entre o *Estado* e o *cidadão*, tudo calcado num parâmetro de legitimidade da prova, bem como nos instrumentos técnicos de defesa, e não apenas num conduzir rígido da legalidade, isto é, não se pauta na mera concessão de prazos sem efetiva consecução dos parâmetros reais de defesa. Explica-se: na amplitude de defesa admite-se não apenas as provas legais ou com previsão expressa no sistema jurídico, mas também as legitimamente exigíveis e moralmente aceitáveis. Claro que, para a hipótese, impõe-se o devido cuidado com relação às provas ilícitas e ilegítimas, assim como os veículos ou instrumentos processuais desarrazoados ou meramente protelatórios, *ex vi* art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88. Então, a ampla defesa é aquela que permite a promoção das provas moralmente aceitáveis e legitimamente exigíveis em face do Estado, *rectius* autoridade pública, bem como admite os instrumentos processuais que não constituam um elemento concreto de protelação ou de manifesta irracionalidade dos propósitos de defesa. De forma categórica: a ampla defesa não legitima o uso de meios processuais que atendem contra o dever de lealdade das partes.

E o contraditório? A ampla defesa já o concebe¹⁴, pois, na medida em que se espera uma defesa ampla, naturalmente, há de se permitir

13 Todavia, o contraditório não tinha a merecida guarida na seara administrativa, como bem relata o escrito abaixo:

“A noção de contraditório vinha tradicionalmente associada ao processo jurisdicional; sua admissibilidade na esfera administrativa representa mudança de algumas concepções relativas à supremacia do Estado, à existência de um só juízo sobre o interesse público, à posição do administrado como súdito, servil e submisso, à predominância absoluta da autotutela”. [...]

“A idéia de contraditório em procedimentos administrativos ganha terreno também à medida em que a atenção se volta para a relação Administração-administrados e que se buscam meios para circunscrever a atuação administrativa dentro de parâmetros, com o fim de refrear abusos”.

(MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2 ed. São Paulo: RT, 2008, p. 102-103)

14 O consagrado autor José Carvalho dos Santos Filho, assim reza:

“Embora consagrada a expressão ‘*contraditório e ampla defesa*’, tem-se, na verdade, que a noção de contraditório já se insere na de ampla defesa”.

(CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo Administrativo Federal. Comentários à Lei nº 9.784 de 29/1/1999*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 57, grifo no original)

a contraposição de argumentos e de prova em face da questão a ser dirimida. Ocorre o que o se convencionou chamar de participação eventual e informação necessária. Eventual, porque não há obrigação de contrapor o aventado pela Administração ou por um particular quando instado a tanto; necessária, porque não há como prescindir do dever de informar os dados que a estatalidade careça para formar a sua convicção e desde que, por certo, tal exigência se funde em razões aceitáveis em face dos limites técnicos ou econômicos das partes, *rectius* administrados. Todavia, a mera inércia das partes não possibilita a tomada de decisão da Administração pautada em circunstâncias ou fatos presumidos, excetuando-se, por certo, os notórios, já que estes não se provam, pois ordinariamente se conhece ou se vivencia e, por isso mesmo, não se discute.

Alguns¹⁵ doutrinadores entendem que a possibilidade de reforma para pior implicaria uma flagrante ofensa ao princípio da ampla defesa, na medida em que inibiria o exercício do direito de recorrer. Todavia, será demonstrado, mais adiante, que a ampla defesa não exige o administrado das conseqüências de sua volição, isto é, que a reforma para pior decorre de exigências legais, tal como a própria ampla defesa, e que o recurso, ou mesmo sem ele, faz com que a matéria a ser decidida tenha como parâmetro o princípio da legalidade e não o princípio dispositivo. Logo, com volição (interposição recursal) há a conseqüência da reforma favorável ou não ao administrado; e sem volição (revisão de ofício) a reforma também pode ser desfavorável ao administrado que se conformou o já decidido; nesse último caso, há de ser observado o limite temporal do art. 54, da Lei nº 9.784/99. Repita-se: a matéria não se prende ao princípio dispositivo, mas, e essencialmente, ao princípio da autotutela administrativa e da legalidade.

1.3 PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL

A verdade material ou real não se compadece com o fato meramente aventado pelo administrado, a Administração há de perquirir a demonstração da realidade¹⁶. Todavia, adverte-se, o vicejo da verdade é tão encantador que não se percebe, *prima facie*, o quão difícil é o seu alcance,

15 VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 104;

FIGUEIREDO, Lúcia Vale. *Curso de direito administrativo*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 428.

16 Nesse tocante, felizes são as palavras de Odete Medauar sobre o princípio em apreço:

“[...] exprime que a Administração deve tomar decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos. Para tanto, tem o direito e o dever de carrear para o expediente todos os dados, informações, documentos a respeito da matéria tratada, sem estar jungida aos aspectos suscitados pelos sujeitos”.

(MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 13. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 176.)

seja pela pelos testemunhos falsos¹⁷ sobre a realidade, “pois verdade não é realidade, mas antes de tudo o valor de um enunciado em conformidade com aquilo que pensamos¹⁸”, seja mesmo pela mentira carreada aos autos como manifestação clara de atrapalhar na apuração dos fatos, seja, ainda, pelas limitações técnicas para aferir a concretude dos fatos.

Tal princípio não tem merecido uma consistente análise da doutrina. Costuma-se mencioná-lo com certo rechaço, tendo em vista que a verdade em si não é possível alcançar, senão fragmentos concretos, e às vezes vestigiais, dos fatos que envolvem a questão em contenda, logo, não se pode falar na sua efetiva promoção, seja nos autos, seja na mente do intérprete. É *verdade*¹⁹?! Contudo, tal modo de pensar pode ter o condão de limitar, e de até mesmo não aceitar, a carga material de outros substratos da realidade que possam robustecer uma tese favorável, ou não, aos administrados? Entende-se que não. Em outras palavras, o direito processual administrativo não pode dispensar quaisquer, ou tê-los como inviáveis, instrumentos ou meios que possam levar a *verdade* possível dos fatos, mesmo quando isso importar um gravame da situação particular ou geral de terceiros. Se a Administração Pública está jungida à lei, por certo, não pode se coadunar com a idéia de que a legalidade comporte qualquer *verdade*, mas sim a juridicamente defensável e a legitimamente exigível em face da problemática apresentada. Isto é: a verdade processual não é um continente com qualquer conteúdo²⁰, há que persistir sempre no alcance dum valor concreto de aceitabilidade em face das nuances fáticas do caso, sob pena da forma revelar verdadeiros protótipos de negação do justo!

17 Numa assentada mais filosófica, extrai-se o seguinte entendimento:

“Mentir não é enganar-se nem cometer erro; não se mente dizendo apenas o falso, pelo menos se é de boa fé que se crê na verdade daquilo que se pensa ou daquilo acerca do que se opina no momento”. [...]

“Mentir é querer enganar o outro, às vezes até dizendo a verdade. Pode-se dizer o falso sem mentir, mas pode-se dizer o verdadeiro no intuito de enganar, ou seja, mentindo”.

(DERRIDA, Jacques. História da mentira: prolegômenos. *Revista Estudos Avançados*, Instituto de Estudos Avançados da USP. São Paulo, ano 10. v. 27, p. 08, maio/agosto 1996)

18 DERRIDA, op. cit., p. 18.

19 A palavra, em si, nos inclina ao sentido de *certeza*, já que não se pode nela cogitar uma *verdade que não seja verdade*, não obstante, é fato, nessa seara tudo é provisório, limitado e, acima de tudo, circunstancial.

20 Em que pese ser ainda corrente o entendimento de que, em sede processual, mormente o civil, impera a verdade formal, quando, bem se sabe, deve-se impor sempre a verdade mais próxima possível da material, no direito administrativo o princípio da verdade material sempre teve o devido assento. Numa síntese esclarecedora sobre a temática, tem-se:

“Mientras que en el proceso civil el juez en la práctica se constriñe a juzgar según las pruebas aportadas por las partes (verdad formal), en el procedimiento administrativo el órgano que debe resolver está sujeto al principio de la verdad material y debe ajustar-se a los hechos.”

(GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. *La defensa del usuario y del administrado*. Tomo 2. Belo Horizonte: Del Rey e FDA, 2003. p. IX-41)

E adverte-se: a prática da justiça ou a promoção de uma atuação justa não deve ser visto sempre como o atendimento de preceitos ou circunstâncias mais favoráveis às partes, por assim dizer, *fracas*, já que a hipossuficiência não constitui elemento de lealdade ou de certeza em qualquer contexto jurídico. Daí, exsurge-se uma inferência lógica: a verdade material não implica dizer sempre que o seu fim se destina apenas ao atendimento dos anseios ou desejos dos administrados, mas, e na igual medida, da Administração Pública enquanto instrumento do Estado para partear o seu ideário normativo, *rectius* cumprimento das exigências da norma jurídica.

Uma coisa não se pode esquecer, a verdade não se constitui apenas um mero alento na promoção da justiça, mas se consubstancia de certa forma numa matéria de capital relevo para consecução dos fins da atividade administrativa na nossa ordem jurídica, uma vez que não há falar em dever de probidade ou de lealdade sem a *verdade* do poder público e do cidadão²¹.

Tratando mais especificamente sobre matéria, há doutrina que não considera o princípio da verdade material como substrato para a ocorrência da *reformatio in pejus*, nestes termos:

Ocorre que o princípio da verdade material também informa o processo penal, e nem por isso está autorizada a *reformatio in pejus*, que é vedada, inclusive, por disposição expressa do Código

21 Numa vertente mais sistêmica sobre o assunto, têm-se as seguintes considerações:

“El Estado constitucional presupone que las personas, es decir, los ciudadanos, tienen un interés en la ‘búsqueda de la verdad’, donde el interés por la verdad es ya la meta a alcanzar. Incluso tiene permitido el obligar – como *ultima ratio* – bajo juramento a cumplir conforme a la verdad *subjetiva*, aunque esto no quiere decir que garantice la verdad objetiva.”

“[...] el intento más serio de buscar la verdad deviene de su forma legal de proceder (verdad y justicia como resultado de un proceso): independencia institucional y personal de los jueces, investigación por sospechas fundadas, postulado de la ‘búsqueda imparcial de la verdad’, transparencia como garantía conexas a la búsqueda de la verdad: “condiciones de verdad”.

“El ‘principio del Estado de derecho’, en todas sus variantes, tiende ‘puentes’ ara que el eterno proceso de búsqueda de la verdad se cumpla en el Estado constitucional”.

(HÄBERLE, Peter. *Verdad y Estado Constitucional*. Universidad autónoma de México (UNAM). Instituto de Investigaciones Jurídicas. México-DF, 2006, p. 133-134, itálico no original)

Mais adiante, com firmeza, além da necessária clareza, arremata o autor:

“De alguna manera puede decirse que la justicia es la ‘verdad del derecho’. Este ordenamiento de los ideales ‘verdad, justicia, bienestar común’ no significa una demanda excesiva al Estado constitucional, antes bien estos ideales son immanentes en todas las distintas formas en que se presenta el Estado constitucional. Estos tres conceptos representan valores de acercamiento que señalan caminos y procedimientos que disminuyen la posibilidad de fracaso y error: tomando en cuenta que el hombre padece de falibilidad y que el Estado no puede y ni pretende ‘curarlo’”, (HÄRBELE, op. cit. p. 151)

de Processo Penal. O processo administrativo disciplinar e o sancionatório possuem a mesma natureza punitiva do processo penal, ambos estão informados pelos mesmos princípios da ampla defesa e do contraditório. Não há nada que justifique tratamento diferenciado, pois os direitos a serem resguardados são os mesmos, assim como a proteção conferida pela Constituição ²².

Não se pode olvidar a acuidade da autora, no entanto, impende um esclarecimento: a proibição da *reformatio in pejus* na esfera penal não está relacionada à mitigação do princípio da verdade material, mas, sim, ao objeto da reprimenda estatal (*status libertatis*) e ao poder de conformação do legislador no trato da matéria (interesse processual do acusado), já que a proibição é expressa nesse sentido, *ex vi* art. 617 do CPP. Inexiste mitigação do princípio da verdade material, tanto que, não raro, os julgados evidenciam todos os fatos que implicam o julgamento para pior, contudo, se inclinam aos ditames do empeço legal acima mencionado. Portanto, a vedação da reforma para pior no processo penal, à evidência, não representa uma limitação ao princípio da verdade material, mas, e tão-somente, uma opção legislativa em face dos interesses postos em juízo, de forma que *status libertatis* do acusado possui primazia em face do direito de punir na hipótese legal acima mencionada.

1.4 PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Em época de frenética atividade legislativa do Estado, melhor dizer normativa²³, na qual exsurge uma miríade de fontes normativas, sendo elas, por vezes, conflitantes, faz todo sentido discutir com maior detença a segurança jurídica nas relações entre o Estado e o cidadão. Porém a insegurança jurídica não é uma decorrência apenas de falhas na atividade normatizadora do Estado, não mesmo! Ela advém também do exercício arbitrário ou ilegítimo das atividades administrativas.

Deve-se mencionar, desde já, que o princípio da segurança jurídica encontra espeque na legislação infraconstitucional, mas precisamente no art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.784/99. Logo, a sua observância não pode ser relevada pela Administração. E já não o seria olvidado por uma exigência do nosso sistema jurídico, uma vez que a

22 SILVEIRA, Ana Teresa Ribeiro. A *Reformatio In Pejus* e o Processo Administrativo. *Revista Interesse Público (IP)*. Porto Alegre. ano 6, n. 30. mar/abr de 2005. p. 70.

23 Já que a atividade legislativa no Brasil, embora com certo ranço de ironia, pode ser tachada de residual, pois o Executivo leva a cabo, com duvidosa legitimidade e legalidade, muitas *reformas* através de Medidas Provisórias.

segurança jurídica é uma decorrência inarredável de um ordenamento jurídico coeso e harmônico²⁴.

Adverte-se que a observância da segurança jurídica não se revela apenas na permanência das situações jurídicas já ultimadas, mas também, e em maior medida, nas situações jurídicas a serem consolidadas, isto é, na escolha dos meios que prestigie a maior estabilidade possível nas relações entre o Estado e os cidadãos. Por outro lado, não se quer dizer que a busca da estabilidade possa fazer desencadear qualquer sorte de soluções para os conflitos possivelmente existentes na seara administrativa. Numa simples e elementar assertiva: a estabilidade (segurança jurídica) enquanto fim a ser perseguido não justifica qualquer meio a ser tomado (uso ou aplicação medidas ilegais ou ilegítimas). Ou seja, a segurança jurídica deve significar estabilidade e legalidade conjuntamente. Não há nada de novo no acima mencionado, todavia, tal princípio ainda não foi divisado, na seara administrativa, com o devido acatamento, uma vez que sobre o seu significado ainda paira, muitas vezes, uma mera alusão à permanência, mero conformismo, às decisões ou posições jurídicas tomadas²⁵. Naturalmente, isso constitui uma forma capenga de empreender todos os nortes que possam ser expressos ou advindos do princípio da segurança jurídica. Claro que, de ordinário, situações irregulares, ou pretensamente irregulares, são de pronto revisadas pela Administração. E, aqui, tem-se um problema sério, pois o poder de autotutela possui claros limites e que não são, por vezes, observados na sua inteireza. Isso suscita o seguinte questionamento: dentro de que contornos o exercício do poder de autotutela não afronta o princípio da segurança jurídica? Uma resposta a essa indagação demandaria uma análise demorada de várias situações particulares relacionadas à temática, o que fugiria claramente dos propósitos deste trabalho, contudo, impende gizar que o exercício do poder de autotutela será exercido com menor risco, e com reduzível afronta ao princípio

24 Como bem esclarece essa passagem doutrinária:

“Quando nos perguntamos se um ordenamento jurídico constitui um sistema, nos perguntamos se as normas que o compõem estão num relacionamento de coerência entre si, e em que condições é possível essa relação”.

(BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995. p. 71)

25 Aqui, impõe-se um esclarecimento: o administrado, ao contrário do que possa parecer, numa situação que lhe é favorável, muito embora seja ilegal, sofre um duro golpe ao ser divisado o sentido e o alcance da segurança jurídica. Pois, se na via administrativa o equívoco for consolidado, na via judicial, não raras vezes, há um reverso no caso, pois a segurança jurídica não prestigie a ilegalidade. Assim sendo, aquilo que poderia ser uma forma expedita de resolução de uma pendência, é fato, pode se transformar numa verdadeira surpresa com o passar do tempo.

da segurança jurídica, na medida em que as disposições legais forem mais precisas com relação ao fim a ser perseguido pela ordem jurídica, uma vez que, para cada caso, terá normas claras sobre a atuação administrativa; e menores forem as contradições aventadas no campo fático por parte da estatalidade, isto é, que a atividade administrativa não se realize em desarmonia com as medidas anteriormente tomadas. Isso, à evidência, não responde muita coisa, haja vista a generalidade dos seus termos, contudo, estabelecem dois pontos importantes, quais sejam: (a) a existência limites legais concretos, pois o vazio normativo constitui um estímulo para aplicação irrefletida dos princípios do regime jurídico-administrativo; e (b) o exercício harmônico da atuação estatal, uma vez que a ausência de contradição reduz significativamente as vicissitudes na forma de decidir da Administração.

Interessante, nesse ponto, mencionar a plurissignificância do princípio da segurança jurídica aventado com inegável didática pela reluzente civilista Judith Martins-Costa, nestes termos:

Consideradas pelo viés positivo do princípio, denotam os seguintes focos de significação:

- a) a segurança jurídica está no fundamento do instituto da decadência;
- b) a segurança jurídica fundamenta o instituto da prescrição;
- c) a segurança jurídica fundamenta o instituto da preclusão;
- d) a segurança jurídica fundamenta a intangibilidade da coisa julgada;
- e) a segurança jurídica é o valor que sustenta a figura dos direitos adquiridos;
- f) a segurança é o valor que sustenta o princípio do respeito ao ato jurídico perfeito;
- g) a segurança jurídica está na base da inalterabilidade, por ato unilateral da Administração, de certas situações jurídicas subjetivas previamente definidas em ato administrativo;
- h) a segurança jurídica está na *ratio* da adstrição às formas processuais;

- i) a segurança jurídica está na *ratio* do princípio da irretroatividade da lei, quando gravosa ao *status libertatis* das pessoas ou afrontosa às situações mais favoráveis, consolidadas pelo tempo ou resguardadas pela lei.

Já pelo viés negativo, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

- j) a segurança jurídica não é afrontada, senão reforçada, com o rigor probatório, nas matérias concernentes à concessão de benefícios especiais a certas categorias de pessoas, conforme a situação em que se encontrem;
- k) a segurança jurídica não impede que a lei nova ou ato administrativo dê conformação a situações jurídicas, desde que resguardado o princípio da legalidade, pois não limita de modo absoluto o poder de conformação do legislador²⁶.

Naturalmente, o elenco apresentado pela autora parte de situações bem particulares, decorrentes de decisões do STJ e do STF, como bem ressalta a civilista, contudo, não se pode negar o vasto âmbito de aplicação do princípio, isto é, os seus mais diversos “focos de significação”. Dessa forma, consoante os escólios de Almiro do Couto e Silva, tendo por parâmetro a doutrina alemã, transcreve-se, em demorado trecho, a seguinte passagem doutrinária:

A segurança jurídica é entendida como sendo um conceito ou um princípio jurídico que se ramifica em duas partes, uma de natureza *objetiva* e outra de natureza *subjéitiva*. A primeira, de natureza *objetiva*, é aquela que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado até mesmo quando estes se qualifiquem como atos legislativos. Diz respeito, portanto, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Diferentemente do que acontece em outros países cujos ordenamentos jurídicos freqüentemente têm servido de inspiração ao direito brasileiro, tal proteção está há muito incorporada à nossa tradição constitucional e dela expressamente cogita a Constituição de 1988, no art. 5º, inciso XXXVI. A outra, de natureza *subjéitiva*, concerne à *proteção à confiança* das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos

26 MARTINS-COSTA, Judith. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os administrados. *Revista CEJ*. Brasília. n. 27, p. 113. out./dez. de 2004.

e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação.

Modernamente, no direito comparado, a doutrina prefere admitir a existência de dois princípios distintos, apesar das estreitas correlações existentes entre eles. Falam os autores, assim, em *princípio da segurança jurídica* quando designam o que prestigia o aspecto *objetivo* da estabilidade das relações jurídicas, e em *princípio da proteção à confiança*, quando aludem ao que atenta para o aspecto *subjético*. Este último princípio (a) impõe ao Estado limitações na liberdade de alterar sua conduta e de modificar atos que produziram vantagens para os destinatários, mesmo quando ilegais, ou (b) atribui-lhe conseqüências patrimoniais por essas alterações, sempre em virtude da crença gerada nos beneficiários, nos administrados ou na sociedade em geral de que aqueles atos eram legítimos, tudo fazendo razoavelmente supor que seriam mantidos²⁷.

Numa leitura assentada nos prognósticos acima, deve-se mencionar, é de se acolher a idéia de uma necessária releitura do princípio da legalidade²⁸, todavia, o princípio da proibição da reforma para pior não se coaduna, ainda assim, em alguns casos, como o do parágrafo único do art. 64 da LGPAF²⁹, com a principiologia do direito público pelos seguintes motivos:

- (a) inexistente a conclusão do processo, de maneira que não se pode dizer que se operou uma posição definitiva da Administração

27 SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (Proteção à confiança) no direito público brasileiro e 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 Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 2, nº 6, p. 10-11, jul./set. de 2004. grifo no original.

28 Nesse contexto, extrai-se a seguinte passagem doutrinária:

“Ao invés da plana e linear legalidade que levava, quase que automaticamente, a uma cadeia dedutiva formal – Estado de Direito > princípio da legalidade > princípio da segurança jurídica > princípio da confiança na estabilidade ou na regularidade dos comportamentos e ações estatais –, o cidadão (o administrado, a pessoa) enfrenta hoje uma hipercomplexa teia de interlegalidade, de internormatividades, cruzadas entre valores e interesses públicos e privados, estatais e sociais, corporativos e gerais, nacionais e internacionais, dignos e espúrios, a perturbar a linearidade daquela cadeia dedutiva. De modo que a segurança não está, sempre e exclusivamente, na legalidade; o princípio da segurança jurídica (como estabilidade) e o princípio da confiança do cidadão (como expectativa legítima de certo comportamento estatal que viabilize o livre desenvolvimento da personalidade ou a expansão de um direito fundamental) podem agir e reagir sobre campos semânticos diversos”.

(MARTINS-COSTA, op. cit. p. 115)

29 Sobre o parágrafo único do art.64 falar-se-á, com maior demora, em tópico próprio.

ou algum possível efeito concreto³⁰, salvo nos casos de medidas cautelares³¹ em sede administrativa, que não são corriqueiras no Brasil, e, mesmo na ocorrência delas, o administrado tem a consciência de que o imperativo legal deve ser observado de ofício, já que não reina para o caso o princípio dispositivo, mas sim o princípio da oficialidade, *ex vi* art. 29 da Lei nº 9.784/99; e

- (b) a reforma para pior, com a devida vista ao interessado-prejudicado, não se baseia em critérios subjetivos da autoridade competente, não mesmo, pois há o poder-dever de observar as fórmulas e parâmetros legais expressamente previstos na ordem jurídica, que é também um nítido instrumento para a promoção da segurança jurídica. Ademais, a aplicação das regras decorre de uma legítima exigência da própria coletividade, uma vez que dela exsurgem os representantes que permeia a ordem jurídica e que, em tese, estabelece os critérios legais para a concessão, manutenção ou supressão de um direito. Em outras palavras, a salvaguarda legal representa uma clara manifestação dos interesses da coletividade, pois ela franqueia aos seus representantes

30 Não se pode olvidar que a segurança jurídica, *rectius* estabilidade na relação entre o Estado e o cidadão, demanda a existência de tempo, isto é, um necessário demorar que faça com que exsurja a necessidade de preservação do *status quo*, pelo menos é o que se pode observar em todas as hipóteses da transcrição abaixo: “Presente essa conjuntura, a ação da Administração Pública para realizar ou resguardar o valor ‘segurança jurídica’ e proteger a confiança é quase uma não-ação, constituindo, a rigor, um *dever de abstenção*: não atingir o direito adquirido ou o ato jurídico perfeito; não bulir com situações abrangidas pelo manto protetor da prescrição, decadência ou preclusão; não modificar a prática há longo tempo seguida, se a mudança vier em prejuízo do administrado; não mudar bruscamente as formas jurídicas, que são a garantia da estabilidade; não revogar ou anular, em certas situações, atos administrativos que tenham produzido efeitos na esfera jurídica de terceiros; não invadir, enfim, o campo da liberdade privada, regulado pela mão invisível de um demiúrgico (mas também previsível) mercado”. (MARTINS-COSTA, op. cit. p. 114, negrito no original)

31 Essas medidas não se confundem, se observado com maior rigor, com as medidas acautelatórias da Administração Pública, pois assumem um contexto “satisfativo” em prol do administrado em face de uma pretensão fático-jurídica, ao passo que estas são medidas de caráter eminentemente fático em consequência de eventos ou condutas indevidas que se quer evitar. Sobre as medidas acautelatórias, seguem as seguintes considerações:

“*Providências administrativas acautelatórias* são medidas que a Administração muitas vezes necessita adotar de *imedato* para prevenir danos sérios ao interesse público ou à boa ordem administrativa e cuja finalidade não é – como a das sanções – intimidar eventuais infratores para que não incorram em conduta ou omissão indesejada, mas, diversamente, é a de *paralisar* comportamentos de efeitos danosos ou de *abortar* a possibilidade de que se desencadeiem”.

(MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.p. 835. grifo no original)

quais (i) caminhos legais a percorrer; e (ii) os limites a serem estabelecidos na condução da atividade administrativa.

1.5 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA *REFORMATIO IN PEJUS*

A reforma da decisão, judicial ou administrativa, sempre convola sérios questionamentos. E por quê? Porque representa claro elemento de incerteza no processo. Decisão pública não é expressão de *certeza*, mas sim de *segurança jurídica*, pois aquela quase sempre não se alcança, e esta sempre se busca e, de forma geral, se consegue. Se a reforma for para pior, por certo, essa pretensa *segurança jurídica* se transforma em nítida insatisfação, o que é mais grave. E deferência ou abnegação a uma situação insatisfatória é tudo que um operador do direito não costuma ter. Quicá, por um vislumbre de maior segurança jurídica, bem como por um lampejo de maior comodidade processual, e tanto a autoridade judicial como a administrativa faz uso desse entendimento, tem-se defendido o princípio da proibição da *reformatio in pejus* como um expediente para evitar a inquietude em virtude de possível piora da situação do recorrente. Tal aplicação, ainda que interessante, não se pode negar isso, pode revelar sérios problemas quanto à *verdade possível* dos fatos, bem como quanto à aplicação escorreita da lei.

De que lado se deve ficar? *In medio sedet inclita virtus* é o que se costuma dizer. E há meio termo nessa questão? Pugna-se, aqui, pela inexistência! *Ou isto ou aquilo* na imorredoura alegoria de Cecília Meireles³². Ou se reforma para pior, ou se proíbe a sua ocorrência. Casuísmos, ainda que inclinado a um nobre sentimento de *justiça administrativa*, apenas tornará a questão mais tormentosa e de aplicação seletiva, o que no Brasil quer dizer a exclusão dos efeitos do instituto a depender da origem ou procedência da parte em contenda, em que pese a similitude fática para a questão a ser decidida.

Sobre a temática, cumpre transcrever uma demorada exposição doutrinária, haja vista a clareza de suas disposições, nestes termos:

O interessado ao interpor um recurso, busca benefícios, melhorias, vantagens, reconhecimento de direitos, satisfação de interesses. O recurso limitaria o poder de decisão da autoridade somente aos termos aí contidos? Pode a Administração, ao decidir o recurso,

32 Uma ligeira lembrança da imorredoura poetisa que, dentre tantas obras, publicou, em 1964, ano de sua morte, o livro *Ou isto ou Aquilo*, cujos versos bem expressam o colorido das escolhas para os homens, desde as pueris às mais sérias.

piorar a situação do interessado? Ou melhorá-la? Essa questão tradicionalmente vem discutida sob o ângulo da reforma para pior, ou seja, da *reformatio in pejus*. Se o recurso administrativo for considerado sob o ângulo subjetivo, como instrumento de defesa de direitos e interesses do indivíduo ou de grupos, a Administração seria obrigada a apreciá-lo nos termos em que foi interposto, não podendo agravar a situação do recorrente. Sob o prisma objetivo, o recurso configura um meio de assegurar a legalidade e correção da atividade administrativa, cabendo à autoridade apreciar não só as alegações do recurso, mas reexaminar, no seu conjunto, as circunstâncias do ato impugnado – o recurso desencadeia o controle, mas não condiciona a extensão do controle. Surgindo a necessidade de reformar para pior, emerge o conflito entre o aspecto subjetivo e o aspecto objetivo do recurso. A tendência geral faz prevalecer o aspecto objetivo sobre o aspecto subjetivo, admitindo-se a *reformatio in pejus*, excepcionada em algumas hipóteses – por exemplo: ao tratar da revisão do processo disciplinar, os Estatutos de servidores, via de regra, vedam o agravamento da pena como consequência³³.

Agora, sobre outro enfoque, segue uma passagem doutrinária que evidencia uma forma diversa de conceber a *reformatio in pejus*, *his verbis*:

A Administração deve rever seus atos praticados com violação de lei seja qual for o momento em que tomar conhecimento deste vício. Se esta ocasião for o julgamento de um recurso exclusivo do administrado, interposto em processo administrativo, a reação da Administração poderá prejudicá-lo, e não estaremos diante de *reformatio in pejus*.

Há *reformatio in pejus* quando a Administração faz uma nova avaliação dos fatos, reaprecia o mérito da questão. O que não se admite é a reavaliação de conveniência e oportunidade, em sede recursal, para agravar a situação do recorrente.

Ocorre que, por meio do recurso, a Administração pode tomar conhecimento de uma ilegalidade, apesar de não argüida pelo recorrente, pois tem o dever de rever seus atos ilegais. A correção da ilegalidade é obrigatória para a Administração e pode vir a prejudicar o recorrente, isto se justifica pelo princípio da legalidade e pela

33 MEDAUAR, op. cit., p. 391.

indisponibilidade do interesse público (interesse na reintegração da ordem jurídica)³⁴.

Veja-se que a autora produz um nítido paralelo entre a oportunidade e conveniência na análise do mérito da penalidade aplicável e o dever de reformar em abono aos princípios da legalidade e da indisponibilidade dos bens públicos (controle de legalidade); no primeiro caso, não se permite a reforma para pior; no segundo, ao contrário, impõe-se a reforma. A distinção não se justifica, e a razão é simples desse entendimento: a reforma para pior não se pauta em casuísmos ou parâmetros de discricionariedade, mas, sim, e em qualquer caso, em observância ao imperativo da lei. Quando a reforma adentra o terreno da aplicação seletiva dos casos e da imposição casuística das penalidades sem fulcro legal, por evidente, ter-se-á o arbítrio e não uma reforma para pior. E assim é porque todo e qualquer julgado, mesmo para pior, melhor dizer principalmente nesses casos, deve se pautar numa fundamentação que elenque os ditames legais aplicáveis, o mesmo não se dá no arbítrio. Essas considerações, ao contrário do que possa imaginar, não retiram o mérito da análise promovida pela autora, não mesmo, mas apenas empreende uma forma diversa de compreender o fenômeno jurídico; tanto que, admite-se, o posicionamento apresentado faz exsurgir uma clara distinção, a saber, a reportada oportunidade e conveniência em agravar a penalidade já aplicada em sede recursal, e que se entende como reforma para pior indevida, representa, tão-somente, uma forma de exercício do arbítrio. Ora, se a reforma para pior se fulcra no princípio da legalidade e da autotutela administrativa, por certo, não poderá se permear na discricionariedade do julgador. Portanto, defende-se, aqui, a inexistência de aplicação discricionária³⁵ de penalidades no

34 SILVEIRA, op. cit., p. 72.

35 Impõe-se um esclarecimento: o art. 127 da Lei nº 8.112/90 elenca as penalidades abstratamente aplicáveis, já os arts. 134, 132, 130 e 129, respectivamente, elencam as contexturas fáticas, tipos abertos, para aplicação das penalidades de cassação de aposentadoria, demissão, suspensão e advertência, apenas para salientar as mais importantes, uma vez que as destituições em cargo de comissão e de função comissionada não apresentam o mesmo relevo no trato da matéria. Pois bem, numa singela leitura desses dispositivos, não há como emprestar tanta “discricionariedade” à autoridade competente para aplicar a penalidade administrativa, haja vista o preciso círculo de sua atuação disciplinar, melhor dizendo, haja vista a clara enumeração fática e a correspondente penalidade aplicável. Fazendo um breve paralelo, de forma bem rudimentar, com o direito penal, pode-se dizer o seguinte: toda conduta culposa, via de regra, é um tipo penal aberto e nem por isso se diz que o juiz criminal tenha discricionariedade ao aplicar uma pena pertinente a uma conduta típica culposa. Por tais razões, não se considera correito, no que concerne à dita discricionariedade, o seguinte posicionamento de respeitável doutrinador pátrio: “Com efeito, nota-se uma extraordinária diferença entre o *ilícito administrativo* e o *ilícito penal*: este último tem contornos precisos, disciplinados por um texto legislativo a que se dá interpretação restritiva. Faltando uma só das conotações legais, o *ilícito penal* não se caracteriza. Em matéria

âmbito dos Processos Administrativos Disciplinares (PAD), o que pode existir é, tão-somente, uma necessária intelecção das hipóteses legais ou regulamentares de aplicação da pena em face do caso concreto. O caminho é longo para explicitar a temática, e não cabe, pelo menos aqui, percorrer, já que careceria promover a distinção, dentre outras digressões, entre discricionariedade e conceito jurídico indeterminado, bem como aplicação dessa distinção no processo disciplinar, tudo jungido a uma cabal exposição do princípio da proporcionalidade nas sanções administrativas.

Dessarte, depois de certa reflexão, extrai-se que a proibição da reforma para pior está relacionada, dentre outras vertentes, a dois claros fundamentos: (a) a segurança jurídica; e (b) o interesse processual *concreto* antes, durante e depois do julgamento do recurso. Agora, indaga-se: teria tais fundamentos o condão de afastar a aplicação devida da lei, bem como de fazer sucumbir os princípios do regime jurídico-administrativo? Seria a reforma para pior uma álea? Algo deve ser gizado: não há como dividir sorte na aplicação da lei, quicá uma dialética interpretativa, o que pode gerar entendimentos diversos e, por conseguinte, uma aplicação, por vezes, dissonante da norma extraída da exegese promovida; logo, a reforma para pior, por se fundar em preceitos legais e no exercício da autotutela administrativa, não pode representar um expediente de sorte, não mesmo! Em momento próprio, por certo, voltar-se-á a tais questionamentos.

2. FACULDADE E ÔNUS PROCESSUAIS

O que é uma faculdade no processo? Em que constitui um ônus processual? Uma coisa é certa, tem-se, em qualquer caso, a voluntariedade³⁶. Aqui, resulta expresso um parâmetro claro do direito

disciplinar, esta precisão não existe deliberadamente: deseja-se larga margem de discricionariedade ao administrador para que possa atingir, pela repressão disciplinar, toda a infração aos deveres e obrigações do funcionário, sejam quais forem, mesmo as faltas cometidas fora do serviço quando repercutem sobre a honra e considerações do agente e são suscetíveis, pela ressonância, de refletir-se no prestígio da função pública. A infração disciplinar é *atípica*, ao contrário da infração penal, que é *típica*". (CRETELLA JUNIOR, José. *Prática do processo administrativo*. 7 ed. São Paulo: RT, 2009. p. 95)

³⁶ Sobre o princípio da voluntariedade, transcreve-se:

"O recurso se compõe de duas partes distintas sob o aspecto de conteúdo: a) declaração expressa sobre a insatisfação com a decisão (*elemento volitivo*); b) os motivos dessa insatisfação (*elemento de razão ou descritivo*)". [...]

"Manifestação do princípio da voluntariedade é, por exemplo, o não conhecimento do recurso, (*sic*) quando houver fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer, tal como a renúncia ou desistência do recurso, ou ainda aquiescência à decisão que se pretenda ver modificada ou invalidada: faltaria a 'vontade' inequívoca de recorrer".

de liberdade³⁷, aliás, todo e qualquer direito ou é uma expressão da liberdade ou da igualdade; no caso, exsurge-se a liberdade expressada no direito de recorrer, haja vista a temática em estudo, já que se fala em proibição de reforma para pior é porque já ocorrera um recurso. A irresignação é uma típica manifestação volitiva. Logo, recurso é volição! E toda vontade sempre se encontra associada a riscos ou desafios. Tratando-se de processo administrativo não poderia ser diferente. Ademais, toda liberdade implica responsabilidades, deveres, ônus e, também comodidades, gozos ou benesses. Vamos discutir, então, a faculdade e o ônus no processo administrativo sob o estigma da liberdade de agir do administrado.

Se algo é facultado é porque, na mesma medida, não é obrigado; e, não sendo o caso de obrigação, não há inferência concreta de dever; contudo, pode-se ocorrer a perda de um direito pelo não exercício do que era facultado³⁸. A faculdade em si já é um direito, o seu não exercício pode implicar o preterimento de outro decorrente da inércia voluntária do administrado. E o ônus?! Considera-se, aqui, a faculdade como um antecedente lógico do ônus. Pois todo ônus pressupõe uma faculdade, mas nem sempre esta acarreta um ônus. Faculdade e ônus possuem, inegavelmente, uma intrínseca relação. Como já se pode perceber, não se adota, aqui, o entendimento de que só o ônus acarreta prejuízo à parte, no sentido de que o seu não-exercício traz sérios gravames processuais, e que o não-exercício dum facultade não pode ter esse condão. A linha mais racional é que tanto a faculdade quanto o ônus são proposições

(NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais – teoria geral dos recursos*. 5 ed. São Paulo: RT, 2000. p. 152. grifo no original)

37 A doutrina alemã apregoa a existência de um direito geral de liberdade decorrente de intensos desdobramentos dogmáticos sobre o art. 2º, § 1º da Constituição alemã. Nesse direito geral de liberdade, à evidência, faz-se inserir a volição recursal, dada a largueza que se possa extrair do termo, bem como as posições ou situações jurídicas relacionadas a esta volição. Naturalmente, tal direito é utilizado no sentido de proteção ao titular de direitos fundamentais, porém, e noutra vertente, não se pode negar, tendo em vista a existência de normas permissivas, uma vez que toda permissão sempre revela limites a serem observados, também se insere como decorrência desse direito, por exigível coerência, o dever de acolher e respeitar os desdobramentos do seu próprio exercício, isto é os patentes limites, restrições e sanções do sistema. Sem segredar importância à matéria, segue um elucidante escólio doutrinário: “Um suporte fático tão amplo como o do direito geral de liberdade exige uma equivalente amplitude na concepção da cláusula de restrição. Nesse sentido, o Tribunal Constitucional Federal foi simplesmente coerente ao adotar a cláusula restritiva mais ampla possível sob a vigência da atual Constituição, com sua fórmula ‘toda e qualquer norma jurídica compatível formal e materialmente com a Constituição’”. (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 344)

38 Adverte-se, desde já, que seguindo uma linha própria sobre a temática, entende-se que o não exercício de uma faculdade pode implicar o preterimento de uma benesse ou direito.

concretas e complementares da volição da parte com suas conseqüências jurídicas favoráveis, ou não. Tem-se, apenas, que no ônus o vislumbre do prejuízo já é manifesto, concreto mesmo em alguns casos. Geralmente, diz-se que recorrer é um ônus e que a mera intervenção no processo para esclarecimento de um fato pode constituir-se numa faculdade. Mas quem garante que, nas duas hipóteses, o detentor da inércia teria prejuízos, ou não, em face da ultimação dos atos do processo?

Dessarte, não se pode entender o ônus como uma faculdade agravada ou majorada pelo prejuízo advindo da inércia, pois a faculdade em si mesma também pode ter esse mesmo matiz. A faculdade é a mera possibilidade processual de efetivação de um ato que, contudo, caso não seja feito, não revela *a priori* um prejuízo imediato, no entanto, não se considera de difícil a sua ocorrência, pois a concretude fática pode revelar o contrário. Claro que essa não é linha de pensamento tradicional. Após essa brevíssima digressão, e independentemente do entendimento que se adote, se o recurso é uma faculdade ou um ônus, não se discute que tanto a faculdade quanto o ônus é volição, é liberdade. E toda liberdade implica, pelo menos no plano idealístico da racionalidade sistêmica do Direito, a aceitação das legítimas, em tese, regras que o Estado impõe a todos os seus súditos.

Com base nesses parâmetros, passar-se-á adiante com a devida alusão de que o recorrente, por possuir uma liberdade, se sujeita ao ônus decorrente do seu exercício.

3 A REFORMA PARA PIOR E O DEVER DE REFORMAR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Por mais que se questione a reforma para pior no âmbito administrativo, não há como empecá-la sem uma inevitável inconsistência com o regime jurídico-administrativo, hajam vista os princípios que norteiam esse ramo jurídico não se compadecem com a idéia de que a voluntariedade do recurso vincularia o modo de atuar da autoridade administrativa. A temática possui uma matriz legal, a saber, o art. 64, da Lei nº 9.784/99. Em momento oportuno, far-se-á uma análise do dispositivo. Por hora, elencar-se-ão, em defesa da dicção legal, alguns argumentos favoráveis à reforma para pior no Direito Administrativo, nestes termos:

- (a) o regime jurídico-administrativo possui uma dinâmica diversa do Direito Processual Civil e Penal. Enquanto nestas

a volição das partes, jungida a uma atuação recursal isolada, possibilita o impedimento, via de regra³⁹, da reforma para pior, o mesmo não se pode ser visto no processo administrativo, já que o fundamento que naquelas sedes se permeia, por certo, no processo administrativo não encontra guarida. Explica-se: a primazia e a defesa, ou quase um louvor, do interesse processual é determinante para os recursos judiciais, o mesmo não se observa na via administrativa, uma vez que, posta a questão controvertida em análise, por evidente, a Administração se vinculará à legalidade e à busca da verdade material, *rectius* verdade possível, de maneira que eventuais empecos de ordem processual relacionados à instrução do julgado e à aplicabilidade da sanção, é fato, serão, por assim dizer, devidamente afastados por conta da necessária obediência aos parâmetros legais da questão a ser dirimida. Quanto aos valores conflitantes na demanda judicial, não é preciso muito esforço para perceber que, no processo penal, o direito de liberdade do réu, *rectius status libertatis*, possui maior guarida, considerando-se o interesse processual expressado no recurso interposto, que o direito de punir do Estado, *rectius jus puniendi*, de forma que o recurso protocolado pelo sentenciado não poderia mesmo ensejar uma penalidade maior/pior⁴⁰, haja vista a clara configuração dum duro golpe contra o interesse processual da parte. No processo civil, deve-se reconhecer que a matéria conflituosa, do ponto de vista valorativo, muito se assemelha ao processo administrativo, contudo, a principiologia reinante é diversa, a saber; numa, tem-se o princípio dispositivo, na qual a voluntariedade das partes conta muito para a consolidação do julgado; noutra, há a indisponibilidade dos bens e a obediência efetiva à lei, o que faz imprimir a aplicação dos termos legais independentemente da vontade das partes e do próprio servidor competente para dirimir o conflito. Ademais, a autoridade não se prende à eventual insensatez da lei, mas à cogência sistêmica dos comandos legais;

(b) o recurso é uma expressão de vontade. Isso é fato! Com ele se busca uma situação jurídica melhor nos autos, isso também não se discute! Agora, no âmbito judicial o recurso de apenas uma das partes, por evidente, faz exsurgir, de ordinário, a aplicação do

39 Porque se a matéria for de ordem pública não há como impedir a sua observância, *v.g.* art. 267, § 3º, do CPC, já no caso do processo penal não se pode olvidar o disposto no art. 617 do CPP.

40 Por tal razão é que não se admite também a *reformatio in pejus* indireta. Ocorre esta quando o tribunal *ad quem* faz regressar a matéria para julgamento no juízo *ad quo*, de maneira que na nova decisão neste juízo não se pode agravar a situação do réu.

princípio da proibição da *reformatio in pejus*. E por quê? Porque uma situação desfavorável a quem não recorreu não implica qualquer adversidade, do ponto de vista processual, para acatamento do resultado do julgado, pois vige o princípio dispositivo, assim sendo, caso não desejasse alteração do julgado poderia fazer uso (i) do recurso adesivo, que é uma forma de interposição recursal, *ex vi* art. 500, do CPC; ou (ii) deveria ter interposto o recurso pertinente. Assim sendo, com vista a uma maior segurança jurídica para a parte que recorre, a disponibilidade dos interesses postos em juízo implica em aceitar tal entendimento, qual seja, se uma parte não recorre pode ter sua situação jurídica alterada desfavoravelmente, porém, a parte que recorre sozinha não pode ter sua situação jurídica alterada para lhe causar prejuízo. E como pensar assim num ramo do direito em que se observa justamente um princípio com sentido diverso, qual seja, o princípio da indisponibilidade dos bens públicos? E mais: a indisponibilidade não se refere apenas aos bens, mas, também, e igualmente relevante, às fórmulas legais exigíveis em cada caso, já que a legalidade não pode ser relevada por razões de mera voluntariedade dos administrados ou incúria administrativa ou, ainda, o que é pior, por desídia. Percebe-se, portanto, um notório descompasso entre o princípio da proibição da *reformatio in pejus* e o regime jurídico-administrativo;

(c) ademais, não apenas fundamento por legalidade ou por indisponibilidade carrega o entendimento de que a reforma para pior é possível no direito administrativo pátrio. Deve-se lembrar, ainda, que a coisa julgada administrativa⁴¹ não impede o julgamento da questão em sede judicial, o que permite afirmar que a reforma para pior, se assentado no bom direito, permanecerá e, caso contrário, será rechaçada na instância judicial. Logo, do ponto de vista prático, a reforma para pior só ocorrerá definitivamente se, de fato, o administrado não fazia jus à benesse material ou à situação jurídica pretendida, consoante ulterior e eventual manifestação judicial;

(d) defender a proibição da *reformatio in pejus* por razão de segurança jurídica, no caso do art. 64, da LGPAF, é simplório e cômodo, uma vez que tal entendimento não deita empenho na compreensão dos princípios do regime jurídico-administrativo, tudo se limita a afirmar que a reforma traz insegurança jurídica. Ora, a segurança

41 Não há negar a existência da coisa julgada administrativa, já que a imodificabilidade da decisão, que opera no âmbito administrativo, labora a favor da segurança jurídica. Ademais, a observância do princípio da intangibilidade da prestação jurisdicional (art. 5º, inciso XXXV, da CF/88) não desabona esse entendimento, uma vez que a imodificabilidade encontra-se dentro da seara administrativa e não fora dela.

jurídica já se encontra adornada no art. 65 da mesma Lei, uma vez que lá existe, ao contrário do disposto no art. 64, uma situação já consolidada, inclusive com sanção já aplicada, na qual inexistem os regulares prazos para interposição de recurso ou levante processual equivalente para discussão da matéria, o que demonstra que tudo se encontra devidamente encerrado. Todavia, ainda passível de re-análise por conta de fatos novos ou circunstâncias tidas como relevantes e, à evidência, capazes demonstrar a inadequação da penalidade aplicada. Aqui, não há negar, a revisão promovida não pode piorar a situação do *apenado*, tendo em vista o disposto no parágrafo único do artigo em referência. Por outro lado, não há isso no art. 64, pois tudo se encontra em aberto, não concluído, e a voluntariedade do recurso não poderá fazer sucumbir à exigência de observar a lei e os princípios do regime jurídico-administrativo;

(e) não se pode esquecer, ainda, o poder de autotutela da Administração Pública, no qual ela pode, melhor dizer deve, regularizar todas as situações pretensamente ilícitas ou desajustadas aos seus fins, inclusive em sede recursal, decorrentes de manifestações ou atos administrativos com vícios, de maneira a atender ao princípio da legalidade, da indisponibilidade dos bens públicos e da eficiência. Por evidente, a autotutela administrativa encontra seus maiores supedâneos nas Súmulas 346⁴² e 347⁴³ do STF que, por razões de espaço, não serão aqui comentadas de maneira a coaduná-las ou a expressá-las conforme a nova ordem constitucional, de caráter decididamente democrático⁴⁴. Em todo caso, não se discute, a autotutela administrativa constitui, mais um, empecilho ao entendimento de que a voluntariedade recursal representa um obstáculo intransponível à reforma para pior no processo administrativo. Sobremais, não se pode negar a viabilidade

42 Súmula 346. *A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.*

43 Súmula 473. *A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.*

44 A título de ligeira explanação, segue o seguinte trecho doutrinário:

“La gran diferencia que existe entre la Constitución liberal y la Constitución democrática, es que ésta es una *norma jurídica* y no un simple documento político. El mundo del derecho empieza en la Constitución y no en la ley. Por eso, lo que distingue a las Constituciones del siglo XX frente a la Constitución del XIX son las *garantías constitucionales*, es decir, las garantías de la soberanía popular frente a la soberanía parlamentaria, las garantías de la Constitución frente a la ley. Mientras que la *Constitución del siglo XIX es flexible* en la que no existen límites jurídicos para el legislador y en la que, en consecuencia, no puede plantear-se el control de constitucionalidad de la ley”.

(MORA-DONATTO, Cecilia. El valor de la constitución normativa. Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Instituto de Investigaciones Jurídicas. México-DF. 2002. p. 16-17. grifo no original.)

da autotutela no processo administrativo sancionador. E a razão é simples: a lei, como manifestação geralmente legítima de um povo, com previsão abstrata e geral, não escolhe os seus destinatários, de maneira que a sua aplicação pela estatalidade, dentro do contexto do direito administrativo, não pode ser seletiva em decorrência do instrumento ou do expediente utilizado para promover a sua observância. Ora, se não se discute a autotutela administrativa nos mais diversos segmentos da atividade administrativa, por que razão ela seria negada no processo administrativo sancionador? Insta, ainda, observar o seguinte: se a Administração deve observar a lei, o que impõe o dever de aplicá-la, não faz sentido negar a sua aplicação por conta da existência de um recurso voluntário⁴⁵ do administrado. Logo, admitir a reforma para pior apenas nos processos administrativos que não tratem de matéria disciplinar ou sancionadora, à evidência, representa uma injustificável expressão interpretativa do art. 64 da LGPAF, na medida em que a norma não faz distinção entre processos administrativos e não há, sob qualquer aspecto que se observe, prescrição legal que negue a possibilidade de autotutela administrativa nos processos administrativos disciplinares ou sancionatórios; e

(f) não se pode olvidar, ainda, que a regra estabelecida no parágrafo único do art. 64, da LGPAF, constitui uma clara manifestação de decidibilidade eleita pelo legislador, em que não se vislumbra a supressão, ainda que vestigialmente, em casos de erros, de eventuais direitos do administrado, já que tudo pode ser novamente ventilado na seara judicial. Aqui, por uma clara advertência dos prognósticos de decidibilidade da regras, cumpre transcrever uma feliz passagem da doutrina especializada, nestes termos:

[...] as regras possuem uma rigidez maior, na medida em que a sua superação só é admissível se houver razões suficientemente fortes para tanto, quer na própria finalidade subjacente à regra, quer nos princípios superiores a ela. Daí por que as regras só podem ser superadas (*defeasibility of rules*) se houver razões extraordinárias para isso, cuja avaliação perpassa o postulado da razoabilidade [...]. A expressão “trincheira” bem revela o obstáculo que as regras criam para sua superação, bem maior do que aquele criado por um princípio. [...] A

45 A rigor, o termo recurso voluntário é redundante, uma vez que voluntariedade é inerente à própria atividade de recorrer, assim sendo, sem vontade não há recurso. Quiçá, menciona-se o termo para divisar a sua notória diferença com a figura da remessa necessária, que, como se sabe, não existe como regra no direito administrativo e nem possui voluntariedade.

regra consiste numa espécie de decisão parlamentar preliminar acerca de um conflito de interesses e, por isso mesmo, deve prevalecer em caso de conflito com uma norma imediatamente complementar, como é o caso dos princípios. Daí a *função eficaz de trincheira* das regras⁴⁶.

Considerando o acima aventado, não há como conciliar a proibição da reforma para pior e os princípios do regime jurídico-administrativo, seja pela principiologia reinante no direito público, e não se trata mera deferência à existência dela, mas sim no que concerne ao seu sentido e alcance; seja porque o legislador preferiu adotar, sem qualquer afronta ao Texto Fundamental, a possibilidade de reforma para pior nos seus estreitos limites. No próximo tópico, far-se-á uma análise do discutido art. 64 da Lei Geral do Processo Administrativo Federal.

4 O SENTIDO E O ALCANCE DO ART. 64 DA LEI GERAL DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FEDERAL

Uma pergunta, desde o início, deve ser destacada, a saber, qual a seria a razão para que os exímios administrativistas, que elaboraram o Projeto de Lei que resultou na LGPAF, admitissem, de forma expressa, a reforma para pior no processo administrativo? Tendo em vista a notória genialidade dos membros da Comissão elaboraram o Projeto de Lei⁴⁷, uma coisa é certa, não foi um exercício açodado de normatização política. Entende-se que os mentores da lei prestigiaram o regime jurídico-administrativo, de forma a não promover uma *importação* apressada e acrítica dos preceitos ou institutos processuais de seara diversa. Veja-se o dispositivo em cotejo:

Art. 64. O órgão competente para decidir o recurso poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, se a matéria for de sua competência.

Parágrafo único. Se da aplicação do disposto neste artigo puder decorrer gravame à situação do recorrente, este deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão.

46 ÁVILA, op. cit., p. 103.

47 Vale lembrar que a Comissão era constituída, além do saudoso Professor Caio Tácito, seu Presidente, pelos Professores Odete Medauar (relatora), Maria Sylvania Zanella Di Pietro, Inocêncio Mártires Coelho, Diogo de Figueiredo Moreira Netto, Almiro do Couto e Silva, Adilson Abreu Dallari, saudoso José Joaquim Calmon de Passos, Paulo Modesto e Cármen Lúcia Antunes Rocha.

A cabeça do dispositivo não revela qualquer adversidade na sua compreensão, salvo, é certo, a desnecessidade de mencionar que a autoridade só poderá decidir matéria de sua competência. Ora, como a *jurisdição administrativa* impõe a observância da autoridade competente em cada caso, por certo, não faz sentido à disposição da parte final da cabeça do artigo, tem-se, assim, como totalmente despicienda, mormente quando já restara gravado, e com muito maior brilho, a matéria nos arts. 11 a 17 da lei em referência. Por outro lado, o parágrafo único é cercado de relevantes questionamentos. Numa leitura preliminar da disposição paragrafaria, tem-se que:

- (a) há necessidade de recurso do administrado⁴⁸ e, com a insurgência, advém o dever de a Administração Pública analisar a demanda em toda a sua extensão e profundidade independentemente do pedido encetado do levante recursal. Aqui, tem-se a mesma “idéia” de devolutividade ampla do recurso de apelação no processo civil, contudo, um pouco diversa, já que, a rigor, mormente pelo disposto no art. 63, § 2º, da Lei nº 9.784/99, bem como pelos esteios dos princípios do regime jurídico-administrativo, a reforma de uma decisão administrativa impescinde da atuação do administrado⁴⁹. Um ponto, todavia, pode ser aventado, qual seja, é possível o administrado pedir a desistência do recurso interposto? Se possível for, isso implica algum limite para a atuação da Administração Pública? Não há como negar que o pedido de desistência possa ser formulado, contudo, não poderá

48 Não se quer dizer com isso que a reforma de uma decisão administrativa não se possa operar de ofício, por conta do princípio da autotutela administrativa, isto é, sem a presença do recurso, *v. g.* recurso da própria Administração (art. 145, inciso II, do CTN). Ocorre que, para a hipótese do art. 64, a interposição do recurso é decorrência lógica da própria fase em que se encontra o processo administrativo e não um pressuposto para a reforma de uma decisão administrativa.

49 Nesse sentido, tem-se a uma elucidante lição:

[...] “considerando a abrangência do disposto neste art. 64 (e, da mesma forma, a disposição de seu parágrafo único) parece-nos que inexistente aplicação eficaz, aqui, do conceito de efeito devolutivo.

Até porque, como deixa evidente o § 2º do art. 63 da Lei federal, desde que não ocorrente preclusão administrativa, *mesmo com o não-conhecimento do recurso*, a Administração pode declarar ilegal o ato recorrido. Dito de outro modo: é indiferente, para os fins do dispositivo, o que tenha sido objeto de impugnação nas razões recursais”. [...]

“Inexiste, destarte, qualquer *necessidade* de relação entre o objeto do recurso e a manifestação do órgão julgador. Descabida, assim, a invocação do efeito devolutivo (e do princípio dispositivo) para interpretar a hipótese legal”.

(BUENO, Cassio Scarpinella. Os recursos nas leis de processo administrativo federal e paulista: uma primeira aproximação. SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Coords.). As leis de processo administrativo (Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98), 1ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 211-212, *italico no original*.)

ser deferido, uma vez que não impera para a hipótese o princípio dispositivo, mas sim os princípios da oficialidade e da autotutela administrativa⁵⁰;

- (b) do reexame da matéria seja vislumbrada objetivamente a possibilidade de agravamento da situação jurídica do administrado, isto é, a possibilidade de agravamento não pode se constituir em mera análise subjetiva da autoridade. Há que persistir sempre um fundamento fático-jurídico para o agravamento. Naturalmente, só o caso concreto pode denunciar o eventual agravamento do resultado, todavia, por exigência do devido processo legal, no seu aspecto adjetivo, impõe-se sempre a intimação do administrado quando existir, ainda que sem maior concretude⁵¹, o vislumbre do agravamento da situação do recorrente; e
- (c) da regular intimação ou cientificação da situação possivelmente desfavorável, por certo, terá o administrado o direito de apresentar suas fundamentações antes da decisão a ser exarada sobre o recurso interposto. Aqui, impõe-se um esclarecimento: quando da intimação, a Administração Pública revelará qual fato ou nuance jurídica que poderá ensejar o agravamento do resultado. Em que pese não constar na lei, à evidência, isso resulta necessário, senão como haveria de o administrado apresentar suas alegações. Cumpre esclarecer que os recursos na seara administrativa não são

50 Em sentido diverso, transcreve-se:

“O recorrente, intimado para apresentar alegações complementares acerca da possibilidade de *reformatio in pejus*, pode sim exercer o seu direito de desistir do recurso anteriormente apresentado. A Lei nº 9.784/99, inclusive, ao tratar de desistência do processo administrativo como um todo, expressamente prevê a possibilidade de desistência não condicionada à aceitação da outra parte”. (CARIBÉ, Karla Virgínia Bezerra. *Reformatio in pejus* no processo administrativo brasileiro: fundamentos, condições e limites. Revista Virtual da AGU. Brasília, Ano IX nº 92, setembro de 2009. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=97461&ordenacao=4&cid_site=1115>. Acessado em 20 de janeiro de 2010.)

Mas, aqui, impõe-se uma breve exposição, a saber, ainda que se admita a possibilidade de desistência do recurso, qual efeito prático que isso representaria em benefício do administrado? A nosso ver nenhuma. Explica-se, mesmo que se faça um paralelo com o art. 501 do CPC, que admite a desistência do recurso, bem como uma análise extensiva do disposto no art. 51 da Lei nº 9.784/99, que admite a desistência do pedido formulado à Administração Pública, não há como afastar o entendimento de que em sede recursal, na seara administrativa, não impera o princípio dispositivo e, como decorrência, a vinculação à devolutividade da matéria, mas o princípio da autotutela administrativa e da indisponibilidade dos bens públicos, logo, independentemente de desistência de recurso, ou sua acolhida, a análise recursal caminhará sem qualquer empeco.

51 Nessas hipóteses, por certo, não se peca pelo excesso.

de fundamentação necessária, muito menos vinculada, isto é, sequer é preciso na maioria dos casos apresentarem qualquer fundamentação, já que insurgência pode se restringir apenas ao pedido duma nova análise do caso vertente. Daí, também, a razão para uma manifestação mais técnica quanto aos pontos cruciais do julgamento. Nesse ponto, cumpre transcrever o seguinte escólio doutrinário:

Desse modo, ao ser aberta a oportunidade para o recorrente, o órgão julgador já terá que possuir os elementos iniciais que conduzem à convicção no sentido de que possivelmente será proferida decisão mais gravosa.

Por esse motivo, parece-nos indispensável, e mais, parece-nos verdadeira condição de validade da futura decisão, que, ao serem permitidas as alegações do recorrente antes de ser proferida, já deva o órgão julgador indicar os referidos elementos justificadores do agravamento da situação. Somente tendo conhecimento desses elementos é que o recorrente, ante a possibilidade de ver sua situação agravada, poderá exercer, em toda a sua amplitude, o direito à ampla defesa e ao contraditório⁵².

Após essa breve exposição, insta mencionar um argumento habitualmente empregado contra a aplicabilidade do § único, do art. 64, da Lei nº 9.784/99, a saber, o princípio do devido processo legal, na sua acepção substantiva, jungido ao princípio do contraditório e da ampla defesa, tudo dentro dum contexto sistêmico, acabaria por revelar a inconstitucionalidade do único, do art. 64 da Lei nº 9.784/99, enquanto Lei Geral do Processo Administrativo Federal⁵³, uma vez que representa uma clara forma de inibição do direito de recorrer, o que afrontaria o disposto no art. 5º, inciso LV, da CF/88.

Será mesmo inconstitucional tal dispositivo? Não mesmo! Todas as garantias processuais são respeitadas, *rectius* contraditório⁵⁴,

52 CARVALHO FILHO, op. cit., p. 305.

53 Cumpre assinalar uma breve menção doutrinária, nestes termos:

“Em resumo, pode-se afirmar: através dos direitos fundamentais a Constituição moderna, enquanto subsistema do direito positivo, pretende responder às exigências do seu ambiente por livre desenvolvimento da comunicação (e da personalidade) conforme diversos códigos diferenciados”. (NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 75)

54 Em arrimo à constitucionalidade do dispositivo, tem-se a seguinte passagem de renomado processualista:

contudo, pode-se interpretar o dispositivo com apego às inferências decorrentes do processo civil e penal, cuja lógica judicial de atuar é um tanto quanto diversa da administrativa, mormente quando não há um sistema dúplice, administrativa e judicial, de aplicação do direito de forma definitiva, que o caso do Brasil⁵⁵. Ora, se o administrado é cientificado e poderá se manifestar antes da decisão, por certo, não há falar na ofensa do princípio do contraditório, mormente quando não se encontra limites para abordar todos os argumentos possíveis para a defesa da pretensão arqueada. O que se pode questionar, tendo em vista a ordinária compreensão da existência de separação de funções na ordem jurídica, é o fato de que o mesmo órgão do Estado que acusa a possível irregularidade, por outro lado, também julga o caso e, por vezes, executa o decidido.

Não obstante esse fato, tendo em vista o princípio da imparcialidade orgânica, a autoridade não julga segundo os interesses da Administração Pública ativa, mas apenas com base em parâmetros legais e principiológicos reinantes no nosso sistema jurídico, pelo menos é o que se espera dos nossos servidores. Em outros termos, na consonância de tal princípio, não raras vezes, as Juntas de Recursos ou Câmeras de Julgamento, decidem desfavoravelmente aos posicionamentos encetados pela Administração Pública, embora façam parte dela. Ademais, a reforma para pior não constitui uma *roleta russa*, vez que todas as regras são previamente estabelecidas

“Estabelecida a oitiva do recorrente antes da concretização da *reformatio in pejus* – e o parágrafo único do art. 64 é claro neste sentido – não vemos qualquer inconstitucionalidade no dispositivo. Até porque a doutrina processual civil é assente quanto à vedação da *reformatio in pejus* somente naqueles casos em que a atuação do órgão julgador reclame provocação específica do interessado (efeito devolutivo), o que, como procuramos demonstrar, *não* é o que ocorre na hipótese em comento”. (BUENO, op. cit. p. 213-214, *italico no original*)

- 55 Tal forma de conceber a questão é facilmente identificada no seguinte trecho doutrinário: “À luz do sistema acusatório, informador do Direito Processual Penal em um Estado Democrático de Direito, onde as funções de acusar, julgar e de se defender são exercidas no processo por diferentes órgãos e agentes, de modo a preservar a imparcialidade do órgão julgador, não se poderia atribuir ao órgão que irá julgar o recurso à incumbência de informar, de forma motivada, as razões do possível agravamento da pena sem implicar em acusação por vias oblíquas ou julgamento prévio. Embora se preserve o direito à informação, tal procedimento implica violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa nas vertentes do direito de manifestação e de ver os argumentos considerados de forma adequada”.
- [ERLING, Marlos Lopes Godinho. A vedação da *reformatio in pejus* no âmbito do processo administrativo sancionador e a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 64 da Lei nº 9.784/99 (Lei de Processo Administrativo Federal): aplicação do sistema acusatório e proposta de triangularização do processo administrativo sancionador. *Biblioteca Digital Interesse Público - IP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 52, nov./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=56167>> Acesso em: 11 outubro 2009.]

e, por evidente, conhecidas por todos, de maneira que apenas a lei, em sentido amplo, é que será objeto de análise e não a conveniência ou oportunidade da autoridade pública, mormente porque o direito administrativo sancionador é uma atividade vinculada à lei em sentido estrito, salvo quando houver uma relação especial de sujeição, *rectius* supremacia especial, oportunidade em que se possa vislumbrar a aplicação de penalidades fulcradas em parâmetros normativos meramente regulamentares, *v. g.*, a penalidade de jubramento imposta por uma universidade a eventuais alunos desidiosos.

Admitir a inconstitucionalidade do dispositivo, à evidência, representaria um desatado apego às fórmulas processuais que não se coadunam às diretrizes específicas do Direito Administrativo. Explica-se não há como imprimir a mesma lógica processual do direito processual civil/penal ao direito processual administrativo, haja vista a diversidade de princípios que carregam ou cercam a atuação do julgador, melhor dizendo, da autoridade administrativa que decidirá o caso ou promoverá a medida necessária ao alcance dos fins determinados ou desejados pela norma jurídica. A reforma para pior, contudo, deve respeitar aspectos temporais, e não se referem, aqui, aos notórios limites do art. 54, da Lei nº 9.784/99, até porque a sua aplicabilidade se daria, na hipótese, de forma intercorrente, mas, sim, ao limites no tempo relacionados à própria atuação da autoridade competente em face da contextura do mundo da vida. Explica-se: ao analisar o recurso, a autoridade não poderá olvidar as nuances fáticas que cercam o processo administrativo, de forma que: pretensões que, desde o início, poderiam ter sido decididas desfavoravelmente ao administrado, e não o foram, o que poderia ensejar a reforma para pior em sede recursal, com o passar do tempo, por razões fático-jurídicas diversas, não pode ser mais alterado o decidido por conta das vicissitudes fáticas no tempo; logo, o carrear de informações, da Administração ou do próprio administrado, que representam o mundo dos fatos, também pode constituir um nítido empeco à reforma para pior.⁵⁶

5 CONCLUSÕES

Considerando os condensares gráficos acima, conclui-se que:

- (a) a Administração pública deve obediência à lei, mas não somente a ela, uma vez que deve observar também os princípios gerais do direito, os princípios específicos de cada ramo jurídico, enfim, o Direito como um todo. Aliás, essa

⁵⁶ Seria, assim, grosso modo, a observância do mesmo sentido e alcance dado ao disposto no art. 462 do CPC.

exigência comportamental é cobrada de qualquer autoridade pública, seja de que Poder ela for;

- (b) o princípio da ampla defesa e do contraditório não pode ser olvidado pela atividade administrativa sancionadora, mormente porque a condução da atividade punitiva do Estado não se pauta num ideário anacrônico das sanções veladas ou, e não menos grave, expressas sem direito de defesa, logo, como parâmetro de eficácia da norma constitucional, o art. 64, § único, da Lei nº 9.784/99, impõe a devida ciência do interessado sempre que a situação jurídica ventilada no recurso possa acarretar um agravamento em desfavor do administrado;
- (c) o princípio da verdade material, *rectius* verdade possível, não contempla o exercício arbitrário da atividade processual, de forma a suplantar as garantias processuais dos administrados em face dum exaustiva e precisa aferição dos fatos, contudo, não importa admitir, sem maiores empecos ou de forma estóica, decisões partejadas sem qualquer lastro fático-jurídico, já que implicaria aceitar a atividade decisória do Estado pautada numa patente ilegalidade;
- (d) o princípio da vedação da *reformatio in pejus*, de ampla aplicabilidade no processo penal e civil, não ostenta a mesma primazia no direito administrativo, uma vez que, nessa seara, o princípio dispositivo é suplantado pelo princípio da legalidade e pelo princípio da indisponibilidade dos bens públicos, o que permite uma aplicação ulterior de normas de natureza cogente, mesmo que desfavorável ao administrado;
- (e) atividade recursal representa uma manifestação de vontade e, como volição que é, expressa um direito de liberdade, o que, naturalmente, impõe o reconhecimento de eventuais desafios e riscos, o que não descarta os de natureza processual ou de direito material; assim sendo, o recorrente, por se submeter ao regime jurídico-administrativo, não poderá se esquivar das decorrências desse regime por conta da voluntariedade assumida, no sentido de que a Administração Pública não poderá piorar a sua situação jurídica, haja vista que a reforma para pior encontra espeque na lei e na principiologia reinante no Direito Administrativo; e

- (f) a discutida constitucionalidade do § único do art. 64, da LGPAF, por evidente, parte de um referencial teórico equivocado, a saber, com base nos propósitos processuais de ramo diverso do Direito, no qual o princípio dispositivo ou *status libertatis* do jurisdicionado possuem primazia em face do princípio da legalidade, *rectius jus puniendi* do Estado, fato que não se observa no direito administrativo sancionador ou na atividade administrativa em geral.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BUENO, Cassio Scarpinella. Os recursos nas leis de processo administrativo federal e paulista: uma primeira aproximação. SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Coords.). *As leis de processo administrativo (Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98)*, 1. ed. 2. t. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 187-226.

CARIBÉ, Karla Virgínia Bezerra. *Reformatio in pejus* no processo administrativo brasileiro: fundamentos, condições e limites. *Revista Virtual da AGU*. Brasília, Ano IX nº 92, setembro de 2009. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=97461&ordenacao=4&id_site=1115>. Acesso em 20 de janeiro de 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo Administrativo Federal*. Comentários à Lei nº 9.784 de 29/1/1999, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CRETELLA JUNIOR, José. *Prática do processo administrativo*. 7. ed. São Paulo: RT, 2009.

CUDOLÀ, Vicenç Aguado I. *Silencio administrativo y inactividad*. Contribución al estudio de los efectos del transcurso del tiempo en el ejercicio de funciones administrativas. 1996. 917f. Tese (Doctorado). Universitat de Barcelona (UB). Barcelona, 1996.

DERRIDA, Jacques. História da mentira: prolegômenos. *Revista Estudos Avançados*. Instituto de Estudos Avançados da USP. São Paulo. Ano 10. v. 27, maio/agosto 1996. p.05-39.

DI PRIETO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa.

FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir. *Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 480-504.

_____. *Parcerias na Administração Pública*. Concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ERLING, Marlos Lopes Godinho. A vedação da *reformatio in pejus* âmbito do processo administrativo sancionador e a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 64 da Lei nº 9.784/99 (Lei de Processo Administrativo Federal): aplicação do sistema acusatório e proposta de triangularização do processo administrativo sancionador. *Biblioteca Digital Interesse Público - IP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 52, nov./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=56167>>. Acesso em: 11 outubro 2009.

FIGUEIREDO, Lúcia Vale. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. La defensa del usuario y del administrado. Tomo 2. Belo Horizonte: Del Rey e FDA, 2003.

HÄBERLE, Peter. *Verdad y Estado Constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Instituto de Investigaciones Jurídicas. México-DF, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. *A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os administrados*. *Revista CEJ*. Brasília, n. 27, out./dez. de 2004, p. 110-120.

- MAURER, Hartmut. *Direito Administrativo Geral*. Trad. Luís Afonso Heck. 14. ed. São Paulo: Manole, 2006.
- MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.
- _____. *Direito Administrativo Moderno*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MORA-DONATTO, Cecilia. *El valor de la constitución normativa*. Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Instituto de Investigaciones Jurídicas. México-DF, 2002.
- MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo*. Princípios constitucionais e a Lei nº 9.784/99. São Paulo: Malheiros, 2000.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais – teoria geral dos recursos*. 5. ed. São Paulo: RT, 2000.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (Proteção à confiança) no direito público brasileiro e 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 Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, jul/set de 2004, p. 07-58.
- SILVEIRA, Ana Teresa Ribeiro. A *Reformatio In Pejus* e o Processo Administrativo. *Revista Interesse Público (IP)*, ano 6, n. 30, março/abril de 2005. Porto Alegre: Notadez, p. 59-76.
- VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO E A IMPORTÂNCIA SOCIAL DO "SAT"

***THE JURISDICTION OF THE LABOUR JUSTICE AND
THE SOCIAL IMPORTANCE OF THE "WORK
ACCIDENT INSURANCE"***

*Robson Silva Mascarenhas
Procurador Federal
Coordenação-Geral de Planejamento e Gestão
Procuradoria-Geral Federal*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Proteção constitucional dos riscos sociais decorrentes dos acidentes de trabalho; 2 Breve histórico do Seguro Acidente de Trabalho; 3 A natureza jurídica do SAT; 4 O "SAT" e a extrafiscalidade; 5 Da importância social do SAT; 6 A competência da Justiça do Trabalho para executar o SAT e a efetividade da política tributária; 7 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente estudo possui dois objetivos: expor o papel dos tributos como instrumento de concretização dos direitos fundamentais (extrafiscalidade) e demonstrar a importância da linguagem técnica para evitar interpretações equivocadas que ponham em risco a efetividade das políticas públicas realizadas por meio da tributação. Partindo da análise das contribuições para o “Seguro Acidente de Trabalho” e da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho a respeito desta espécie tributária, buscamos apresentar um exemplo concreto de tributação extrafiscal e de equívoco jurisprudencial estimulado pelo uso de expressões usuais sem o devido respaldo técnico.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça do Trabalho. Seguro Acidente de Trabalho. Função social do tributo.

ABSTRACT: The present paper has two aims: to expose the role of taxes as an instrument for achieving the fundamental rights (extrafiscality) and demonstrate the importance of technical language to avoid misunderstandings that may endanger the effectiveness of public policies carried out by means of taxation. Based on the analysis of contributions to the “Work Accident Insurance” and the ruling of the Superior Labor Court regarding this kind of taxation, we present a concrete example of extrafiscal taxation and of jurisprudential mistake induced by the use of expressions without their usual technical support.

KEYWORDS: Laboral Justice. Work Accident Insurance. Social function of the tax. Extrafiscality

INTRODUÇÃO

Em recente julgamento, a Subseção Especializada em Dissídios Individuais – I do Tribunal Superior do Trabalho reverteu jurisprudência consolidada há vários anos, passando a reconhecer a distinção entre as chamadas contribuições para o “Seguro Acidente de Trabalho” e as contribuições para “Terceiros” e, por conseguinte, a competência da Justiça do Trabalho para executá-las sob sistemática da “execução fiscal *ex officio*”.

Contudo, o mérito deste entendimento ultrapassa a correção técnica a respeito da natureza jurídica das contribuições sociais para o financiamento da Seguridade Social, sobretudo, no reconhecimento da relevância do tema para a efetividade de uma política tributária de grande repercussão na proteção dos trabalhadores.

Enfim, o objetivo deste breve trabalho é mostrar a importância da correta identificação dos institutos jurídicos para a concretização dos direitos sociais, em especial, no tocante à prevenção dos acidentes de trabalho por meio de uma política tributária.

1 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DOS RISCOS SOCIAIS DECORRENTES DOS ACIDENTES DE TRABALHO

A preocupação do Direito com o bem estar do ser humano fez surgir a Previdência Social e difundir-la como a ferramenta mais comum de proteção dos riscos sociais, em especial aqueles que reduzem a capacidade do indivíduo prover seu sustento próprio e familiar através do trabalho. Nesse contexto, as contingências decorrentes dos acidentes de trabalho representam uma importante parcela dos problemas sociais relacionadas com a morte e a incapacidade laborativa.

O reconhecimento internacional deste problema fez com que o Brasil aderisse a diversos tratados e acordos que prevêm a obrigação de preservar a incolumidade do trabalhador e suprir suas necessidades em caso de enfermidade. Nesse sentido, foi ratificada a Convenção nº 102, da Organização Internacional do Trabalho, que dispõe a respeito de normas mínimas de seguridade social a serem instituídas por seus membros¹ e elaborada a a Declaração Sociolaboral do Mercosul, que

1 “Artículo 31 Todo Miembro para el que esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones en caso de accidente del trabajo y de enfermedad profesional, de conformidad con los artículos siguientes de esta parte.” (Tradução livre: “Todo o

determina a promoção de “políticas e programas em matéria de saúde e segurança dos trabalhadores e do meio ambiente de trabalho, a fim de prevenir os acidentes de trabalho e as enfermidades profissionais” (art. 17º, 2), prevendo, em seguida, a proteção dos trabalhadores “*frente à contingência de riscos sociais, enfermidades, velhice, invalidez e morte*” (art. 19º, 2)².

Nesta linha de raciocínio, ainda que o direito à previdência social não estivesse previsto no *caput* do art. 6º da Carta Republicana³, é certo que a cobertura das contingências sociais relacionadas aos acidentes de trabalho (redução da capacidade laborativa, invalidez e morte) se insere no rol de direitos fundamentais albergados como cláusulas pétreas em nosso Sistema Constitucional⁴. Assim, independente da origem do *status* de direito fundamental conferido aos direitos sociais, tais direitos merecem ampla proteção e progressiva efetivação.

De fato, não faria sentido que o Estado se comprometesse com a “*redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança*” (art. 7º, XXII, da Constituição), sem, contudo, oferecer mecanismos legais que viabilizassem a cobertura efetiva destes riscos.

membro para o qual estiver em vigor esta parte da Convenção deve assegurar a todas as pessoas protegidas a concessão de benefícios em caso de acidentes de trabalho e doenças profissionais, em conformidade com os artigos seguintes desta parte”).

2 “ARTIGO 19º - Seguridade social

1.- Os trabalhadores do MERCOSUL têm direito à seguridade social, nos níveis e condições previstos nas respectivas legislações nacionais.

2.- Os Estados Partes comprometem-se a garantir uma rede mínima de amparo social que proteja seus habitantes frente à contingência de riscos sociais, enfermidades, velhice, invalidez e morte, buscando coordenar as políticas na área social, de forma a suprimir eventuais discriminações derivadas da origem nacional dos beneficiários.”

3 Comungamos da opinião de Clèmerson Merlin Clève, in O Desafio dos Direitos Fundamentais (Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=441>) e de outros autores de renome que defendem o status originário de direitos fundamentais aos direitos sociais. A esse respeito, vale conferir a lição de Flavia Piovesan, segundo quem “Na qualidade de direitos constitucionais fundamentais, os direitos sociais são direitos intangíveis e irredutíveis, sendo providos da garantia da suprema rigidez, o que torna inconstitucional qualquer ato que tenda a restringi-los ou aboli-los” (in Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000).

4 A despeito de qualquer polêmica a respeito do tema, entendemos que, de todo modo, o direito à previdência social integraria o rol de direitos fundamentais albergados no art. 5º, § 2º, da Constituição, tendo em vista a ratificação, pelo Brasil, de diversos diplomas internacionais que o prevêem como direitos básicos dos trabalhadores (“Art. 5º. [...] § 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”).

Com base nestas premissas, pode-se afirmar que a Constituição Brasileira já protegeria os trabalhadores contra os eventos de doença, invalidez ou morte, independente de tais eventos estarem relacionados a acidentes de trabalho⁵, e, como será visto adiante, por pertinência lógica, esta cobertura foi inserida no contexto amplo da Seguridade Social, consoante se extrai do art. 7º, XXVIII, e dos arts. 194 *caput* e 201, I, da Constituição, eis que se trata de direito relacionado à cobertura de contingências sociais:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à *saúde*, à *previdência* e à assistência social.

I - universalidade da cobertura e do atendimento;

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

I - cobertura dos eventos de *doença*, *invalidez*, *morte* e idade avançada; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

Por fim, sobreleva destacar que, num Estado Democrático, a proteção contra as contingências sociais se impõe em decorrência do princípio da solidariedade e da constatação de que o desenvolvimento

5 “Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)”

da nação é impossível sem que todos tenham assegurado um limite mínimo de dignidade⁶. Trata-se, então, de uma perspectiva publicista da Seguridade Social, que realça o seu caráter amplo e universal (direito social tutelado pela coletividade), em detrimento da perspectiva individual (direito de crédito em face do Estado).

2 BREVE HISTÓRICO DO SEGURO ACIDENTE DE TRABALHO

Os autores convergem em atribuir a criação formal da Previdência Social às leis alemãs de 1883, 1884 e 1889, por meio das quais o chanceler Otto Von Bismarck instituiu, respectivamente, o seguro social obrigatório (seguro-doença), o seguro contra acidente de trabalho e os seguros contra invalidez e velhice.

No Brasil, a primeira lei a disciplinar a responsabilidade por acidentes de trabalho veio antes mesmo da Lei Elói Chaves (Decreto-legislativo nº. 4.682/1923), tida pela doutrina como o marco legal para o desenvolvimento da Previdência Social no Brasil. Pouco antes, o Decreto-lei nº 3.724, de 15 de janeiro de 1919, previa o pagamento de indenizações e a prestação de assistência médica, farmacêutica e transportes, tudo *a cargo do empregador*.

Este modelo de “seguro contra acidentes de trabalho” adotado inicialmente no Brasil foi claramente influenciado pelos movimentos sociais e se aproximava do modelo alemão de seguro contra acidentes de trabalho (*Unfallversicherung*), especialmente no que tange à distribuição dos encargos com pensões e assistência sobre os empregadores⁷.

No entanto, o avanço dos direitos sociais no Brasil culminou na promulgação da Lei nº 5.316, de 14 de setembro de 1967, que incorporou o “seguro de acidentes de trabalho” na estrutura da Previdência Social, cujo custeio ficaria à cargo dos empregados⁸. Houve, então, um deslocamento do formato de seguro privado, caracterizado pelo pagamento de indenizações, para um sistema público, fundado na

6 Nesse sentido: “O que se depreende é que, lentamente, vai-se firmando a idéia de solidariedade, na qual a coletividade é que deve tomar para si as prestações destinadas a garantir a todos os seus membros uma renda mínima, a título de participação no nível geral de bem-estar” (GALVÃO, Jediael Miranda. Direito da Seguridade Social. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2007. p. 9)

7 A chamada Accident Insurance Bill de 1884 previa o pagamento de pensões aos trabalhadores, na proporção de 2/3 do salário, além da prestação de assistência médica. (c.f. PIERSON, Christopher; CASTLES, Francis (Ed.). *The welfare state reader*. 2. ed. Cambridge: Polity Press, 2006)

8 Cf. arts. 12 e 13 da Lei nº 5.316/1967

concessão de benefícios, à semelhança dos demais benefícios de natureza previdenciária.

É interessante notar que a Constituição de 1967, de 24 de janeiro de 1967 já previa o seguro contra acidentes de trabalho como direito dos trabalhadores⁹ – tradição que já remontava às Cartas de 1934¹⁰, 1937¹¹ e 1946¹² e que foi repetida na Constituição de 1988, nos moldes do já mencionado art. 7º, XXVIII.

Em seguida, a Carta Republicana em vigor foi alterada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998, *voltando a admitir* a participação do setor privado na cobertura dos riscos de acidentes de trabalho, de modo concorrente com a Previdência Social¹³.

Por derradeiro, merecem destaque as Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991. A primeira, que unificou também a disciplina legal dos benefícios previdenciários, de modo a abranger aqueles de origem acidentária¹⁴, e, a segunda, que instituiu “alíquota adicional” às contribuições sociais destinadas ao financiamento da Seguridade Social¹⁵.

9 “Art 158 - A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social: [...] XVII - seguro obrigatório pelo empregador contra acidentes do trabalho;”

10 “Art 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

§ 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador: [...]

h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte;”

11 “Art 137 - A legislação do trabalho observará, além de outros, os seguintes preceitos: [...] m) a instituição de seguros de velhice, de invalidez, de vida e para os casos de acidentes do trabalho”

12 “Art 157 - A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores: (...) XVII - obrigatoriedade da instituição do seguro pelo empregador contra os acidentes do trabalho.”

13 Art. 201. [...] § 10. Lei disciplinará a cobertura do risco de acidente do trabalho, a ser atendida concorrentemente pelo regime geral de previdência social e pelo setor privado. (Incluído dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

14 Embora a doutrina tenha consagrado o uso da expressão “benefícios acidentários” para identificar as prestações previdenciárias cuja origem se localiza na infortunistica laboral, entendemos que esta expressão pode levar a equívocos, em vista das obrigações de ordem civil ou administrativa decorrentes do contrato de trabalho, a prestação de serviços ou mesmo do exercício de funções públicas.

15 A fórmula legal que hoje vigora foi inspirada na Lei nº 7.787/1989, a qual previa uma parcela destinada ao “o financiamento da complementação das prestações por acidente do trabalho” e uma “contribuição adicional” devida pelas empresas com altos índices de acidente de trabalho para financiamento do “seguro”.

Este breve histórico serve para afastar os possíveis equívocos que a expressão “Seguro Acidente de Trabalho (SAT)” desperta:

- a) Em seus primórdios, o SAT não constituía uma modalidade especial de seguro privado, muito embora as empresas e o mercado tenham se organizado para prestar cobertura direta ou indireta aos riscos dos acidentes de trabalho.
- b) Num segundo momento, a partir de 1967, o SAT passou a ser compreendido na proteção dos trabalhadores contra a infortunística laboral prestado pela Previdência Social, mediante contribuições dos empregadores.
- c) Com o advento das Leis nº 7.787/1989 e 8.212/1991 e das polêmicas que envolveram a utilização do grau de risco ambiental do trabalho, o SAT foi identificado como a parcela das contribuições sociais destinadas a custear os benefícios previdenciários decorrentes dos acidentes de trabalho e da exposição a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

Esta última é a expressão mais comumente empregada na doutrina e jurisprudência e que será, neste estudo, identificada como contribuições para o “SAT”.

3 A NATUREZA JURÍDICA DO SAT

A fim de dar concretude às normas constitucionais que disciplinam o custeio da Seguridade Social e que atribuem ao empregador o ônus dos acidentes de trabalho, o legislador ordinário serviu-se de uma fórmula sistemática: partindo do art. 7º, XXVIII, delimitou o sujeito passivo, e do art. 195, I, da Constituição Federal¹⁶, definiu o fato gerador e a base de cálculo das contribuições destinadas a financiar os benefícios da Previdência Social relacionados com os acidentes de trabalho.

16 “Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)”

Assim, foram instituídas as chamadas contribuições previdenciárias devidas pelas empresas (“contribuições patronais”), as quais contam com uma *parcela adicional* de alíquota variável, nos termos do art. 22 da Lei nº 8.212/1991:

Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

I - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa. (Redação dada pela Lei nº 9.876/1999).

II - para o financiamento do benefício previsto nos arts. 57 e 58 da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos: (Redação dada pela Lei nº 9.732/1998).

É importante mencionar a identidade entre a contribuição para o SAT e a contribuição social incidente sobre a folha de pagamento da empresa, como bem explicou o Desembargador Federal Wellington Mendes de Almeida¹⁷:

Da análise do dispositivo citado acima (art. 22 da Lei 8.212/91, com redação dada pela Lei 9.598/97), extrai-se o entendimento de que *não foram criadas duas contribuições previdenciárias incidentes sobre folha de salários, nem se trata, no inciso II, de um adicional à contribuição prevista no inciso I. Cuida-se, isto sim, de uma única contribuição a cargo do empregador, incidente sobre as remunerações pagas ou creditadas, durante o mês aos segurados empregados que lhe prestem serviços. A destinação de parte da contribuição para o custeio dos benefícios concedidos em razão de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais*

17 apud Leandro Paulsen Contribuições – Custeio da Seguridade Social, Ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre:, 2007. p. 159. Grifamos.

do trabalho não descaracteriza a unicidade da contribuição social, pois estas contribuições não são estranhas ao Plano de Benefícios da Previdência Social, ou seja, não há desvio de destinação.

Em seguida, quanto à dupla previsão constitucional da contribuição para o SAT, concordam os doutrinadores Sérgio Pinto Martins¹⁸ e Fabio Zambitte Ibrahim¹⁹. No campo da jurisprudência, por sua vez, a questão parece ter sido pacificada pelo Supremo Tribunal, como se colhe em trecho de decisão proferida pela Ministra Ellen Gracie, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 537.658/SP²⁰:

1. O Plenário desta Corte, no julgamento do RE 343.446/SC, rel. Min. Carlos Velloso, unânime, DJ de 04.04.2003, decidiu pela desnecessidade de lei complementar para a instituição da contribuição para o custeio do Seguro de Acidente de Trabalho - SAT, ante a previsão dos arts. 7º, XXVIII, e 195, I, da Carta Magna, que permitem a sua criação por meio de lei ordinária, afastando-se, dessa forma, a hipótese de violação aos arts. 154, I, e 195, § 4º, da Constituição Federal. Assentou-se, ainda, que o art. 22, II, da Lei 8.212/91, ao instituir alíquotas proporcionais ao grau de risco da atividade exercida pelo contribuinte, a serem definidas mediante decreto regulamentador, não ofendeu os princípios da isonomia e da legalidade tributária. Ficou consignado, a final, que o exame do decreto em tela, a fim de saber se excede ou não os limites traçados na lei regulamentada, não é questão constitucional, mas de legalidade, cuja análise se mostra inviável em sede de recurso extraordinário.

Enfim, a leitura dos dispositivos legais anteriormente mencionados deixa claro que a contribuição destinada ao “SAT” possui *a mesma natureza* da contribuição patronal (tributo da espécie

18 “Na verdade, o seguro contra acidentes de trabalho previsto, no inciso XXVIII, do art. 7º, da Constituição é uma contribuição que ira financiar as prestações de acidente do trabalho. Seu fundamento também está no inciso I do art. 195 da Constituição quando assegura a incidência da contribuição do empregador para o custeio da Seguridade Social sobre a folha de salários. É sobre o pagamento feito ao empregado que irá incidir a contribuição para o custeio das prestações de acidente de trabalho, que ficam a cargo do empregador.” (in Direito da Seguridade Social, 24ª ed., São Paulo: Atlas, p. 178/179)

19 “A contribuição ao SAT insere-se na previsão genérica do art. 195, I, a, da Constituição, que trata do custeio dos benefícios concedidos pelo RGPS (art. 167, XI, CFRB/88), o que, evidentemente inclui as prestações acidentárias. Por isso, sobre a remuneração dos empregados e avulsos, além da cotização básica das empresas de 20%, estas ainda vertem ao sistema o acréscimo de 1, 2 ou 3% a título de custeio do seguro de acidentes de trabalho”. (in, Curso de Direito Previdenciário, 10ª ed., Niterói: Impetus, p. 203)

20 Decisão monocrática publicada no Diário Oficial em 28/11/2005. Grifamos.

contribuição social), o *mesmo locus legislativo* (art. 20 do Plano de Custeio da Seguridade Social), o mesmo fato gerador (“*a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço*”), a *mesma base de cálculo* (“*o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos*”), o *mesmo sujeito passivo* (empregador, empresa ou entidade equiparada). Logo, *sob o ponto de vista do Direito Tributário, ante a coincidência entre seus elementos essenciais, imperioso concluir que se trata de parcela adicional da mesma exação em modalidade de alíquota variável e destinada ao custeio de determinados benefícios da Previdência Social.*

4 O “SAT” E A EXTRAFISCALIDADE

Desde sempre se sabe que a interferência do Estado na propriedade privada costuma provocar distorções na economia e no comportamento dos cidadãos²¹. Com base nesta observação, o palco da extrafiscalidade foi descortinado no âmbito do Direito Tributário²².

Todavia, a partir do pós-guerra e do fortalecimento das doutrinas do *Welfare State*, o Direito Tributário deixou de concentrar seus olhares apenas no conflito entre a propriedade privada e o poder de império. Para além de estabelecer limites à atuação do Estado na extração do patrimônio particular, o fenômeno tributário passou a ser visto como legitimador do contrato social (cidadania fiscal) e a tributação como um instrumento de realização dos valores sociais e democráticos.

Clemente Checa Gonzáles assinala que o Estado Contemporâneo, nascido da quebra do Estado Liberal, se encarrega de “*dirigir globalmente el sistema económico assumiendo directamente muchas de sus funciones y tiene*

21 “Há cerca de cinco séculos, já eram percebidos os efeitos da tributação sobre redistribuição do capital e da renda entre os indivíduos e sobre a formação das classes sociais. A principal finalidade de muitos tributos (que continuarão a surgir em volume e variedade sempre maiores pela progressiva transfiguração dos tributos de finalismo clássico ou tradicional) não será a de um instrumento de arrecadação de recursos para o custeio das despesas públicas, mas a de um instrumento de intervenção estatal no meio social, e na economia privada. Na construção de cada tributo, não mais será ignorado o finalismo extrafiscal, nem será esquecido o fiscal. Ambos coexistirão, agora de um modo consciente e desejado; apenas haverá maior ou menor prevalência deste ou daquele finalismo.” (BECKER, Alfredo Augusto. Teoria geral do direito tributário. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 538.)

22 “El mundo de los tributos no se constriñe a la captación de ingresos, necesarios a hacer frente a los gastos publicos. Sus fines se extienden más allá de una simples política recaudatoria. Así nos topamos con las actividades de naturaleza extrafiscal”(BUENO, Marco Cezar Garcia. Los beneficios fiscales: instrumentos para el fomento de la investigación y desarrollo. Investigación y desarrollo en la reforma fiscal. De la Pena Mena, José Antonio; Rios Granados Gabriela y Valadés Rios, Diogo (Coord.) IJ-UNAM, Serie Doctrina Juridica, n. 107, ed. 1, 2010)

*a su cargo la fundamental tarea de conseguir la superación de los obstáculos que se oponen a la igualdad de hecho entre los ciudadanos*²³.

Assim, a doutrina passou a opor a função meramente arrecadatória do tributo, típica do Estado Liberal, à função de viabilizar as políticas públicas voltadas para o bem estar da sociedade²⁴, e, nesse contexto, ganha destaque a utilização direta das normas tributárias para interferir nas condições econômicas e sociais do país. É o que aponta o citado professor²⁵:

los ingresos publicos tambien son, o poden serlo, un médio directo para la consecucion de los citados fines –, razón por la que ‘uno de los aspectos esenciales de la actividad tributaria sea extrafiscal, esto es, el de perseguir directamente fines diversos del fiscal’ como poden ser los redistributivos, los de modificacion de las condiciones económicas y sociales, lo de ser instrumento de planificación, etc.

Esta mudança de foco também é destacada pelo espanhol Eugenio Lejeune Valcárcel, segundo quem o tributo “a pesar de haber sido pensada primigeniamente para otros fines, presenta, sin embargo, uma especial idoneidad para el logro de los objetivos constitucionales”²⁶.

Representada por Hugo de Brito Machado, a doutrina brasileira assente que o emprego dos tributos com finalidade diversa da arrecadação é marca comum do mundo moderno²⁷:

O objetivo do tributo sempre foi o de carrear recursos financeiros para o Estado, no mundo moderno, todavia, o tributo é largamente utilizado com o objetivo de interferir na economia privada, estimulando atividades, setores econômicos ou regiões, desestimulando o consumo de certos bens e produzindo, finalmente,

23 in Los impuestos con fines no fiscales: Notas sobre las causas que lo justifican y sobre su admisibilidad constitucional. Revista Española de Derecho Financiero, num. 40, 1983, p. 505 e ss. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=814792>>.

24 “A verdadeira importância ou finalidade mais nobre do tributo é deveras majorada com a formação do Estado Social, no qual as recém-adquiridas obrigações estatais e direitos sociais necessitam ser custeadas pelo povo, através de autorização direta ou por seus representantes, que necessitam desenvolver um sistema tributário como forma de sustentar o Estado do Bem-Estar.” (NOGUEIRA, André Murilo Parente et ROSSO, Maria Izabel Souza. O Estado fiscal e o poder de tributar. Revista Jurídica da Presidência da República, Brasília, v. 9, n. 84, p.195-207, abr./maio, 2007, p. 196/197)

25 GONZÁLEZ, op. cit.

26 apud GONZÁLEZ, Clemente Checa. op. cit.

27 MACHADO, Hugo de Brito. *Direito Tributário*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 73

os efeitos mais diversos na economia. A esta função moderna do tributo se denomina função extrafiscal.

Paraná, o que adoutrinase acostumou a chamar de extrafiscalidade nada mais é que a representação das funções elementares dos tributos num contexto de Estado que conta com “colaborações” individuais para promover os valores sociais da coletividade que consentiu com a tributação. Todavia, nos estreitos limites deste trabalho, importa apenas demonstrar que a extrafiscalidade é uma marca indelével em nosso ordenamento jurídico e de grande importância na realização dos valores constitucionais. Esta parece ser a perspectiva presente na lição de Andrea Viol Lemgruber²⁸:

Nesse sentido, reduzir a tributação simplesmente à sua finalidade arrecadatória é desconhecer a força de seu poder, pois o financiamento do Estado não se esgota em si mesmo. Pelo contrário, é o próprio poder de financiar o Estado que estabelece a abrangência da tributação em tantas dimensões da vida coletiva. Qualquer formulação de política tributária que não leve em consideração essa abrangência estará fadada a um reducionismo arrecadatório e a uma miopia de visão estratégica que poderá, a longo-prazo, inviabilizá-la.

Exemplos desta nova concepção podem ser vistos em diversas frentes como na crescente utilização de impostos progressivos, destinados a graduar a capacidade contributiva e, ao mesmo tempo, reduzir os desníveis econômicos entre as classes sociais, na utilização de contribuições como ferramenta de estabilização da economia e proteção da concorrência ou, ainda, no uso de benefícios fiscais visando a redução das desigualdades regionais.

No caso das contribuições para o “SAT”, a definição de alíquotas diferenciadas em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa serve justamente para distribuir os encargos da cobertura previdenciária de forma justa. Assim, ao aplicar este critério de equidade, o legislador buscou ampliar a participação das empresas que desenvolvem atividades mais perigosas ou com maior grau de incidência de acidentes no custeio da Seguridade Social.

Outro efeito esperado com o impacto dos custos fiscais é o desestímulo às atividades perigosas e a redução do número de acidentes,

28 VIOL, Andréa Lemgruber. *A Finalidade da Tributação e sua Difusão na Sociedade*. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 02 jan. 2008. p. 2.

na medida em que as despesas com tributos podem ser redirecionadas para o desenvolvimento de práticas mais seguras no ambiente de trabalho. Embora desnecessária menção expressa, este objetivo constou da redação do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.212/1991²⁹.

Não se nega, contudo, que os parâmetros utilizados para identificar os graus de risco envolvam grandes polêmicas, em especial após o advento das Leis nº 9.732/1998, 10.256/2001 e 10.666/2003, que alteraram as alíquotas e a forma como são fixadas, inclusive estabelecendo distinção em relação a determinados grupos de contribuintes. Todavia, é inegável que um sistema de apuração que leve em conta uma avaliação de risco pormenorizada de cada contribuinte seria inviável em razão dos elevados custos que esta operação exigiria. Também não seria recomendável estabelecer inúmeras alíquotas e condições de enquadramento, a fim de não tornar o tributo excessivamente complexo e aumentar as despesas das empresas com a sua operação e da Fazenda com a fiscalização.

Nesse contexto, merece destaque a inovação trazida no art. 10 da Lei nº 10.666/2003³⁰, que previu a alteração das alíquotas do “SAT” em razão do desempenho específico da empresa, no contexto dos índices de sinistralidade da respectiva atividade econômica. Aqui, o foco da distinção entre os contribuintes não está na capacidade contributiva, nem na eficiência da arrecadação, mas em valores que comumente são perseguidos em searas distintas da política fiscal.

Entretanto, o que indicaria um distanciamento do Direito do Tributário, dando espaço a normas de proteção social (trabalhista e previdenciária), revela a essência da tributação enquanto instrumento de concretização dos princípios constitucionais. Ao abrir mão de parcela da arrecadação em favor das empresas que obtiverem desempenho satisfatório na prevenção de acidentes de trabalho, o Estado está dirigindo a alocação de recursos privados para a obtenção de resultados

29 Art. 20 [...] § 3º O Ministério do Trabalho e da Previdência Social poderá alterar, com base nas estatísticas de acidentes do trabalho, apuradas em inspeção, o enquadramento de empresas para efeito da contribuição a que se refere o inciso II deste artigo, a fim de estimular investimentos em prevenção de acidentes.

30 Art. 10. A alíquota de contribuição de um, dois ou três por cento, destinada ao financiamento do benefício de aposentadoria especial ou daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, *poderá ser reduzida, em até cinquenta por cento, ou aumentada, em até cem por cento, conforme dispuser o regulamento, em razão do desempenho da empresa em relação à respectiva atividade econômica*, apurado em conformidade com os resultados obtidos a partir dos índices de frequência, gravidade e custo, calculados segundo metodologia aprovada pelo Conselho Nacional de Previdência Social.

que desoneram a Previdência Social e, sobretudo, preservam a vida e a integridade dos trabalhadores. Por outro lado, ao impor ônus adicional às empresas que concretamente contribuíram para o aumento do *risco acidentário*, o Estado estimula os esforços individuais em prol da segurança ambiental e, simultaneamente, obtém mais recursos para financiar o “Seguro contra Acidentes de Trabalho”.

Outro aspecto que merece destaque na técnica acima é a inspiração no princípio da isonomia. Fugindo do lugar-comum de somente considerar os contribuintes como centros de disponibilidade econômica, a Lei elegeu como elemento discriminatório o desempenho de atividades causadoras de maior ou menor risco de acidentes de trabalho e o fato de estar a empresa contribuindo ou não para a redução das estatísticas setoriais. Este *discrímen* é razoável e se extrai de valores constitucionais como a solidariedade e a dignidade da pessoa humana. Assim, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, “*Não há que se falar, portanto, em tratamento igual entre contribuintes em situação desigual, já que a própria lei fazia distinção*”³¹.

Enfim, mesmo se afirmando que a finalidade desta norma não seria *imediatamente arrecadatória*, é inegável que estamos diante do uso de ferramentas que envolvem as receitas e as despesas públicas (alíquotas de tributos e gastos com a Previdência Social), a fim de alcançar o interesse público (redução dos acidentes). Ou seja, independente de considerá-la (extra)fiscal, trata-se de demonstração da essência e finalidade da tributação.

Destarte, a utilização do Fator Acidentário Previdenciário para delimitar a imposição tributária não importa na criação de um tributo de caráter pessoal, vinculado ao ressarcimento das despesas com determinados sinistros. Se assim fosse, uma empresa que jamais teve registros de acidentes de trabalho com seus empregados estaria exonerada do adicional destinado ao “SAT”. Contudo, a aplicação do fator multiplicador/reduzidor termina por aproximar a norma tributária da situação peculiar de cada empresa, utilizando a majoração ou mitigação da alíquota do tributo como instrumento de prevenção concreta dos acidentes de trabalho, sem esquecer que se trata de contribuição social destinada a custear o risco.

31 Trecho do voto do Ministro Carlos Velloso, citando a então desembargadora Ellen Gracie, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 343.446/SC (DJ 04/04/2003), leading case no qual foi declarada a constitucionalidade da contribuição para o “SAT”.

Como visto, as contribuições para o SAT constituem parcela adicional à contribuição patronal destinada a financiar de forma geral os benefícios ditos acidentários, e não a reparar os prejuízos *in concreto* causados por determinadas empresas – hipótese que somente se admite nos casos de dolo ou culpa (art. 7º, XXVIII, *fine*). Não se pretende, pois, distribuir pessoalmente os custos “previdenciários” dos acidentes de trabalho, mas, sim, a cobertura geral dos riscos acidentários.

5 DA IMPORTÂNCIA SOCIAL DO SAT

A natureza tributária das contribuições para o SAT está ligada à sua finalidade precípua de obter recursos para custear a prestação de serviços e benefícios previdenciários aos trabalhadores vitimados por acidentes de trabalho. Contudo, é importante atentar para as normas que regem o financiamento da Seguridade Social e a responsabilidade do empregador/contratante pelos riscos dos acidentes de trabalho.

Uma leitura apressada do art. 7º, XXVIII da Constituição poderia conduzir a uma conclusão incoerente: se os empregadores são responsáveis pelo seguro contra acidentes de trabalho, não poderia este serviço ser prestado pela União, nem custeado por recursos públicos, ainda que extraídos parcialmente dos potenciais causadores dos infortúnios.

No entanto, a responsabilidade dos empregadores pela cobertura genérica dos riscos de acidentes de trabalho não pode ser interpretada de modo isolado, sem considerar, por exemplo, os arts. 194 e 195 da Constituição Federal, que consagram como princípios da Seguridade Social a diversidade da base de financiamento e a equidade na forma de participação no custeio – o qual será compartilhado por toda a sociedade (solidariedade). Por esta razão, não se vislumbra qualquer inconstitucionalidade na utilização da estrutura e de recursos próprios da União (INSS) para administrar a concessão dos benefícios destinados a trabalhadores vitimados por acidentes de trabalho.

O alcance do art. 7º, XXVIII estabelece uma proteção em favor do trabalhador, o qual terá disponível uma forma de sustento enquanto não recuperada sua capacidade para o trabalho, independente da efetiva prestação de assistência material por parte dos empregadores³². Dito de

³² A conclusão de que a efetiva proteção do trabalhador não poderia ser deixada à cargo da iniciativa do empregador coincide com a percepção de que os direitos sociais não poderiam ficar adstritos aos princípios que regem negócios privados (relação de trabalho). A esse respeito, Claudia Ferreira Cruz ressalta que “a exposição da vida, da saúde e da integridade física do trabalhador a riscos maiores do que os suportáveis, ou exigíveis em suas funções, demonstrou a importância dos direitos humanos

outra forma, A incorporação do antigo “SAT” ao sistema já utilizado para prestação da cobertura previdenciária resultou numa maior proteção ao trabalhador e esta proteção reveste-se do mais relevante interesse público, pois concretiza direitos fundamentais e visa o bem estar de toda a coletividade.

Ao prestar diretamente a cobertura previdenciária, o Estado não está senão cumprindo o mandamento constitucional que reconhece ser a previdência social um direito fundamental dos trabalhadores³³.

Em suma, a responsabilidade dos empregadores não afasta a gestão pública dos recursos da Seguridade Social, nem obriga a União a criar um regime paralelo de previdência apenas para administrar os benefícios e serviços de origem acidentária. Na prática, a inclusão do sistema anterior de proteção contra acidentes de trabalho no âmbito do Regime Geral de Previdência Social, também constituiu medida de nítida eficiência e economia, pois aproveitou o ganho de escala de todo o aparato material e normativo existente.

Note-se que a União somente está obrigada a suportar os ônus decorrentes dos acidentes que se insiram nos riscos gerais do trabalho. Quando o empregador incorrer em dolo ou culpa, geralmente configurada pelo descumprimento das normas de segurança e higiene do trabalho, caberá à autarquia previdenciária propor ação regressiva³⁴, conforme enunciam o art. 120 da Lei nº 8.213/1991 e o art. 7º, XXVIII, da Carta Magna. Assim, embora a Previdência Social preste o auxílio necessário ao trabalhador acidentado, ao final, caberá ao empregador arcar com as despesas realizadas.

do trabalhador e a ineficácia das soluções desses problemas quando tratados na esfera contratual, e não na ordem dos direitos humanos” (apud GASPARINI, Caio Augusto Limongi. Efetivação dos direitos sociais dos trabalhadores mediante a aplicação do pacto sociolaboral do Mercosul. Cad. de Pós-Graduação em Dir. Político e Econômico. Volume 4 - Nº 01, 2004. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2004. p. 14).

33 Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a *previdência social*, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Passando ao largo de qualquer polêmica a respeito da hierarquia dos direitos sociais (Art. 6º) na Carta de 1988, é certo que o direito à previdência social adquiriu status de direito fundamental ao ser introduzido pela via das normas internacionais que o Brasil ratificou, a exemplo da Convenção nº 102 da OIT (Art. 5º § 2º).

34 “Art. 120. Nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis.”

7. A importância da linguagem científica e a virada jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho

Com o advento da Emenda Constitucional nº 20/1998, a Justiça do Trabalho tornou-se competente para “*executar, de ofício, as contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir*” – sistemática que foi renovada pela Emenda Constitucional nº 45/2004³⁵. A literalidade da norma não deixaria dúvidas a respeito de seu alcance, bastando recorrer aos dispositivos constitucionais em referência:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

[...]

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

Mais uma vez, o princípio da legalidade em matéria tributária trataria de limitar as incertezas a respeito de quais tributos estariam abrangidos pela previsão constitucional acima³⁶. Mas não foi isso que aconteceu.

Aparentemente, um debate lateral a respeito da competência da Justiça do Trabalho para executar as chamadas “contribuições para

³⁵ O texto do art. 114, § 3º foi deslocado sem alterações substanciais para o inciso VIII.

³⁶ Não desconhecemos o ponto de vista daqueles que sustentam interpretações mais amplas, porém, no limitado escopo deste trabalho, restringiremos nossa análise aos argumentos levantados em relação à competência da Justiça do Trabalho para execução do SAT.

Terceiros” terminou distorcendo a discussão a respeito da natureza jurídica das contribuições destinadas ao “SAT.

A fim de facilitar a fiscalização e arrecadação de contribuições que possuíam a mesma base de cálculo das contribuições sociais incidentes sobre as remunerações pagas ou creditadas aos segurados da Previdência Social, o Instituto Nacional do Seguro Social passou a cobrar, mediante remuneração, contribuições sociais como o “salário-educação” e contribuições de interesses de categorias econômicas³⁷, a exemplo daquelas destinadas às entidades integrantes do “Sistema S”³⁸.

A despeito das semelhanças entre tais as contribuições sociais³⁹ e de eventual debate a respeito da natureza jurídica de algumas das contribuições inseridas no conceito de “terceiros”, a própria Constituição Federal cuidou de separar as chamadas contribuições “paraestatais” do conceito de contribuições para financiamento da Seguridade Social (art. 195), como se vê no art. 240:

Art. 240. Ficam ressaltadas do disposto no art. 195 as atuais contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários, destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical.

Com base nesta distinção, o Tribunal Superior do Trabalho entendeu que a cobrança das “contribuições para terceiros” não se insere na competência material da Justiça do Trabalho:

INSS.CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DEVIDA A TERCEIROS ART. 240 DA CF. EXECUÇÃO DE SENTENÇA ÓBICE DA SÚMULA Nº 266 DO TST. Inviável é o conhecimento do recurso de revista interposto em processo que se encontra em execução de sentença (CLT, art. 896, § 2º) quando as razões da revista estão voltadas para a suposta declaração de incompetência da Justiça do Trabalho pelo TRT, enquanto este órgão jurisdicional adotou a tese de que o art. 240 da Carta Magna exclui do rol do

37 A despeito da previsão específica de cada uma das “contribuições para terceiros”, autorização legal para sua cobrança juntamente com as contribuições para custeio da Seguridade Social constava do art. 94 da Lei nº 8.212/1991 e foi renovada pela Lei nº 11.457/2007.

38 O “Sistema S” é composto por instituições vinculadas a entidades de classe e categorias profissionais, cujos objetivos envolvem serviços de aprendizagem e promoção social.

39 Além da semelhança entre a base de cálculo, as contribuições para terceiros passaram a gozar de privilégios e garantias semelhantes aos das contribuições para custeio da Seguridade Social, nos termos do já revogado art. 94 da Lei nº 8.212/1991.

art. 195 da CF a contribuição devida a terceiros. O Regional, nesse passo, não fixa tese contrária ao art. 114, § 3º, da CF, dispositivo tido por violado. Recurso de revista não conhecido.⁴⁰

É provável que a semelhança entre a terminologia consagrada pelo uso para designar as contribuições destinadas a entidades integrantes do “Sistema S” (SESI, SENAI, SENAT etc.) e a parcela adicional das contribuições sociais para custeio do “SAT”, tenha influenciado o julgamento dos inúmeros recursos que foram submetidos a apreciação dos tribunais, mas, o fato é que a jurisprudência firmada em relação à competência da Justiça do Trabalho para execução das “contribuições para terceiros” terminou sendo aplicada também aos casos nos quais se discutia a cobrança das contribuições para o “SAT”. É o que se viu em incontáveis acórdãos proferidos nos últimos anos:

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DESTINADAS A TERCEIROS E SAT (SEGURO ACIDENTE DO TRABALHO) - INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA A SUA FIXAÇÃO E EXECUÇÃO. A justiça do trabalho é incompetente para executar a contribuição a terceiros e a SAT (Seguro Acidente do Trabalho), na medida em que tais rubricas não se encontram entre as contribuições previstas no art. 195, I, “a”, II, da CF, não havendo falar em violação ao artigo 94 da Lei 8.212/94. A competência da Justiça do Trabalho para execução das contribuições sociais fixada no artigo 114, inciso VIII da Constituição federal, que dispõe: VIII- A execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir. Vê-se, então, que a Justiça do Trabalho é competente para executar as contribuições incidentes a teor do que dispõe o artigo 195, I, a, e II, da constituição federal, que se transcrevo: a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, e das seguintes contribuições sociais: I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; b) a receita ou o faturamento; c) o lucro; II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência

40 TST-RR - 626/1999-010-12-00.1, Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho, DJ 12.08.2005

social de que trata o art. 201; logo, há que se concluir, que as contribuições sociais destinadas a terceiros não estão inseridas dentre aquelas previstas no dispositivo legal acima transcrito, o mesmo ocorrendo com relação à contribuição SAT (*Seguro Acidente do Trabalho*). Com efeito, a competência desta justiça especializada, regulada pelo artigo 114 da CF/88, deve ser interpretada restritivamente e não de maneira ampliativa. Em consequência, ao declarar a incompetência da justiça do trabalho para executar as referidas contribuições sociais, o juízo a quo deu a exata subsunção da descrição dos fatos ao conceito contido nos preceitos constitucionais citados. Neste sentido os seguintes precedentes: TST-RR 1610/1996-005-08-40.4, DJ de 11.02.2005, relator juiz convocado Luiz Antonio Lazarim; TST-RR-626/1999-010-12-00.1, DJ 12.08.2005, relator ministro Ives Gandra Martins Filho. Recurso conhecido e não provido.⁴¹

AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS DEVIDAS A TERCEIROS E AO SAT. Tendo o julgado regional firmado tese no sentido de que não cabe à Justiça do Trabalho executar as contribuições devidas a terceiros e ao SAT, de se concluir que cumpriu, com rigor, os preceitos constitucionais que tratam da competência. Isso porque as contribuições sociais destinadas a terceiros e ao SAT não estão inseridas na previsão dos arts. 114, § 3º (atual art. 114, inciso VIII), e 195, incisos I e II, da Constituição Federal. Agravo de instrumento não provido.⁴²

[...] II - RECURSO DE REVISTA - EXECUÇÃO - CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS DEVIDAS A TERCEIROS E CONTRIBUIÇÃO DO SEGURO DE ACIDENTE DO TRABALHO (SAT)- INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Consoante a iterativa jurisprudência do TST, não se inclui na competência da Justiça do Trabalho a execução das contribuições sociais devidas a terceiros e ao SAT, nos termos dos artigos 114, VIII, e 240 da Constituição. Recurso de Revista conhecido e provido.⁴³

[...] COMPETÊNCIA MATERIAL. JUSTIÇA DO TRABALHO. EXECUÇÃO. CONTRIBUIÇÃO EM FAVOR DE TERCEIROS.

41 Processo 00950-2005-04-15-00-0 RO, 5ª Turma, 10ª Câmara, Juiz José Antônio Pancoti DJ 06/10/2006

42 AIRR - 96740-95.1996.5.04.0851, Relatora Juíza Convocada: Maria Doralice Novaes, Data de Julgamento: 16/05/2007, 4ª Turma, Data de Publicação: 01/06/2007.

43 RR - 84440-98.2002.5.04.0202, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 03/06/2009, 8ª Turma, Data de Publicação: 05/06/2009.

SEGURO ACIDENTE DE TRABALHO - SAT. Na esteira da jurisprudência desta Corte, a Justiça do Trabalho não detém competência material para determinar a execução de contribuições em favor de terceiros. Viola o artigo 114, VIII, da Constituição Federal acórdão regional que mantém sentença que determina o recolhimento de contribuição para o Seguro Acidente de Trabalho - SAT, contribuição de terceiros. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido, no particular.⁴⁴

Observa-se que este entendimento se baseou na equivocada premissa de que o “SAT” seria um fundo ou entidade, com personalidade jurídica própria e finalidade distinta da Previdência Social. Todavia, como vimos no início deste trabalho, os riscos sociais representados pelos acidentes de trabalho são cobertos por meio do Regime Geral de Previdência Social e parcialmente custeados com base numa política tributária diferenciada, que busca gravar mais severamente as empresas que contribuem para os índices acidentários. Para entender este capítulo é necessário que o operador do Direito transite pelos conceitos de Seguridade e Previdência Social, bem assim pela noção de tributação “extrafiscal” e de tributos vinculados.

Assim, uma análise do inteiro teor dos acórdãos que se seguiram à torrente jurisprudencial retratada acima revela que o emprego de termos consagrados pelo uso pode dificultar a correta apreensão dos institutos jurídicos aos quais se referem ou mesmo direcionar uma interpretação desvinculada do contexto normativo em questão. É o que se vê nos seguintes trechos de julgados do TST:

Em relação à Contribuição do Seguro de Acidente do Trabalho (SAT), vale ressaltar que o artigo 202 do Decreto nº 3.048/99 deixa claro que é destinada ao financiamento de benefícios decorrentes dos riscos ambientais derivados da atividade da empresa. Dessa forma, tal parcela não pode ser enquadrada como contribuição de seguridade social, porquanto não está relacionada com a saúde e a previdência, merecendo o tratamento jurídico destinado às contribuições a terceiros. Essas últimas são destinadas a entidades privadas de serviço social e de formação profissional.

A leitura do artigo 114, inciso VIII, c/c 195, incisos I e II, ambos da Constituição, mostra que as contribuições sociais destinadas a

44 RR - 38800-63.2008.5.08.0004, Relator Ministro: Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 04/11/2009, 5ª Turma, Data de Publicação: 13/11/2009.

terceiros e ao SAT não podem ser incluídas entre as passíveis de execução no âmbito da Justiça do Trabalho.⁴⁵

As contribuições sociais a que se refere o dispositivo, e que estão previstas no art. 195, I, “a”, e II, da Constituição Federal, são especificamente aquelas que, a cargo do empregador e outras pessoas, são destinadas ao financiamento da seguridade social e incidem sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho.

A contribuição do empregador para o custeio do Seguro de Acidente do Trabalho – SAT, *diversamente*, tem como destino o financiamento de benefícios e prestações decorrentes de acidentes sofridos pelo empregado na empresa, com alíquota de contribuição fixada de acordo com o grau de risco da atividade econômica, e não com base em folha de pagamento de salário.

Não se trata, pois, de contribuição previdenciária que incide sobre as “sentenças” proferidas pela Justiça do Trabalho. Ao contrário, o valor devido à cobertura de acidentes do trabalho tem como credor o INSS, o que denota que o seguro tem como objetivo o custeio de prestações previdenciárias, no contexto do Direito Previdenciário, motivo pelo qual a Justiça do Trabalho não tem competência para executar referidas parcelas, nos termos do art. 114, VIII, da Constituição Federal.⁴⁶

Dentre os argumentos utilizados para se atribuir às contribuições do SAT natureza jurídica distinta das demais contribuições sociais previstas no art. 195, I, “a”, e II da Constituição Federal, está a afirmação de que tal exação “*é destinada ao financiamento de benefícios decorrentes dos riscos ambientais derivados da atividade da empresa*” e que “*não está relacionada com a saúde e a previdência*”. Entretanto, além de desprezar a integração constitucional do antigo “Seguro Acidente de Trabalho” na esfera da Previdência Social (e, portanto, da Seguridade Social), esta assertiva somente poderia ser considerada verdadeira num contexto bastante restrito de Direito Tributário, por pressupor que as contribuições sociais não poderiam ter finalidades específicas, além do financiamento geral de toda a Seguridade Social.

Ocorre que a norma tributária não perde sua finalidade maior (Seguridade Social) quando atinge objetivos especiais dentro daquela

45 RR - 84440-98.2002.5.04.0202, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 03/06/2009, 8ª Turma, Data de Publicação: 05/06/2009.

46 AIRE - TST-AIRR-935/2005-003-04-40.0, DJ, Min. Milton Moura de França.

seara (benefícios previdenciários de origem acidentária) – falha da orientação pretoriana sedimentada até então que foi bem evidenciada por Jediael Galvão Miranda:

O fato da contribuição ao SAT também se destinar ao financiamento da aposentadoria especial não constitui desvio de finalidade nem tampouco fator que enseja a edição de lei complementar, porquanto se trata de contribuição que encontra fundamento de validade não somente no inciso XXVIII do art. 7º da Constituição Federal, mas também no inciso I do art. 195 da Constituição, nada impedindo que a lei, na hipótese, dê mais de um destino à respectiva receita, considerando o duplo aspecto de previsão constitucional.⁴⁷

Enfim, a mudança na jurisprudência até então pacífica do TST começou no final do ano de 2009, com a prolação de acórdãos isolados de sua 3ª turma:

[...] RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DE TERCEIROS. SISTEMA S. SEGURO DE ACIDENTE DE TRABALHO SAT. Compete à Justiça do Trabalho a execução, de ofício, da contribuição social do empregador referente ao seguro de acidente de trabalho SAT, incidente sobre a remuneração *e destinado ao financiamento da seguridade social*, nos moldes dos arts. 114, VIII, e 195, I, a, e II, da Carta Política. Por outro lado, à luz da jurisprudência desta Corte, a exação da contribuição social de terceiros, de interesse das categorias profissional ou econômica (CF, art. 149), que constituem o denominada sistema S, refoge à competência material desta Justiça Especializada porquanto não se enquadra na hipótese constitucional de execução *ex officio* das contribuições previdenciárias *stricto sensu*, assim entendidas as compreendidas pelo art. 195, I, a, e II, da Constituição da República e decorrentes de condenação ou de sentença homologatória de acordo, nos termos do art. 114, VIII, da Carta Magna.⁴⁸

2 - JUSTIÇA DO TRABALHO - COMPETÊNCIA - SEGURO DE ACIDENTE DO TRABALHO (SAT) E CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS DEVIDAS A TERCEIROS. A competência da Justiça do Trabalho para a execução, de ofício, das contribuições sociais se limita às destinadas à seguridade social previstas no art. 195, I, -a-, e

47 MIRANDA, op. cit., p. 148.

48 RR - 17654/2004-009-09-42, 3ª Turma, rel. Min. Rosa Maria Weber, DEJT 27/11/2009.

II, da Constituição Federal, não se incluindo as contribuições sociais destinadas a terceiros. Precedentes. Incidente a Súmula 333 do TST. Quanto ao Seguro de Acidente do Trabalho (SAT), é competente a Justiça do Trabalho para executá-lo, de ofício. De acordo com os arts. 11 e 22 da Lei n.º 8.212/91, 201 e 202 do Decreto n.º 3048/99, a contribuição para o SAT destina-se à seguridade social, precisamente ao financiamento da aposentadoria especial e dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho. Sendo inegável que o Seguro de Acidente de Trabalho é contribuição social do empregador, que tem como destino o financiamento da seguridade social (art. 195, inciso I, -a-, da Constituição Federal), conclui-se que incide sobre a remuneração percebida pelo segurado.⁴⁹

Após intensa atuação da Procuradoria-Geral Federal⁵⁰, coube, por fim, à Subseção Especializada em Dissídios Individuais I do TST pacificar a questão, confirmando a prevalência da corrente mais recente sobre aquela cristalizada ao longo dos anos.

EMBARGOS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. EXECUÇÃO DE OFÍCIO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ALCANCE DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO EM RELAÇÃO AO SEGURO ACIDENTE DE TRABALHO. Diante da origem e do objetivo da contribuição recolhida com o fim de custeio da seguridade social, a título de seguro acidente de trabalho - SAT, não há como afastar a competência da Justiça do Trabalho para execução da contribuição devida, ante o que dispõe o art. 114, VIII, da Constituição Federal, em interpretação sistemática com o que dispõe o art. 195, I, a, da mesma Carta. Enquanto a contribuição de terceiros é destinada a entidades que fomentam o ensino profissionalizante (sistema S) a contribuição devida ao SAT é destinada a financiar a aposentadoria especial e os benefícios relativos a incapacidade do trabalhador em razão dos riscos no ambiente de trabalho, a determinar que o valor devido seja objeto de execução nesta Justiça Especial. Embargos conhecidos e desprovidos.⁵¹

49 RR-2061/2006-245-01-40, 3ª Turma, Juiz Conv. Douglas Alencar Rodrigues, DEJT 16/10/2009.

50 Por força do art. 16, § 3º, II, da Lei nº 11.457/2007 e da Portaria Conjunta PGF/PGFN nº 433/2007, a competência para representar a União perante a Justiça do Trabalho na cobrança das contribuições sociais "previdenciárias" e o imposto de renda retido na fonte.

51 E-RR - 37741-78.2006.5.03.0059 e E-RR - 470100-30.2003.5.09.0002, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 02/12/2010, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 10/12/2010

Em nossa opinião, esta decisão conforma a nomenclatura utilizada pela doutrina e jurisprudência com o arcabouço normativo que dá vida aos respectivos institutos jurídicos.

6 A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA EXECUTAR O SAT E A EFETIVIDADE DA POLÍTICA TRIBUTÁRIA

A cobrança das contribuições sociais decorrentes das sentenças trabalhistas foi introduzida pela Lei nº 7.787/1989, a qual atribuiu ao juiz do trabalho o dever de velar pelo imediato recolhimento das contribuições devidas à Previdência Social⁵². Esta sistemática foi aperfeiçoada pela Lei nº 8.620/1993, que previa o envio de notificação à autoridade tributária (na época, o INSS)⁵³. No entanto, conforme assinala André Portella⁵⁴, somente com a Emenda Constitucional nº 20/1998 é que se estabeleceu a execução fiscal de ofício no âmbito da Justiça do Trabalho.

Dentre as vantagens dessa nova sistemática se destacam a simplificação do procedimento fiscal, a redução dos custos de cobrança e, sobretudo, a efetividade da arrecadação.

Para os trabalhadores, a execução fiscal de ofício auxilia na certificação de direitos previdenciários de caráter contraprestacional,

52 Art. 12. Em caso de extinção de processos trabalhistas de qualquer natureza, inclusive a decorrente de acordo entre as partes, de que resultar pagamento de vencimentos, remuneração, salário e outros ganhos habituais do trabalhador, o recolhimento das contribuições devidas à Previdência Social será efetuado in continenti.

Parágrafo único. A autoridade judiciária velará pelo fiel cumprimento do disposto neste artigo.

53 Art. 43. Nas ações trabalhistas de que resultar o pagamento de direitos sujeitos à incidência de contribuição previdenciária, o juiz, sob pena de responsabilidade, determinará o imediato recolhimento das importâncias devidas à Seguridade Social.

Parágrafo único. Nas sentenças judiciais ou nos acordos homologados em que não figurarem, discriminadamente, as parcelas legais relativas à contribuição previdenciária, esta incidirá sobre o valor total apurado em liquidação de sentença ou sobre o valor do acordo homologado.

Art. 44. A autoridade judiciária velará pelo fiel cumprimento do disposto no artigo anterior, inclusive fazendo expedir notificação ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), dando-lhe ciência dos termos da sentença ou do acordo celebrado.

54 “Não obstante, são todos eles polêmicos, sobretudo sob a alegação de inexistência de previsão constitucional expressa que embasasse o procedimento de cobrança. De fato, o art. 114 então vigente não previa tal possibilidade ao determinar a competência da Justiça do trabalho. Alegá-lo como fundamento da cobrança da contribuição previdenciária em tal instância jurisdicional seria possível apenas dentro de uma interpretação por demais ampla do texto do dispositivo.” (“A competência da justiça do trabalho para a execução de créditos tributários. Reformas constitucionais e o impacto da Lei 11.457/07”. Revista Eletrônica Mensal do Curso de Direito da UNIFACS, n. 3, março/2008, Disponível em: <http://www.facs.br/revistajuridica/edicao_marco2008>)

seja pela exigência de recolhimento específico dos contribuintes individuais e domésticos, seja pela mitigação dos índices de informalidade, ou, ainda, pela possibilidade de compelir desde logo o empregador a cumprir suas obrigações para com a Previdência Social, em favor do empregado reclamante.

Para a sociedade, há um incremento da arrecadação das contribuições sociais, o que auxiliará na redução dos déficits da Seguridade Social;

Para a Fazenda Pública, há enorme economia equivalente à estrutura administrativa poupada.

Para o contribuinte, há a garantia de solução mais breve dos conflitos, inclusive quanto às suas repercussões fiscais, pois o percurso que vai do lançamento tributário até as instâncias recursais administrativas – e, não raras vezes, até a contestação judicial do débito perante a Justiça Federal – é substituído por uma decisão com força de coisa julgada.

Enfim, não se pode negar que a substituição de toda a fase administrativa de constituição do crédito tributário pela sentença trabalhista representou razoável acréscimo da litigiosidade incidente no processo judicial. Contudo, nos parece intuitivo que a economia de recursos humanos e materiais consistente na utilização de um mesmo processo para fins trabalhistas e fiscais imprimiu maior eficiência à administração tributária. É neste ponto que a execução fiscal de ofício realizada pela Justiça do Trabalho interessa ao presente estudo: não como modelo teórico de tributação, mas como instrumento eficiente de arrecadação.

No início deste trabalho, dissemos que a extrafiscalidade se baseia na promoção de valores que *não* estão imediatamente voltados para a extração do patrimônio particular pelo Estado – o que não afasta sua natureza dita *fiscal*. De fato, toda alteração no aparato tributário do Estado resultará num acréscimo ou redução da carga tributária e esta circunstância terá conseqüências econômicas inafastáveis, a exemplo do efeito-renda e do efeito-substituição⁵⁵.

Como caso hipotético, podemos imaginar a majoração das alíquotas do imposto de importação com o objetivo imediato de restringir o ingresso

55 No campo da Teoria da Tributação Ótima, “o efeito-renda é definido como a retirada de uma parcela do poder aquisitivo” e o “efeito-substituição, por sua vez, origina-se da reação do contribuinte, que procura se evadir da carga do tributo” (LAGEMANN, Eugenio. Tributação ótima. Florianópolis: Fundação de Economia e Estatística Siegfried Emanuel Heuser: FFE, 2001, Vol. 22 n.º 1. p. 406).

de mercadorias estrangeiras no país e proteger a indústria nacional. Em determinadas situações, a pressão por mercadorias importadas ou a deficiência do mercado interno poderá resultar num aumento tão vigoroso da arrecadação deste tributo que o Estado poderá se valer destes recursos para, de outras formas, favorecer a produção nacional. Situação oposta também poderia conduzir à queda da arrecadação de outros tributos, caso a redução dos tributos aduaneiros acarretasse uma grande oferta de produtos estrangeiros e a consequente estagnação da economia interna.

Estes exemplos no levam a pressupor que apenas um sistema ideal admitiria a utilização dos tributos para atingir efeitos econômicos e sociais totalmente previsíveis e controláveis. Por isso, não há como acreditar que um tributo tenha fins exclusivamente fiscais ou extrafiscais, nem que suas conseqüências se darão apenas numa ou noutra esfera. Nesse sentido, autores de renome como Paulo de Barros Carvalho⁵⁶ e José Casalta Nabais⁵⁷ ressaltam a impossibilidade de isolar totalmente as funções do tributo para classificá-los.

Em verdade, toda transferência compulsória de patrimônio entre o particular e o Estado acarreta efeitos na ordem social, política e econômica, cabendo ao Poder Público zelar para que o tributo esteja alinhado com os valores constitucionais, seja para evitar tributos confiscatórios, seja para evitar políticas públicas deficientes.

Neste contexto, *a eficiência na arrecadação é imprescindível à realização das finalidades ditas extrafiscais dos tributos*, na medida em que seu sucesso depende da efetiva alteração da conduta dos particulares. No caso do “SAT”, se as empresas que apresentam alto grau de incidência de acidentes de trabalho, por alguma razão, conseguirem se furtar à tributação, os resultados práticos seriam o inverso do desejado, pois a carga tributária seria despejada sobre as empresas menos responsáveis pelos riscos e/ou a Previdência Social não teria condições de oferecer a todos os brasileiros a cobertura adequada.

56 “Não existe, porém, entidade tributária que se possa dizer pura, no sentido de realizar tão só a fiscalidade, ou, unicamente, a extrafiscalidade. Os dois objetivos convivem, harmônicos, na mesa figura impositiva, sendo apenas lícito verificar que, por vezes, um predomina sobre o outro”. (CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 7ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 150)

57 Embora afirme a existência de uma a “extrafiscalidade imprópria” imanente às normas de direito de tributário, o professor português afirma que “toda a fiscalidade tem inerente uma certa dose de extrafiscalidade” e que deve ser considerada pelo legislador. (NABAIS, José Casalta. Tributos com fins ambientais. *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal* - Ano I - Número 4 - Inverno ESPECIAL CRISE FINANCEIRA, 2009. Disponível em icjp.pt/system/files/Texto_Prof%20Casalta%20Nabais.pdf)

Não é por outra razão que a informalidade na economia é apontada como uma das principais causas da regressividade e má distribuição da carga tributária brasileira⁵⁸.

Nesta ordem de idéias, considerando que o adicional para custeio do “SAT” se insere numa importante política tributária de redistribuição dos encargos da Seguridade Social, construída com base nos princípios da solidariedade e da isonomia, seu sucesso depende da eficiência da arrecadação. Aqui que se mostra a importância da virada jurisprudencial mencionada no capítulo anterior.

Em primeiro lugar, independente de quaisquer considerações a respeito da correta quantificação dos tributos devidos, é fato que a Justiça do Trabalho tem contribuído para o sensível incremento da arrecadação das contribuições sociais.

Apenas no ano de 2009, a Justiça do Trabalho arrecadou R\$ 1.669.614.741,99⁵⁹ a título de contribuições sociais, sendo lícito supor que este resultado foi obtido com custos inferiores àqueles que seriam gastos pelo Poder Executivo no procedimento ordinário de fiscalização e cobrança. Naquele mesmo ano, dentre os créditos de origem previdenciária inscritos na Dívida Ativa da União, foram arrecadados R\$ 1.149.467.526,28⁶⁰. Estes dados não podem ser tomados de forma absoluta, porém, o espanto é imediato: a Justiça do Trabalho – que sequer possui capacidade tributária ativa – tem apresentado grande desempenho na cobrança judicial de créditos tributários.

Assim, sob o prisma da eficiência arrecadatória, a execução fiscal das contribuições sociais realizada pela Justiça do Trabalho contribui de forma relevante com o financiamento da Seguridade Social. Deixamos de examinar este resultado sob o prisma da equidade, por fugir ao objeto deste trabalho o cumprimento da legislação tributária em relação ao universo de contribuintes ou à correta delimitação da base de cálculo e alíquota das contribuições. No entanto, nos parece claro que o considerável aumento da arrecadação está ligado ao recolhimento dos tributos por toda a base de sujeitos passivos.

58 Presidência da República, Observatório da Equidade. Indicadores de Equidade no Sistema Tributário Nacional. Brasília: Presidência da República, 2009.

59 <<http://www.tst.jus.br/tst/iframe.php?url=http://www.tst.jus.br/Sseest/JT/Arrecadacao/index.html>>

60 <http://www.pgf.fazenda.gov.br/divida-ativa-da-uniao/dados-estatisticos/dados_estatisticos.pdf>

Em segundo lugar, o dissenso entre os Poderes Executivo e Judiciário no cumprimento da legislação tributária terminaria por reduzir os benefícios da execução fiscal de ofício e, por consequência, a consecução da finalidade social da contribuição para o SAT.

De um lado, o entendimento jurisprudencial predominante impedia que as pequenas somas relativas às contribuições “SAT”⁶¹, individualmente consideradas, fossem executadas pelos órgãos da Justiça do Trabalho, e, de outro lado, o Ministério da Fazenda dispensaria a respectiva inscrição em dívida ativa e/ou ajuizamento da execução fiscal perante a Justiça Comum, tendo em vista os elevados custos da atividade administrativa.

Deixando de lado a eventual análise a respeito das normas que autorizam a dispensa e extinção de créditos tributários de valor diminuto, cumpre-nos somente destacar que a Portaria nº 49, de 1º de abril de 2004, do Ministro de Estado da Fazenda autoriza a não inscrição em Dívida Ativa da União de créditos de valor inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), seguindo as diretrizes do art. 65, parágrafo único, da Lei nº 7.799/1989⁶², do art. 54 da Lei nº 8.212/1991⁶³, e do art. 20 da Lei nº 10.522/2002⁶⁴.

No entanto, é certo que a execução da parcela relativa às contribuições para o SAT, em conjunto com as demais contribuições sociais devidas pela empresa e pelo trabalhador, praticamente não implicaria aumento nos custos da cobrança judicial, visto que todos os atos judiciais já seriam praticados em todos os casos.

61 Considerando o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito da competência da Justiça do Trabalho para executar apenas as contribuições incidentes sobre as parcelas constantes da sentença trabalhista (Recurso Extraordinário nº 569.056/PA) e as reduzidas alíquotas das contribuições para o SAT, é lícito estimar que a parcela referente a esta parcela das contribuições da empresa não alcançaria o montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) na grande maioria das reclamações trabalhistas.

62 “Art. 65. No caso de lançamento de ofício, a base de cálculo, o imposto, as contribuições arrecadadas pela União e os acréscimos legais poderão ser expressos em BTN Fiscal.”
Parágrafo único. O Ministro da Fazenda poderá dispensar a constituição de créditos tributários, a inscrição ou ajuizamento, bem assim determinar o cancelamento de débito de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional, observados os critérios de custos de administração e cobrança.”

63 “Art. 54. Os órgãos competentes estabelecerão critério para a dispensa de constituição ou exigência de crédito de valor inferior ao custo dessa medida.”

64 “Art. 20. Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). (Redação dada pela Lei nº 11.033, de 2004)”

Desta forma, negar a competência da Justiça Especializada para execução da contribuição ao SAT representava grave risco à suas finalidades sociais, tendo em vista que, na prática, o aspecto econômico tornaria sua cobrança inviável pelos meios ordinários.

Obviamente, o caso concreto revela um descompasso na interpretação da legislação tributária, causado pela má identificação de institutos jurídicos e possível confusão decorrente do emprego corriqueiro de termos “não científicos” pelos operadores do Direito. Contudo, esta situação serve para confirmar que a formulação de uma política tributária não pode prescindir da análise de seus efeitos na arrecadação dos recursos públicos e na efetiva necessidade de custeio das atividades estatais, bem como no comportamento esperado dos contribuintes, especialmente quando a intervenção estatal visa resultados paralelos ao impacto econômico. Da mesma forma, a condução da política fiscal não pode prescindir de uma adequada estrutura arrecadatória, pois somente a eficiência na sua execução poderá garantir o sucesso das políticas sociais contidas na tributação.

7 CONCLUSÃO

Utilizando o exemplo do “Seguro Acidente de Trabalho”, este breve estudo tentou demonstrar que a tributação pode (e deve) ser utilizada como instrumento de concretização dos direitos sociais, visto que a moderna concepção de tributo contém em si o gérmen do *Welfare State* e é dirigida pelos princípios e valores consagrados na Constituição. No entanto, a eficácia destas políticas de ordem “fiscal” e social depende da correta interpretação da legislação tributária.

Em relação à contribuição para custeio do SAT, esperamos ter esclarecido sua origem no ordenamento brasileiro, seu assento constitucional e legal e, sobretudo, sua importância educativa (estímulo ao incremento da segurança no trabalho e à melhora dos índices de infelizmente laboral), equitativa (distribuição de parte dos custos financeiros entre os principais causadores dos riscos) e financeira (custeio da Seguridade Social, em especial, dos benefícios previdenciários relacionados com os acidentes de trabalho).

Vale ressaltar que a comunidade científica possui um papel relevante no processo de concretização da norma, na medida em que a construção de um senso comum teórico deve estar harmonizada com o verdadeiro conteúdo normativo dos institutos jurídicos, evitando-se

que expressões usuais ocasionem confusões terminológicas ou mesmo equívocos de ordem lógica a respeito dos institutos jurídicos.

Nesse cenário, as recentes decisões da Subseção Especializada I em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho acerca da natureza jurídica do SAT e da competência da Justiça do Trabalho para sua execução *ex officio* marcam um importante momento para concretização da política de redução dos acidentes de trabalho preconizada por meio da tributação.

REFERÊNCIAS

- BUENO, Marco Cezar Garcia. Los beneficios fiscales: instrumentos para el fomento de la investigación e desarrollo. Investigación y desarrollo en la reforma fiscal. MENA, José Antonio De la Pena *et al* (Coord.), [S.l.] IJ-UNAM, *Serie Doctrina Jurídica*, n. 107, ed. 1, 2010. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/337/13.pdf>>. Acesso em: 27 dez 2010.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.
- CLÈVE, Clemerson Mèrlin. *Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais*. Publicado em 10/09/2005. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=441>. Acesso em: 27 dez. 2010.
- IBRAHIM, Fabio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 10. ed. Niterói: Impetus, 2010.
- LAGEMANN, Eugenio. *Tributação ótima*. Florianópolis: Fundação de Economia e Estatística Siegfried Emanuel Heuser - FFE, v. 22 nº. 1, 2001.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Direito Tributário*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- Ministério do Trabalho e Emprego. *Declaração sociolaboral do MERCOSUL: 10 anos DSL*. Brasília: MTE, ASSINT, 2008.
- NABAIS, José Casalta. Tributos com fins ambientais. *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, ano I, n. 4 - Inverno Especial Crise Financeira, 2009.

Disponível em <icjp.pt/system/files/Texto_Prof%20Casalta%20Nabais.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2010.

GASPARINI, Caio Augusto Limongi. Efetivação dos direitos sociais dos trabalhadores mediante a aplicação do pacto sociolaboral do Mercosul. *Cadernos de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico*. v. 4, n. 4, 2004. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2004. Disponível em: <http://www.mackenzie.br/mestrado_direito_caderno_pos.html>. Acesso em: 28 dez. 2010.

GONZÁLEZ, Clemente Checa. Los impuestos con fines no fiscales: Notas sobre las causas que lo justifican y sobre su admisibilidad constitucional. *Revista Española de Derecho Financiero*, Madrid: Civitas, n. 40. 1983. Disponível em <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=814792>>. Acesso em: 27 dez. 2010.

Organização Internacional do Trabalho. *Convenio sobre la seguridad social (norma mínima)*, 1952. Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C102>>. Acesso em: 22 dez. 2010.

PAULSEN, Leandro. *Contribuições – Custeio da Seguridade Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PEREIRA JÚNIOR, Aécio. Evolução histórica da Previdência Social e os direitos fundamentais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 707, 12 jun. 2005. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/6881>. Acesso em: 12 dez. 2010.

PIERSON, Christopher; CASTLES, Francis (Ed.). *The welfare state reader*. 2. ed. Cambridge: Polity Press, 2006.

PORTELLA, André. A competência da justiça do trabalho para a execução de créditos tributários. Reformas constitucionais e o impacto da Lei 11.457/07. *Revista Eletrônica Mensal do Curso de Direito da UNIFACS*, n. 3, março/2008, Disponível em: <http://www.facs.br/revistajuridica/edicao_marco2008/>. Acesso em: 22.12.2009.

Presidência da República. *Indicadores de Equidade no Sistema Tributário Nacional*. Observatório da Equidade. Brasília: Presidência da República, 2009.

PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE E VERDADE MATERIAL NO PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO: COMPROVAÇÃO DO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE RURAL

***PRINCIPLE OF OFFICIALITY AND REAL TRUTH IN THE
SOCIAL SECURITY PROCESS: PROOF OF EXERCISE OF
RURAL ACTIVITY***

Ruy de Ávila Caetano Leal
Membro da Advocacia-Geral da União (Procurador Federal), Graduado em Direito
pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG e Especialista em Direito
Público pela Universidade Federal de Brasília - UnB.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Os princípios da verdade material (ou real) e oficialidade no processo administrativo brasileiro; 2 o processo administrativo previdenciário e a comprovação da atividade rural para fins de aposentadoria por idade; 3 Breve comparação entre os meios de produção de provas no processo administrativo e no judicial; 4 Das falhas na instrução probatória administrativa: críticas e implicações; 5 A justificação administrativa vista sob a ótica da discricionariedade administrativa; 6 Hipóteses em que a justificação administrativa torna-se obrigatória; 7 Conclusão. Referências.

RESUMO: O trabalho discute aspectos sobre a adoção do princípio da verdade material (ou real) e do sistema inquisitorial de produção de provas no âmbito do processo administrativo previdenciário, ressaltando sua importância na comprovação do trabalho rural para fins de concessão da aposentadoria por idade. Propõe uma participação ativa do Administrador Público na busca da verdade, situando sua atuação no âmbito das competências discricionárias. Analisa os meios de prova de que dispõe a Administração para se atingir esta finalidade, estabelecendo critérios para sua utilização e definindo as situações em que a adoção de determinados procedimentos passa a ser a única solução juridicamente possível.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da verdade material (real) e oficialidade. Processo Administrativo Previdenciário. Comprovação de Atividade Rural. Meios de Prova. Discricionariedade administrativa.

ABSTRACT: This essay discusses aspects of the adoption of principles of real truth and the inquisitorial system of production of evidence in administrative proceedings of social security, emphasizing its importance in the proof of rural employment for purposes of granting retirement by age. Proposes an active participation of the Public Administrator in the pursuit of truth, placing its performance within the discretionary powers. Examines the evidence available to the Administration to achieve this purpose, and establish criteria for its use; defining the situations in which the adoption of certain procedures become the only solution legally possible.

KEYWORDS: Principle of Material Truth (real) and Officiality. Social Security Administrative Process. Evidence of Rural Activity. Means of Evidence. Administrative Discretion.

INTRODUÇÃO

Estudos realizados no âmbito das ciências sociais e da economia apontam que a ampliação do número de beneficiários da previdência social e programas assistenciais tem sido importante fator de geração de renda e redução da pobreza no Brasil.

Segundo AUGUSTO e RIBEIRO¹, as economias das pequenas cidades e comunidades rurais são dinamizadas com renda gerada pelos benefícios previdenciários, pois o dinheiro recebido pelo aposentado é gasto totalmente nos comércios locais, gerando empregos, crescimento dos estabelecimentos, maior movimentação financeira etc.²

Utilizando-se dos estudos de Álvaro Sólon de França³ os autores demonstram que a maioria dos municípios brasileiros (63,17%) apresentam um volume de recursos oriundos de benefícios previdenciários maior do que os repasses do Fundo de Participação dos Municípios. Além disso, revelam que em 4.399 municípios do país (79% do total), os benefícios previdenciários pagos superam a arrecadação do INSS local.

Isso gera para o Instituto Nacional do Seguro Social o dever de administrar adequadamente os processos de concessão e manutenção de benefícios, de modo a garantir a eficiência da gestão previdenciária. Sob este aspecto sempre estarão em jogo duas necessidades, de um lado, a de se coibir as costumeiras tentativas de fraude, e de outro, a de garantir a prestação previdenciária àqueles que já exerceram ou exercem atividades remuneradas cobertas pelo seguro social, mas que,

1 AUGUSTO, Helder dos Anjos; RIBEIRO, Eduardo Magalhães. O envelhecimento e as aposentadorias no ambiente rural: um enfoque bibliográfico. Organizações Rurais e Agroindustriais/Rural and Agro-Industrial Organizations. *Minnesota*, vol. 7, n. 2, mai-ago. 2005. Disponível em: <<http://purl.umn.edu/43982>>. Acesso em: 12 nov. 2009. p. 205-206.

2 “O aposentado rural constitui “figura chave” na manutenção da família alargada, pois com as adversidades da lavoura e do emprego urbano, a única esperança da família é depositada no idoso aposentado que, com seu pequeno benefício mensal, consegue abastecer o lar. A família do aposentado rural obtém, com o benefício, uma certa ascensão social, pois consegue melhoria quantitativa e qualitativa nas condições de vida e de trabalho” (AUGUSTO, Helder dos Anjos; RIBEIRO, Eduardo Magalhães. *O idoso rural e os efeitos das aposentadorias rurais nos domicílios e no comércio local: o caso de Medina, Nordeste de Minas*. In: Encontro Nacional de Estudos Populacionais da Associação Brasileira de Estudos Populacionais, 15^o, 2006, Caxambu. Anais... Disponível em: <http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2006/docs/pdf/ABEP2006_316.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2009. p.14)

3 FRANÇA, A. S. de. *Previdência Social e a economia dos municípios*. Brasília, DF: ANFIP, 2002. *Apud* AUGUSTO; RIBEIRO, 2005, p. 206.

por falta de registro formal, não possuem muitos instrumentos para comprovar o tempo de serviço.

Para equilibrar a tensão entre estas duas realidades o processo administrativo previdenciário deve ser instrumento de apuração da verdade real, sobretudo no que diz respeito aos pedidos de aposentadoria por idade de trabalhador rural, cujos critérios de comprovação do trabalho são mais flexíveis.

Neste diapasão, o presente trabalho procurará abordar alguns aspectos relacionados com a adoção do princípio da verdade real no âmbito do processo administrativo previdenciário, apontando alguns problemas de ordem prática que redundam em falhas na instrução probatória do processo administrativo, o que, aliado a outros fatores, conduz ao incremento do número de demandas judiciais envolvendo o tema.

1 OS PRINCÍPIOS DA VERDADE MATERIAL (OU REAL) E OFICIALIDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

O Direito Administrativo brasileiro vive hoje um importante momento de transformação em seu eixo metodológico. Os administrativistas contemporâneos, influenciados pelos ideais pós-positivistas, buscam adequar a função administrativa aos anseios de uma nova sociedade mais justa, solidária, participativa e ciente de seu papel no processo de criação do direito e implementação de políticas públicas. Nos dias de hoje não mais se admite que a Administração Pública atue de forma descomprometida com os valores e objetivos gravados em nosso texto constitucional.

Exige-se, portanto, do administrador público que as rotinas administrativas, geralmente desencadeadas por meio de processos, sejam eficientes e voltadas a atender finalidades estabelecidas pela lei, não se tornando um fim em si mesmo. Essa natureza instrumental do processo, que se trabalha a bastante tempo no âmbito do direito processual civil, deve ser transportada para o âmbito do direito administrativo, garantindo ao gestor público os meios necessários para a concretização de valores constitucionalmente consagrados.

Ao tratar da instrumentalidade no âmbito do processo judicial, Luiz Guilherme Marinoni⁴ afirma que o processo não é mais apenas um instrumento voltado à atuação da lei, mas sim um instrumento

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*. v. 1, 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 405.

preocupado com a proteção dos direitos, já que a lei deve ser compreendida na dimensão dos direitos fundamentais.

Essa é uma postura que o Poder Público deve trazer para si, assimilando-a no processo administrativo. Sobretudo porque o constituinte derivado, desde a Emenda constitucional n.º19/1998, procurou substituir o modelo weberiano de gestão administrativa burocrática pelo modelo gerencial, calcado no princípio da eficiência, com a preocupação de que o Estado pudesse tratar adequadamente das questões relevantes.

A função administrativa consiste justamente na aplicação da norma jurídica ao caso concreto, e de ofício, por isso as potestades administrativas são outorgadas a determinado agente exclusivamente para atender à finalidade da lei e satisfazer ao interesse público nela instituído. Neste sentido, a Lei n.º 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito federal, criou alguns critérios a serem observados pelo administrador, dentre eles o de que a interpretação da norma deve ser feita de forma que melhor atenda ao fim público a que se dirige (art. art. 2º, parágrafo único, inciso XIII)

Para isso, ao ser formulado o requerimento de benefício previdenciário, deve a Administração instaurar o respectivo processo administrativo e cuidar de sua impulsão, adotando as medidas necessárias para aferir se estão ou não presentes os requisitos para sua concessão. Essa é uma exigência que se extrai do princípio da oficialidade, inserido no direito positivo por meio da Lei n.º 9.784/1999, art. 2º, parágrafo único, inciso XII.

Daí o Prof. Célio Rodrigues da Cruz afirmar que “*a finalidade do princípio da oficialidade é proporcionar uma atuação diligente da Administração, em busca de uma decisão final que corresponda à realidade dos fatos*”⁵, relacionando-o com o princípio da verdade material⁶.

De acordo com o princípio da verdade material (ou real), a instrução probatória do processo administrativo deve ser feita de forma

5 CRUZ, Célio Rodrigues da. *Texto-base 3: Processo administrativo sancionador e extinção das penalidades*. Brasília, DF: CEAD/UnB, 2009. p.13. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público).

6 Quando se fala em busca da verdade real ou material, não se pode ter a pretensão de reconstruir no processo, os fatos da exata maneira como ocorreram. Por mais que o administrador ou juiz se esmerem nesta busca, será um objetivo inatingível, de maneira que a verdade real a que se refere no presente trabalho, por mais fiel que possa parecer, será imperfeita.

que os autos traduzam a realidade dos fatos com a maior fidelidade possível. Tal tarefa caberá ao administrador, que tem o dever de adotar postura ativa na instrução do feito, seguindo modelo inquisitorial de produção de provas. Logo, o arcabouço regulamentar a que se submete o agente público deve permitir a ampla produção de provas, em prol não apenas dos interesses do administrado, mas como garantia de que a lei será bem aplicada⁷.

No âmbito dos processos judiciais, discute-se muito sobre o papel das partes e do magistrado na atividade probatória. Em alguns países se adota um sistema baseado no princípio dispositivo, cabendo aos interessados a produção das provas que lhe favorecem, ficando o juiz com a tarefa de apreciar o conjunto probatório sem maiores ingerências. Já em outros prevalece o sistema inquisitorial, em que o juiz tem participação ativa na instrução processual, determinando, de ofício, a produção desta ou daquela prova.

De acordo com a doutrina de Humberto Theodoro Júnior, há no processo civil moderno uma crescente valorização do princípio da verdade real e, evidentemente, uma tendência maior ao sistema inquisitorial. O resultado desta evolução é muito bem explicado no trecho que se transcreve a seguir:

O processo evoluiu do conceito privatístico que o primitivo direito romano forjara (*ordo iudiciorum privatorum*) para um caráter acentuadamente publicístico. A função da jurisdição deixara de ser apenas a de propiciar instrumentos aos litigantes para solução de seus conflitos, passando a desempenhar relevante missão de ordem pública na pacificação social sob o império da lei.

Nesse processo moderno o interesse em jogo é tanto das partes como do juiz, e da sociedade em cujo nome atua. Todos agem, assim, em direção ao escopo de cumprir os desígnios máximos da pacificação social. A eliminação dos litígios, de maneira legal e justa, é do

7 A participação ativa do administrador na produção das provas é medida que se alinha ao interesse público primário, que consiste no resguardo à ordem jurídica, não podendo o interesse do administrador se sobrepor aos imperativos legais. Neste ponto, vale destacar trecho de artigo do Procurador Federal Danilo Cruz Madeira, segundo o qual *“os interesses secundários da Administração somente podem ser atendidos na medida em que coincidam com os primários. São, como o próprio nomen iuris indica, secundários. Nesse sentido, poder-se-ia, inclusive, abandonar a distinção entre os interesses primários e secundários, porquanto, na verdade, há apenas um interesse a ser visado pelo Estado – o público.”*(MADEIRA, Danilo Cruz, *O papel da advocacia pública no estado democrático de direito*. Revista Virtual da AGU, Brasília, n.º 107, dezembro, 2010, p.20.)

interesse tanto dos litigantes como de toda a comunidade. O juiz, operando pela sociedade como um todo, tem até mesmo interesse público maior na boa atuação jurisdicional e na justiça e efetividade do provimento com que se compõe o litígio.

Embora a verdade real, em sua substância absoluta, seja um ideal inatingível pelo conhecimento limitado do homem, o compromisso com sua ampla busca é o farol que, no processo, estimula a superação das deficiências do sistema procedimental. E é, com o espírito de servir à causa da verdade, que o juiz contemporâneo assumiu o comando oficial do processo integrado nas garantias fundamentais do Estado Democrático e Social de Direito.⁸

Embora alguns juízes ainda adotem uma postura conservadora e ultrapassada a respeito do tema, assistindo ao processo como expectador, no processo administrativo não tem vez o princípio dispositivo.

O papel da autoridade pública encarregada de proferir a decisão administrativa abrange, também, a condução da atividade probatória de maneira ativa. A Lei n.º 9.784/99 prestigiou este tipo de conduta e inseriu no ordenamento jurídico algumas regras importantes neste sentido. O referido diploma, por exemplo, afastou expressamente os efeitos da revelia no processo administrativo, estabelecendo que o desatendimento da intimação não importa em reconhecimento da verdade dos fatos, nem a renúncia a direito pelo administrado (art.27).

Além disso, o art. 29 foi expresso no sentido de que a atividade de instrução destinada a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão realiza-se de ofício ou mediante impulsão do órgão responsável pelo processo.

O legislador, portanto, exigiu do Administrador uma postura inquisitiva, enaltecendo os princípios da oficialidade e da busca pela verdade real, sendo este o enfoque da discussão daqui por diante, no que diz respeito ao processo administrativo previdenciário.

8 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Prova. Princípio da verdade real. Poderes do Juiz. Ônus da prova e sua eventual inversão. Provas ilícitas. Prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA). *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 03, out/nov/dez. 1999. Disponível em: <<http://www.htj.com.br/noticias.php?ac=detalhes&id=173>>. Acesso em: 31 jan. 2011.

2 O PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO E A COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE RURAL PARA FINS DE APOSENTADORIA POR IDADE

A Constituição da República de 1988, ao tratar do Sistema da Seguridade Social, trouxe regras específicas para a cobertura previdenciária do trabalhador rural, ampliando o rol de beneficiários. Por meio do texto constitucional foram corrigidas distorções outrora existentes no sistema, sobretudo no que diz respeito à participação da mulher no trabalho rural e sua cobertura securitária.

A legislação ordinária que lhe sobreveio, por sua vez, facilitou a proteção securitária dos camponeses, alterando critérios de custeio para algumas categorias de trabalhadores rurais e criando menores exigências para a comprovação do exercício de atividade rural, permitindo melhor distribuição de renda e inclusão social no meio rural.

Neste sentido, foram inseridas na Lei 8.213/91 algumas regras que permitem ao trabalhador rural a obtenção da aposentadoria por idade sem a comprovação do recolhimento de contribuições, bastando apenas demonstração de efetivo labor rural por período idêntico à carência exigida para o benefício. Tais regras estão contidas no art. 48, §2º, que trata da redução da idade mínima em 05 anos para o trabalhador rural; art. 39, inciso I, que dispõe sobre a aposentadoria por idade do segurado especial; e art. 143, que institui regra de transição que estende a flexibilização dos requisitos aos trabalhadores rurais empregados e eventuais.

Apesar do tratamento diferenciado dispensado aos trabalhadores rurais, no sentido de facilitar a concessão do benefício de aposentadoria por idade, a lei previdenciária promoveu a tarifação dos meios de prova para demonstração do tempo de serviço. A norma contida no art. 55, §3º da Lei 8.213/1991 exige que a referida comprovação seja lastreada pelo menos em início de prova material, conforme disponha o Regulamento, o que se aplica tanto ao trabalho rural, como ao urbano.

Por outro lado, o art. 106, da mesma Lei, fez previsão sobre os documentos necessários para que seja admitido tempo rural, para efeito de concessão de benefício previdenciário, quais sejam: contrato de trabalho ou Carteira de Trabalho; contrato de arrendamento, parceria ou comodato rural; declaração fundamentada do sindicato que represente o trabalhador rural, desde que homologada pelo INSS;

cadastro no INCRA para produtores em regime de economia familiar; bloco de notas de produtor rural; entre outros.

Já o Regulamento da Previdência Social (Decreto n.º 3.048/1999), em seu art. 62, estabeleceu que a prova do tempo de serviço deve ser feita a partir de documentos que comprovem o exercício de atividade nos períodos a serem contados, devendo esses documentos ser contemporâneos dos fatos a se comprovar, mencionando as datas de início e término do vínculo de trabalho.

Os documentos previstos nos dispositivos analisados consistiriam em prova plena da atividade rural, e se distinguem do início de prova material a que se refere o §3º, do art. 55, da Lei 8.213/91. Por mais incipiente que este seja, sua presença é indispensável para a comprovação do tempo de serviço.

Por exemplo, as declarações de tempo de serviço emitidas em momento posterior aos fatos nelas mencionados, quando desacompanhadas de outros elementos probatórios concretos, não podem ser aceitas como início de prova material. Apesar de exteriorizadas em papéis, não se diferenciariam de testemunhos e entrevistas. Daí a exigência contida no art. 62, § 3º do Regulamento da Previdência Social, no sentido de que as declarações sejam lastreadas em outros registros existentes e acessíveis à fiscalização⁹.

Entretanto, ao longo dos anos nossos tribunais deram às regras acima citadas uma interpretação bastante flexível, dada a dificuldade encontrada pelos trabalhadores rurais em reunir documentação para comprovar seu tempo de serviço. É o que se convencionou chamar solução *pro misero*, passando-se a admitir como início de prova material alguns documentos como as certidões do registro civil, ou equivalentes, nos quais constem a qualificação do segurado, seu cônjuge ou ascendente como trabalhador rural.

Os Tribunais sagraram o entendimento de que este início de prova material, quando complementado por robusta prova testemunhal, seria suficiente para a comprovação da atividade rural a que se refere o inciso I e parágrafo único do art. 39, bem como, o §2º, do art. 48, e do art. 143, todos da Lei 8.213/1991.

9 BRASIL, Advocacia-Geral da União. Parecer/CJ n.º 3.136, de 23 de setembro de 2003.

A flexibilidade conceitual que se estabeleceu em torno do início de prova material ganhou corpo no âmbito da Advocacia-Geral da União e foi consolidada no âmbito da Advocacia-Geral da União por meio do enunciado da Súmula AGU n.º32.

A referida súmula tardou para ser editada, pois se tratava de matéria não mais controvertida no âmbito das lides previdenciárias. A Portaria n.º6.097/2000, do então Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS) já autorizava, quase dez anos antes, a não interposição ou desistência de Recursos Especiais quanto à utilização de certidões de registro civil, eleitoral ou militar e de escrituras de propriedade rural como início razoável de prova material para comprovação de atividade rural. Da mesma forma, a Instrução Normativa INSS/Diretoria Colegiada n° 84, de 17.12.2002, em seu art. 127, § 1º, permitia que tais documentos fossem aceitos como início de prova material da atividade rural, aptos a embasar as declarações de sindicatos previstas no art. 106, da Lei 8.213/91. E, por fim, o Parecer CJ n.º3.136/2003 veio dissipar qualquer dúvida sobre o tema.

De se ressaltar que o entendimento, primitivamente, foi concebido para alcançar a situação do produtor rural que trabalha em regime de economia familiar, mas foi ampliado para os trabalhadores empregados e volantes, também denominados “bóias-fria”. Isto porque a prestação de serviços a terceiros no meio rural, seja sob regime de emprego ou não, é marcada pela informalidade, da mesma forma como esta atinge os segurados especiais.

O mencionado parecer trata muito bem da delicada tarefa da Administração Pública que consiste em, por um lado, garantir a prestação previdenciária de forma satisfatória e, por outro, garantir a segurança jurídica.

Todas as questões relativas à comprovação de tempo de atividade rural apresentam-se, no mais das vezes, dentro de um delicado contexto no qual se contrapõem, de um lado, a necessidade - constitucionalmente configurada - de se conferir proteção a expressiva parcela de trabalhadores do país e, de outro, a incontornável exigência de segurança jurídica na obtenção de meios de prova num ambiente em que, ainda hoje, é notório o primitivismo quanto à formalização das relações de trabalho.¹⁰

10 op.cit.

A jovem e respeitada doutrinadora Raquel Carvalho ensina, também, que a Administração Pública não pode atuar divorciada da realidade fática que envolve a sociedade em determinado contexto histórico. Esse, aliás, é o ponto central dos trabalhos da sociologia jurídica, o Direito não pode se afastar do substrato social, sob pena de ilegitimidade.

Essa aproximação direito/sociedade seria uma exigência imposta pelo princípio da realidade, que se relaciona com o princípio da segurança jurídica, não podendo a Administração ignorar a o arcabouço fático em que estão inseridos seus administrados. Vale transcrever a lição:

À obriedade, a sujeição da Administração aos fatos reais evita a insegurança social, pois é assegurado aos cidadãos que a incidência da norma administrativa na ignorará a realidade em que se inserem. Assim sendo, evidenciar a veracidade das circunstâncias fáticas que envolve a conduta pública é tarefa essencial do Estado e daqueles que exercem o controle de juridicidade dos seus comportamentos. Qualquer desvio na fidelidade a estas circunstâncias caracteriza violação grave do regime administrativo, merecedora de repulsa radical do ordenamento jurídico.¹¹

A informalidade é uma realidade marcante nas relações de trabalho em nosso país, um constante foco de insegurança jurídica que deve ser enfrentado por uma Administração Previdenciária bem adaptada e dotada dos meios adequados para minimizar esta instabilidade social.

A autoridade previdenciária, portanto, deve conduzir o processo administrativo de concessão de benefícios atenta às circunstâncias empíricas que permeiam as relações de trabalho no campo. Os meios de prova utilizados devem estar aptos a enfrentar a questão da informalidade, sobretudo para desencadear ações fiscalizatórias que possam coibir o descumprimento de obrigações trabalhistas pelos empregadores. A prova testemunhal, por exemplo, não deve ser desprezada.

A grande problemática que cerca o assunto reside no grau de robustez que se deve exigir da prova testemunhal, a fim de que esteja apta a complementar a documentação apresentada como início de prova material. Questiona-se, sobretudo, a qualidade desta prova, principalmente quando produzida no bojo dos processos judiciais. O

11 CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo: parte geral, intervenção do estado e estrutura da administração*. Salvador: JusPODIVM, 2008. p.104.

histórico laboral de uma vida toda acaba sendo resumido em audiências com pouco mais de meia hora de duração, aceitando-se, muitas vezes, depoimentos vagos e imprecisos, que sequer mencionam os locais ou época em que o serviço foi prestado.

É possível observar, na prática forense, casos em que se admite como prova da atividade rural a simples afirmação de testemunhas no sentido de que a pessoa postulante ao benefício se dirigia diariamente ao ponto de embarque de trabalhadores rurais geralmente utilizados por trabalhadores rurais, sem nenhuma menção ao local de trabalho, nome do empregador etc.

Em verdade, a finalidade dos testemunhos é suprir a inexistência dos documentos previstos no art. 106 da Lei 8.213/91, c/c art. 62 do Decreto 3.048/99, de forma que a prova oral deve delimitar, no mínimo, os locais e épocas em que os serviços rurais foram prestados. Por óbvio que não se deve exigir uma precisão cartesiana das testemunhas e da própria parte, mas se deve afastar a vagueza absoluta e as alegações genéricas que o postulante ao benefício trabalhou a vida inteira na roça, sem uma menção sequer aos supostos empregadores ou tomadores de serviço.

Com base em tais circunstâncias, é necessário repensar o papel do administrador público no que diz respeito à busca da verdade material no âmbito do processo administrativo previdenciário como um todo, sobretudo quanto aos benefícios de trabalhadores rurais.

A Lei 8.213/91 estabeleceu, em seu art. 108, que a falta de documento, ou a prova de ato do interesse de beneficiário ou empresa, “poderá ser suprida” mediante justificação administrativa processada perante a Previdência Social, desde que existente o início de prova material, como preconiza o art. 55, §3º. Neste procedimento serão ouvidas testemunhas e colhidas outras provas necessárias à demonstração de fato ou circunstância de interesse do beneficiário perante o INSS.

A interpretação literal do dispositivo conduz à conclusão de que a utilização da justificação administrativa seria uma faculdade do administrador, entretanto, ampliando-se o leque hermenêutico e fazendo uma leitura desta norma em conjunto com a estabelecida no art.29 da Lei 9.784/99, forçoso reconhecer que se trata de um poder-dever, situado no âmbito da competência discricionária do Administrador Público. Trata-se de um expediente que poderá ser obrigatório no âmbito do

processo administrativo previdenciário, dependendo das circunstâncias do caso concreto.

Formulado o requerimento de aposentadoria por idade rural, não existindo documentação comprobatória de todo o tempo de serviço suficiente para obtenção do benefício, a Administração deve instaurar o processo administrativo e cuidar de sua impulsão, adotando as medidas necessárias para aferir se estão ou não presentes os requisitos para sua concessão. E tal procedimento deve se desenrolar sob a ótica dos dois princípios mencionados, oficialidade e verdade material, de maneira que melhor se atenda ao fim público a que a norma previdenciária se dirige.

A Instrução Normativa do INSS n.º45/2010, que trata dos procedimentos de análise dos processos de reconhecimento, manutenção e revisão de direitos dos beneficiários da Previdência Social, regula de forma minuciosa a forma de produção dos mais diversos meios de prova admitidos para a comprovação do exercício de atividade rural. A autoridade previdenciária tem a sua disposição os seguintes instrumentos de investigação da verdade material: a justificação administrativa (visando a produção de prova oral), a entrevista com o segurado e a pesquisa externa.

O art. 145 do Decreto 3.048/99 estabelece que, para o processamento da justificação administrativa, o interessado deverá apresentar requerimento expondo, clara e minuciosamente, os pontos que pretende justificar, indicando testemunhas idôneas cujos depoimentos possam levar à convicção da veracidade do que se pretende comprovar. Já o art. 151 prevê que somente será admitido o processamento de justificação administrativa na hipótese de ficar evidenciada a inexistência de outro meio capaz de configurar a verdade do fato alegado, e o início de prova material apresentado levar à convicção do que se pretende comprovar.

O regulamento, entretanto, não poderia restringir a utilização da justificação administrativa às hipóteses que o próprio beneficiário a requeresse. A busca da verdade material é um dever do administrador público, é ela que deve nortear a tomada de decisões da autoridade previdenciária.

A Portaria do Ministério da Previdência Social n.º170/2007 estabeleceu, de forma imperativa, que a justificação administrativa será processada caso o segurado não possua nenhuma prova plena

da atividade rural, mas apresente elementos que constituam início de prova material¹². O dispositivo faz remissão ao Decreto 3.048/99, mas, como ressaltado, ele deve ser interpretado de forma sistemática.

Ainda que seja exigível uma definição clara e minuciosa dos pontos que serão objeto de investigação, não se pode subtrair do Administrador a possibilidade de fazê-lo, com base nas informações prestadas pelo beneficiário, em entrevista prévia com o segurado. Esta é obrigatória nos processos que visam a comprovação de atividade rural, segundo prevê o art. 134, da Instrução Normativa n.º45/2010, convindo transcrevê-lo como forma de ilustração:

Art. 134. A entrevista é elemento indispensável à comprovação do exercício da atividade rural e da forma como ela foi exercida, inclusive para confirmação dos dados contidos em declarações sindicais e de autoridades, com vistas ao reconhecimento ou não do direito ao benefício pleiteado, sendo obrigatória a sua realização, independente dos documentos apresentados.

É com base nas declarações prestadas pelo interessado que o administrador definirá o norte da investigação sobre o histórico de trabalho apresentado, buscando alcançar a verdade material e, se for o caso, conceder a aposentadoria.

Não foi por acaso que a obrigatoriedade da tomada depoimento do segurado foi prevista apenas para os trabalhadores rurais, pois se trata de categoria marcada pelo trabalho informal e pelo reduzido grau de instrução. É demasiado exigir que um segurado, muitas vezes analfabeto, conduza a produção da prova no processo administrativo. Quem mais conhece o direito previdenciário é o seu aplicador e a ele cabe buscar os meios de prova adequados para suprir a falta de documentação, de acordo com o que fora dito em entrevista.

O §1º, do art. 600, da referida Instrução Normativa, manteve a lógica do Decreto n.º 3.048/99, estabelecendo que o cabimento da Justificação Administrativa caso os documentos apresentados não sejam suficientes, por si só, para a prova pretendida, mas se constituam

12 “Art. 5º Caso o segurado não possua nenhum dos documentos referidos nos arts. 2º e 3º, incisos I a VIII, mas possa apresentar elementos que constituam início de prova material, será processada justificação administrativa, observado o disposto nos arts. 142 a 151 do Regulamento da Previdência Social” (Portaria MPS n.º170/2007).

como início de prova material. Em tais circunstâncias o regulamento estabelece que a medida “poderá ser processada”, a pedido do interessado.

Como dissemos, esta é a interpretação literal do dispositivo, não restando afastada a possibilidade de se lançar mão de método interpretativo sistemático, de modo a prestigiar o princípio da oficialidade, previsto na Lei de Processo Administrativo, bem como o princípio da verdade material. Conforme se verá mais adiante, a instauração do procedimento de colheita de prova testemunhal não é uma faculdade da autoridade previdenciária, haverá casos que sua realização será obrigatória.

Além da justificação administrativa e da entrevista do interessado, o Instituto Nacional do Seguro Social tem a seu cargo outro valioso instrumento na busca da verdade material que é a realização de pesquisa externa.

Esta consiste em atividades externas tendentes à “*verificação da veracidade dos documentos apresentados pelos requerentes, bem como a busca pelos órgãos do INSS de informações úteis à apreciação do requerimento formulado à Administração*”¹³. Por meio desta, por exemplo, o servidor da Autarquia Previdenciária poderá visitar supostos locais de trabalho do segurado e saber se o postulante ao benefício realmente trabalhou por lá.

Outro meio de prova previsto no art. 106, da Lei 8.213/91, é a declaração de prestação de serviços expedida por sindicato que represente o trabalhador rural, que deve ser fundamentada e passar por homologação do INSS. A Instrução Normativa estabelece os critérios que devem ser observados pelo Sindicato para que sua declaração seja homologada, todavia, ainda que tal documento não passe pelo crivo do Instituto, nada impede que os elementos ali trazidos sejam utilizados como norte para a realização da pesquisa externa ou da justificação administrativa de ofício.

Ademais, convém ressaltar que a referida declaração é o resultado de investigação acerca do histórico laboral do interessado, que muito se assemelha à justificação administrativa. Deveria ser feita pela Autarquia Previdenciária, mas acaba sendo delegada aos sindicatos de trabalhadores rurais, uma resultante, talvez, da confluência das forças sindicalistas na formação do poder político em nossa República, muito presente no fim da ditadura militar e por ocasião da Constituinte de 1988.

13 Instrução Normativa n.º45/2010, art. 618, I.

Na recente Instrução Normativa INSS/PRES n.º45/2010, ao tratar dos meios de prova admitidos para o enquadramento na categoria dos segurados especiais o art. 115, §4º fez a seguinte previsão:

§ 4º Os documentos referidos nos incisos III e IX deste artigo, ainda que estando em nome do cônjuge, e este tendo perdido a condição de segurado especial, poderão ser aceitos para os demais membros do grupo familiar, desde que corroborados pela Declaração do Sindicato que represente o trabalhador rural e confirmado o exercício da atividade rural e condição sob a qual foi desenvolvida, por meio de entrevista com o requerente, e se for o caso, com testemunhas, tais como vizinhos, confrontantes, entre outros.¹⁴

O Administrador deveria ter avançado mais, não para afastar a possibilidade de emissão das referidas declarações pelo respectivo sindicato, mas sim de torná-la uma faculdade do segurado. Na ausência da declaração caberá ao próprio Instituto, como dever de ofício, aferir o exercício de atividade rural por meio de entrevista com o requerente, testemunhas, vizinhos, confrontantes etc., se as circunstâncias fáticas assim determinarem.

Aliás, este é o entendimento que prevalece no âmbito da Advocacia-Geral da União, por meio da Coordenação de Matéria de Benefícios da Procuradoria Federal Especializada junto ao INSS, sintetizado no Parecer PFE/INSS/CGMBEN/DIVCONS n.º 09/2009. Concluiu-se na referida manifestação que a apresentação de declaração sindical não é condição *sine qua non* para a comprovação da qualidade de segurado especial, ressaltando-se o caráter alternativo da referida prova.¹⁵

3 BREVE COMPARAÇÃO ENTRE OS MEIOS DE PRODUÇÃO DE PROVAS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO E NO JUDICIAL

Valendo-se das lições de Themistócles Cavalcanti o Prof. Célio Rodrigues da Cruz¹⁶ ressalta que, pelo menos no tocante aos aspectos

14 Os documentos em questão são: III - comprovante de cadastro do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, através do Certificado de Cadastro de Imóvel Rural - CCIR ou qualquer outro documento emitido por esse órgão que indique ser o beneficiário proprietário de imóvel rural ou exercer atividade rural como usufrutuário, possuidor, assentado, parceiro ou meeiro outorgado, comodatário ou arrendatário rural; IX - cópia da declaração do Imposto Territorial Rural - ITR.

15 BRASIL. Advocacia-Geral da União. Parecer PFE/INSS/CGMBEN/DIVCONS n.º09, de 16 de outubro de 2009. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/SISTEMAS/SITE/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=240807&ID_SITE=>. Acesso em: 1º jun. 2010

16 op. cit. p. 05

fáticos, os instrumentos postos à disposição dos órgãos administrativos podem se mostrar mais eficientes do que os do Judiciário.

Embora o art. 130 do Código de Processo Civil tenha conferido ao Juiz amplos poderes instrutórios, numa nítida opção pelo sistema inquisitorial, ainda há na doutrina e jurisprudência alguns resquícios de uma visão privatista do direito processual, que se apega ao princípio dispositivo de maneira irredutível¹⁷. Na maioria das vezes o magistrado, diante da sobrecarga de demandas, se vê obrigado a contentar com a verdade formal trazida aos autos, por meio de testemunhos confusos, genéricos, evasivos e contraditórios, determinando a concessão do benefício com base na solução *pro misero*.

Como ressaltado, anteriormente, anos de vida laborativa são contados em poucos minutos, e é esta a verdade que prevalece. A má qualidade da prova acaba constituindo um atrativo para que muitos busquem o benefício previdenciário em questão perante os órgãos jurisdicionais, onde os critérios de investigação probatória são menos rígidos. A insegurança jurídica é patente.

Neste ponto, é possível notar que os meios de coleta de provas acima mencionados se assemelham aos do processo judicial, mas se mostrariam muito mais eficazes se bem manejados pelo Administrador Público.

A entrevista, por exemplo, equivale ao depoimento pessoal da parte autora, previsto na lei processual civil. Embora haja previsão para que este seja tomado de ofício, a critério do juiz (art. 342 do CPC), muitos magistrados não adotam esta providência aplicando simplesmente as regras do ônus da prova. Ou seja, se o órgão da Advocacia-Geral da União responsável pela representação do INSS não faz exposto pedido neste sentido, o depoimento pessoal não será prestado.

Sem a oitiva da parte autora toda a produção da prova testemunhal fica prejudicada, pois o que norteia a investigação probatória, muito mais do que as alegações vagas e imprecisas das petições iniciais, são as informações prestadas por quem mais sabe sobre a vida profissional da parte autora, ou seja, ela própria.

Já a justificação administrativa equivale à audiência de instrução do processo civil, na qual é colhida a prova oral necessária para o

17 DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil* – V. 2. Salvador: Juspodivm, 2008. p.27.

deslinde da questão litigiosa, não existindo tantas diferenças entre o testemunho dado em juízo e aquele prestado perante o INSS.

A pesquisa externa, por sua vez, guarda alguma semelhança com o instituto da inspeção judicial, previsto no art. 440 do Código de Processo Civil, todavia, é impensável imaginar que o Órgão Judiciário executaria esta tarefa, em razão das dificuldades de ordem logística que o Magistrado encontraria.

Em razão de tudo isso é que se reafirma que a prova administrativa tende a ser muito mais robusta do que a produzida na seara judicial, o que traz relevo à necessidade de utilização adequada dos meios probatórios pelo Administrador Público.

4 DAS FALHAS NA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA ADMINISTRATIVA: CRÍTICAS E IMPLICAÇÕES

Mesmo dispondo de tamanho aparato para colheita de provas é inevitável o questionamento acerca da pouca utilização dos referidos instrumentos pelos órgãos previdenciários, na análise dos pedidos de benefícios que envolvam a necessidade de maior dilação probatória. Aliás, a metodologia utilizada pelo INSS para o atendimento aos usuários sempre foi muito criticada e impugnada.

A sentença proferida na Ação Civil Pública n.º2000.71.00.010059-0, pelo juízo substituído da 2ª Vara Federal Previdenciária de Porto Alegre/RS, por exemplo, determina que o INSS inclua em seus regulamentos dispositivos que, entre outras providências, prevejam o seguinte:

[...] a proibição expressa de indeferimento do pedido antes de ser oportunizada ao segurado a apresentação de documentos ou outras provas faltantes ou antes de ser realizada justificção administrativa ou perícia social nos casos previstos em lei;

Do mesmo modo, ao julgar ação previdenciária individual no processo n.º 2009.50.50.003401-0, o Juiz Federal Substituto do 2º JEF de Vitória/ES entendeu ter havido “*inércia probatória*” da Autarquia Previdenciária, ao não realizar justificção administrativa em pedido de pensão por morte, no qual se visava o reconhecimento de união estável entre a requerente e o falecido segurado.

A conclusão do magistrado vai ao encontro do que se expõe no presente trabalho, conforme se pode observar do trecho abaixo transcrito:

Assim, com base no princípio da legalidade, sempre que existir começo de prova material, seja em lides nas quais haja necessidade de comprovar o labor rural em regime de economia familiar, a existência de união estável, ou, ainda, dependência econômica, o setor responsável do INSS deve, de ofício e obrigatoriamente, instruir o processo com uma justificação administrativa e com diligências que se fizerem necessárias. O verbo “poderá” do art. 108 da Lei nº 8.213/91 deve ser interpretado como “deverá” em função do art. 29 da Lei nº 9.784/99.¹⁸

Em sua sentença o Magistrado cita trecho de manifestação da Advocacia-Geral da União (NOTA TÉCNICA CGMBEN/DIVCONS Nº 58/2008), na qual a unidade de consultoria jurídica da autarquia teria concluído ser “*dever do administrador público facilitar o exercício de direitos pelo administrado, abrindo de modo amplo a fase instrutória do processo, a ponto de permitir a utilização do mecanismo de justificação administrativa*”¹⁹.

Este entendimento teria sido acatado pela Direção Central da Autarquia, e divulgado a todos os órgãos do INSS por meio do MEMORANDO-CIRCULAR nº 17 DIRBEN/CGBENEF de 15.07.2008, orientando que a justificação administrativa era necessária, obrigatória e deveria ser efetivada de ofício pelo setor administrativo da Autarquia sempre que houvesse começo de prova material.

Valendo-se do referido memorando, o Grupo de Trabalho de Previdência e Assistência Social da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, órgão do Ministério Público Federal, editou enunciado representativo do entendimento dos Procuradores da República participantes do grupo, no sentido de que “*o INSS deve processar as justificações administrativas requeridas, com base em início de prova material, para comprovação de união estável*”.²⁰

18 FARIA, Roberto Gil Leal. Revelia e descumprimento de normas processuais administrativas editadas pelo próprio INSS. *Revista da SJRJ*. Rio de Janeiro, n.º28, 2010. p.231

19 *Apud* FARIA, op. cit. p.231.

20 Enunciado n. 07, extraído da *web page* da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão – MPF. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/institucional/grupos-de-trabalho/previdencia-social/atuaacao/enunciados>> Acesso em: 29 jan. 2011.

Mais recentemente, ao aprovar o Parecer PFE/INSS/CGMBEN/DIVCONS n.º 09/2009, o Coordenador de Matéria de Benefícios da Procuradoria Federal Especializada junto ao INSS, proferiu despacho no qual cita uma versão preliminar do presente trabalho e acata seus argumentos com a seguinte colocação:

Estes segurados [referindo-se aos segurados especiais] devido a sua condição peculiar de informalidade, quando tiverem algum indício de prova material de que exerceram atividade rural, *ainda que desacompanhado de declaração sindical ou de autoridades*, devem receber da Previdência Social o interesse pela busca da verdade real, a qual, apesar da dificuldade operacional, somente será alcançada, muitas vezes, com a realização de uma pesquisa externa ou Justificação Administrativa.(grifo do autor)

Como bem ressaltado no despacho transcrito, a já mencionada “*inércia probatória*” costuma ser atribuída à falta de estrutura do INSS para conduzir bem suas atividades. Mas esta realidade, que até então constituía uma justificativa plausível para a ineficiência, vem se modificando.

Observou-se, nos últimos anos um incremento dos projetos que têm por objetivo melhor atender os segurados da Previdência Social. Com a ampliação do quadro de servidores e a instituição de um sistema de agendamento dos atendimentos novos servidores foi possível eliminar as malfadadas filas que se formavam nas portas das Agências do Instituto. Além disso, a previsão de construção de mais de setecentas unidades de atendimento em todo o país e o aprimoramento dos sistemas informatizados, facilitarão, cada vez mais, o acesso do cidadão aos serviços prestados pelo INSS.

Contudo, teme-se que o foco principal das autoridades previdenciárias esteja voltado apenas para a celeridade do processo de análise de documentos e dados do sistema, deixando-se de lado a questão da informalidade, que mereceria um alargamento da fase instrutória, como acima defendido.

A participação ativa do administrador público na instrução probatória do processo de concessão de benefício previdenciário não visa a garantir somente a satisfação dos interesses do administrado. A busca da verdade material por meio da atuação inquisitorial do administrador atende também ao interesse público, na medida em garante a proteção

previdenciária àqueles que mais necessitam, bem como inibe a ação de fraudadores.

A ampla adoção da justificação administrativa nos processos de aposentadoria por idade rural contribuiria, também, para a redução do número de demandas sobre o tema que chegam ao Poder Judiciário. Apesar de alguns magistrados atribuírem toda a responsabilidade pelo aumento de demandas ao INSS, é forçoso reconhecer que a avidez por clientes e honorários de alguns advogados contribui para que demandas de fácil solução na via administrativa acabem sendo postas à apreciação do órgão jurisdicional.

5 A JUSTIFICAÇÃO ADMINISTRATIVA VISTA SOB A ÓTICA DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Conforme delineado acima, a grande controvérsia que se procurou enfrentar no presente trabalho diz respeito à obrigatoriedade ou não da justificação administrativa. À luz dos dispositivos legais e regulamentares já mencionados pode-se concluir que as circunstâncias do caso concreto é que determinarão se o procedimento será ou não obrigatório.

A decisão sobre a justificação administrativa está dentro da esfera de discricionariedade do gestor da coisa pública, o que está longe de significar que ele tem liberdade para fazê-la.

Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández averbam com precisão a origem das potestades administrativas e a submissão da Administração à legalidade:

A legalidade outorga faculdades de atuação, definindo cuidadosamente seus limites, delega poderes, habilita a Administração para sua ação conferindo-lhe a tal efeito poderes jurídicos. Toda ação administrativa apresenta-se-nos como exercício de um poder atribuído previamente pela lei e por ela delimitado e construído. [...] A potestade é sempre uma derivação de um status legal pelo qual resulta inescusável uma norma prévia que, além de configurá-la, a atribua em concreto.²¹

Não há outra conclusão possível senão a de que toda a atividade administrativa encontra-se vinculada de forma positiva à legalidade. A

21 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDES, Tomás-Ramon. *Curso de direito administrativo*. [Trad. Arnaldo Setti]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 376, 377 e 379.

Administração Pública não possui uma vontade própria, sua atuação deriva da lei e sua vontade será definida por esta. O princípio da autonomia da vontade não tem lugar no direito público, deve-se afastar de plano a noção de liberdade de agir quando se tratar do exercício da função administrativa. A finalidade última da lei será sempre o interesse público, ao qual o Estado está positivamente vinculado²².

Quando se fala em legalidade deve-se ficar atento ao significado de tal expressão no contexto do atual Estado Democrático de Direito.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro²³, aponta como características do novo Estado Democrático de Direito a participação do povo nos métodos de controle da atividade administrativa e a busca pela justiça material. Segundo a autora, a Administração Pública já não mais estaria submetida somente à estrita legalidade (lei em sentido formal), mas sim a todos os princípios que veiculam valores expressos ou implícitos na Constituição, relacionados com a liberdade, igualdade, segurança desenvolvimento, bem estar e justiça.

No mesmo sentido, Diogo Figueiredo Moreira Neto averba que:

[...] o conceito de *legalidade*, fundado apenas na tradicional *dogmática jurídica*, mostrou-se insuficiente para lastrear eticamente o novo Estado Democrático e, por isso, restabeleceu-se o velho conceito de *legitimidade*, fundado na *vontade geral* da sociedade,

22 Apesar de ser este o entendimento que mais condiz com a essência do Estado de Direito desde o seu nascedouro, houve momentos da nossa história em que se teorizou de modo diverso. Na transição do Estado de Polícia para o Estado-Administrador, época em que o aparelho estatal passou assumir inúmeras funções antes exercidas somente por particulares, muitos juristas europeus chegaram a reconhecer a autonomia da vontade da Administração Pública, que deveria ser exercida *praeter legem*, ou seja, desde que não violasse a lei.

Segundo essa doutrina, a Administração Pública, sobretudo no exercício da atividade discricionária, encontrar-se-ia num estado de vinculação negativa à legalidade, ou seja, o Administrador poderia fazer não meramente aquilo que a lei expressamente autorizasse, mas aquilo que ela não proibisse, assim como ocorreria com os particulares segundo o brocardo "*permissum videtur in omne quod non prohibitum*".

Segundo Eduardo Garcia de Enterría e Tomás Ramón Fernández (*Op.cit.*, p. 374), a obra de Hans Kelsen e seu desdobramento no âmbito do Direito Administrativo, sobretudo através dos estudos de Merkl, foram os marcos de uma reação a essa visão deturpada da legalidade. A partir construção kelseniana de que o ordenamento jurídico consistia em um sistema hierarquizado de normas, passou-se a rechaçar qualquer forma de poder jurídico que não se pautasse em uma atribuição normativa precedente. Surge o princípio da *positive Bindung*, ou vinculação positiva da Administração pela legalidade, hoje aceito universalmente, segundo o qual a Administração Pública só pode fazer aquilo que é expressamente permitido pela lei.

23 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 29-30.

democraticamente recolhida, que havia sido perdido no fastígio do positivismo e das ideologias estatizantes.²⁴ (grifo do autor)

A jurista cearense Germana de Oliveira Moraes trata do assunto de forma percuciente e ressalta a necessidade de se ativar uma compreensão contemporânea do “*direito por princípios*”²⁵, elevando-se o princípio da juridicidade a alçada de principal informador da atividade administrativa, na medida em que este substituiu o princípio da legalidade estrita, passando a englobá-lo. E arremata afirmando que tal substituição “*repercutirá diretamente sobre a compreensão teórica da discricionariedade e a amplitude do controle jurisdicional da atividade administrativa*”²⁶.

Quando a lei não deixar ao Administrador qualquer espaço de livre apreciação dos motivos e objeto do ato administrativo, estaremos diante de uma competência vinculada, ou seja, caber-lhe-á simplesmente constatar a existência de determinados pressupostos fáticos ensejantes da atuação administrativa, para promover o desencadeamento dos efeitos jurídicos já predeterminados pela norma. Nestes casos, teoricamente, o legislador já decide qual é a melhor maneira de se satisfazer o interesse público e cumprir a finalidade legal, não restando ao Administrador qualquer margem de manobra no que diz respeito à ponderação dos interesses afetados e escolha do melhor modo de agir.

Ocorre, porém, que é impossível uma previsão abstrata da lei para todas as situações do mundo contemporâneo. Ainda que quisessem, os legisladores não conseguiriam estabelecer competências vinculadas para todas as relações em que a Administração Pública estivessem envolvidas, aliás, é da essência da função legislativa estabelecer normas de caráter mais genérico para que o Direito possa sofrer mutações e evoluir. E como a função administrativa consiste na aplicação da norma no caso concreto com vistas à satisfação do interesse público, muitas vezes o legislador deverá se abster de traçar um âmbito de competência muito fechado para os órgãos administrativos, sob pena de supressão de uma reserva de administração.

A lei, então, permitirá ao Administrador Público que atue com alguma liberdade na ponderação dos interesses envolvidos, dando-lhe a

24 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Sociedade, estado e administração pública*: prospectivas visando ao realinhamento constitucional brasileiro. Rio de Janeiro: Topbooks, 1995. p. 74.

25 MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999. p.19.

26 MORAES, op. cit., p.23.

oportunidade de escolher, dentre as várias possibilidades oferecidas pela norma, qual é a solução que melhor atende ao interesse público naquele caso concreto. Nestes casos, estaríamos diante de uma competência discricionária.

Celso Antonio Bandeira de Mello procura fugir da noção de “poder discricionário” e passa a usar o conceito de dever discricionário. Segundo ele o exercício da competência discricionária não é nada mais do que “o cumprimento do dever de alcançar a finalidade legal”²⁷

Ao enfrentar a análise do processo administrativo previdenciário, portanto, o Administrador terá um inescusável dever de busca pela verdade material, o que lhe é imposto por lei, de maneira que deverá se valer de todos os meios legais que possui para atingir esse desiderato. Do contrário estará incorrendo em desvio de poder, segundo lição do mestre Celso Antônio²⁸, ao deixar de agir em prol do atendimento ao interesse público, o qual, no caso em análise, seria a busca da verdade.

Necessário compreender que, mesmo quando a lei confere ao administrador certa liberdade para decidir, haverá casos em que esta margem discricionária será reduzida a ponto de existir somente uma opção razoável para se atender melhor à finalidade da norma. É o que Germana Moraes denomina “*redução da discricionariade a zero*”. Segundo a autora, “*há redução da discricionariade a zero quando as circunstâncias normativas e fáticas do caso concreto eliminam a possibilidade de escolha entre diversas opções a ponto de subsistir apenas uma solução juridicamente possível*”²⁹.

No caso da justificação administrativa, portanto, haverá situações em que a execução da medida será a única solução possível ao administrador, para suprir as lacunas deixadas pelo trabalho informal no histórico laborativo do postulante.

Se as circunstâncias normativas e fáticas do caso concreto indicarem a necessidade de adoção do procedimento, e o administrador público não o fizer, estará desbordando sua competência discricionária, não pelo excesso, mas pela omissão. Tanto que a ilustre autora Germana

27 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariade e controle jurisdicional*. 2.ed. 5ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 15.

28 op. cit. p.57.

29 op. cit. p.162.

de Moraes elenca como um dos “vícios de discricionariedade”³⁰ a não utilização ou subutilização do exercício do poder discricionário.

Ocorre a não utilização ou subutilização dos poderes discricionários, quando a autoridade administrativa não usa ou subutiliza o poder discricionário de que dispõe por inadvertência ou por estimar equivocadamente que é titular de uma competência vinculada.³¹

A noção trazida pela autora se aproxima do que Celso Antônio Bandeira de Mello denomina “*desvio de poder por omissão*”³².

Feitas tais considerações, cabe perquirir quais são essas circunstâncias normativas e fáticas aptas a tornar obrigatório o procedimento de oitiva de testemunhas no processo administrativo previdenciário, o que se pretende fazer nas breves linhas que se seguem.

6 DAS HIPÓTESES EM QUE A JUSTIFICAÇÃO ADMINISTRATIVA TORNA-SE OBRIGATÓRIA

Não é razoável admitir que em todo requerimento de aposentadoria por idade rural seja realizada a Justificação Administrativa. Como já visto acima, este é um procedimento destinado a suprir a falta de documentação que abranja todo o período de “carência”³³ exigido para o benefício.

Conforme foi acima mencionado, a necessidade da justificação deverá ser avaliada após a entrevista com o segurado, caso fique evidenciado, a partir desta, que existem períodos de trabalho a descoberto, sem a devida documentação. Não é correto dizer, portanto, que bastará a existência de um início de prova material para que se torne obrigatória a justificação. O início de prova material é um dos requisitos da justificação administrativa, mas não é o único.

30 Segundo a autora “serão viciados os atos discricionários cujo conteúdo se afasta do único cabível, se for o caso, ante as circunstâncias de fato peculiares do caso concreto e quando não guardam compatibilidade, seja no processo de tomada de decisão, seja na fixação de seu conteúdo, com princípios constitucionais da Administração Pública e quando atentatório aos direitos fundamentais consagrados na Constituição” (*Idem.* p. 159)

31 *Idem.* p. 159.

32 *op. cit.* p.75.

33 Utilizamos a expressão entre aspas, tendo em vista que o benefício de aposentadoria por idade rural não exige comprovação da carência, mas apenas do exercício de atividade rural por determinado número de meses equivalente a esta.

Se, por um lado, não é razoável exigir do segurado a apresentação de um requerimento expresso, expondo, clara e minuciosamente, os pontos que pretende justificar, por outro será necessário que tais pontos restem minimamente delimitados no momento da entrevista, mediante condução do agente público que entrevista a parte interessada.

Cabe ao entrevistador indagar a respeito da eventual existência de trabalho sem registro, das condições em que o serviço era prestado, nome do eventual empregador, etc. A partir dos indícios dados pelo entrevistado, caso o referido período puder ser aproveitado para a aposentadoria e, estando presente o início de prova material, será obrigatório ao administrador aprofundar nas provas por meio da justificação administrativa e/ou pesquisa externa.

Por exemplo, se o entrevistado postula um benefício de aposentadoria por idade dizendo que exerceu atividade rural por cinco anos, na década de 1980, e depois veio para a cidade, passando a exercer atividade remunerada de natureza urbana por mais 10 anos. Ainda que exista início de prova material relativo à época dos serviços rurais, será desnecessária a realização da justificação administrativa, pois a atividade campesina exercida antes da Lei 8.213/91 não pode ser aproveitada para fins de carência.

Nessa hipótese poderia se dizer que seria facultado ao postulante indenizar o período trabalhado, a fim de que o tempo de atividade rural pudesse ser contado como carência. Entretanto, essa possibilidade deveria ser esclarecida ao interessado antes do processamento da justificação, sob pena de se estar praticando atos despidos de utilidade.

Do mesmo modo, não se deve exigir do administrador que inicie a colheita de prova testemunhal se os fatos declarados em entrevista forem flagrantemente inverídicos, contradizendo registros públicos. Se o postulante ao benefício alega em entrevista que exerceu atividade rural, em regime de economia familiar, por toda sua vida, e os registros do Cadastro Nacional de Informações Sociais revelam que ela possui outra fonte de renda razoável, de natureza urbana, será desnecessária a oitiva das testemunhas.

A gama de exemplos e situações hipotéticas é enorme, restando apenas reafirmar que a exigência da justificação administrativa não é automática. O procedimento somente se afigurará como única opção da autoridade pública quando existir um conjunto razoável de indícios

sobre os fatos que se pretende provar, sem grandes imprecisões ou contradições, reafirmando-se ser desnecessária a provocação do interessado.

Não é demais ressaltar o administrador público deve atuar sob o império do princípio da motivação, de maneira que, ao exercer sua competência discricionária e tomar determinada decisão, deve expor os motivos que o convenceram ser aquela uma opção adequada. A motivação, neste caso, é tão importante quanto a que deve nortear eventual ato de indeferimento do pleito administrativo.

7 CONCLUSÃO

Buscou-se com o presente trabalho demonstrar a importância da utilização do princípio da verdade material no processo administrativo previdenciário, pois a informalidade do trabalho no campo e na cidade não podem constituir óbice à implementação de políticas públicas de inclusão. Foi enfatizada a situação dos benefícios previdenciários dos trabalhadores rurais, dado o tratamento diferenciado conferido pelos Tribunais a esta categoria de segurados, no que diz respeito à flexibilização dos meios de prova do seu tempo de serviço.

A adoção de postura inquisitorial na instrução probatória do processo administrativo consiste num poder-dever dos órgãos responsáveis pela gestão da Previdência Social, em face dos princípios da oficialidade e da verdade material, amplamente evidenciados em nosso ordenamento jurídico pelo advento da Lei 9.784/99.

Em meio ao arcabouço normativo que rege os procedimentos de análise e concessão dos benefícios previdenciários, verificamos que valiosos instrumentos destinados à adequada instrução dos processos administrativos foram postos a cargo do gestor. Dentre eles estão a justificação administrativa, a entrevista e a pesquisa externa, que não só podem como devem ser utilizados sempre que os elementos probatórios trazidos pelo segurado não forem suficientes para o convencimento da autoridade competente e existir um conjunto razoável de indícios sobre os fatos que se pretende provar.

A decisão acerca da realização de cada um desses procedimentos está na esfera da discricionariedade da autoridade pública, o que não significa que, em determinadas circunstâncias sua utilização será obrigatória, apesar de a norma jurídica não prever expressamente. Essa

decisão deverá ser devidamente fundamentada, já que a motivação do ato administrativo é elemento essencial no controle do exercício de competências discricionárias.

Em que pese a tendência dos dias atuais seja a de condensação de todas as informações sobre os cidadãos em banco de dados cada vez mais sofisticados, não se pode virar as costas para a realidade do trabalho informal. Cabe ao Estado Administrador, portanto, utilizar-se de todos os meios disponíveis para a consecução do interesse público e gestão eficiente da previdência social, que é um patrimônio do cidadão.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Hermes Arrais. *Benefícios Previdenciários*. 4. ed. rev. e atual. Com obediência às leis especiais e gerais. São Paulo: Universitária de Direito, 2009.

AUGUSTO, Helder dos Anjos; RIBEIRO, Eduardo Magalhães. O envelhecimento e as aposentadorias no ambiente rural: um enfoque bibliográfico. Organizações Rurais e Agroindustriais/Rural and Agro-Industrial Organizations. *Minnesota*, v. 7, n. 2, maio/ago. 2005. Disponível em: <<http://purl.umn.edu/43982>>. Acesso em: 12 nov. 2009.

_____. *O idoso rural e os efeitos das aposentadorias rurais nos domicílios e no comércio local: o caso de Medina, Nordeste de Minas*. In: Encontro Nacional de Estudos Populacionais da Associação Brasileira de Estudos Populacionais, 15º, 2006, Caxambu. *Anais...* Disponível em: <http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2006/docspdf/ABEP2006_316.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2009.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Parecer/CJ n.º 3.136, de 23 de setembro de 2003*. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/60/2003/3136.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2009.

_____. _____. *Parecer PFE/INSS/CGMBEN/DIVCONS n.º 09, de 16 de outubro de 2009*. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/SISTEMAS/SITE/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=240807&ID_SITE=>>. Acesso em: 1º jun. 2010.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo: parte geral, intervenção do estado e estrutura da administração*. Salvador: Jus PODIVM, 2008.

CRUZ, Célio Rodrigues da. *Texto-base 3: Processo administrativo sancionador e extinção das penalidades*. Brasília, DF: CEAD/UnB, 2009. 50 p. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/file.php/24/>>

Biblioteca/1_-_Unidade_I/3_-_Texto-base_-_Topico_III.pdf> (reservado a participantes do curso de Pós-Graduação em Direito Público da UnB, patrocinado pela A.G.U). Acesso em: 16 set. 2009.

DIDIER Jr, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. Salvador: Juspodivm, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

FARIA, Roberto Gil Leal. Revelia e descumprimento de normas processuais administrativas editadas pelo próprio INSS. *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, n. 28, p. 225-233. 2010.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDES, Tomás-Ramon. *Curso de direito administrativo*. Tradução de Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MADEIRA, Danilo Cruz. O papel da advocacia pública no estado democrático de direito. *Revista Virtual da AGU*, Brasília, n.º107, dezembro, 2010.
Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=152998&id_site=1115&ordenacao=1>. Acesso em: 29 jan. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil – Volume 1: Teoria Geral do Processo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. 5ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2001.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Sociedade, estado e administração pública: perspectivas visando ao realinhamento constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1995.

ROCHA, Daniel Machado; JÚNIOR, José Paulo Baltazar. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. 4. ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado - Esmafe, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Prova. Princípio da verdade real. Poderes do Juiz. Ônus da prova e sua eventual inversão. Provas ilícitas. Prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA). *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 3, out/nov/dez. 1999. Disponível em: <<http://www.htj.com.br/noticias.php?ac=detalhes&id=173>>. Acesso em 31 jan. 2011.

PARECER AGU/AG-01/2012
BENEFÍCIOS DO MONTEPIO
CIVIL DA UNIÃO

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy
Consultor-Geral da União

PARECER N° ____AGU/AG-01/2012.

PROCESSO: 10951.000991/2009-81

INTERESSADO: Coordenação-Geral de Recursos Humanos-COGRH-Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Administração- SPOA-Ministério da Fazenda- MF.

ASSUNTO: Benefícios do Montepio Civil da União.

EMENTA: O Montepio Civil da União, que radica originalmente no Decreto n° 942-A, de 31 de outubro de 1890, hoje fundamentado na Lei n° 6.554, de 21 de agosto de 1978, e alterações posteriores, não foi recepcionado pela ordem constitucional de 1988. Indeferimento de requerimentos de novas inscrições. Devolução de valores recolhidos por interessados/inscritos cujo benefício ainda não foi requerido. Manutenção do pagamento de benefícios deferidos, em razão dos princípios da boa-fé, do *venire contra factum proprio* e da confiança do cidadão para com a Administração.

Excelentíssimo Senhor Advogado-Geral da União,

É para os efeitos do art. 10 da Lei Complementar n° 73, de 10 de fevereiro de 1993, combinado com os incisos IV, V e VI do art. 3° do Ato Regimental n° 5, de 27 de setembro de 2007, que seguem as observações vindouras, e que cuidam do *Montepio Civil da União*. Trata-se de regime de contraprestação pecuniária devido pela União que radica originalmente no Decreto n° 942-A, de 31 de outubro de 1980, hoje supostamente sustentado pela Lei n° 6.554, de 21 de agosto de 1978, e alterações posteriores.

2 Cuida-se, na essência, e no plano efetivamente fático, de previdência complementar, de renda mensal vitalícia, que atende a reduzido número de beneficiários, a exemplo de Auditores do Tribunal de Contas da União, de Conselheiros, Auditores e Procurador-Geral do Tribunal de Contas do Distrito Federal, de Ministros e Juízes Auditores do Superior Tribunal Militar, de Magistrados Federais, podendo também incluir Ministros do Supremo Tribunal Federal.

3 Em princípio, poder-se-ia plasmar natureza contratual da avença entre o interessado e o pagador do benefício. De tal modo, nesse primeiro

sentido, ter-se-ia a figura de uma poupança, cujo contrato fora formalizado entre interessados e a Administração. Tal figura sinalagmática não se desenharia, no entanto, porquanto o custeio da vantagem decorreria de um fundo orçamentário geral, pelo menos no que se refere à necessária complementação. É o que se infere do estudo do modelo.

4 Há uma diferença muito grande entre os valores recolhidos pelos interessados e os valores pagos pela União Federal. Ao que consta, a União recolheria *mensalmente* uma média de 160 mil reais (R\$ 168.501,51 – cento e sessenta e oito mil, quinhentos e hum reais e cinquenta e hum centavos, por exemplo, em dezembro/2011) e *anualmente* cerca de 2 milhões de reais (R\$ 2.112.902,80 – dois milhões, cento e doze mil e novecentos e dois reais e oitenta centavos no ano de 2011). E desembolsaria *mensalmente* R\$ 2.758,091,88 (dois milhões, setecentos e cinquenta e oito mil e noventa e hum reais e oitenta e oito centavos). As contas não se encontram.

5 Afirma-se aqui que o aludido *montepio* não foi recepcionado pela ordem constitucional de 1988. É que o benefício contemplaria – em tese – desigualmente – pequeno contingente de interessados, em suposto prejuízo de regras gerais, e mesmo especiais, que regem a seguridade social, no que se refere à previdência social, ainda que em versão estatutária. O modelo não resiste – especialmente – ao conteúdo da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que dispõe sobre a Reforma da Previdência. E ainda que se invocasse peremptoriamente *direitos adquiridos* em face de avenças pretéritas, há um problema de contabilidade pública que precisa ser enfrentado. Nada obstante, bem entendido, situações já consolidadas devam ser respeitadas, especialmente quanto a benefícios já deferidos, de trato sucessivo, contínuo, e que se desdobram no tempo.

6 De fato, ao que parece, não se atende à regra da contrapartida, fixada no § 5º do art. 195 do texto constitucional, que exige equilíbrio financeiro e atuarial no contexto da concessão de benefícios. Não há razoabilidade na prestação contínua do benefício. Este se substancializaria em prestação paga a descendente, sem limite de idade, o que poderia fomentar a desigualdade, com discriminação positiva decorrente de relação de parentesco, desconstruindo parâmetros de solidariedade e de justiça que plasman os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

7 Por exemplo, ao que consta, e segundo verificado, há casos de beneficiário que conta com 20 anos de idade, que receberia mensalmente

R\$ 6.799,31 (seis mil, setecentos e noventa e nove reais e trinta e hum centavos) e que, calculando-se expectativa média de vida, de acordo com o IBGE, em face dos valores recebidos, custaria aos cofres públicos, em valores de hoje, R\$ 7.071.282,40 (sete milhões, setenta e hum mil e duzentos e oitenta e dois reais e quarenta centavos). Se não se enfrentarem situações análogas, cujos benefícios em breve correm risco de serem deferidos, conta-se com cenário assustador, multiplicador de privilégios, que as contas públicas não suportariam.

8 Ao que consta também, há quem receba pensão mensal de R\$ 26.723,12 (vinte e seis mil, setecentos e vinte e três reais e doze centavos) e que, ao que verificado, nascida em 1944 e, mantida a expectativa de vida prevista pelo IBGE e, em valores de hoje, significaria para a União Federal, a soma de R\$ 11.464. 218, 48 (onze milhões, quatrocentos e sessenta e quatro mil, duzentos e dezoito reais e quarenta e oito centavos). São muitos exemplos que demonstram, à saciedade, que situações futuras exigem intervenção imediata, com vistas ao controle das contas públicas, ainda que a segurança jurídica possa justificar a manutenção de pagamentos presentemente realizados, a título de montepio civil.

9 Quanto à formulação do modelo, suas origens, características, histórico, colhe-se informações em substancial texto de autoria de Juiz Federal em Brasília, que reproduzo, no que interessa:

O Decreto 942-A, de 31 de outubro de 1890, criou o Montepio Obrigatório dos Empregados do Ministério da Fazenda, assegurando o pagamento de pensão às famílias do empregado público civil e do militar falecido em exercício ou na aposentadoria ou reforma (art. 31) e no caso de perda do emprego em virtude de condenação judicial (art. 17, parágrafo único). Os empregados públicos civis e os militares que já pertenciam ao Montepio Geral de Economia tinham a faculdade (e não obrigatoriedade) de também contribuírem para este Montepio do Ministério da Fazenda (art. 3º, §2º), daí por que embora fosse ele destinado precipuamente aos empregados civis, abrangia também alguns militares. A contribuição mensal para o Montepio do Ministério da Fazenda, descontada em folha, era de um dia de remuneração (art. 12), sendo devida assim pelos empregados e militares ativos, bem como pelos aposentados ou reformados que ganhassem mais de 1.200\$000 anuais (art. 3º). No seu turno, o valor da pensão era de 50% da remuneração (art. 31). Importante aqui destacar que também o Montepio do Ministério da Fazenda previa contribuição dos pensionistas, limitada à hipótese de

pensão por perda do emprego em virtude de condenação judicial e montando em um dia do valor da pensão (art. 17, parágrafo único). Em 30 de janeiro de 1933, foi editado o Decreto 22.414 que passou a regular o então denominado Montepio dos Funcionários Públicos Civis da União, alterando a contribuição para um dia de ordenado, entendido como dois terços da remuneração (art. 3º), sendo devida pelos funcionários em atividade e aposentados (art. 2º), prevendo ainda que “as pensões reversíveis estão sujeitas à contribuição mensal correspondente a um dia, que será descontada em folha” (art. 20, §2º). Esse Decreto 22.414/1933 também ampliou as hipóteses de pensão em vida à família, para abranger a demissão do funcionário por ato arbitrário do governo (art. 6º, §2º) e a incapacidade mental do funcionário (art. 8º), bem como instituiu o auxílio para funeral ou luto a ser pago, sem prejuízo da pensão, à família do funcionário morto, no valor de 400\$000 (art. 29). Em 3 de novembro de 1937, foi editada a Lei 571, ampliando regras de reversão da pensão previstas no Decreto 22.414/1933. Ainda a propósito do Montepio dos Empregados do Ministério da Fazenda (ou Montepio dos Funcionários Públicos Civis da União ou ainda Montepio Civil Federal), cumpre referir que, pelo Decreto 956, de 6 de novembro de 1890, foi estendido aos servidores do Ministério da Justiça e, pelo Decreto 8.904, de 16 de agosto de 1911, a todos os demais servidores civis, sendo que a Lei 3.089, de 8 de janeiro de 1916, suspendeu a admissão de novos contribuintes para o montepio. Não obstante, diversas leis específicas autorizaram a admissão pontual de novos contribuintes. Com efeito, em 5 de janeiro de 1927, o Decreto 5.137 facultou aos Ministros do Supremo Tribunal Federal requererem sua inscrição no Montepio do Ministério da Fazenda. A Lei 3.058, de 22 de dezembro de 1956, estendeu aos Desembargadores do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, bem como aos Ministros do Tribunal de Contas e aos do Tribunal Federal de Recursos e ao Procurador-Geral do Tribunal de Contas, a faculdade de se inscreverem no montepio. Em 12 de novembro de 1964, a Lei 4.477 estabeleceu que a contribuição dos Ministros do Supremo Tribunal Federal para o montepio corresponderia à 25ª parte (4%) do vencimento e a pensão para os herdeiros seria igual a 15 vezes a contribuição (60% da remuneração). Em 1978, a Lei 6.554, de 21 de agosto, permitiu a adesão ao montepio para os Ministros do Tribunal Superior do Trabalho, aos Juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho, aos Juízes Federais, aos Juízes Presidentes de Juntas de Conciliação e Julgamento, aos Juízes de Trabalho Substitutos e aos Juízes de Direito do Distrito Federal e de investidura federal

no Estado do Rio de Janeiro. Em 1979, o Decreto 83.226, de 1º de março, estabeleceu que a contribuição dos inscritos no Montepio do Ministério da Fazenda conforme as referidas leis específicas, correspondia à 25ª parte (4%) da remuneração, cobrável mediante desconto em folha de pagamento (art. 5º), sendo a pensão de montepio civil correspondente a 15 vezes o valor da contribuição mensal (60% da remuneração) e atualizada pela tabela de vencimentos que estiver em vigor para o pessoal em atividade (art. 9º). Em 1980, a Lei 6.810, de 7 de julho, permitiu a adesão ao Montepio Civil da União para os Ministros Togados, os Juízes Auditores e os Auditores Substitutos da Justiça Militar. Em 1982, a Lei 7.034, de 5 de outubro, facultou a adesão ao montepio para os Conselheiros, Auditores e Procurador-Geral do Tribunal de Contas do Distrito Federal¹.

10 Pelo que se entende do modelo, o interessado faria inscrição, recolheria mensalmente o equivalente a 4% dos vencimentos, bem como recolheria também uma *joia*, com pagamento pulverizado em 12 meses. Sem que se tenha tempo mínimo de contribuição garante-se ao descendente de quem tenha aderido ao modelo uma renda vitalícia, calculada em 60% dos vencimentos de quem legou o benefício.

11 Não há relação entre contribuição e benefício, entre tempo de espera e tempo de fruição. Não há limites. O beneficiário pode vitaliciamente receber tais benefícios. Que seriam pagos, salvo fórmula hierática que se desconhece, pelos cofres públicos, pelo menos para efeitos de complementação. É o que também se colhe da manifestação da Coordenação-Geral Jurídica da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional:

legislação regulamentadora do Montepio Civil da União, salvo melhor juízo, não atende ao rígido comando do equilíbrio financeiro e atuarial, pois a contribuição mensal corresponde a apenas 4% (quatro por cento) dos vencimentos do inscrito e o futuro benefício a seu dependente será de 60% (sessenta por cento) dos vencimentos relativos ao cargo que ocupava o antigo instituidor. Quanto ao confuso sistema de joias, estas são quitadas em breves 12 (doze) meses e não são garantia de equilíbrio entre entradas e saídas. Some-se a isso o fato da lei não estabelecer um tempo mínimo de contribuição para que o dependente faça jus ao benefício.

¹ Roberto Luis Luchi Demo. Breve História Legislativa da Previdência dos Servidores Públicos Civis Federais: Contribuições e Benefícios. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*. v. 21, n. 11, Nov. 2009. p. 40-41.

Ora, deve haver rigor atuarial em todo e qualquer desenho de seguridade que se faça e com o Montepio Civil não é diferente, sob pena de falência do modelo ou, no caso sob exame, da União custear déficits de um subsistema complementar de natureza complementar que privilegia dependentes de altos funcionários da República, já garantidos por outros meios (sistema previdenciário estatutário).²

12 Tomando-se como exemplo o caso que suscitou a presente manifestação, tem-se que a instituidora do benefício aderiu ao aludido *montepio* em 27 de dezembro de 2000. A par do pagamento de *joia* recolheu 4% dos vencimentos até setembro de 2008, quando faleceu. A interessada, filha da instituidora, habilitou-se para o recebimento do *montepio* e obteve reconhecimento do suposto direito. Mais. Depósitos foram feitos em sua conta bancária³.

13 Dado essencial: a beneficiária nasceu em 16 de dezembro de 1974. Conta com 37 anos de idade. E se a expectativa de vida de uma brasileira pode chegar aos 85 anos de idade⁴, estatística e presumivelmente os valores seriam pagos de 2008 a 2060, por 52 anos. A prestação deveria ser de 60% dos vencimentos da instituidora do benefício (Desembargadora) falecida. Bem entendido, os dados são aqui colocados do modo mais respeitoso possível. Isto porque, à época da adesão ao *montepio* não se tinha a compreensão que aqui se pretende fixar.

14 Em troca, para os cofres públicos, de onde o benefício é pago, recolheu-se *joia* e 4% dos vencimentos por cerca de oito anos. Pergunta-se: qual a fonte dos recursos que atende a tais despesas⁵? Haveria previsão constitucional? Haveria fundamento legal inquestionável? Esse é o problema que deve ser enfrentado.

2 Parecer PGFN/CJU/COJPN nº 1190/2010, itens 37 e 38.

3 Cf. Parecer PGFN/CJU/COJPN nº 1190/2010, item 3, letras a e b.

4 Cf. Fabio Giambiagi, *Reforma da Previdência - o Encontro Marcado*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 35. Os dados teriam sido obtidos junto ao Ministério da Previdência Social: *A Previdência Social e o Censo 2000: perfil dos idosos*, Informe da Previdência Social, v. 14, n. 9, setembro de 2002.

5 Cf., entre outros, Flávio Galdino, *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não Nascem em Árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Gustavo Amaral, *Direito, Escassez e Escolha: em Busca de Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. E para um contraponto com outros modelos de renda mensal vitalícia, conferir também Fabio Giambiagi, *Brasil: Raízes do Atraso - Paternalismo versus Produtividade*, Rio de Janeiro: Campus, 2007, p. 119 e ss.

15 A última notícia relativa a aspectos normativos do aludido *montepio* decorre da Mensagem Presidencial nº 269, de 20 de maio de 1993, endereçada ao Senado Federal, na qual Sua Excelência o então Presidente da República vetava alguns excertos do que viria a se constituir nos Estatutos do Ministério Público da União.

16 Pretendia-se artigo de lei com a seguinte redação: *Aplica-se aos membros do Ministério Público da União o disposto no art. 1º do Decreto nº 5.137, de 5 de janeiro de 1927, nos arts. 1º e 2º da Lei nº 3.058, de 22 de dezembro de 1956, nos arts. 1º e 2º da Lei nº 4.477, de 12 de novembro de 1964, e no art. 3º da Lei nº 6.554, de 1º de agosto de 1978, que regem o Montepio Civil da União.* Em face do artigo opôs-se vigoroso veto, nos termos seguintes:

O artigo é contrário ao interesse público, uma vez que objetiva assegurar privilégios, relativos ao Montepio Civil da União, inicialmente restritos aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, posteriormente propiciados a membros da magistratura federal. A extensão pretendida importa em tratamento discriminatório e, por outro lado, implicará em aumento de responsabilidade do Tesouro, sem existência de correspondente fonte de recursos.

17 A Mensagem Presidencial alcançou os elementos centrais que justificariam movimento contrário à utilização da benesse:

- a) o montepio seria contrário ao interesse público;
- b) o montepio inegavelmente asseguraria privilégios;
- c) o montepio qualificaria tratamento discriminatório;
- d) o montepio poderia acarretar ônus para o Tesouro;
- e) o montepio não contaria com fonte de recursos suplementar, que não uma liberalidade do legislador pretérito, para a qual a Constituição e orçamento atuais ostensivamente seriam contrários.

18 É a Mensagem Presidencial nº 269, de 1993, que justificaria gravíssima intervenção do Poder Executivo, respeitando-se as demais autonomias, bem entendido, com o objetivo de se fazer cessar, *imediatamente*, qualquer pagamento decorrente da benesse

não recepcionada pela ordem constitucional e legal vigente. No entanto, insista-se, há situações que necessitam de avaliação, e de continuidade de pagamento, porquanto já consolidadas.

19 Há notícias também de que a Lei nº 7.143, de 23 de novembro de 1983 teria facultada a adesão ao aludido *montepio*, dos Auditores do Tribunal de Contas da União. Dois anos antes, a Lei nº 7.034, de 5 de outubro de 1982, teria facultado a adesão ao *montepio* para os Conselheiros, Auditores e Procurador-Geral do Tribunal de Contas do Distrito Federal.

20 A Lei nº 6.810, de 7 de julho de 1980, alargou o número de beneficiados, incluindo os Ministros do Superior Tribunal Militar, bem como os Juízes Auditores daquele Sodalício. Dois anos antes, a Lei nº 6.554, de 21 de agosto de 1978, teria incluído os Magistrados Federais no rol de beneficiários. Tal norma fora regulamentada pelo Decreto nº 83.226, de 1º de março de 1979, revogado por um Decreto não numerado de 10 de maio de 1991.

21 Em seguida, identifico os contornos do Decreto nº 83.226, de 1979, cujo estudo permite, com clareza, que se alcance o conjunto de elementos que enceta a questão. A identificação dos elementos do referido decreto é quase citação literal da própria norma.

22 Disponha o aludido decreto que independentemente da condição de ativo, inativo ou em disponibilidade, poderiam inscrever-se no Montepio Civil da União, como contribuintes facultativos os Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Federal de Recursos, do Tribunal Superior do Trabalho e do Tribunal de Contas da União; os Juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho, os Juízes-Presidentes de Juntas de Conciliação e Julgamento e os Juízes do Trabalho-Substitutos; os Juízes Federais; os Desembargadores do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e os Juízes de Direito do Distrito Federal; Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e os Juízes de Direito, no mesmo Estado, ambos de investidura federal; bem como o Procurador-Geral do Tribunal de Contas da União.

23 Havia algumas restrições, na medida em que o benefício não poderia ser estendido aos Ministros classistas do Tribunal Superior do Trabalho e aos Juízes classistas dos Tribunais Regionais do Trabalho, de investidura temporária.

24 Fixou-se que o pedido de admissão como contribuinte facultativo seria apreciado e decidido pelo Departamento de Pessoal do Ministério da Fazenda, devendo ser acompanhado de declaração de família. Este último documento deveria conter o nome do cônjuge em primeiras e segundas núpcias, data e lugar do casamento; os nomes das filhas e filhos, legítimos, legitimados, naturais, reconhecidos e adotivos, com as datas e lugares do nascimento, e registro e indicação do estado civil, se fossem maiores.

25 Na ausência dos referidos parentes, a declaração deveria ser instruída pelos nomes dos pais do contribuinte, lugar de sua residência e condições de validez e subsistência; pelos nomes das irmãs, datas e lugares do nascimento, bem como o seu estado civil. Também se permitia que pudessem ser declarados os nomes dos filhos e irmãos maiores interditos ou inválidos.

26 O contribuinte era obrigado a comunicar por escrito ocorrências que pudessem alterar declaração anteriormente feita. Se estivesse impossibilitado de fazê-lo, caberia esse encargo à família do segurado ou quem o representasse legalmente. Determinava-se que as declarações deveriam ser redigidas com clareza, sem emendas, rasuras ou entrelinhas, assinadas pelo contribuinte e por duas testemunhas, devidamente qualificadas e identificadas.

27 Disponha-se que a contribuição para constituição da pensão corresponderia à 25ª parte (4% - quatro por cento) dos vencimentos e acréscimos percebidos mensalmente pelo servidor, quantia que seria cobrável mediante desconto em folha de pagamento. A contribuição seria automaticamente reajustada sempre que majorados os vencimentos e acréscimos que servissem de base ao respectivo cálculo.

28 No que se referia aos Desembargadores e Juízes de Direito no Estado do Rio de Janeiro, de investidura federal, adotar-se-ia como base para o cálculo da contribuição os vencimentos e acréscimos devidos, respectivamente, aos Desembargadores e Juízes de Direito do Distrito Federal.

29 Disponha-se também que a admissão ao Montepio Civil da União obrigava o segurado ao pagamento de *joia* equivalente a 12 vezes o valor originário da contribuição, que era fixada no ato de inscrição. A referida *joia* poderia ser quitada em até 12 prestações mensais consecutivas, juntamente com a contribuição, igualmente mediante desconto em folha.

30 Estabelecia-se também que a pensão de montepio civil somente seria devida aos beneficiários do segurado falecido, mediante remissão da referida *joia*. E ainda, ocorrendo o óbito do contribuinte antes do pagamento integral do valor da *joia*, a parcela restante seria liquidada pelos beneficiários da pensão, proporcionalmente às respectivas cotas-partes, mediante desconto em folha, mensalmente, não excedente a 10% (dez por cento).

31 Os beneficiários do Montepio Civil da União deveriam requerer habilitação de pensão ao Presidente do Tribunal, oferecendo, além da certidão de óbito, conforme o caso, certidão de casamento do contribuinte falecido ou certidão que demonstrasse o parentesco do requerente.

32 Fixava-se a autoridade para quem deveria ser dirigido o requerimento de autorização, nomeadamente: o Presidente do antigo Tribunal Federal de Recursos, no caso de beneficiários de Juiz Federal; o Presidente do Superior Tribunal do Trabalho, no caso de beneficiários de Juiz-Presidente de Junta de Conciliação e Julgamento e Juiz do Trabalho Substituto; os Presidentes dos Tribunais de Justiça do Distrito Federal e do Estado do Rio de Janeiro, no caso de beneficiários de Juiz de Direito do Distrito Federal ou de Juiz de Direito, de investidura federal, do Estado do Rio de Janeiro, respectivamente.

33 O Presidente do Tribunal mandaria publicar o edital no Diário da Justiça, com o prazo de três dias, a fim de que qualquer interessado impugnasse ou retificasse o pedido e, findo esse prazo, abrir-se-ia vista do processo, por 48 horas, à Procuradoria da República.

34 Também, após o parecer da Procuradoria da República, o Presidente do Tribunal, apreciando o caso, expediria ato de habilitação a cada um dos beneficiários. O processo, em seguida, seria enviado ao Departamento de Pessoal do Ministério da Fazenda, para juntada da 1ª via da Declaração de Família, ali arquivada, e posterior remessa à Delegacia daquele Ministério sediada na capital da unidade da Federação onde residisse o beneficiário. A Delegacia respectiva promoveria a averbação em folha de pagamento e submeteria a concessão ao exame do Tribunal de Contas da União, para efeito de registro.

35 A pensão de montepio civil corresponderia a 15 vezes o valor da contribuição mensal e seria sempre atualizada pela tabela de vencimentos que estivesse em vigor para o pessoal em atividade. Fixou-se também que o direito à habilitação da pensão seria imprescritível.

As prestações não reclamadas em tempo oportuno prescreveriam em cinco anos, contados da data da entrada do requerimento no protocolo da repartição.

36 A pensão de montepio civil poderia ser percebida, cumulativamente, com vencimento, salário, remuneração ou provento pago pelos cofres públicos, bem como com pensões resultantes de contribuições obrigatórias. Ter-se-ia, assim, a acumulação de duas rubricas. Por exemplo, e em princípio, haveria casos de acumulação, de duas fontes, uma delas tendo a viuvez como causa, e a outra, o vínculo com o Montepio. Há registros de viúva recebendo cerca de 25 mil reais de Montepio, pelo que se pode cogitar de acúmulo com pensão regular. Os valores são muito expressivos.

37 O aludido decreto teria sido expressamente revogado por um Decreto não numerado, datado de 10 de maio de 1991. O decreto revogador retirou do mundo jurídico o conteúdo da Lei nº 6.554, de 1978, que restou sem regulamentação. Há também notícias de que a Lei nº 5.010, de 30 de maio de 1966, teria estendido aos Magistrados Federais, pela primeira vez, o aqui estudado benefício. Ainda, a Lei nº 4.493, de 24 de novembro de 1964, teria dado novas cores ao *montepio*, no que se referia à participação de magistrados federais.

38 Há também notícias de que em 1956 promulgou-se lei que alterou os valores do referido *montepio*, especialmente quanto aos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Dez anos antes, em 1946, o Decreto-Lei nº 9.545, de 16 de agosto daquele ano, havia fixado novos valores para a contribuição.

39 Regras gerais para servidores da União foram fixadas por meio do Decreto nº 22.414, de 30 de janeiro de 1933; a *jóia* era calculada a partir do valor de um dia de trabalho mensal. De igual modo, o Decreto nº 5.137, de 5 de janeiro de 1927, que ampliou o benefício originário para os Ministros do Supremo Tribunal Federal. O modelo todo radicava no Decreto nº 942-A, de 30 de outubro de 1890.

40 O *montepio* revelou-se originalmente como um regime previdenciário geral, que abrangia apenas aos funcionários do Ministério da Fazenda. A estrutura pública federal era diminuta, contava com pouquíssimos ministérios, a exemplo das pastas do Governo Provisório do Marechal Manuel Deodoro da Fonseca, chefe do Executivo à época da concepção do *montepio*. Havia apenas

os ministérios da Justiça, do Interior, da Fazenda, dos Negócios Estrangeiros, da Guerra, da Marinha, da Agricultura e da Instrução Pública, Correios e Telégrafos. A situação não mais persiste. E não persiste há tempos.

41 Hoje, servidores civis contam com regime único, centrado, especialmente, no contexto das leis nº 8.212, de 24 de julho de 1891, e nº 8.213, do mesmo dia e ano. Magistrados contam com regime também peculiar, e refiro-me, especialmente, aos arts. 74 e ss. da Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979. O *montepio* substancializaria regime diferenciado, talvez identificando privilégios, que romperiam, entre outros, com o substrato de solidariedade e de encontro de contas que rege a espécie (ou que deveria informa-la).

42 Modelos de previdência sugerem aplicação de critérios democráticos, em regime de capitalização solidária e coletiva⁶. Há necessidade de cotização para o recebimento de benefícios, circunstância que se verifica na maioria dos sistemas previdenciários no mundo⁷. As diferenças entre o que a União recolhe, e o que desembolsa, no presente caso, justificam, e exigem, pronta intervenção, especialmente quanto a seus efeitos futuros.

43 O *montepio* não se qualifica como regime de capitalização, e muito menos se insere num contexto de repartição⁸. Não há acumulação de um fundo com vistas ao pagamento de benefício futuro, e também não há custeio direto para o pagamento de qualquer benefício atual⁹. O interessado recolhe. E a União desembolsa, quando do pagamento dos valores mensais. Recolhe-se muito menos do que a União posteriormente paga.

44 O *montepio* não se ajustaria ao conceito clássico de renda mensal vitalícia¹⁰; embora pudesse ser sensível a invocação de direito adquirido;

6 Cf. Elenice Hass Pedroza, *A Previdência Social e sua Trajetória no Brasil*, in Cleci Maria Dartora e Melissa Folmann, *Direito Previdenciário- Temas Atuais*, Curitiba: Juruá, 2006, p. 175.

7 Cf. Fábio Zambitte Ibrahim, *Curso de Direito Previdenciário*, Niterói: Impetus, 2008, p. 25.

8 Para esclarecimento dos conceitos de capitalização e de repartição, Társis Nametala Sarlo Jorge, *Teoria Geral do Direito Previdenciário*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 30 e ss.

9 Cf. Társis Nametala Jorge, *Elementos de Direito Previdenciário*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, especialmente a introdução histórica, p. 1-12.

10 O conceito de renda mensal vitalícia é explicitado em pormenor em Wladimir Novaes Martinez, *Comentários à Lei Básica da Previdência Social- Tomo II- Plano de Benefícios*, São Paulo: LTR, 2006, p. 633 e ss.

é que, com base em Carlo Francesco Gabba, já se afirmou que o que caracteriza o direito adquirido é o fato idôneo que o gerou, bem como uma definitiva incorporação patrimonial em favor de seu titular¹¹.

45 A precedência da fonte de custeio é princípio essencial que informa o regime previdenciário brasileiro. Nenhuma norma legal pode mitigar o referido princípio da *fons*, da *origo*, sob pena de imediata constatação de flagrante inconstitucionalidade¹². Não se poderia invocar contrato entre o interessado e a Administração. A relação não seria contratual. A Administração entabula *contratos administrativos*, ajustes nos quais a *Administração pública, agindo nesta qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração*¹³. Mas não se trata da hipótese que se cuida.

46 Poder-se-ia argumentar que os referidos contratos de *montepio* qualificam-se como *contratos privados da Administração*, regulados pelo Direito Civil e Empresarial; nestes casos, a Administração *situa-se no mesmo plano jurídico da outra parte, não lhe sendo atribuída, como regra, qualquer vantagem especial que refuja às linhas do sistema contratual comum*¹⁴; o mesmo autor observa que tais contratos podem se verificar em caso de compra, venda, doação, permuta, entre outros do gênero¹⁵, que não certamente o regime de *montepio*.

47 Contratos administrativos *enquadraram-se no conceito geral de contrato como acordo de vontades gerador de direitos e obrigações recíprocos*¹⁶; no entanto, foge ao regime de *montepio* elemento definidor de direitos e obrigações recíprocos. O que se tem é que o interessado desembolsaria valores (a prestação mensal e o recolhimento da *joia*), que no futuro será objeto de um desembolso muito maior, a ser retirado do orçamento público, dada a inexistência de relação entre a contribuição e o benefício.

11 Cf. Marcelo Leonardo Tavares, *O Direito Adquirido dos Servidores Aposentados e Pensionistas*, in Fábio Zambette Ibrahim, Marcelo Leonardo Tavares e Marco André Ramos Vieira, *Comentários à Reforma da Previdência*, Niterói: Impetus, 2005, p. 65.

12 Cf. Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazari, *Manual de Direito Previdenciário*, Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 103.

13 Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 215. Obra atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho.

14 José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 161-162.

15 José dos Santos Carvalho Filho, cit., loc.cit.

16 Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas, 2008, p. 241.

Este é um fato orçamentário que precisa ser levado em conta no desate da questão.

48 Além do que, contratos administrativos ensejam a existência das prerrogativas especiais ou das cláusulas assaz das vezes nominadas de 'exorbitantes', quer assim se qualificassem por serem apenas insuetas no Direito Privado, quer assim se designem por serem, sobre incomuns, também inadmissíveis nas relações entre particulares [...]¹⁷; isto é, percepção de cláusula exorbitante, sempre invocada na defesa do interesse da Administração (ou do interesse público, dependendo do enfoque), não justificaria, em nenhuma circunstância, a outorga do benefício especial.

49 Especificamente, *contrato administrativo* é expressão que qualifica sentido amplo, que carrega gênero. Este se divide em acordos de vontade da Administração (consórcios públicos, convênios públicos, contratos fiscais, termos de ajuste de condutas), em contratos administrativos em sentido restrito (contratos de delegação e contratos de colaboração), bem como em contratos de direito privado¹⁸. Em nenhuma das hipóteses pode-se fixar, adequadamente, o regime de *montepio* em uma dimensão contratual.

50 O regime de *montepio*, ao que parece, substancializaria privilégio de uns em detrimento de outros. Por quê? Simplesmente porque os valores descontados do interessado (inclusive a *jóia*) não cobririam os gastos com os beneficiários. Não haveria relação financeira que apontasse para atenção para com o dogma da precedência da fonte de custeio. Deve-se reconhecer que um recolhimento anual de dois milhões de reais para atender um desembolso também anual de cerca de trinta e cinco milhões de reais é algo substancial e superlativamente pesado para o Tesouro Nacional. Se não estancada a situação imediatamente, as contas futuras se mostrarão impossíveis de serem liquidadas, sem se levar em conta, especialmente, a utilização de recursos públicos para situações que são especialíssimas.

51 Por isso, elementar, seriam recursos provenientes da cobrança de impostos que custeariam as diferenças entre os valores aportados pelo interessado e os valores recebidos pelos beneficiários. E porque de uso exclusivo de pequena parcela da população, o regime de *montepio* não se ajustaria a princípio constitucional nuclear, que nos dá conta de que somos iguais perante a lei. A moderna dogmática dos direitos

17 Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 612.

18 Marçal Justen Filho, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 325.

fundamentais instrumentaliza referencial hermenêutico que busca o alcance, a extensão, o sentido e o significado da tessitura constitucional¹⁹, na concretização (*Konkretisierung*) de uma ordem política efetivamente solidária e prospectiva.

52 E ainda que princípios constitucionais sejam qualificados por um caráter estruturalmente indeterminado²⁰, o que indica plasticidade constitucional²¹, deve-se ter nítido de que *a validade de uma lei não se determina na atenção de critérios meramente formais, relativos ao órgão competente e ao procedimento, mas também deve-se atender a critérios substantivos de conteúdo*²². Isto é, no caso do *montepio*, se lei houvesse, sem que se tivesse nenhuma dúvida ou senão. O que não é o caso. Ou não parece ser o caso.

53 O Supremo Tribunal Federal tem construído riquíssima produção indicativa de compreensão muito nítida do princípio da igualdade. Por exemplo, na ADI 2.716, relatada pelo Ministro Eros Grau, em julgamento de 29 de novembro de 2007, decidiu-se, em outro contexto, bem entendido, que *a lei pode, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribui a outra. Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio. O regime de montepio, ao que parece, não revela discriminação que justifique compatibilidade com arquétipos de igualdade.*

54 E também, vinculando igualdade e solidariedade, o julgado no Supremo Tribunal Federal no contexto do MS 22.164, relatado pelo Ministro Celso de Mello, em julgamento de 30 de outubro de 1995, quando se assentou que

enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam ao princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações

19 Cf. Hernán Alejandro Olano García, *Interpretación y Neoconstitucionalismo*, Cidade do México: Editorial Porrúa, 2006, especialmente pp. 196 e ss.

20 Cf. Ricardo Guastini, *Teoria e Ideologia de la Interpretación Constitucional*, Madrid: Trotta, 2008.

21 Cf. Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, Madrid: Trotta, 2008.

22 Luis M. Cruz, *Estudios sobre el Neoconstitucionalismo*, Cidade do México: Editorial Porrúa, 2006, p. 53-54.

sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexaurabilidade.

55 E ainda, no MI 58, relator para o acórdão Ministro Celso de Mello, em julgamento de 14 de dezembro de 1990, definiu-se, como segue:

O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não e - enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica - suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio - cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público - deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei - que opera numa fase de generalidade puramente abstrata - constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade. Refoge ao âmbito de finalidade do mandado de injunção corrigir eventual inconstitucionalidade que infirme a validade de ato em vigor. Impõe-se refletir, no entanto, em tema de omissão parcial, sobre as possíveis soluções jurídicas que a questão da exclusão de benefício, com ofensa ao princípio da isonomia, tem sugerido no plano do direito comparado: (a) extensão dos benefícios ou vantagens as categorias ou grupos inconstitucionalmente deles excluídos; (b) supressão dos benefícios ou vantagens que foram indevidamente concedidos a terceiros; (c) reconhecimento da existência de uma situação ainda constitucional (situação constitucional imperfeita), ensejando-se ao Poder Público a edição, em tempo razoável, de lei restabeecedora do dever de integral obediência ao princípio da igualdade, sob pena de progressiva inconstitucionalização do ato estatal existente, porem insuficiente e incompleto.

56 O regime de *montepio* da União poderia afrontar à suprema regra de isonomia. Parece que poderia tratar desigualmente os iguais. Poderia impor ônus a todos, em favor do benefício de alguns. Poderia desconsiderar que nenhum benefício ou serviço de seguridade social possa ser criado, majorado ou estendido, sem a correspondente fonte de custeio total. E a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem sido severa e rigorosa na fixação do aludido preceito contido no § 5º do art. 195 da Constituição. Por exemplo, no RE 204.193, relatado pelo Ministro Carlos Velloso, em julgamento de 30 de maio de 2001, ementou-se que a *extensão automática da pensão ao viúvo, em obséquio ao princípio da igualdade, em decorrência do falecimento da esposa-segurada, assim considerado aquele como dependente desta, exige lei específica, tendo em vista as disposições constitucionais inscritas no art. 195, caput, e seu § 5º, e art. 201, V, da Constituição Federal.*

57 Na ADI 3205, relatada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, em julgamento de 19 de outubro de 2006, ainda que em outro contexto, porém em percepção conceitual convergente, ementou-se:

Ação direta de inconstitucionalidade: L. est. 2.207/00, do Estado do Mato Grosso do Sul (redação do art. 1º da L. est. 2.417/02), que isenta os aposentados e pensionistas do antigo sistema estadual de previdência da contribuição destinada ao custeio de plano de saúde dos servidores Estado: inconstitucionalidade declarada. II. Ação direta de inconstitucionalidade: conhecimento. 1. À vista do modelo dúplice de controle de constitucionalidade por nós adotado, a admissibilidade da ação direta não está condicionada à inviabilidade do controle difuso. 2. A norma impugnada é dotada de generalidade, abstração e impessoalidade, bem como é independente do restante da lei. III. Processo legislativo: matéria tributária: inexistência de reserva de iniciativa do Executivo, sendo impertinente a invocação do art. 61, § 1º, II, b, da Constituição, que diz respeito exclusivamente aos Territórios Federais. IV. Seguridade social: norma que concede benefício: necessidade de previsão legal de fonte de custeio, inexistente no caso (CF, art. 195, § 5º): precedentes.

58 E também o Supremo Tribunal Federal no AI 151.106-AgR, relatado pelo Ministro Celso de Mello, em julgamento de 28 de agosto de 1993, definiu, na forma ementada, que

CONSTITUCIONAL - PREVIDENCIÁRIO - VALOR MINIMO DO BENEFICIO - FONTE DE CUSTEIO - CF, ART. 195, PAR.

5. - APLICABILIDADE IMEDIATA DA NORMA INSCRITA NO ART. 201, PARAGRAFOS 5. E 6., DA CARTA POLITICA - PRECEDENTES (PLENÁRIO E TURMAS DO STF) - AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se, de modo unânime e uniforme, no sentido da auto-aplicabilidade das normas inscritas no art. 201, pars. 5. e 6., da Constituição da Republica. - A garantia jurídico-previdenciaria outorgada pelo art. 201, parágrafos 5. e 6., da Carta Federal deriva de norma provida de eficácia plena e revestida de aplicabilidade direta, imediata e integral. Esse preceito da Lei Fundamental qualifica-se como estrutura jurídica dotada de suficiente densidade normativa, a tornar prescindível qualquer mediação legislativa concretizadora do comando nele positivado. Essa norma constitucional - por não reclamar a interpositio legislatoris - opera, em plenitude, no plano jurídico, todas as suas virtualidades eficaciais, revelando-se aplicável, em consequência, desde a data da promulgação da Constituição Federal de 1988. - A exigência inscrita no art. 195, par. 5., da Carta Política traduz comando que tem, por destinatário exclusivo, o próprio legislador ordinário, no que se refere a criação, majoração ou extensão de outros benefícios ou serviços da seguridade social.

59 E porque o regime de *montepio* poderia contradizer a igualdade e eventualmente poderia contrariar ao pressuposto da solidariedade, e especialmente porque faria tabula rasa da exigência de equilíbrio financeiro e atuarial no contexto da concessão de benefícios, tem-se, sem mais especulações, que não teria havido recepção do aludido benefício, por parte do texto constitucional de 1988, em sua forma original e em suas manifestações supervenientes, por meio de emendas, e refiro-me à Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, especialmente.

60 E é Ministro do Supremo Tribunal Federal, em excerto doutrinário de muita densidade, quem observou que:

É certo que o poder constituinte originário dá início à ordem jurídica. Isso, porém, significa que todos os diplomas infraconstitucionais perdem vigor com o advento de uma nova Constituição?

Uma resposta positiva inviabilizaria a ordem jurídica. Por isso se entende que aquelas normas anteriores à Constituição, que são com ela compatíveis no seu conteúdo, continuam em vigor.

Diz-se que, nesse caso, opera o fenômeno da recepção, que corresponde a uma revalidação das normas que não desafiam, materialmente, a nova Constituição.

Às vezes, a recepção é expressa, como se determinou na Constituição de 1937.

O mais frequente, porém, é a recepção implícita, como acontece no sistema brasileiro atual.

Deve-se a Kelsen a teorização do fenômeno da recepção, pelo qual se busca conciliar a ação do poder constituinte originário com a necessidade de se obviar vácuos legislativos.

Kelsen sustenta que as leis anteriores, no seu conteúdo afinadas com a nova Carta, persistem vigentes, só que por fundamento novo. A força atual desses diplomas não advém da Constituição passada, mas da coerência que os seus dispositivos guardam com o novo diploma constitucional. Daí Kelsen dizer que ‘apenas o conteúdo dessas normas permanece o mesmo, não o fundamento de validade’.

O importante, então, é que a lei antiga, no seu conteúdo, não destoe da nova Constituição. Pouco importa que a forma de que o diploma se revista não mais seja prevista no novo Texto Magno. Não há conferir importância a eventual incompatibilidade de forma com a nova Constituição. A forma é regida pela lei da época do ato (*tempus regit actum*), sendo, pois, irrelevante para a recepção.

Assim, mesmo que o ato normativo se exprima por instrumento diferente daquele que a nova Carta exige para a regulação de determinada matéria, permanecerá em vigor e válido se houver a concordância material, i.e., de conteúdo, com as novas normas constitucionais²³.

61 De fato, o regime de *montepio* não guarda concordância material com as normas constitucionais do texto de 1988. A suposta desatenção para com a isonomia, a contradição para com o regime atuarial de prestação previdenciária, a refutação da solidariedade, entre outros, justificariam que se tomasse providência, no sentido de que se reconhecesse situação de inadequação constitucional.

23 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 203.

62 Não se trata de possibilidade de se declarar inconstitucional norma anterior à Constituição, com ela materialmente compatível, editada em desobediência à Constituição então vigente, hipótese também concebida hipoteticamente em outro excerto do Ministro Gilmar Mendes²⁴. Cuida-se, tão somente, da avaliação das normas do *montepio*, que radicam em disposição de 1890, à luz do ordenamento atual. E a legislação que substancializaria o modelo do *montepio* não resistiria a um confronto com a Constituição vigente; tratar-se-ia de norma anacrônica. O *montepio* não resiste à lógica da Emenda Constitucional nº 41, de 2003.

63 Além do que, ao que parece, as discussões relativas ao *montepio* sempre foram marcadamente mais de pormenor, e menos de substância. Por exemplo, há notícia de julgado do Tribunal Superior do Trabalho, tombada no processo nº 78000-2006-0-4-0, onde se discutiu que o montante a ser pago no regime do *montepio* seria do valor total do benefício, ou de 60%, como havia se definido posteriormente.

64 O v. acórdão é de impressionante objetividade, decidiu nos termos em que foi provocado, e dele se pode extrair miríade de excertos que sustentam as teses aqui desenhadas, especialmente quanto à inexistência de direito adquirido, ainda que o acórdão que segue tenha admitido o pagamento do *montepio* aqui discutido:

1. A Lei nº 6.782, de 19 de maio de 1980, ao disciplinar a respeito da pensão especial de que trata o art. 242 da Lei nº 1711/52, terminou por majorar o valor devido aos beneficiários da pensão do Montepio Civil da União, anteriormente fixado em 60% para 100% da remuneração do instituidor, quando o falecimento do contribuinte do Montepio verificar-se em consequência de doença profissional ou especificada em lei e igualmente em caso de acidente de trabalho.

2. Sobrevindo a Lei nº 8112/90, revogando expressa e totalmente a Lei nº 1711/52, bem como todas as leis ou atos que se lhe possam categorizar complementares (art. 253), não mais subsiste a partir da vigência do aludido diploma legal o direito aos beneficiários de pensão decorrente da contribuição para o Montepio Civil da União de perceberem o valor integral da remuneração do instituidor.

3. Milita em desfavor da Requerente a inexistência de direito adquirido, visto que o óbito do magistrado-aposentado e, portanto, o momento da aquisição do direito ao pensionamento, ocorreu

24 MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 207.

quando não mais vigia a Lei nº 6782/80, o que afasta a pretensão de recebimento do valor integral da remuneração do instituidor da pensão do montepio civil, porquanto tal situação não se incorporou ao seu patrimônio jurídico.

4. Recurso ordinário em mandado de segurança a que se nega provimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº TST-ROMS-780/2006-000-04-00.0, em que é Recorrente [...] viúva do Juiz Inativo [...] falecido em 8 de fevereiro de 2005, impetrou mandado de segurança contra ato do Exmo. Juiz Presidente do TRT da Quarta Região que determinou a redução do valor da pensão do Montepio Civil da União, da qual é beneficiária, de 100% para 60% da remuneração do Instituidor. Afirmou que formulou pedido de habilitação como beneficiária do Montepio Civil da União, na condição de viúva de Juiz inativo do TRT da Quarta Região, obtendo o benefício em 21.03.2005 no valor correspondente à totalidade da remuneração do Instituidor. Sustentou que em 20.02.2006 recebeu comunicação do TRT de origem, informando a redução do valor da pensão do Montepio Civil da União a 60% dos proventos do Instituidor, por força do acórdão nº 2354/05 da 2ª Câmara do Tribunal de Contas da União. Alegou que a Lei nº 6782/80 ampara a concessão da pensão em valor equivalente à totalidade da remuneração do Instituidor. Ao final, a Impetrante requer, mediante concessão de pedido liminar, a manutenção da integralidade da pensão (fls. 02/10). Pedido de liminar indeferido (fls. 136/137). A autoridade apontada como coatora prestou informações (fls. 144/146). O Eg. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região denegou a segurança, sob o entendimento assim ementado: **MANDADO DE SEGURANÇA. PENSÃO DO MONTEPIO CIVIL DA UNIÃO. ADEQUAÇÃO AO ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. ATO VINCULADO DA ADMINISTRAÇÃO** Ausente qualquer abusividade ou ilegalidade do ato proferido pela autoridade dita coatora, que apenas atendeu à determinação do Tribunal de Contas da União, ao reduzir a pensão do Montepio Civil da União, em ato estritamente vinculado, não há falar em direito líquido e certo da impetrante, a ser tutelado pelo presente mandado de segurança. (fl. 239) Irresignada, a Impetrante interpõe o presente recurso ordinário em mandado de segurança, renovando os argumentos lançados na petição inicial (fls. 247/261). A d. Procuradoria Geral do Trabalho manifestou-se às fls. 277/278

pelo conhecimento e não provimento do recurso ordinário em mandado de segurança. É o relatório.

1. CONHECIMENTO- Conheço do recurso ordinário em mandado de segurança, porquanto presentes os pressupostos legais de admissibilidade.

2. MÉRITO DO RECURSO-

2.1.PENSÃO. MONTEPIO CIVIL DA UNIÃO. VALOR INTEGRAL DA REMUNERAÇÃO DO INSTITUIDOR
Impende recordar inicialmente o contexto jurídico em que surgiu a pensão temporária, cujo pagamento integral dos proventos do Instituidor, sob a responsabilidade do TRT da 4ª Região, postula a ora Requerente. Cumpre anotar para logo que o Montepio Civil, criado pelo Decreto nº 942-A, de 31.10.1890, foi inicialmente destinado aos empregados do Ministério da Fazenda, ativos e inativos, e teve por objetivo o pagamento de joia e contribuição mensal, a fim de garantir o recebimento de pensão pelos familiares dos empregados do aludido órgão em caso de morte ou invalidez. Assim dispunha o aludido Decreto: Art. 3º. São obrigados a contribuir para o montepio os empregados de Fazenda, efetivos, aposentados ou reformados, que percebem ordenado ou soldo mensal, ou vencimento não discriminado. Em 06.11.1890, o Decreto nº 956 estendeu aos funcionários do Ministério da Justiça o montepio obrigatório dispondo, em seu art. 1º: Art. 1º- É aplicado aos funcionários ativos, aposentados ou reformados, do Ministério da Justiça, o Montepio obrigatório criado por Decreto nº 942-A de 31 de outubro de 1890, que será executado de acordo com o presente, na parte que respeita ao referido Ministério. Posteriormente, a possibilidade de adesão ao Montepio foi estendida aos Ministros do Supremo Tribunal Federal (Decreto nº 5137/1927), aos Desembargadores do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Ministros e ao Procurador Geral do TCU e do extinto TFR (Lei nº 3058/1956) e aos demais membros da magistratura (Lei nº 6554/78), sendo regulamentada pelo Decreto nº 83.226/79. Já o referido Decreto nº 83.226, de 01.03.1979, passou a disciplinar acerca do valor da pensão a ser recebida pelos familiares em caso de morte ou invalidez do contribuinte, assim dispondo: Art. 5º - A contribuição para constituição da pensão corresponde à 25ª parte (4% - quatro por cento) dos vencimentos e acréscimos percebidos mensalmente pelo servidor, cobrável mediante desconto em folha de pagamento.

Art. 9º - A pensão de montepio civil corresponde a 15 (quinze) vezes o valor da contribuição mensal e será sempre atualizada pela tabela de vencimentos que estiver em vigor para o pessoal em atividade. Depreende dos aludidos artigos que a pensão de Montepio Civil da União deveria corresponder a 60% da remuneração do instituidor (15 vezes o valor da contribuição que é de 4% da remuneração do segurado). Posteriormente, a Lei nº 6.782, de 19 de maio de 1980, ao disciplinar a respeito da pensão especial de que trata o art. 242 da Lei nº 1711/52, terminou por majorar o valor devido aos beneficiários da pensão do Montepio Civil da União, anteriormente fixado em 60% da remuneração do instituidor para o valor integral da remuneração, nos seguintes termos: Art. 1º. A doença profissional e as especificadas em lei ficam equiparadas ao acidente em serviço para efeito da pensão especial de que trata o artigo 242 da Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952. Parágrafo único. A equiparação de que trata este artigo estende-se às pensões, inclusive do Montepio Civil da União, concedidas aos herdeiros de funcionários já falecidos, para efeito de complementação pelo Tesouro Nacional. Prosseguindo esse breve retrospecto legislativo, recorda-se que a Lei nº 1711/52 em seu artigo 242 estabelecia: Art. 242 É assegurada pensão, na base do vencimento ou remuneração do servidor, à família do mesmo (sic) quando o falecimento se verificar em consequência de acidente no desempenho de suas funções. Quer dizer que, de acordo com o art. 242 da Lei nº 1.711/52, combinado com o art. 1º da Lei nº 6.782/80, é assegurada pensão na base do vencimento ou remuneração do servidor à família, quando o falecimento ocorrer em consequência de doença profissional ou especificada em lei e igualmente em caso de acidente de trabalho. Sucede que sobreveio a Lei nº 8112/90, revogando expressa e totalmente a Lei nº 1711/52, bem como todas as Leis ou atos que se lhe possam categorizar complementares, conforme disposto no art. 253 do aludido diploma: Art. 253. Ficam revogadas a Lei nº 1711, de 28 de outubro de 1952, e respectiva legislação complementar, bem como as demais disposições em contrário. Cotejando-se toda a legislação em foco, penso que não assiste razão à Recorrente. A revogação da Lei nº 1711/52, a meu juízo, atinge o direito da Autora, não mais subsistindo o direito de perceber a pensão decorrente da contribuição para o Montepio Civil da União de no valor integral da remuneração do instituidor. Com efeito, a Lei nº 6782/80 é exemplo típico de legislação complementar, porquanto expressamente se refere à Lei nº 1711/52, ao equiparar a doença profissional e as especificadas em lei ao acidente em serviço para efeito da concessão de pensão especial

de que trata o art. 242 do Estatuto do Funcionário Público. Deste modo, tendo o legislador ordinário determinado a revogação da Lei nº 1711/52 e da legislação a ela complementar, não mais subsiste a partir da vigência da Lei nº 8112/90, o direito ora em debate, porquanto milita em desfavor da Requerente a inexistência de direito adquirido. Sobreleva notar que a Lei nº 8112/90, ao disciplinar a respeito da pensão devida aos familiares do servidor falecido com vencimentos integrais quando decorrentes de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, não fez qualquer referência à pensão devida a título de Montepio Civil da União. Assim, a Lei nº 8112/90 retirou do mundo jurídico o direito de o futuro beneficiário da pensão de Montepio Civil da União perceber tal benefício no valor correspondente ao valor integral dos vencimentos ou proventos do instituidor da pensão, o que torna perfeitamente viável ao TRT de origem retificar a pensão anteriormente concedida. Releva recordar que, de conformidade com a Súmula nº 473 do E. STF, ratificada pelo art. 114 da Lei 8.112/90, o ato administrativo pode ser revisto se não tem ou se perde o amparo da lei: A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. (DJ 08-10-1964) Assim, os atos administrativos não somente podem, como devem ser corrigidos de ofício, sempre que eivados de ilegalidade. Cumpre destacar que o princípio da legalidade impõe ao Administrador o dever de pautar a sua conduta nos limites legais fixados. Nesta diretriz, consoante lições de HELY LOPES MEIRELLES, o Administrador Público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, deles não pode se afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso” (Direito Administrativo Brasileiro, 27ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 86). Nesse sentido, a Administração não pode, sem qualquer embasamento legal, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados. Para tanto, depende de lei. Na hipótese dos autos, o óbito do magistrado-aposentado e, portanto, o momento da aquisição do suposto direito ao pensionamento, ocorreu em 08.02.2005, quando não mais vigia o parágrafo único da Lei nº 6782/80, que estendeu às pensões decorrentes da contribuição para o Montepio Civil da União a percepção de pensão no valor integral da remuneração do instituidor nos casos ali especificados. Em outras

palavras, a pensão por morte passou a ser recebida somente em março de 2005, quando já havia sido expressamente revogada a legislação que supostamente lhe asseguraria o direito ao recebimento da integralidade do montepio civil, supressão essa surgida com a edição da Lei nº 8112/90. Assim, como antes da Lei nº 8112/90 a Requerente não detinha o direito ao recebimento do valor integral da remuneração do instituidor da pensão do montepio civil, tal situação não se incorporou ao seu patrimônio jurídico, podendo ser modificada em virtude de ulterior alteração. Diante do exposto, andou bem o Eg. TRT de origem ao alterar o valor da pensão do Montepio Civil da União para sessenta por cento dos proventos do instituidor, em estrita observância da legislação pertinente à época do óbito do instituidor da pensão. ISTO POSTO ACORDAM os Ministros do Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança.

65 Tem-se a impressão que a decisão do TST acenaria com a circunstância de que o *montepio* não se acomodaria, definitivamente, no regime previdenciário dos servidores públicos, após o advento da Lei nº 8.112, de 1990. Há quem possa argumentar que não se contemplou direito adquirido por parte do beneficiário. De tal modo, pode se inferir que benefícios requeridos a partir de 19 de dezembro de 2003 (reforma da previdência no texto constitucional) não poderiam redundar em pagamento do benefício, por parte de eventual beneficiário.

66 No entanto, há várias situações que se alastram no tempo e que exigem tratamento que coteje o contexto da doutrina da boa fé e a percepção do *venire contra factum proprio*, viz.:

- a) há quem seja beneficiário, colhendo benefícios, em situação antiga plenamente vigente, ainda que posterior a 5 de outubro de 1988;
- b) há quem contribua com o montepio, que tem expectativa de que beneficiário indicado possa colher eventual benefício - - implementada a condição - -, e que, no limite, teria créditos, em desfavor da União;
- c) há pedidos pendentes, que exigem pronta definição.

67 Por isso, por questão de segurança jurídica, a necessidade de fixação de marco temporal, que possa ser substancializado, por

exemplo, com data de eventual recebimento e processamento do pedido do interessado. Insiste-se, deve-se evitar a judicialização da questão, o que ocorreria com eventual invocação de direito adquirido, ou de confiança para com a Administração, ou de segurança jurídica, em sentido estrito.

68 Não se trata de se invocar direito adquirido, em favor de quem eventualmente hoje recolhe valores com objetivo de recebimento superveniente. Verifica-se, no caso, a imperatividade do cânon da impossibilidade de se invocar direito adquirido em face da própria constituição, como já sufragado, especialmente, pelo próprio STF, quando se decidiu que *“a supremacia jurídica das normas inscritas na Carta Federal não permite, ressalvadas as eventuais exceções proclamadas pelo próprio texto constitucional, que contra elas seja invocado o direito adquirido”*²⁵.

69 A União deve manter o pagamento dos benefícios que presentemente são desembolsados. Deve, no entanto, indeferir os pedidos pendentes de inscrição. E deve a União também devolver os valores recolhidos pelos interessados, que contam com recebimento futuro para beneficiários, vencida a condição, que se realiza com o óbito do instituidor. Tudo, evidentemente, com as devidas correções, dada a cessação do modelo, pela flagrante inconstitucionalidade que o matiza.

70 E neste último caso aplica-se índice, a ser definido pelo Ministério da Fazenda, fixando-se a devolução dos valores. Ainda que tais contas exijam cálculos apurados e demorados, sua confecção é necessária, por força do ajuste que se espera das contas públicas, nesse pormenor.

71 Situações já consolidadas, ainda que supervenientes a 5 de outubro de 1988, devem ser acomodadas à realidade orçamentária presente; tais supostos créditos devem ser honrados pela União. Registre-se o altíssimo risco que há de judicialização da questão, com juízo de previsibilidade de resultado que poderia prejudicar a negativa de futuras concessões de benefícios.

72 Até porque, no limite, por parte de quem já efetivou a inscrição já houve recolhimento, de joia, e de contribuições. Assim, há situações as quais, como homenagem à segurança jurídica e ao

²⁵ STF-ADI 248, Relatada pelo Ministro Celso de Mello, julgada em 18 de novembro de 1993.

superior dogma da perfeição dos atos jurídicos que se desdobram no tempo, também devem ser honradas pela União. É o caso de quem receba o benefício desde tempos pretéritos.

73 Há situações que apenas indicam expectativa de margem mais ampla, e que decorrem de desembolsos ainda não feitos, e que, portanto, não exigem nenhuma ação direta, por parte da União. É o caso do mero indeferimento dos pedidos de inscrição protocolados no Ministério da Fazenda.

74 Deve-se registrar, no entanto, que há vários *obiter dicta* em tema de montepio civil. Não se tem notícia de discussão objetiva da questão, quanto à natureza da prestação. Por exemplo, no MS 28061 AgR/DF, relatado pela Ministra Ellen Gracie, registrou-se que o *Tribunal de Contas da União considerou legal o ato de concessão inicial de pensão do montepio civil da União em favor da impetrante e de sua irmã* (...). Não se tem informação de que a questão tenha sido judicializada no sentido de se discutir sua constitucionalidade ou sua legalidade. Insista-se, as discussões que se tem até o presente têm natureza meramente circunstancial, quanto a aspectos do regime do *montepio*, que aqui se tem como contraditório com a Emenda Constitucional nº 41, de 2003.

75 Conclusivamente, pode-se fixar entendimento no sentido de que:

- a) o montepio detém natureza de previdência complementar, ainda que ajustado como um contrato ou como uma poupança; por isso, na essência, deve ser tratado num contexto de relações de natureza previdenciária;
- b) nada obstante as contribuições cobradas, o montepio atualmente é liquidado com parcela de recursos públicos; são parcelas muito substanciais; e não há justificativas constitucionais ou legais para tais gastos;
- c) o montepio outorga ao beneficiário uma renda vitalícia; cálculos feitos com base em estimativas do IBGE (especialmente com projeção em torno de 85 anos de vida), dão conta de gastos públicos de grande monta, sem contrapartida;

- d) o montepio não se qualifica por uma relação atuarial; resumidamente, a União é quem arca com os pagamentos;
- e) o montepio não se qualificaria como avença contratual celebrada entre uma autoridade e a Administração; trata-se apenas da utilização de normas antigas, não levadas a escrutínio em face do texto constitucional vigente, e respectivas emendas;
- f) não há equilíbrio financeiro na concessão do benefício;
- g) não há razoabilidade na prestação contínua do benefício;
- h) o montepio é modelo que pode promover a desigualdade; concretamente, não se subsume à vigorosa e seminal regra isonômica;
- i) o montepio não atende a parâmetros de solidariedade, nos exatos termos da compreensão constitucional que se tem do aludido princípio;
- j) no regime do montepio não há previsão de tempo mínimo de contribuição;
- k) quando do veto do benefício do montepio para o Ministério Público o Presidente da República firmou-se entendimento de que havia tratamento discriminatório, aumento de responsabilidade para o Tesouro Nacional, bem como contemplou a inexistência de fonte de recursos;
- l) o montepio seria contrário ao interesse público, no contexto do veto à regra do Ministério Público, quando da discussão em torno da lei orgânica daquela instituição;
- m) no montepio não há captação solidária e coletiva que exclusivamente sustente os beneficiários;
- n) não há cotização para superveniente recebimento de benefícios, mediante cálculos transparentes;
- o) não há regime de capitalização e nem de repartição, que são os modelos que informam os regimes previdenciários que há no mundo;

- p) não há acúmulo de fundo para pagamento de benefício futuro;
- q) não há custeio direto para pagamento de benefício atual; é o Tesouro Nacional quem arca com as diferenças;
- r) poderá haver discussões judiciais sobre direito adquirido, dada eventual alegação sobre a idoneidade do fato;
- s) não há contrato entre Administração e interessado, i.e., pelo menos na modalidade de contratos privados; ainda que firmados entre a Administração e o particular;
- t) eventuais gastos do Erário com os benefícios não plasmariam necessidade pública justificativa da alocação de recursos complementares à contribuição paga;
- u) o montepio da União não foi recepcionado pela Constituição de 1988; especialmente no que se refere à Emenda Constitucional nº 41, de 2003;
- v) devem ser respeitadas situações pretéritas já consolidadas, entre outros, porque a boa fé nas relações com a Administração deve prevalecer;
- x) o entendimento aqui adotado surte efeitos a partir do recebimento da presente consulta que, à época, suspendeu a apreciação de todos os requerimentos relativos ao Montepio;
- y) os pedidos de inscrição no montepio, encaminhados ou pendentes, devem ser indeferidos, abrindo-se ao interessado prazo para impugnação administrativa, respeitando-se, sempre, o devido processo legal; respeitando-se, também, eventuais decisões judiciais em favor de interessados, que deverão ser contestadas também judicialmente;
- z) instituidores ou interessados cujos benefícios não serão pagos, deverão ter os valores que recolheram como contribuição do montepio devolvidos, em moldes, fórmulas, índices e critérios a serem fixados pelo Ministério da Fazenda; abrindo-se aos instituidores e interessados prazo para impugnação administrativa, respeitando-se, sempre, o devido processo legal.

Senhor Advogado-Geral da União, são estas as considerações que submeto ao altíssimo crivo de Vossa Excelência, para providências que Vossa Excelência julgar adequadas, isto é, se as razões aqui declinadas merecerem v. *placet*.

Brasília, 5 de abril de 2012.

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy
Consultor-Geral da União

Esta obra foi impressa pela Imprensa Nacional
SIG, Quadra 6, Lote 800
70610-460, Brasília – DF
Tiragem: 8.000 exemplares